



**Canada
Federal Court
Reports**

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

1995, Vol. 2, Part 3

1995, Vol. 2, 3^e fascicule

Cited as [1995] 2 F.C., 433-607

Renvoi [1995] 2 C.F., 433-607

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

Publié par
GUY Y. GOULARD, c.r., B.A., LL.B.
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.
YWE JOHN LOOPER, B.Sc., LL.B.

Legal Research Editors
LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Production Staff

Production and Publication Officer
LAURA VANIER

Editorial Assistants
PIERRE LANDRIAULT
LISE LEPAGE-PELLETIER
MICHELLE CRUMLEY

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

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1995.

CONTENTS

Digest..... D-25

Canada v. Mara Properties Ltd. (C.A.) 433

Income tax — Corporations — Subsidiary wound up — Appeal from T.C.C. decision permitting deduction of loss, being difference between actual proceeds of disposition and deemed cost of acquisition under Income Tax Act, s. 88(1) of land acquired as result of purchase, winding-up of subsidiary — Parent, subsidiary land developers — S. 88(1) providing on winding-up, properties deemed disposed of by subsidiary, acquired by parent at cost to subsidiary — Whether land part of inventory so as to allow notional loss incurred on disposal to be considered business loss used in calculating profit from

Continued on next page

Bureau des arrêstistes

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

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

Arrêstistes
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.
YWE JOHN LOOPER, B.Sc., LL.B.

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

Services techniques

Préposée à la production et aux publications
LAURA VANIER

Adjoints à l'édition
PIERRE LANDRIAULT
LISE LEPAGE-PELLETIER
MICHELLE CRUMLEY

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

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1995.

SOMMAIRE

Fiches analytiques..... F-31

Canada c. Mara Properties Ltd. (C.A.) 433

Impôt sur le revenu — Corporations — Liquidation d'une filiale — Appel d'une décision par laquelle la C.C.I. a autorisé la déduction d'une perte correspondant à la différence entre le produit effectif de la vente et le coût d'acquisition réputé selon l'art. 88(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu d'un bien-fonds acquis par suite de l'achat et de la liquidation de la filiale — La compagnie mère et sa filiale exploitent une entreprise d'aménagement immobilier — L'art. 88(1) prévoit qu'en cas de liquidation, la filiale est réputée disposer de ses biens à leur coût pour elle et que la compagnie mère est réputée les acqué-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

business — Applicability of s. 245(1), precluding deductions unduly or artificially reducing income.

Canada (Attorney General) v. Uzoaba (T.D.)..... 569

Human rights — Judicial review of HRT decision performance appraisal, employment references taking into account convicts' racist attitudes, and placing racially motivated petition on personnel file discriminatory practices — HRT ordering reinstatement at higher level under CHRA, s. 53(2)(b) — CSC not liable for convicts' racist beliefs but for discrimination by management in relying on racially motivated acts, statements or petitions — Sufficient if discrimination a basis for employer's decision — If conflict between CHRA, s. 53(2)(b) and Public Service Employment Act, CHRA paramount.

Public Service — Selection process — Merit principle — Under CHRA, s. 53(2)(b) HRT may order provision of rights, opportunities, privileges, on first reasonable occasion, as were denied discrimination victim — HRT ordering reinstatement of complainant at higher level, after finding employer guilty of discriminatory practices — Government's right to promote according to merit under PSEA not overriding CHRA — CHRA paramount — As some evidence upon which HRT could base decision, Court lacking jurisdiction.

Penitentiaries — CSC manager taking convicts' racist attitudes into account in complainant's performance appraisal — Placing racially motivated petition on personnel file — HRT correctly finding discriminatory practices, not for convicts' racist beliefs, but because management's reliance on racially motivated conduct itself discrimination.

Canada (Human Rights Commission) v. Pathak (C.A.)..... 455

Administrative law — Judicial review — Appeal from order directing CHRC to produce all documents relied on in preparation of investigator's report — CHRC dismissing complaint alleging discriminatory practices based on report, respondent's representations — R. 1612(4) requiring request for material in Tribunal's possession to specify material requested; material

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

rir au même prix — Il s'agit de savoir si le bien-fonds fait partie du stock de manière à pouvoir considérer la perte fictive subie lors de la disposition comme une perte qui a été subie dans le cadre d'une entreprise et qui peut être utilisée pour calculer le profit tiré d'une entreprise — Applicabilité de l'art. 245(1), qui empêche de se prévaloir de déductions qui réduisent le revenu de façon induc ou factice.

Canada (Procureur général) c. Uzoaba (1^{re} inst.)..... 569

Droits de la personne — Contrôle judiciaire de la décision d'un tribunal des droits de la personne suivant lequel l'évaluation du rendement, les références où l'on a tenu compte des attitudes racistes de prisonniers et le dépôt dans un dossier personnel d'une pétition motivée par le racisme constituent des actes discriminatoires — Le Tribunal a ordonné le rétablissement à un poste de niveau supérieur en vertu de l'art. 53(2)(b) de la LCDP — Le SCC ne doit pas répondre des croyances racistes de détenus mais de la discrimination exercée par la direction qui s'est fondée sur des actes, des déclarations ou des pétitions racistes — Il suffit que la discrimination soit un facteur qui a motivé la décision de l'employeur — En cas de conflit entre l'art. 53(2)(b) de la LCDP et la Loi sur l'emploi dans la fonction publique, la LCDP a préséance.

Fonction publique — Processus de sélection — Principe du mérite — En vertu de l'art. 53(2)(b) de la LCDP, un tribunal des droits de la personne peut ordonner d'accorder à la victime d'un acte discriminatoire, dès que les circonstances le permettent, les droits, chances ou avantages dont l'acte l'a privée — Le Tribunal des droits de la personne a ordonné le rétablissement du plaignant à un poste supérieur après avoir conclu que l'employeur avait commis des actes discriminatoires — Le droit d'accorder des promotions suivant le principe du mérite qui est conféré au gouvernement par la Loi sur l'emploi dans la fonction publique ne l'emporte pas sur la LCDP — La LCDP a préséance — Étant donné qu'il existait certains éléments de preuve sur lesquels le Tribunal pouvait fonder sa décision, la Cour n'a pas compétence.

Pénitenciers — Un gestionnaire du SCC a tenu compte des attitudes racistes de détenus dans l'évaluation du rendement du plaignant — Il a déposé dans le dossier personnel une pétition motivée par le racisme — Le Tribunal a conclu avec raison à l'existence d'actes discriminatoires non pas en raison des croyances racistes des détenus mais parce qu'en se fondant sur des comportements motivés par le racisme, la direction a elle-même exercé une discrimination.

Canada (Commission des droits de la personne) c. Pathak (C.A.)..... 455

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Appel interjeté contre une ordonnance enjoignant à la CCDP de produire tous les documents utilisés pour la préparation du rapport de l'enquêteur — Après étude du rapport de l'enquêteur et des observations de l'intimé, la CCDP a rejeté la plainte alléguant l'existence d'actes discriminatoires — La Règle 1612(4) pré-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

must be relevant — Relevance determined in relation to grounds of review in originating notice of motion, affidavit — As nothing therein attacking accuracy, completeness of report, production denied.

Human rights — Appeal from order requiring CHRC to produce documents relied on in preparation of investigator's report — CHRC dismissing complaint alleging discriminatory practices based on report, respondent's representations — While investigator extension of Commission, investigation, decision-making two distinct phases — Under CHRA, s. 44 CHRC can rely on report without examining complete investigation record — Not all documents before CHRC when making decision — Only those called for by CHRC in decision-making phase — Documents relied upon by investigator in preparing report need not be produced.

Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans) (C.A.)..... 467

Administrative law — Appeal involving complex issue as administrative, tort law conflicting — Fisheries Minister authorizing offshore lobster fishing licences — Respondent incurring costs to convert scallop boats for lobster fishery — Inshore fishermen lobbied Minister to deny licences — Matter became major Federal, provincial political issue — Minister refused licences — Respondent sued Crown claiming damages for negligence — Trial Judge held Minister exhausted discretion when licences authorized — Held elements of negligence established — Crown's argument Minister not liable (1) in case of policy decision, (2) under Crown Liability and Proceedings Act, s. 8 — Defence of statutory authority — Difference between issuing, authorizing licence — Policy, operational decisions distinguished — *Prima facie* duty of care owed — Review, exposition of case law since test for determining duty of care established by *Anns v. Merton London Borough Council* — In deciding duty of care, availability of administrative law remedies important — Respondent could have sought *certiorari*, *mandamus* — Duty of care negatived, Crown not liable in negligence.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

voit que la demande de production des pièces en la possession du Tribunal doit indiquer de façon précise les pièces demandées; les pièces doivent être pertinentes — Pertinence établie en fonction des motifs de contrôle énoncés dans l'avis de requête introductif d'instance et dans l'affidavit — Puisque rien ne permet de douter de l'exactitude ou de l'intégralité du rapport, la demande de production des documents est rejetée.

Droits de la personne — Appel interjeté contre une ordonnance enjoignant à la CCDP de produire les documents utilisés pour la préparation du rapport de l'enquêteur — Après étude du rapport de l'enquêteur et des observations de l'intimé, la CCDP a rejeté la plainte alléguant l'existence d'actes discriminatoires — Même si l'enquêteur est un prolongement de la Commission, l'étape de l'enquête et celle de la décision sont deux étapes distinctes — Aux termes de l'art. 44 de la LCDP, la CCDP peut se fonder sur un rapport sans examiner le dossier complet de l'enquête — Les documents ne sont pas tous en la possession de la CCDP lorsqu'elle rend sa décision — Seuls les documents demandés par la CCDP pour rendre sa décision sont en la possession de la CCDP — Il n'est pas nécessaire que soient soumis les documents utilisés par l'enquêteur dans la préparation de son rapport.

Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans) (C.A.) 467

Droit administratif — Appel portant sur une question complexe opposant le droit administratif et le droit des délits — Permis octroyés par le ministre des Pêches pour la pêche au homard en haute mer — Frais engagés par l'intimé pour transformer les bateaux équipés pour la pêche au pétoncle en bateaux pour la pêche au homard — Pressions exercées par les pêcheurs côtiers sur le ministre pour qu'il refuse les permis — Question importante de politique fédérale et provinciale — Refus du ministre d'octroyer les permis — Demande de dommages-intérêts pour négligence présentée par l'intimée contre la Couronne — Le juge de première instance a statué que le ministre avait épuisé son pouvoir discrétionnaire lorsqu'il a autorisé l'octroi des permis — Les éléments de la négligence ont été établis — Selon la Couronne, le ministre n'est pas responsable (1) parce qu'il s'agit d'une décision de politique et (2) en raison de l'art. 8 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif — Moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur — Distinction entre la délivrance d'un permis et l'autorisation d'octroyer un permis — Distinction entre décision de politique et décision opérationnelle — Existence d'une obligation de diligence à première vue — Examen de la jurisprudence depuis que le critère relatif à l'obligation de diligence a été élaboré dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council* — Il importe de tenir compte des recours offerts par le droit administratif lorsqu'on détermine s'il existe ou non une obligation de diligence — L'intimée aurait pu procéder par voie de *certiorari* ou de *mandamus* — Il n'existait plus d'obligation de diligence et la Couronne n'a pas commis de négligence.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Crown — Torts — Appeal and cross-appeal from F.C.T.D. decision awarding damages for Minister's failure to issue authorized lobster fishery licences — Policy/operational distinction applied — Policy decisions not attracting liability in negligence — *Prima facie* duty of care owed to respondent — Negatived as adequate administrative law remedies available — Minister not breaching requisite standard of care — Not liable in negligence.

Fisheries — Minister authorized (Fisheries Act, s. 7) offshore lobster fishing licences — Before licences issued, respondent spending money to convert scallop dragger to lobster vessel — Inshore fishermen protesting — Minister refusing to issue offshore licences — Respondent suing Crown in negligence — Trial Judge holding revocation decision *ultra vires*, Crown liable — Whether policy or operational decision — Court prohibited from considering merits of Minister's decision — Foreseeability of loss no fetter on ministerial discretion — No actionable negligence unless Minister improperly construed s. 7 by failing to take reasonable care to avoid *ultra vires* determination.

Jafari v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.)..... 595

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Appeal from F.C.T.D. decision declaring *ultra vires* Refugee Claimants Designated Class Regulations, s. 3(2)(f) — Claimant absent from Canada for more than seven days after coming into force of Regulations — Not eligible for backlog program — Immigration Act, ss. 6(2), 114(1)(e) authorizing Regulations — S. 3(2)(f) made for proper administration of Act — Not *ultra vires* — No denial of fundamental justice.

Administrative law — F.C.T.D. declaring provision in regulation concerning refugee claimants *ultra vires*, ordering Minister to process permanent residence application — Trial Judge holding provision serving no legitimate purpose considering Canada's humanitarian tradition — Not for court to determine wisdom of delegated legislation or to assess validity based on court's policy preferences — Court to decide whether statutory grant of authority permitting particular delegated legislation — Regulation must be related to purpose of Act but court can't review as to necessity, wisdom, effectiveness — Regula-

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Couronne — Responsabilité délictuelle — Appel et appel incident d'une décision de la Section de première instance d'accorder des dommages-intérêts à la suite de l'omission du ministre de délivrer des permis autorisés pour la pêche au homard — Application de la distinction entre décision de politique et décision opérationnelle — Les décisions de politique n'entraînent pas de responsabilité fondée sur la négligence — Obligation de diligence existant à première vue en faveur de l'intimée — Il n'existe plus d'obligation de diligence compte tenu de l'existence de recours adéquats offerts par le droit administratif — Le ministre a satisfait à la norme de diligence requise — Aucune responsabilité pour négligence.

Pêches — Autorisation donnée par le ministre concernant des permis pour la pêche au homard en haute mer (art. 7 de la Loi sur les pêches) — Frais engagés par l'intimée, avant la délivrance des permis, pour la transformation de bateaux équipés pour la pêche au pétoncle en bateaux pour la pêche au homard — Protestation de la part des pêcheurs côtiers — Refus du ministre d'octroyer des permis pour la pêche côtière — Poursuite pour négligence intentée par l'intimée contre la Couronne — Le juge de première instance a statué que la révocation dépassait les pouvoirs du ministre et a tenu la Couronne responsable — Décision de politique ou décision opérationnelle — La Cour ne peut examiner le bien-fondé de la décision du ministre — Le caractère prévisible de la perte de l'intimée ne peut entraver le pouvoir discrétionnaire du ministre — Aucune action pour négligence ne peut être intentée, sauf si le ministre a mal interprété l'art. 7 en ne faisant pas preuve de diligence raisonnable pour éviter de prendre une décision excédant ses pouvoirs.

Jafari c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.)..... 595

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Appel interjeté contre une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale déclarant *ultra vires* l'art. 3(2)(f) du Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié — Le demandeur s'est absenté du Canada durant plus de sept jours après l'entrée en vigueur du Règlement — Il n'était pas admissible au programme d'élimination de l'arriéré — Les art. 6(2) et 114(1)(e) de la Loi sur l'immigration autorisent le Règlement — L'art. 3(2)(f) a été rédigé pour la bonne administration de la Loi — Il n'est pas *ultra vires* — Il n'y a eu aucun déni des principes de justice fondamentale.

Droit administratif — La Section de première instance de la Cour fédérale a déclaré *ultra vires* une disposition d'un règlement concernant les demandeurs du statut de réfugié et a enjoint au ministre de traiter la demande de résidence permanente — Le juge de première instance a conclu que la disposition ne servait aucune fin légitime compte tenu de la tradition humanitaire suivie par le Canada — Il n'appartient pas à un tribunal de juger de la sagesse de la législation par délégation ni d'en apprécier la validité en se fondant sur ses préférences en matière de politique — Le tribunal doit décider si le pouvoir

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

tion-making power may not be used for irrelevant purpose but up to attacking party to show illicit purpose.

Judges and Courts — Whether regulation *ultra vires* — Not for Court to determine wisdom of delegated legislation or to assess validity based on Court's policy preferences — Question for court: does statutory grant of authority permit this delegated legislation?

TNT Canada Inc. v. Canada (Director of Investigation and Research) (T.D.)..... 544

Competition — Application to set aside *ex parte* orders requiring individuals to appear for examination on matters relevant to Competition Act, s. 10 inquiry — Orders made after applicants charged with indictable offences under Act — Under s. 11, once Director of Investigation and Research causing inquiry to be made may apply *ex parte* for order requiring individual to attend for examination — Inquiry prerequisite to s. 11 examination — Inquiry ends when purpose attained i.e. when sufficient facts determined for Director to refer matter to Attorney General and charges laid — Not continuing until conviction obtained.

Practice — Judgments and orders — Reversal or variation — Application to set aside F.C. Judge's *ex parte* orders requiring individuals to appear for examination on matters relevant to Competition Act, s. 10 inquiry — R. 330 permitting Court to vary, annul any *ex parte* order — Only F.C. Judge can vary, annul orders herein — Teitelbaum J. having jurisdiction to hear applications as Judge who issued orders and as Judge of Court issuing orders.

Practice — Parties — Standing — Application to set aside *ex parte* orders requiring individuals to appear for examination on matters relevant to Competition Act, s. 10 inquiry — Applicants not subject to s. 11 examinations — Charged with indictable offences under Act — Admitted that purpose of examinations to obtain information for criminal prosecution — When individual or corporation charged, and persons to be examined in “parallel proceeding”, individual or corporation can be irreparably harmed or seriously affected by examinations — Such individual or corporation having standing to bring R. 330 application to review *ex parte* orders.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

conféré par la loi permet cette législation par délégation particulière — Le règlement doit être relié à l'objet de la Loi, mais un tribunal ne peut pas en faire l'examen pour constater s'il est nécessaire, sage et efficace — Un pouvoir de réglementation ne peut pas être utilisé à une fin étrangère, mais il appartient à la partie qui conteste le règlement de démontrer ce que pourrait être cette fin illicite.

Juges et tribunaux — Le règlement est-il *ultra vires*? — Il n'appartient pas à un tribunal de juger de la sagesse de la législation par délégation ni d'en apprécier la validité en se fondant sur ses préférences en matière de politique — La question que le tribunal doit se poser est la suivante: le pouvoir conféré par la loi permet-il cette législation par délégation?

TNT Canada Inc. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches) (1^{re} inst.)..... 544

Concurrence — Demande en vue d'annuler les ordonnances *ex parte* enjoignant à certaines personnes de comparaître pour être interrogées sur toute question pertinente quant à une enquête fondée sur l'art. 10 de la Loi sur la concurrence — Les ordonnances ont été rendues après que les requérants ont été accusés d'avoir commis des actes criminels aux termes de la Loi — Selon l'art. 11, une fois que le directeur des enquêtes et recherches a ordonné la tenue d'une enquête, il peut demander une ordonnance *ex parte* enjoignant à une personne de comparaître pour être interrogée — La tenue d'une enquête est une condition préalable à l'interrogatoire prévu à l'art. 11 — L'enquête prend fin lorsque l'objet est atteint, c'est-à-dire lorsque le directeur a déterminé les faits pertinents qui lui permettent de renvoyer l'affaire au procureur général et que des accusations sont portées — L'enquête ne se poursuit pas jusqu'à l'obtention d'une condamnation.

Pratique — Jugements et ordonnances — Annulation ou modification — Demande en vue d'annuler les ordonnances *ex parte* par lesquelles un juge de la C.F. a enjoint à certaines personnes de comparaître pour être interrogées sur toute question pertinente quant à une enquête fondée sur l'art. 10 de la Loi sur la concurrence — La Règle 330 permet à la Cour d'annuler ou de modifier toute ordonnance *ex parte* — Seul un juge de la C.F. peut modifier ou annuler les ordonnances dont il est question aux présentes — Le juge Teitelbaum a compétence pour entendre les demandes tant comme juge qui a prononcé les ordonnances que comme juge de la Cour qui les a rendues.

Pratique — Parties — Statut — Demande en vue d'annuler des ordonnances *ex parte* enjoignant à certaines personnes de comparaître pour être interrogées sur toute question pertinente quant à une enquête fondée sur l'art. 10 de la Loi sur la concurrence — Les requérants ne sont pas assujettis aux interrogatoires prévus à l'art. 11 — Les requérants sont accusés d'avoir commis des infractions pénales aux termes de la Loi — Il est admis que l'objet des interrogatoires est d'obtenir des renseignements au sujet des accusations pénales — Lorsqu'un individu ou une personne morale est accusé et que des personnes doivent être interrogées dans une «procédure parallèle» afin de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Judges and courts — Application to set aside *ex parte* orders requiring individuals to appear for examination on matters relevant to Competition Act, s. 10 inquiry — Judicial review unavailable as neither decision to issue orders nor decision to apply therefor decision of federal board, commission or tribunal — Only F.C. Judge can vary orders — Teitelbaum J. having jurisdiction as Judge who issued orders, Judge of Court issuing orders.

Villetard's Eggs Ltd. v. Canada (Egg Marketing Agency) (C.A.) 581

Administrative law — Increasing opposition to attempts to import into administrative law corporate veil theory from corporation law — Whether as non-application of or exception to corporate veil doctrine, regulatory agency justified in enquiring into relationship between licence applicant and third party to determine whether attempt to circumvent Regulations.

Agriculture — Egg marketing licences — CEMA justified in considering whether licence applications by corporation controlled by persons whose licences recently revoked attempt to circumvent Regulations.

SOMMAIRE (Fin)

fournir des renseignements, cet individu ou cette personne morale peut être irrémédiablement lésé ou sérieusement touché par les interrogatoires — Cet individu ou cette personne morale a donc le statut nécessaire pour présenter une demande fondée sur la Règle 330 en vue de faire réviser les ordonnances *ex parte*.

Juges et tribunaux — Demande en vue d'annuler des ordonnances *ex parte* enjoignant à certaines personnes de comparaître pour être interrogées sur toute question pertinente quant à une enquête fondée sur l'art. 10 de la Loi sur la concurrence — Le contrôle judiciaire n'est pas un recours disponible, parce que la délivrance des ordonnances et la présentation de la demande en vue de les obtenir ne découlent pas de décisions rendues par un office fédéral — Seul un juge de la C.F. peut modifier des ordonnances — Le juge Teitelbaum a compétence tant comme juge qui a prononcé les ordonnances que comme juge de la Cour qui les a rendues.

Villetard's Eggs Ltd. c. Canada (Office de commercialisation des œufs) (C.A.)..... 581

Droit administratif — Opposition croissante aux tentatives visant à introduire dans le droit administratif le principe du voile corporatif, établi dans le domaine du droit des sociétés — Que l'on parle de non-application du principe du voile corporatif, ou d'exception à ce principe, l'organisme de réglementation était fondé à examiner le lien entre la requérante et un tiers pour savoir si la demande constituait une tentative de contourner la réglementation.

Agriculture — Permis de commercialisation des œufs — L'OCCO est fondé à examiner si les demandes de permis faites par une personne morale contrôlée par des personnes dont les permis ont été récemment annulés visent à contourner la réglementation.

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

**Canada
Federal Court
Reports**

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

1995, Vol. 2, Part 3

1995, Vol. 2, 3^e fascicule

ERRATUM

Delete the word "*Review*" appearing at line 4 of the Customs and Excise caption for *Riverside Concrete Ltd. v. Canada* at [1995] 2 F.C. 309.

Dans la cause *Riverside Concrete Ltd. c. Canada*, publiée à [1995] 2 C.F. 309, à la page 309, supprimer, dans la version anglaise du premier abstrat «*Customs and Excise*», à la quatrième ligne, le mot «*Review*».

A-664-93

A-664-93

Her Majesty the Queen (Appellant)**Sa Majesté la Reine (appelante)**

v.

c.

Mara Properties Limited (Respondent)

a

Mara Properties Limited (intimée)*INDEXED AS: CANADA v. MARA PROPERTIES LTD. (C.A.)**RÉPERTORIÉ: CANADA c. MARA PROPERTIES LTD. (C.A.)*

Court of Appeal, Marceau, Stone and McDonald JJ.A.—Vancouver, January 12; Ottawa, February 22, 1995.

b

Cour d'appel, juges Marceau, Stone et McDonald, J.C.A.—Vancouver, 12 janvier; Ottawa, 22 février 1995.

Income tax — Corporations — Subsidiary wound up — Appeal from T.C.C. decision permitting deduction of loss, being difference between actual proceeds of disposition and deemed cost of acquisition under Income Tax Act, s. 88(1) of land acquired as result of purchase, winding-up of subsidiary — Parent, subsidiary land developers — S. 88(1) providing on winding-up, properties deemed disposed of by subsidiary, acquired by parent at cost to subsidiary — Whether land part of inventory so as to allow notional loss incurred on disposal to be considered business loss used in calculating profit from business — Applicability of s. 245(1), precluding deductions unduly or artificially reducing income.

c

Impôt sur le revenu — Corporations — Liquidation d'une filiale — Appel d'une décision par laquelle la C.C.I. a autorisé la déduction d'une perte correspondant à la différence entre le produit effectif de la vente et le coût d'acquisition réputé selon l'art. 88(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu d'un bien-fonds acquis par suite de l'achat et de la liquidation de la filiale — La compagnie mère et sa filiale exploitent une entreprise d'aménagement immobilier — L'art. 88(1) prévoit qu'en cas de liquidation, la filiale est réputée disposer de ses biens à leur coût pour elle et que la compagnie mère est réputée les acquérir au même prix — Il s'agit de savoir si le bien-fonds fait partie du stock de manière à pouvoir considérer la perte fictive subie lors de la disposition comme une perte qui a été subie dans le cadre d'une entreprise et qui peut être utilisée pour calculer le profit tiré d'une entreprise — Applicabilité de l'art. 245(1), qui empêche de se prévaloir de déductions qui réduisent le revenu de façon indue ou factice.

d

e

This was an appeal from a Tax Court decision permitting the deduction of a loss, being the difference between the actual proceeds of disposition and the deemed cost of acquisition under *Income Tax Act*, subsection 88(1) of a parcel of land. On November 30, 1982, the taxpayer, Mara Properties Limited, acquired all of the outstanding shares of Frasersview Development Ltd., the sole asset of which was a parcel of land originally purchased for \$6 million, but the fair market value of which at the time of winding-up was only \$3 million. Both the taxpayer and Frasersview were in the business of real estate development. Frasersview was wound-up the same day and the land sold to an arm's length purchaser. *Income Tax Act*, subsection 88(1) deems the proceeds of disposition of a subsidiary's property to the parent to be the cost to the subsidiary immediately before the winding-up, and the cost of acquisition to the parent to be the amount deemed to be the proceeds of disposition. Mara deducted the loss on the sale from its revenues for 1982 and subsequent years, resulting in a total avoidance of tax for those years. The transactions were motivated solely to avoid tax. The Minister disallowed the claim.

f

g

h

i

j

Il s'agit de l'appel d'une décision par laquelle la Cour de l'impôt a permis à l'intimée de déduire une perte correspondant à la différence entre le produit de disposition effectif d'un fonds de terre et son coût d'acquisition réputé selon le paragraphe 88(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le 30 novembre 1982, le contribuable, la Mara Properties Limited, a acquis toutes les actions en circulation de la Frasersview Development Ltd., dont le seul bien était un fonds de terre qui avait été initialement acheté au prix de six millions de dollars, mais dont la juste valeur marchande au moment de la liquidation n'était que de trois millions de dollars. Le contribuable et la Frasersview œuvraient tous les deux dans le domaine de l'aménagement immobilier. La Frasersview a été liquidée le même jour et le bien-fonds a été vendu à un acheteur avec lequel la venderesse n'avait aucun lien de dépendance. Aux termes du paragraphe 88(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la filiale est réputée disposer de ses biens en faveur de sa compagnie mère à leur coût pour la filiale immédiatement avant la liquidation, et la compagnie mère est réputée acquérir les biens en question au même prix. La Mara a déduit de ses revenus pour 1982 et pour les années subséquentes la perte subie lors de la vente, de telle sorte qu'elle a évité entièrement l'impôt payable pour les années en question. Les opérations avaient pour seul objet la réduction de l'impôt. Le ministre a refusé la déduction.

The Tax Court Judge held that subsection 9(1) (defining business income for a taxation year as the profit therefrom)

Le juge de la Cour de l'impôt a statué que le paragraphe 9(1) (qui définit le revenu tiré par un contribuable d'une entreprise

and paragraph 18(1)(a) (prohibiting a deduction for an expense except to the extent that it was made to produce income from the business) did not preclude deductibility of the loss simply because Mara had not acquired the land for the purpose of profit from a business. She held that the land was inventory in the hands of both companies, and that subsection 88(1) operates "notwithstanding" any other provision. She held that subsection 245(1) (precluding deduction of disbursements or expenses made or incurred in respect of a transaction that, if allowed, would unduly or artificially reduce income) only applied to "deductions" or "disbursements" and that the deemed cost was not a deduction or a disbursement "made or incurred." The loss was the product of a statutory deeming provision to which effect had to be given. Finally she stated that until 1987, Parliament, by way of subparagraph 88(1)(a)(iii) had a policy whereby a parent company could utilize a subsidiary's unrealized non-capital losses following its wind-up into the parent. In 1987 subsection 249(4) was added to the Act and section 1801 to the *Income Tax Regulations*. The amendments were not merely a codification of existing law but were intended to block the transfer of losses so as to preclude a situation such as that at bar.

The appellant submitted that the land was not inventory, and that the sale of Fraserview to the taxpayer did not meet a "business purpose test" because the taxpayer had not purchased Fraserview to produce income, and had no reasonable expectation of profit therefrom. Alternatively, the appellant argued that subsection 245(1) precluded deduction of the deemed cost of the land in calculating the taxpayer's business income.

The issue was whether the land became part of the taxpayer's inventory so as to allow the notional loss incurred on its disposal to be considered a business loss, used in calculating the profit from the respondent's business.

Held (McDonald J.A. dissenting), the appeal should be allowed.

Per Marceau J.A.: The rule enacted in subsection 88(1) was that on the winding-up of a subsidiary, there shall be a deemed disposition by the subsidiary of its properties at the cost amount to it and a deemed acquisition of the property at the same cost. Subsection 88(1) does not determine whether the deemed cost of acquisition and the actual proceeds of sale of the property will enter into the calculation of the parent's business income. That determination must be made according to section 9. In order to satisfy the requirements of that provision, the parent must demonstrate that the property has become part of its own inventory.

pour une année d'imposition comme étant le bénéficiaire qu'il en tire) et l'alinéa 18(1)a) (qui interdit la déduction des dépenses sauf dans la mesure où elles sont engagées dans le but de tirer un revenu d'une entreprise) n'empêchaient pas de déduire la perte du simple fait que la Mara n'avait pas acquis le bien-fonds en vue de tirer un bénéfice d'une entreprise. Elle a statué que le bien-fonds en question constituait un élément de stock entre les mains des deux compagnies, et que le paragraphe 88(1) s'applique «nonobstant» toute autre disposition de la Loi. Elle a statué que le paragraphe 245(1) (qui interdit de faire une déduction à l'égard d'un débours fait ou d'une dépense faite ou engagée relativement à une opération qui, si elle était permise, réduirait indûment ou de façon factice le revenu) ne s'applique qu'aux «déductions» et aux «débours» et que le coût réputé ne constitue pas une déduction ou un débours «fait». La perte résulte d'une disposition législative qui crée une présomption et à laquelle on doit donner effet. Finalement, elle a affirmé que, jusqu'en 1987, le législateur fédéral avait, par le biais du sous-alinéa 88(1)a)(iii), une politique par laquelle une compagnie mère pouvait se servir des pertes en capital non réalisées de sa filiale à la suite de la liquidation de cette dernière et de son absorption par la compagnie mère. En 1987, le paragraphe 249(4) a été inséré dans la Loi et l'article 1801 a été ajouté au *Règlement de l'impôt sur le revenu*. Les modifications ne se bornaient pas à codifier le droit existant, mais visaient à bloquer le transfert des pertes pour éviter les situations comme celle dont il s'agit en l'espèce.

L'appelante soutenait que le bien-fonds ne faisait pas partie du stock, et que la vente de la Fraserview au contribuable ne satisfaisait pas au «critère de l'objet commercial» parce que le contribuable n'avait pas acheté la Fraserview en vue de tirer un revenu et qu'il n'y avait aucune expectation raisonnable de tirer un profit de cette opération. À titre subsidiaire, l'appelante a affirmé que le paragraphe 245(1) empêchait l'intimée de déduire le coût réputé du bien-fonds pour calculer son revenu d'entreprise.

La question qui se pose est celle de savoir si le bien-fonds est passé dans le stock du contribuable de telle sorte que la perte fictive subie lors de la disposition puisse être considérée comme une perte d'entreprise et être utilisée pour calculer le profit tiré de l'entreprise de l'intimée.

Arrêt (le juge McDonald, J.C.A., étant dissident): l'appel doit être accueilli.

Le juge Marceau, J.C.A.: La règle édictée par le paragraphe 88(1) veut que, lors de la liquidation d'une filiale, celle-ci soit réputée disposer de tous ses biens à un prix égal à leur coût indiqué pour elle et que la compagnie mère soit réputée avoir fait l'acquisition des biens en question au même prix. Le paragraphe 88(1) ne précise pas si le coût d'acquisition réputé et le produit effectif de la vente des biens entreront dans le calcul du revenu tiré par la compagnie mère de son entreprise. Cette détermination doit se faire conformément à l'article 9 de la Loi. Pour satisfaire aux exigences de cette disposition, la compagnie mère doit démontrer que les biens sont passés dans son propre stock.

That the parent and subsidiary were in the same business did not impose a finding that the property became part of the parent's inventory unless the transaction by which the land was acquired by the parent was entered into in the course of or for the purposes of its business. A transaction which is devoid of the ordinary characteristics of trade, especially if devoid of any possibility of yielding some profit, is not a trading transaction and any property so acquired cannot be regarded as stock-in-trade. The mere seeking of a fiscal benefit does not give a non-trading transaction the character of a trading one. The transaction herein was devoid of the ordinary characteristics of trade. That the taxpayer assumed all of Fraserview's debts was irrelevant to the determination of the nature of the transaction. The land so acquired did not become part of the respondent's inventory.

Subsection 245(1) did not apply. The series of operations by which the respondent acquired the land was not a sham. Even if subsection 88(1) allowed the respondent to consider the difference between the deemed cost and the actual proceeds of sale as a business loss, such loss would not be "artificial" or "undue" as it would arise by specific operation of the Act.

Per Stone J.A.: It was not necessary to construe the 1987 amendments to the *Income Tax Act* and *Income Tax Regulations*, but they did not necessarily alter the previous state of the law. *Interpretation Act*, subsection 45(2) provides that the amendment of an enactment shall not be deemed to involve a declaration that the law under that enactment was different from the law as it is under the enactment as amended.

Per McDonald J.A. (dissenting): The loss on the sale of the land was a business loss because the land was inventory in the taxpayer's hands. Upon winding-up a subsidiary automatically distributes its assets to its parent (subsection 88(1)), and those assets should be grouped with assets of the parent of the same character. Both companies were in the same business and considered land as inventory. On the winding-up of Fraserview, its inventory should have merged with Mara's inventory for income tax purposes.

Subsection 9(1) did not preclude inclusion of the taxpayer's loss on the sale of the inventory in the calculation of business income just because the purpose of the purchase of Fraserview was not to produce income i.e. did not meet a "business purpose test." A transaction may be effectual and not in any sense a sham, but may have no business purpose other than the tax purpose.

The deemed cost was not in respect of a "disbursement or expense made or incurred." The claimed loss on the sale of the

Le fait que la compagnie mère et la filiale exploitaient toutes les deux la même entreprise n'oblige pas à conclure que le bien est passé dans le stock de la compagnie mère à moins que l'opération par laquelle le bien-fonds a été acquis a été conclue par la compagnie mère au cours ou dans le cadre de l'exploitation de son entreprise ou pour les besoins de celle-ci. Une opération qui ne présente pas les attributs habituels du commerce, spécialement si elle ne comporte aucune possibilité de dégager un profit, ne constitue pas une opération commerciale et tout bien qui est acquis de la sorte ne peut être considéré comme un article de commerce. Le simple fait de chercher à se procurer un avantage fiscal ne fait pas d'une opération non commerciale une opération commerciale. L'opération en cause en l'espèce ne présentait pas les attributs habituels du commerce. Le fait que le contribuable ait pris à sa charge toutes les dettes de la Fraserview n'a aucune incidence sur la détermination de la nature de l'opération. Le bien-fonds acquis de la sorte n'est pas passé dans le stock de l'intimée.

Le paragraphe 245(1) ne s'applique pas. La série d'opérations par lesquelles l'intimée a acquis le bien-fonds ne constitue pas un trompe-l'œil. Même si le paragraphe 88(1) avait permis à l'intimée de considérer la différence entre le coût réputé et le produit effectif de la vente comme une perte subie dans le cadre de son entreprise, on ne saurait dire que cette perte est «fictive» ou «indue», étant donné qu'elle résulte de l'application spécifique de la Loi.

Le juge Stone, J.C.A.: Il n'est pas nécessaire d'interpréter les modifications apportées en 1987 à la *Loi de l'impôt sur le revenu* et au *Règlement de l'impôt sur le revenu*, mais elles ne modifient pas nécessairement l'état antérieur du droit. Le paragraphe 45(2) de la *Loi d'interprétation* dispose que la modification d'un texte législatif ou réglementaire n'est pas réputée impliquer une déclaration portant que les règles de droit du texte antérieur étaient différentes de celles de sa version modifiée.

Le juge McDonald, J.C.A. (*dissent*): La perte subie lors de la vente du bien-fonds constitue une perte subie dans le cadre d'une entreprise parce que le bien-fonds était un élément de stock entre les mains de l'intimée. Lors de sa liquidation, une filiale distribue automatiquement ses biens à sa compagnie mère (paragraphe 88(1)) et les biens en question devraient être regroupés avec les autres biens de même nature de la compagnie mère. Les deux compagnies exploitaient la même entreprise et considéraient le bien-fonds comme un bien en stock. Lors de la liquidation de la Fraserview, son stock aurait dû se fondre avec celui de la Mara du point de vue fiscal.

Le paragraphe 9(1) n'empêche pas l'inclusion de la perte subie par le contribuable lors de la vente du stock dans le calcul du revenu d'entreprise du simple fait que l'acquisition de la Fraserview n'avait pas pour but de tirer un revenu, c.-à-d. qu'elle ne satisfaisait pas au «critère de l'objet commercial». Une opération peut être valide sans être un trompe-l'œil de quelque façon tout en n'ayant d'autre objet commercial qu'un objet fiscal.

Le coût réputé ne se rapportait pas à un «débours fait ou [à] une dépense faite ou engagée». La perte dont la déduction a été

land could not be artificial because the loss was the product of a statutory deeming provision to which effect must be given.

The Tax Court Judge correctly held that the 1987 amendments were substantive and went beyond clarification or codification of the existing state of the law by materially changing its impact on the subsidiary and on the parent. They prevent the transfer of accrued trading losses such as the one herein.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 4(1), 9(1), 18(1)(a), 88(1) (as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 27; 1974-75, c. 26, s. 52; 1977-78, c. 1, s. 43; 1980-81-82-83, c. 48, s. 48), 245(1), 248(1) "inventory" (as am. by S.C. 1991, c. 49, s. 192), 249(4) (as enacted by S.C. 1987, c. 46, s. 70).

Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, s. 1801 (as am. by SOR/89-419, s. 1).

Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 45(2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

Stuart Investments Ltd. v. The Queen, [1984] 1 S.C.R. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241.

CONSIDERED:

Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of), [1936] A.C. 1 (H.L.); *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3; (1994), 171 N.R. 225; *Macdonald & Sons Ltd. v. M.N.R.*, [1970] Ex. C.R. 230; (1970), 70 DTC 6032; *Canada v. Loewen*, [1994] 3 F.C. 83 (C.A.); *Deputy Minister of Revenue (Que.) v. Lipson*, [1979] 1 S.C.R. 833; (1979), 29 N.R. 335; *Moloney (M.) v. Canada*, [1992] 2 C.T.C. 227; 92 DTC 6570 (F.C.A.); *C of IR v Challenge Corporation Ltd* (1986), 8 NZTC 5219 (P.C.); *Ensign Tankers (Leasing) Ltd v Stokes* (HMIT), [1992] BTC 110 (H.L.).

REFERRED TO:

Bishop (Inspector of Taxes) v. Finsbury Securities, Ltd., [1966] 3 All E.R. 105 (H.L.); *FA & AB Ltd v Lupton (Inspector of Taxes)*, [1971] 3 All E.R. 948 (H.L.).

APPEAL from Tax Court decision (*Mara Properties Ltd. v. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 3189; (1993), 93 DTC 1449 (T.C.C.)) permitting the taxpayer to deduct a loss, being the difference between the actual proceeds of disposition and the deemed cost of acquisition under *Income Tax Act*, subsection 88(1) of land

demandée et qui a été subie lors de la vente du bien-fonds ne pouvait pas être fictive parce qu'elle résultait d'une disposition législative qui crée une présomption et à laquelle on doit donner effet.

a C'est à bon droit que le juge de la Cour de l'impôt a statué que les modifications apportées en 1987 étaient des modifications de fond qui ne se bornaient pas à clarifier ou à codifier les règles de droit existantes en changeant sensiblement les conséquences tant pour la filiale que pour la compagnie mère. Elles empêchent le transfert de pertes commerciales accumulées comme celles dont il s'agit en l'espèce.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 4(1), 9(1), 18(1)a (mod. par S.C. 1985, ch. 45, art. 126), 88(1) (mod. par S.C. 1973-74, ch. 14, art. 27; 1974-75, ch. 26, art. 52; 1977-78, ch. 1, art. 43; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 48), 245(1), 248(1) «inventaire» (mod. par L.C. 1991, ch. 49, art. 192), 249(4) (édicte par L.C. 1987, ch. 46, art. 70).

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 45(2).
Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., ch. 945, art. 1801 (mod. par DORS/89-419, art. 1).

JURISPRUDENCE

e DISTINCTION FAITE AVEC:

Stuart Investments Ltd. c. La Reine, [1984] 1 R.C.S. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241.

f DÉCISIONS EXAMINÉES:

Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of), [1936] A.C. 1 (H.L.); *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3; (1994), 171 N.R. 225; *Macdonald & Sons Ltd. c. M.R.N.*, [1970] R.C.É. 230; (1970), 70 DTC 6032; *Canada c. Loewen*, [1994] 3 C.F. 83 (C.A.); *Sous-ministre du Revenu (Qué.) c. Lipson*, [1979] 1 R.C.S. 833; (1979), 29 N.R. 335; *Moloney (M.) c. Canada*, [1992] 2 C.T.C. 227; 92 DTC 6570 (C.A.F.); *C of IR v Challenge Corporation Ltd* (1986), 8 NZTC 5219 (C.P.); *Ensign Tankers (Leasing) Ltd v Stokes* (HMIT), [1992] BTC 110 (H.L.).

DÉCISIONS CITÉES:

Bishop (Inspector of Taxes) v. Finsbury Securities, Ltd., [1966] 3 All E.R. 105 (H.L.); *FA & AB Ltd v Lupton (Inspector of Taxes)*, [1971] 3 All E.R. 948 (H.L.).

APPEL d'une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt (*Mara Properties Ltd. c. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 3189; (1993), 93 DTC 1449 (C.C.I.)) a permis au contribuable de déduire une perte correspondant à la différence entre le produit de disposition effectif et le coût d'acquisition réputé selon le para-

acquired as a result of a purchase and winding-up of a subsidiary company. Appeal allowed.

COUNSEL:

Brent Paris for appellant.
Warren J. A. Mitchell, Q.C. for respondent.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Thorsteinssons, Vancouver, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MARCEAU J.A.: I have had the advantage of reading the reasons for judgment prepared by my brother McDonald J.A. Unfortunately, my analysis of the legal principles applicable to the facts of this case does not lead me to the conclusion which he has reached. I cannot, therefore, share his view and must respectfully disagree with him.

I have no doubt that subsection 88(1) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63 (as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 27; 1974-75, c. 26, s. 52; 1977-78, c. 1, s. 43; 1980-81-82-83, c. 48, s. 48)] (the Act) contains a rule which is meant to apply automatically. It is even expressed to operate notwithstanding any other provision of the Act. The conditions for application of the provision are clearly set out and have been met. Subsection 88(1) is certainly applicable here.

I also accept that subsection 245(1) of the Act, concerning artificial transactions, has no role to play in the factual context of this case. The series of operations by which the respondent acquired the Maple Ridge property does not constitute a sham, whatever may be the ulterior economic motive of the scheme. The transactions were real and nothing was hidden behind them. Even if subsection 88(1) operates to allow the respondent to consider the difference between the deemed cost and the actual proceeds of sale as a loss sustained in the course of its business, this loss could not be said to be "artificial" or

graphe 88(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* d'un bien-fonds acquis par suite de l'achat et de la liquidation d'une filiale. L'appel est accueilli.

a AVOCATS:

Brent Paris pour l'appelante.
Warren J. A. Mitchell, c.r., pour l'intimée.

b PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante.
Thorsteinssons, Vancouver, pour l'intimée.

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

LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement rédigés par mon collègue, le juge McDonald, J.C.A. Malheureusement, mon analyse des principes juridiques applicables aux faits de la présente espèce ne m'amène pas à la conclusion à laquelle il en est venu. Je ne puis donc partager son opinion et dois en toute déférence exprimer mon désaccord avec lui.

Je ne doute pas que le paragraphe 88(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63 (mod. par S.C. 1973-74, ch. 14, art. 27; 1974-75, ch. 26, art. 52; 1977-78, ch. 1, art. 43; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 48)] (la Loi) renferme une règle qui est censée s'appliquer automatiquement. Il prévoit même expressément qu'il s'applique malgré toute autre disposition de la Loi. Les conditions d'application de la disposition sont clairement énoncées et ont été respectées. Le paragraphe 88(1) s'applique de toute évidence en l'espèce.

J'accepte également le fait que le paragraphe 245(1) de la Loi, qui concerne les opérations factices, n'a aucun rôle à jouer dans le contexte factuel de la présente affaire. La série d'opérations par lesquelles l'intimée s'est portée acquéreur du fonds de terre de Maple Ridge ne constitue pas un trompe-l'œil, peu importe le mobile économique ultérieur qui l'a poussée à agir. Il s'agissait d'opérations véritables qui ne dissimulaient rien. Même si le paragraphe 88(1) a pour effet de permettre à l'intimée de considérer la différence entre le coût réputé et le produit effectif de la vente comme une perte subie dans le cadre de son

“undue” as it would arise by specific operation of the Act.

Where I respectfully disagree with my colleague is in my reading of subsection 88(1) and the view I take of the limited effect of the rule it establishes.

For convenience, I reproduce again the relevant and significant words of subsection 88(1):

88. (1) Where a taxable Canadian corporation (in this subsection referred to as the “subsidiary”) has been wound up after May 6, 1974 . . . , notwithstanding any other provision of this Act, the following rules apply:

(a) . . . each property of the subsidiary that was distributed to the parent on the winding-up shall be deemed to have been disposed of by the subsidiary for proceeds equal to,

. . .

(iii) . . . the cost amount to the subsidiary of the property immediately before the winding-up;

. . .

(c) the cost to the parent of each property of the subsidiary distributed to the parent on the winding-up shall be deemed to be the amount deemed by paragraph (a) to be the proceeds of disposition of the property

As I understand the rule enacted in that provision, it is to the effect that on the winding-up of a subsidiary, there shall be a deemed disposition by the subsidiary of each of its properties at the cost amount to it and a deemed acquisition of the property by the parent at the same cost. I cannot read anything else in that provision. More particularly, I cannot read the provision as saying that, if the property was part of the inventory of the subsidiary, it will become part of the inventory of the parent; nor does it specify that unrealized losses of the subsidiary become business losses for the parent. It does not say that the parent will be considered for tax purposes to be in the same situation as the subsidiary was with regard to the property. It determines a deemed cost of acquisition but it does not determine, as I read it, whether that deemed cost and the actual proceeds of sale of the

entreprise, on ne saurait dire que cette perte est «factice» ou «indue»; étant donné qu’elle résulte de l’application spécifique de la Loi.

Là où je ne suis pas du même avis que mon collègue, c’est dans mon interprétation du paragraphe 88(1) et dans l’opinion que j’ai de l’effet limité de la règle qu’il établit.

Par souci de commodité, je reproduis à nouveau les dispositions pertinentes et significatives du paragraphe 88(1):

88. (1) Lorsqu’une corporation canadienne imposable (appelée dans le présent paragraphe la «filiale») a été liquidée après le 6 mai 1974 . . . , les règles suivantes s’appliquent nonobstant toutes autres dispositions de la présente loi:

a) . . . tout bien de la filiale attribué à la corporation mère lors de la liquidation est réputé avoir fait l’objet d’une disposition par la filiale à un prix égal,

. . .

(iii) au coût indiqué du bien, pour la filiale, immédiatement avant la liquidation . . .

. . .

c) le prix, pour la corporation mère, de chaque bien de la filiale, qui lui a été attribué lors de la liquidation, est réputé être le montant réputé être, en vertu de l’alinéa a), le produit de disposition du bien . . .

Si je comprends bien la règle édictée par cette disposition, lors de la liquidation d’une filiale, celle-ci est réputée disposer de tous ses biens à un prix égal à leur coût indiqué pour elle et la compagnie mère est réputée avoir fait l’acquisition des biens en question au même prix. C’est, selon moi, la seule interprétation possible de cette disposition. Plus particulièrement, je ne puis interpréter la disposition comme signifiant que, si les biens faisaient partie du stock de la filiale, ils passeront dans le stock de la compagnie mère; elle ne précise pas non plus que les pertes non réalisées de la filiale deviennent des pertes d’entreprise de la compagnie mère. Elle ne dit pas que la compagnie mère sera considérée, sur le plan fiscal, comme étant dans la même situation que celle dans laquelle se trouvait la filiale pour ce qui est des biens. Elle prévoit un coût d’acquisition réputé, mais elle ne

property will enter into the calculation of the parent's income from its business. That determination must be made according to section 9 of the Act which defines business income. In order to satisfy the requirements of that provision, the parent must demonstrate that the property has become part of its own inventory.

It is true that the parent's business in our case is the development and sale of real property, the same as that carried on by the subsidiary. It is this feature of the case which renders the analysis so difficult. Had the respondent's business been different than what it is, the scheme would have been unthinkable, as the acquisition of the land would obviously not be a transaction done in the course of business, nor could it ever have been considered, in the circumstances, an adventure in the nature of trade (cf. the decision of this Court in *Canada v. Loewen*, [1994] 3 F.C. 83 (C.A.)). But does the fact that both parent and subsidiary were in the same business, in itself, impose a finding that the property necessarily became part of the inventory of the parent since it was part of the inventory of the subsidiary? In my view, it could be so only if the transaction or series of transactions by which the land was acquired was entered into by the parent in the course of, within the ambit of, or for the purposes of its business. It is well established, in the jurisprudence, that a transaction which is devoid of the ordinary characteristics of trade, especially if devoid of any possibility of yielding some direct or indirect, immediate or eventual profit, is not a trading transaction and any property so acquired cannot be regarded as stock-in-trade (see: *Bishop (Inspector of Taxes) v. Finsbury Securities, Ltd.*, [1966] 3 All E.R. 105 (H.L.); *FA & AB Ltd v Lupton (Inspector of Taxes)*, [1971] 3 All E.R. 948 (H.L.); *Deputy Minister of Revenue (Qué.) v. Lipson*, [1979] 1 S.C.R. 833). It is well established also that the mere seeking of a fiscal benefit does not give a non-trading transaction the character of a trading one

précise pas, selon mon interprétation, si le coût réputé et le produit effectif de la vente des biens entreraient dans le calcul du revenu tiré par la compagnie mère de son entreprise. Cette détermination doit se faire conformément à l'article 9 de la Loi, qui définit le revenu d'entreprise. Pour satisfaire aux exigences de cette disposition, la compagnie mère doit démontrer que les biens sont passés dans son propre stock.

Il est vrai que, dans le cas qui nous occupe, l'entreprise de la compagnie mère est l'aménagement et la vente de biens immobiliers et qu'il s'agit de la même entreprise que celle qu'exploitait la filiale. C'est cette caractéristique de l'affaire qui rend l'analyse si difficile. Si l'entreprise de l'intimée avait été différente, le plan aurait été impensable, car l'acquisition du bien-fonds ne serait de toute évidence pas une opération effectuée dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise, et elle n'aurait jamais pu être considérée, eu égard aux circonstances, comme un projet comportant un risque de caractère commercial (voir la décision rendue par notre Cour dans l'affaire *Canada c. Loewen*, [1994] 3 C.F. 83 (C.A.)). Mais le fait que la compagnie mère et la filiale exploitaient toutes les deux la même entreprise nous force-t-il, en soi, à conclure que le bien est nécessairement passé dans le stock de la compagnie mère étant donné qu'il faisait partie du stock de la filiale? À mon avis, il ne pourrait en être ainsi que si l'opération ou la série d'opérations par lesquelles le bien-fonds a été acquis avaient été entreprises par la compagnie mère au cours ou dans le cadre de l'exploitation de son entreprise ou pour les besoins de celle-ci. Il est de jurisprudence constante qu'une opération qui ne présente pas les attributs habituels du commerce, spécialement si elle ne comporte aucune possibilité de dégager un profit direct ou indirect, immédiat ou éventuel, ne constitue pas une opération commerciale et que tout bien qui est acquis de la sorte ne peut être considéré comme un article de commerce (voir les arrêts *Bishop (Inspector of Taxes) v. Finsbury Securities, Ltd.*, [1966] 3 All E.R. 105 (H.L.); *FA & AB Ltd v Lupton (Inspector of Taxes)*, [1971] 3 All E.R. 948 (H.L.); *Sous-ministre du Revenu (Qué.) c. Lipson*, [1979] 1 R.C.S. 833). Il est également de jurisprudence constante que le simple fait de chercher à se procurer un avantage fiscal ne fait pas d'une opération non commerciale une opération commerciale (*Moloney (M.)*

(*Moloney (M.) v. Canada*, [1992] 2 C.T.C. 227 (F.C.A.); *Canada v. Loewen, supra*).¹

That the transaction here was devoid of the ordinary characteristics of trade is indisputable. This is made clear in the following passage from the judgment of the learned Trial Judge [[1993] 2 C.T.C. 3189 (T.C.C.), at pages 3191-3192]:

These series of transactions were motivated solely for the purpose of reducing tax. Appellant's counsel's words cut to the core:

Now let's be clear, Your Honour. We make no bones about the fact that this was an entirely tax-motivated transaction. We make no bones about the fact that there was no reasonable expectation of profit in property where we acquired it at noon and sold it by dusk for a loss of four and a half million dollars.

That this was factually correct was elicited from Mr. Ralph Schmidtke, an officer of the appellant. He also confirmed that although the land had in the past been considered for acquisition and development as part of the appellant's regular business, it was only an idea which was dropped.

It is true also that, by winding-up its subsidiary, the respondent was assuming all of Frasersview's debts. One may try to see there a compelling indication that the respondent intended to blend the subsidiary's business with its own and carry on the subsidiary's business with no change whatsoever. I do not see it this way. For the scheme to be carried out, it was of course necessary that the respondent take this route, and this it did wilfully, and very wisely, only after having "parked" the debts in the hands of a partnership controlled by its principal shareholder. But I do not see how that fact alone could have any bearing on the determination of the nature of the transaction

¹ Here is a passage of the judgment in *Moloney (M.) v. Canada*, at pp. 227-228:

While it is trite law that a taxpayer may so arrange his business as to attract the least possible tax . . . it is equally clear in our view that the reduction of his own tax cannot by itself be a taxpayer's business for the purpose of the *Income Tax Act* To put the matter another way, for an activity to qualify as a "business" the expenses of which are deductible under paragraph 18(1)(a) it must not only be one engaged in by the taxpayer with a reasonable expectation of profit, but that profit must be anticipated to flow from the activity itself rather than exclusively from the provisions of the taxing statute.

c. Canada, [1992] 2 C.T.C. 227 (C.A.F.); *Canada c. Loewen*, précité¹).

Il est incontestable que l'opération en cause en l'espèce ne présentait pas les attributs habituels du commerce, ainsi qu'il ressort de l'extrait suivant du jugement du juge de première instance [[1993] 2 C.T.C. 3189 (C.C.I.), aux pages 3191 et 3192]:

Cette série d'opérations avait pour seul objet la réduction de l'impôt. L'avocat de l'appelante a dit pertinemment:

[TRADUCTION] Soyons francs, Madame le juge. Nous ne cachons pas qu'il s'agit d'une opération motivée uniquement par des considérations d'ordre fiscal. Nous ne cachons pas non plus qu'il n'y avait aucune expectative raisonnable de tirer un profit d'un bien que nous avons acquis puis revendu presque aussitôt à une perte de quatre millions et demie de dollars.

Qu'il en ait été effectivement ainsi, voilà ce qu'a indiqué M. Ralph Schmidtke, dirigeant de l'appelante. Il a aussi confirmé qu'on avait déjà envisagé l'acquisition du bien-fonds en vue de son aménagement dans le cadre des activités habituelles de l'appelante, mais que ce n'était rien de plus qu'un projet, qui a en fait été abandonné.

Il est également vrai qu'en liquidant sa filiale, l'intimée prenait à sa charge toutes les dettes de la Frasersview. On peut essayer d'y voir un indice convaincant que l'intimée avait l'intention de fusionner l'entreprise exploitée par sa filiale et la sienne et d'exploiter l'entreprise de la filiale sans le moindre changement. Je ne vois pas les choses de cette manière. Pour mener le projet à bien, il fallait évidemment que l'intimée suive cette voie et c'est ce qu'elle a fait à dessein — et très prudemment — seulement après avoir «placé» les dettes entre les mains d'une société contrôlée par son principal actionnaire. Mais je ne vois pas comment ce fait pourrait à lui

¹ Voici un extrait de l'arrêt *Moloney (M.) c. Canada*, aux pp. 227 et 228:

Il est un principe élémentaire de droit que les contribuables peuvent structurer leurs affaires de manière à être assujettis au minimum d'impôts; toutefois il est tout aussi évident à notre avis que, pour les contribuables, la réduction de leurs propres impôts ne peut en soi constituer une entreprise aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* . . . En d'autres termes, pour qu'une activité soit reconnue comme une «entreprise» dont les dépenses sont déductibles en vertu de l'alinéa 18(1)a), non seulement le contribuable doit-il s'y adonner avec une expectative raisonnable de profit, mais aussi faut-il s'attendre à ce que le profit en question découle de l'activité elle-même et non pas exclusivement des dispositions de la loi fiscale.

and the status of the land during the short time while it was owned by the respondent before being transferred pursuant to a prearranged sale.

Counsel for the respondent tried to dispute the appellant's position by characterizing it as the latest version of the "business purpose test" discredited in Canadian law since the Supreme Court decision in *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536. I do not agree. The question is not whether the transaction or series of transactions should be ignored as in *Stubart*. It is a real transaction, as I said, which produced ostensible legal effects and to which, undoubtedly, the rule established by subsection 88(1) applied. The question, again, is whether the land acquired became part of the respondent's inventory so as to allow the notional loss incurred on its disposal to be considered a business loss and used in calculating the profit from the respondent's business. With the greatest respect for the contrary opinion of the learned Trial Judge and my brother, I believe that, according to the provisions of the Act, the answer to the question must be no.

I would allow the appeal, set aside the decision of the Tax Court of Canada dated October 27, 1993, and reinstate the assessments of the Minister as set out in notices of reassessment dated July 16, 1991 with respect to the appellant's taxation years ended November 30, 1982, November 30, 1983, November 30, 1987 and November 30, 1988.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STONE J.A.: I have had the advantage of reading in draft the reasons for judgment of both of my colleagues. In my view the appeal should be allowed for the reasons proposed by Marceau J.A. and for those which follow.

One of the arguments before the learned Trial Judge was the significance to be attributed to certain

seul avoir une incidence sur la détermination de la nature de l'opération et sur le statut du bien-fonds au cours de la courte période de temps pendant laquelle il appartenait à l'intimée avant d'être transféré conformément à une vente arrangée d'avance.

L'avocat de l'intimée a tenté de contester la thèse de l'appelante en la qualifiant de version la plus récente du «critère de l'objet commercial» qui a été discredité en droit canadien depuis l'arrêt *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, de la Cour suprême du Canada. Je ne suis pas de cet avis. La question qui se pose n'est pas celle de savoir si l'on ne doit pas tenir compte de l'opération ou de la série d'opérations comme dans l'arrêt *Stubart*. Il s'agit d'une opération véritable qui, comme je l'ai déjà dit, a produit des effets juridiques ostensibles et à laquelle la règle créée par le paragraphe 88(1) s'appliquait indubitablement. Je répète que la question qui se pose est celle de savoir si le bien-fonds qui a été acquis est passé dans le stock de l'intimée de telle sorte que la perte fictive subie lors de sa disposition doive être considérée comme une perte d'entreprise et être utilisée pour calculer le profit tiré de l'entreprise de l'intimée. En toute déférence pour le juge de première instance et pour mon collègue, j'estime que, conformément aux dispositions de la Loi, il faut répondre par la négative à cette question.

J'accueillerais l'appel, j'annulerais la décision rendue le 27 octobre 1993 par la Cour canadienne de l'impôt et je rétablirais les cotisations du ministre qui sont énoncées dans les avis de nouvelle cotisation datés du 16 juillet 1991 relativement aux années d'imposition de l'intimée se terminant le 30 novembre 1982, le 30 novembre 1983, le 30 novembre 1987 et le 30 novembre 1988.

* * *

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

LE JUGE STONE, J.C.A.: J'ai eu l'avantage de lire le projet de motifs de jugement de mes deux collègues. À mon avis, l'appel devrait être accueilli pour les motifs proposés par le juge Marceau, J.C.A., de même que pour les motifs qui suivent.

L'un des arguments invoqués devant le juge de première instance concernait l'importance à accorder

amendments to the *Income Tax Act* and Regulations [*Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945] adopted in 1987.² The argument was advanced at trial and in this Court that the adoption of these amendments signified an intention by Parliament to alter the previous state of the law. It was explained that these amendments had the effect of preventing an accrued and unrealized loss on inventory from being passed up to a parent on a winding-up of a subsidiary without tax consequences. The Trial Judge [at page 3196] described the 1987 amendments as “substantive,” that they had worked more than a “mere clarification or codification of the existing state of the law” and had the effect of precluding “the results of the very situation at hand.” My colleague, McDonald J.A., adopts that reasoning.

In my opinion, the 1987 amendments should not be viewed with such facility. We are not required to construe them. I merely wish to state that in my view those amendments are not necessarily to be taken as altering the previous state of the law. That this is so is evident from the provisions of subsection 45(2) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, which read:

45. . . .

(2) The amendment of an enactment shall not be deemed to be or to involve a declaration that the law under that enactment was or was considered by Parliament or other body of person by whom the enactment was enacted to have been different from the law as it is under the enactment as amended.

I would dispose of the appeal in the manner proposed by Marceau J.A.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MCDONALD J.A. (*dissenting*): This is an appeal from the Tax Court of Canada decision dated October 27, 1993 in which the Trial Judge decided that the respondent could claim a loss arising from the sale of a property that had been acquired as a result of a

² These amendments are contained in s. 70 of S.C. 1987, c. 46 which added s. 249(4) to the Act and in s. 1801 [as am. by SOR/89-419, s. 1] of the Regulations.

à certaines modifications apportées en 1987 à la *Loi de l'impôt sur le revenu* et au *Règlement de l'impôt sur le revenu* [C.R.C., ch. 945]². En effet, au procès et devant notre Cour, on a fait valoir que l'adoption de ces modifications signifiait que le législateur fédéral avait l'intention de modifier l'état antérieur du droit. On a expliqué que ces modifications avaient pour effet d'empêcher de transmettre sans incidence fiscale à une compagnie mère la perte accumulée et non réalisée imputable au stock lors de la liquidation d'une filiale. Le juge de première instance a qualifié les modifications de 1987 [à la page 3196] de «modifications de fond» qui ne se bornaient pas à «simple-ment clarifier ou codifier les règles de droit existantes» et qui avaient pour effet d'éliminer «précisément les résultats devant lesquels nous nous trouvons en l'espèce». Mon collègue le juge McDonald, J.C.A. fait sien ce raisonnement.

À mon avis, les modifications de 1987 ne devraient pas être examinées avec une telle complaisance. Nous ne sommes pas tenus de les interpréter. Je désire simplement déclarer qu'à mon avis, on ne doit pas nécessairement considérer que ces modifications modifient l'état antérieur du droit. C'est ce qui ressort à l'évidence des dispositions du paragraphe 45(2) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, qui énoncent:

45. . . .

(2) La modification d'un texte ne constitue pas ni n'implique une déclaration portant que les règles de droit du texte étaient différentes de celles de sa version modifiée ou que le Parlement, ou toute autre autorité qui l'a édicté, les considérait comme telles.

Je trancherais l'appel de la manière proposée par le juge Marceau, J.C.A.

* * *

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

LE JUGE MCDONALD, J.C.A. (*dissentant*): Il s'agit de l'appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt rendue le 27 octobre 1993 par laquelle le juge de première instance a décidé que l'intimée pouvait réclamer la déduction d'une perte découlant de la

² Ces modifications se trouvent à l'art. 70 de L.C. 1987, ch. 46, qui a eu pour effet d'insérer l'art. 249(4) dans la Loi, et à l'art. 1801 [mod. par DORS/89-419, art. 1] du Règlement.

purchase and winding-up of a subsidiary company. The sole issue before the Tax Court was whether that loss could be claimed against the respondent's income.

The acquired loss from the subsidiary was claimed against revenues of the respondent for the 1982 taxation year and for subsequent years resulting in a total avoidance of tax payable for these years.

The Facts

The respondent, Mara Properties Ltd. (Mara) is a taxable Canadian corporation having its principal place of business in Vancouver, British Columbia. The respondent's business was managed by its principal shareholder, Mr. Werner Paulus, a resident of the United States. Mara is in the business of locating, developing and selling real property and any profits from property sales were reported as business income and not as capital gains.

The transaction which is the subject of this appeal began on November 30, 1982 when Mara acquired all of the outstanding shares of another taxable Canadian corporation, Fraserview Development Ltd. (Fraserview). The purchase price of these shares was \$69,998. Fraserview thus became a wholly-owned subsidiary of Mara. Fraserview's sole asset at the time of acquisition was a parcel of land (land) originally purchased for approximately \$6 million and partially developed by Fraserview for an additional \$1.577 million.

On the same day that Mara acquired control of Fraserview it proceeded to wind up the company which resulted in Fraserview's land "rolling over" to Mara pursuant to subsection 88(1) of the *Income Tax Act* (the Act).

88. (1) Where a taxable Canadian corporation (in this subsection referred to as the "subsidiary") has been wound up after May 6, 1974 . . . notwithstanding any other provision of this Act, the following rules apply:

vente d'un bien qui avait été acquis par suite de l'achat et de la liquidation d'une filiale. La seule question en litige devant la Cour de l'impôt était celle de savoir si l'intimée pouvait déduire la perte en question de ses revenus.

L'intimée a déduit de ses revenus pour l'année d'imposition 1982 et pour les années subséquentes la perte dont elle avait héritée de sa filiale, de telle sorte qu'elle a évité entièrement l'impôt payable pour les années en question.

Les faits

L'intimée, Mara Properties Ltd. (la Mara), est une corporation canadienne imposable dont le principal établissement est situé à Vancouver, en Colombie-Britannique. L'entreprise de l'intimée était gérée par son actionnaire principal, M. Werner Paulus, un résident des États-Unis. La Mara exploite une entreprise de recherche, d'aménagement et de vente de biens immobiliers. Elle a déclaré tous les profits tirés de la vente de biens immobiliers à titre de revenus d'entreprise et non à titre de gains en capital.

L'opération qui fait l'objet du présent appel a été entreprise le 30 novembre 1982, date à laquelle la Mara a acquis toutes les actions en circulation d'une autre corporation canadienne imposable, la Fraserview Development Ltd. (la Fraserview). Le prix d'achat des actions en question était de 69 998 \$. La Fraserview est ainsi devenue une filiale possédée en propriété exclusive par la Mara. Le seul bien de la Fraserview au moment de l'acquisition était un fonds de terre (le bien-fonds) qui avait été initialement acheté au prix approximatif de six millions de dollars et qui avait été aménagé en partie par la Fraserview pour une somme additionnelle de 1 577 000 \$.

Le même jour que celui où elle a acquis le contrôle de la Fraserview, la Mara a procédé à la liquidation de la compagnie, ce qui a donné lieu au «transfert libre d'impôt» du bien-fonds de la Fraserview à la Mara conformément au paragraphe 88(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la Loi).

88. (1) Lorsqu'une corporation canadienne imposable (appelée dans le présent paragraphe la «filiale») a été liquidée après le 6 mai 1974 . . . , les règles suivantes s'appliquent nonobstant toutes autres dispositions de la présente loi:

(a) . . . each property of the subsidiary that was distributed to the parent on the winding-up shall be deemed to have been disposed of by the subsidiary for proceeds equal to,

a) . . . tout bien de la filiale attribué à la corporation mère lors de la liquidation est réputé avoir fait l'objet d'une disposition par la filiale à un prix égal,

(iii) . . . the cost amount to the subsidiary of the property immediately before the winding-up;

(iii) au coût indiqué du bien, pour la filiale, immédiatement avant la liquidation . . .

(c) the cost to the parent of each property of the subsidiary distributed to the parent on the winding-up shall be deemed to be the amount deemed by paragraph (a) to be the proceeds of disposition of the property.

c) le prix, pour la corporation mère, de chaque bien de la filiale, qui lui a été attribué lors de la liquidation, est réputé être le montant réputé être, en vertu de l'alinéa a), le produit de disposition du bien . . .

At the time of the winding-up the fair market value of Fraserview's land had dropped to \$3 million. The loss in land value was described by witnesses before the Trial Judge as a "pregnant loss" which is a vernacular term to depict the failure to give birth to the loss by way of sale or otherwise, while in the hands of the subsidiary. To continue in the vernacular, the birth of the loss took place when the land was sold by the parent Mara to an arm's length third party purchaser. Mara then claimed the loss from this disposition of land against its revenues but the claim was disallowed by the Minister giving rise to the appeal to the Tax Court of Canada.

Au moment de la liquidation, la juste valeur marchande du bien-fonds de la Fraserview était tombée à trois millions de dollars. Des témoins qui ont comparu devant le juge de première instance ont qualifié la moins-value du bien-fonds de «perte en gestation» (une expression du métier que l'on emploie pour illustrer le fait que la perte ne s'est pas concrétisée — au moyen notamment d'une vente — pendant qu'elle se trouvait entre les mains de la filiale). La perte ne s'est réalisée que lorsque le bien-fonds a été vendu par la compagnie mère Mara à un tiers avec lequel elle n'avait aucun lien de dépendance. La Mara a ensuite demandé que la perte découlant de la vente du bien-fonds soit déduite de son revenu, mais le ministre a refusé la déduction, d'où l'appel interjeté devant la Cour canadienne de l'impôt.

It is important to note that all of these transactions were motivated solely for the purpose of avoiding tax. The Trial Judge quoted [at page 3192] the appellant's counsel as follows:

Il importe de noter que toutes ces opérations avaient pour seul objet la réduction de l'impôt. Le juge de première instance a cité [à la page 3192] à cet égard les propos suivants de l'avocat de l'appelante:

Now let's be clear, Your Honour. We make no bones about the fact that this was an entirely tax-motivated transaction. We make no bones about the fact that there was no reasonable expectation of profit in property where we acquired it at noon and sold it by dusk for a loss of four and a half million dollars.

[TRADUCTION] Soyons francs, Madame le juge. Nous ne cachons pas qu'il s'agit d'une opération motivée uniquement par des considérations d'ordre fiscal. Nous ne cachons pas non plus qu'il n'y avait aucune expectative raisonnable de tirer un profit d'un bien que nous avons acquis puis revendu presque aussitôt à une perte de quatre millions et demie de dollars.

The Decision Under Appeal

La décision entreprise

The Trial Judge described subsection 88(1) as a rollover provision which deems a disposition and acquisition of a subsidiary's property to have accrued at the subsidiary's cost, and to defer its fiscal consequences until the parent actually disposes of the property by sale or otherwise. She found that this provision operates automatically upon all of its conditions being met, which is the situation here. She also ventured the opinion that the rationale behind subsection

Le juge de première instance a qualifié le paragraphe 88(1) de disposition qui prévoit un transfert libre d'impôt et selon laquelle la disposition et l'acquisition du bien d'une filiale sont réputées avoir eu lieu au coût pour la filiale et suivant laquelle les conséquences fiscales de l'opération sont différées jusqu'au moment où la compagnie mère dispose effectivement du bien en question au moyen notamment d'une vente. Elle a conclu que cette disposition joue

88(1) is a recognition that before being wound up a subsidiary may have accrued unrealized losses on non-capital property.

The Trial Judge rejected the Minister's argument that subsection 9(1)³ and paragraph 18(1)(a)⁴ of the Act precluded deductibility of the cost of the land because the respondent did not acquire the land for the purpose of profit from a business that it intended to carry on. Specifically she rejected the paragraph 18(1)(a) argument by finding that the land in question was inventory in the hands of both companies and not an "outlay or expense" made or incurred that is a "deduction in the computation of income." She found that the respondent did not make or incur any outlay or expense, it simply inherited the deemed cost of the land.

With respect to subsection 9(1) the Minister argued that the deemed cost amount is fallacious since the income therefrom could not conceivably produce a profit when the pre-arranged sale took place. Again the Trial Judge rejected this argument when she held that the definition of income in subsection 9(1) does not affect a deduction based on subsection 88(1) because, by its own terms, subsection 88(1) operates "notwithstanding" any other provision of the Act.

³ S. 9(1) of the Act reads,

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.

⁴ S. 18(1)(a) reads,

18. . . .

(a) an outlay or expense except to the extent that it was made or incurred by the taxpayer for the purpose of gaining or producing income from the business or property;

automatiquement du moment que sont remplies toutes les conditions qu'elle pose, ce qui est le cas en l'espèce. Elle s'est permise d'observer que la raison d'être du paragraphe 88(1) est la reconnaissance du fait qu'avant sa liquidation, une filiale peut avoir accumulé des pertes non réalisées sur des biens non immobilisés.

Le juge de première instance a jugé mal fondé le moyen du ministre suivant lequel le paragraphe 9(1)³ et l'alinéa 18(1)a [mod. par S.C. 1985, ch. 45, art. 126]⁴ de la Loi empêchaient de déduire le coût du bien-fonds parce que l'intimée n'avait pas acquis le bien-fonds en vue de tirer un profit de l'entreprise qu'elle avait l'intention d'exploiter. Plus précisément, elle a rejeté le moyen tiré de l'alinéa 18(1)a en concluant que le bien-fonds en question constituait un élément de stock entre les mains des deux compagnies et non «un débours ou une dépense» fait ou engagé qui peut être déduit «dans le calcul du revenu». Elle a conclu que l'intimée n'avait pas fait ou engagé un débours ou une dépense, et qu'elle avait tout simplement hérité du coût réputé du bien-fonds.

En ce qui concerne le paragraphe 9(1), le ministre a fait valoir que le coût indiqué réputé du bien-fonds est trompeur, étant donné qu'il était inconcevable que sa vente, qui avait été planifiée à l'avance, rapporte un bénéfice quelconque. Là encore, le juge de première instance a jugé ce moyen mal fondé en statuant que la définition du mot «revenu» au paragraphe 9(1) n'a pas pour effet de permettre au contribuable de se prévaloir d'une déduction en vertu du paragraphe 88(1) parce que, de par ses termes mêmes, le paragraphe 88(1) s'applique «nonobstant» toute autre disposition de la Loi.

³ L'art. 9(1) de la Loi porte:

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.

⁴ L'art. 18(1)a) porte:

18. . . .

a) un débours ou une dépense, sauf dans la mesure où ce débours ou cette dépense a été fait ou engagé par le contribuable en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien.

Finally the Trial Judge also rejected the Minister's claim that the purchase of Fraserview was an artificial transaction that was caught by subsection 245(1) of the Act. This she said was a similar provision to paragraph 18(1)(a) in that it only applies to "deductions" or "disbursements or expenses made or incurred." She stated that the deemed cost of the land here is not a "deduction" or a "disbursement or expense made or incurred." In fact, far from being artificial, the amount of loss is the product of a statutory deeming provision to which effect must be given.

In her conclusion the Trial Judge stated that until 1987 Parliament, by way of subparagraph 88(1)(a)(iii) presumably had a policy whereby a parent company had the ability to utilize a subsidiary's unrealized non-capital losses following its wind up into the parent. The purpose of the 1987 amendments discussed below was clearly to block the transfer of losses and thus preclude the very situation that existed here.

Issues Under Appeal

The following issues arise.

1. Did the Trial Judge err in holding that the difference between the cost of the land deemed by subsection 88(1), and the proceeds of disposition from the sale of the land constituted a result which properly entered into the computation of the respondent's profits for the 1982 taxation year?

2. Did the Trial Judge err in holding that the cost of the land deemed by subsection 88(1) was relevant in computing the respondent's income from business for the 1982 taxation year even though the respondent did not use the land in its business nor acquire it with the intention of using it in the business?

3. Did the Trial Judge err in holding that subsection 88(1) itself operates to produce a loss from the business being the difference between the cost of the land

Finallyment, le juge de première instance a également rejeté la prétention du ministre suivant laquelle l'achat de la Fraserview constituait une opération fictive qui tombait sous le coup du paragraphe 245(1) de la Loi. Elle a déclaré que cette disposition était analogue à l'alinéa 18(1)a), étant donné qu'elle ne s'applique qu'aux «déductions» ou aux «débours ou dépense[s] fait[s] ou engagé[s]». Elle a déclaré que le coût réputé du bien-fonds en cause n'était pas une «déduction» ou un «débours ou une dépense fait ou engagé». De fait, loin d'être fictive, la perte résulte d'une disposition législative qui crée une présomption et à laquelle il faut donner effet.

Dans sa conclusion, le juge de première instance a déclaré que, jusqu'en 1987, le législateur fédéral avait vraisemblablement prévu, au sous-alinéa 88(1)a)(iii), une politique qui permettait à une compagnie mère de se prévaloir des pertes autres qu'en capital non réalisées de sa filiale à la suite de la liquidation de celle-ci et de son absorption par la compagnie mère. Les modifications de 1987 dont nous avons déjà parlé avaient de toute évidence pour but de bloquer le transfert de pertes et d'empêcher par conséquent la situation précise qui existe en l'espèce.

Questions en litige en appel

Les questions en litige sont les suivantes:

1. Le juge de première instance a-t-elle commis une erreur en statuant que la différence entre le coût réputé du bien-fonds aux termes du paragraphe 88(1) et le produit de la vente du bien-fonds constituait un résultat qui entrait à bon droit dans le calcul des profits de l'intimée pour l'année d'imposition 1982?

2. Le juge de première instance a-t-elle commis une erreur en statuant que l'on pouvait tenir compte du coût réputé du bien-fonds aux termes du paragraphe 88(1) pour calculer le revenu d'entreprise de l'intimée pour l'année d'imposition 1982, même si l'intimée n'a pas utilisé le bien-fonds dans son entreprise et qu'elle ne l'a pas acquis dans l'intention de l'utiliser dans son entreprise?

3. Le juge de première instance a-t-elle commis une erreur en statuant que le paragraphe 88(1) a lui-même pour effet de créer une perte provenant d'une entre-

deemed by subsection 88(1) and the proceeds from the sale of the land?

4. Did the Trial Judge err in holding that the cost of land deemed by subsection 88(1) does not constitute an outlay or expense within the meaning of paragraph 18(1)(a) or a disbursement or expense within the meaning of subsection 245(1)?

Analysis

I begin this analysis by repeating that the respondent's sole motivation to engage in these transactions was for the purpose of reducing tax. That fundamental concept may initially strike the judicial mind as unpalatable and contrary to the general anti-avoidance rule that abusive tax avoidance, contrary to the goal of equity in the modern *Income Tax Act*, is no longer tolerable. This aversion however must be tempered in consideration of Lord Tomlin's fundamental *dictum* that "Every man is entitled if he can to order his affairs so that the tax attaching under the appropriate Acts is less than it would otherwise be" (*Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of)*, [1936] A.C. 1 (H.L.), at page 19) and Wilson J.'s finding in *Stubart Investments Ltd. v. The Queen* [1984] 1 S.C.R. 536, at page 540 (*Stubart*): "A transaction may be effectual and not in any sense a sham (as in this case) but may have no business purpose other than the tax purpose." Additionally, this Court must assess the loss on the sale of the land with an "eye to commercial and economic realities, rather than juristic classification of form" (*Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3, at page 17 (*Bon-Secours*)).

Before proceeding further I feel it would be wise to clarify the terminology to be used in the present case. Here, the respondent acquired the shares of Fraserview at a time when the cost of the land exceeded its fair market value by approximately \$4,500,000. By specific operation of subsection 88(1) of the Act, the respondent did not realize any loss on

prise qui correspond à la différence entre le coût du bien-fonds réputé aux termes du paragraphe 88(1) et le produit de la vente du bien-fonds?

a 4. Le juge de première instance a-t-elle commis une erreur en statuant que le coût du bien-fonds réputé aux termes du paragraphe 88(1) ne constitue pas un débours ou une dépense au sens de l'alinéa 18(1)a) ou un débours ou une dépense au sens du paragraphe b 245(1)?

Analyse

Je commence la présente analyse en répétant que la seule considération qui a incité l'intimée à s'engager dans ces opérations était de réduire son impôt. Ce postulat de base peut de prime abord frapper l'esprit des juges comme étant désagréable à entendre et contraire au principe général qui interdit d'éviter l'impôt et suivant lequel l'évitement abusif d'impôt, qui est contraire à l'objectif d'équité que vise la *Loi de l'impôt sur le revenu* actuelle, n'est plus tolérable. Cette aversion doit toutefois être tempérée en tenant compte aussi bien de l'opinion fondamentale de lord Tomlin, suivant laquelle [TRADUCTION] «Tout homme a le droit, s'il le peut, de diriger ses affaires de façon que son assujettissement aux impôts prescrits par les lois soit moindre qu'il ne le serait autrement» (*Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of)*, [1936] A.C. 1 (H.L.), à la page 19), que de la conclusion tirée par le juge Wilson dans l'arrêt *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, à la page 540 (*Stubart*): «Une opération peut être valide sans être un trompe-l'oeil de quelque façon (comme en l'espèce), mais elle peut n'avoir d'autre objet commercial qu'un objet fiscal». Qui plus est, notre Cour doit apprécier la perte subie par suite de la vente du bien-fonds en ayant «présent à l'esprit les réalités commerciales et économiques plutôt que quelque critère juridique formel» (*Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3, à la page 17 (*Bon-Secours*)).

i Avant d'aller plus loin, je crois qu'il serait sage de clarifier la terminologie à employer dans le cas qui nous occupe. En l'espèce, l'intimée a acquis les actions de la Fraserview à un moment où le coût du bien-fonds dépassait sa juste valeur marchande d'environ 4 500 000 \$. Par l'effet précis du paragraphe 88(1) de la Loi, l'intimée n'a pas réalisé de perte rela-

the land when Fraserview was liquidated. Conversely, Fraserview's cost of the land became the respondent's cost of the land.

The respondent, not Fraserview, realized the loss when the land was sold. I have specifically emphasized the word "loss" to remove any doubt that the amount in question here is indeed a loss on the sale of the land. This loss is not an "outlay," "expense" or "disbursement."

The appellant's objection to the claimed loss begins at the most fundamental level of the *Income Tax Act*. Consequently, I begin my analysis by investigating whether the respondent has a source of income (or loss) under which this loss can be claimed. Under subsection 4(1) of the Act, a taxpayer's income or loss is computed on a source-by-source basis. The section reads:

4. (1) . . .

(a) a taxpayer's income or loss for a taxation year from an office, employment, business property or other source, or from sources in a particular place, is the taxpayer's income or loss, as the case may be . . .

Again, the appellant correctly asserts that a taxpayer's income from a business is the profit from that business and, in accordance with generally accepted accounting principles (GAAP), the profit comprises the revenues earned in a taxation year less the expenses incurred for the purpose of earning such revenues. One of the established reductions in the Act is non-capital losses and it is widely accepted that a business loss is a non-capital loss. I find that the loss on the sale of the land is a business loss because the land is an item of inventory in the hands of the respondent.

At this juncture I will address the appellant's contention that the land in question cannot be inventory.

tivement au bien-fonds lorsque la Fraserview a été liquidée. Inversement, le coût du bien-fonds pour la Fraserview est devenu le coût du bien-fonds pour l'intimée.

a

C'est l'intimée, et non la Fraserview, qui a réalisé la perte lorsque le bien-fonds a été vendu. J'ai à dessein souligné le mot «perte» pour bien préciser que la somme en question en l'espèce constitue bel et bien une perte résultant de la vente du bien-fonds. Cette perte n'est ni un «débours», ni «une charge», ni «une dépense».

b

L'opposition de l'appelante à la déduction de la perte commence au niveau le plus fondamental de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En conséquence, je commence mon analyse en vérifiant si l'intimée possède une source de revenu (ou de perte) en vertu de laquelle elle peut réclamer la déduction de cette perte. Aux termes du paragraphe 4(1) de la Loi, le revenu ou la perte du contribuable est calculé en fonction de sa source. Cet article dispose:

d

4. (1) . . .

a) Le revenu ou la perte d'un contribuable pour année d'imposition, provenant d'une charge, d'un emploi, d'une entreprise, de biens ou d'une autre source, ou de sources situées dans un endroit déterminé, signifie le revenu ou la perte, selon le cas . . .

f

Je répète que c'est à bon droit que l'appelante affirme que le revenu d'entreprise d'un contribuable est le bénéfice qu'il tire de cette entreprise et, conformément aux principes comptables généralement reconnus (PCGR), le bénéfice correspond à l'excédent des produits d'une année d'imposition sur les charges et les dépenses engagées pour obtenir ces produits. Parmi les éléments que la Loi permet de déduire, il y a lieu de mentionner les pertes autres qu'en capital, et il est généralement reconnu que les pertes provenant d'une entreprise constituent des pertes autres qu'en capital. Je conclus que la perte subie par suite de la vente du bien-fonds constitue une perte provenant d'une entreprise parce que le bien-fonds est un élément de stock entre les mains de l'intimée.

g

h

i

j

À ce stade-ci, j'aborde le moyen de l'appelante suivant lequel le bien-fonds en question ne peut faire

Subsection 248(1) [as am by S.C. 1991, c. 49, s. 192] of the Act reads:

248. . . .

“inventory” means a description of property the cost or value of which is relevant in computing a taxpayer’s income from a business for a taxation year . . .

The appellant claims the respondent did not acquire Fraserview for use in its ordinary course of business and therefore the land that rolled over to the respondent under subsection 88(1) is not inventory and ought not to form a part of the computation of profit from that business. Furthermore, since the respondent never intended to gain or produce income on the Fraserview purchase and the subsequent sale of the land, and knowing that the whole undertaking had no reasonable expectation of profit, the land is not a source of income and does not constitute inventory in the respondent’s business.

To simplify these claims, I consider the appellant to mean that the loss on the land is not relevant in computing the respondent’s income.

To address the first claim, the respondent is a corporation in the business of buying, developing and selling real estate. Consequently the respondent reports profits or losses realized from this activity as income (or loss) for tax purposes. Here the respondent purchased all of the shares of Fraserview, a corporation in the business of developing and selling real estate that claims its land holdings as inventory.

There is no dispute that the parties here were at arm’s length and that the price paid for the shares was at fair market value. I emphasize these points in order to distinguish this situation from that of *Macdonald & Sons Ltd. v. M.N.R.*, [1970] Ex. C.R. 230. There the appellant company claimed a \$3,000 per acre cost of acquiring land that consisted of \$1,000 per acre paid in cash plus a gift of \$2,000 per acre made by the principal shareholder. The fair market value of the land at the time of sale was \$2,200 per acre. The appellant company quickly sold the land for

partie du stock ou de l’inventaire. Le paragraphe 248(1) [mod. par L.C. 1991, ch. 49, art. 192] de la Loi énonce:

248. . . .

«inventaire» S’entend de la description des biens dont le prix ou la valeur entre dans le calcul du revenu qu’un contribuable tire d’une entreprise pour une année d’imposition . . .

L’appelante affirme que l’intimée n’a pas acquis la Fraserview en vue de l’utiliser dans le cours normal de ses affaires et qu’en conséquence, le bien-fonds qui a été transféré libre d’impôt à l’intimée en vertu du paragraphe 88(1) ne constitue pas un stock et ne devrait pas entrer dans le calcul du bénéfice tiré de cette entreprise. En outre, comme l’intimée n’a jamais eu l’intention de tirer un revenu de l’achat de la Fraserview et de la vente subséquente du bien-fonds, et sachant que, du début à la fin, l’opération ne comportait aucune expectative raisonnable de profit, le bien-fonds ne constitue pas une source de revenu et ne fait pas partie du stock de l’entreprise de l’intimée.

Pour simplifier les moyens qu’elle a invoqués, je considère que l’appelante voulait dire qu’on ne peut tenir compte de la perte subie relativement au bien-fonds pour calculer le revenu de l’intimée.

Sur le premier moyen, il convient de préciser que l’intimée est une entreprise qui achète, aménage et vend des biens immobiliers. En conséquence, sur le plan fiscal, l’intimée déclare à titre de revenu (ou de perte) les bénéfices ou les pertes qu’elle réalise dans le cadre de ces activités. En l’espèce, l’intimée a acheté toutes les actions de la Fraserview, une compagnie qui œuvrait dans le domaine de l’aménagement et de la vente d’immeubles et qui considérait ses biens-fonds comme des éléments de son stock.

Il est constant que les parties n’avaient aucun lien de dépendance entre elles et que le prix payé pour les actions correspondait à leur juste valeur marchande. Je souligne ces éléments pour établir une distinction entre la présente situation et celle dont il était question dans l’affaire *Macdonald & Sons Ltd. c. M.R.N.*, [1970] R.C.É. 230. Dans cette affaire, la compagnie appelante avait déduit le coût de 3 000 \$ l’acre payé pour acquérir un bien-fonds, soit une somme de 1 000 \$ l’acre payée en espèces et une donation de 2 000 \$ l’acre consentie par l’actionnaire principal.

\$3,000 per acre and claimed no profit on the basis that the cost to them was \$3,000. Thurlow J. [at page 258] found that the appellant did not acquire land in the course of trade because the original transaction “was not carried out in the same way, as transactions that are characteristic of ordinary trading in land.” Specifically, the original transaction was a non-arm’s length transaction that established an acquisition cost of the land at cost price higher than the fair market value of the land at the time. Without question, the acquisition of the land in *Macdonald* was not in the ordinary course of trading in land. However, as I stated above, the sale of all the shares of Frasersview was at arm’s length and in a manner that is characteristic of an ordinary acquisition of corporations. Consequently, on the winding-up of Frasersview, its inventory rolled over to the respondent’s inventory.

Although counsel for the appellant urged this Court not to deem the rolled over property as inventory, he could not assist the Court in determining how this land should be defined for income tax purposes. I believe that the land did roll over into the inventory of the respondent. Frasersview was in the business of developing and selling land and the land in question was a part of its inventory. Upon winding-up, a subsidiary automatically distributes its assets to its parent (subsection 88(1)) and those assets should be grouped with assets of the parent of the same character. Here, both companies are in the same business and consider land as an item of inventory. Consequently, on the winding-up of Frasersview, its inventory should have merged with Mara’s inventory for income tax purposes.

The second prong of the appellant’s argument is that since the purpose of respondent’s purchase of Frasersview was not to gain or produce income and

La juste valeur marchande du bien-fonds au moment de la vente s’établissait à 2 200 \$ l’acre. La compagnie appelante avait rapidement vendu le bien-fonds au prix de 3 000 \$ l’acre et n’avait déclaré aucun bénéfice au motif que le coût du bien-fonds pour elle était de 3 000 \$. Le juge Thurlow a conclu [à la page 258] que l’appelante n’avait pas acquis le bien-fonds dans le cadre de l’exploitation d’un commerce parce que l’opération initiale [TRADUCTION] «n’a pas été exécutée de la même façon que les opérations qui caractérisent les opérations commerciales foncières habituelles». Plus précisément, le juge a statué que l’opération initiale avait été conclue avec un lien de dépendance, ce qui permettait de conclure que le bien-fonds avait été acquis à un prix plus élevé que sa juste valeur marchande à l’époque. L’acquisition du bien-fonds dont il était question dans l’affaire *Macdonald* n’avait de toute évidence pas été faite dans le cadre habituel d’une entreprise foncière. Toutefois, ainsi que je l’ai déjà déclaré, la vente de toutes les actions de la Frasersview a été conclue sans lien de dépendance et d’une façon qui est caractéristique du mode habituel d’acquisition des compagnies. En conséquence, lors de la liquidation de Frasersview, le stock de cette dernière a été transféré libre d’impôt dans le stock de l’intimée.

Bien que l’avocat de l’appelante ait exhorté notre Cour à ne pas considérer le bien transféré libre d’impôt comme un élément de stock, il n’a pas pu aider la Cour à déterminer comment ce bien-fonds devait être défini du point de vue fiscal. J’estime que le bien-fonds a été transféré libre d’impôt dans le stock de l’intimée. La Frasersview exploitait une entreprise d’aménagement et de vente de biens-fonds et le bien-fonds en question faisait partie de son stock. Lors de sa liquidation, une filiale distribue automatiquement ses biens à sa compagnie mère (paragraphe 88(1)) et les biens en question devraient être regroupés avec les biens de même nature de la compagnie mère. En l’espèce, les deux compagnies exploitent la même entreprise et considèrent le bien-fonds comme un bien en stock. En conséquence, lors de la liquidation de la Frasersview, son stock aurait dû se fondre avec celui de la Mara du point de vue fiscal.

Le second volet de la thèse de l’appelante est que, comme l’acquisition de la Frasersview par l’intimée n’avait pas pour but de tirer un revenu et comme il

because the purchase had no reasonable expectation of profit, the land did not create a source of income and it therefore cannot constitute inventory in the respondent's business.⁵ In essence, the appellant claims that the sale of Frasersview to the respondent fails to meet a "business purpose test." This leads the Court to another question. Is it relevant that the taxpayer's sole purpose for entering the transaction was to obtain a tax advantage? The following quote from Wilson J.'s concurring decision in *Stubart* best answers this question [at page 540]:

I am also of the view that the business purpose test and the sham test are two distinct tests. A transaction may be effectual and not in any sense a sham (as in this case) but may have no business purpose other than the tax purpose. The question then is whether the Minister is entitled to ignore it on that ground alone. If he is, then a massive inroad is made into Lord Tomlin's dictum that "Every man is entitled if he can to order his affairs so as that the tax attaching under the appropriate Acts is less than it would otherwise be": *Inland Revenue Commissioners v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1, at 19. Indeed, it seems to me that the business purpose test is a complete rejection of Lord Tomlin's principle.

⁵ I have reviewed the decisions in *Deputy Minister of Revenue (Que.) v. Lipson*, [1979] 1 S.C.R. 833 and *Moloney (M.) v. Canada*, [1992] 2 C.T.C. 227 (F.C.A.) and find that they say in order to qualify as a business, an activity must not only be engaged in a business with a reasonable expectation of profit, but that profit must be anticipated to flow from the business itself rather than exclusively from the taxing statute. Neither of these cases state that every transaction of a business must have a reasonable expectation of profit. If that were the case, then a business could never claim as an expense the cost of any legal or financial advice on how to structure their affairs in order to reduce their tax burden. Consequently, I find that the above jurisprudence should not be extended to apply to every transaction of a business.

In *Canada v. Loewen*, [1994] 3 F.C. 83 (C.A.), we were dealing with a transaction that the taxpayer claimed to be a "trading operation." Similar to the cases above, we found a trading operation must have a reasonable expectation of profit. However I must point out that in *Loewen*, the one transaction was the whole "trading operation" or "business." Therefore it is not analogous to the present situation. There is no question that Mara Properties Limited is engaged in a business with a reasonable expectation of profit.

n'y avait aucune expectative raisonnable de tirer un profit de cette opération, le bien-fonds n'a pas créé une source de revenu et il ne peut par conséquent constituer un élément du stock de l'intimée⁵. L'appellante soutient essentiellement que la vente de la Frasersview à l'intimée ne satisfait pas au «critère de l'objet commercial». Cela nous amène à une autre question. Le fait que le seul but que poursuivait le contribuable en concluant l'opération était d'obtenir un avantage fiscal est-il pertinent? L'extrait suivant de la décision concourante du juge Wilson dans l'arrêt *Stubart* constitue la meilleure réponse que l'on peut donner à cette question [à la page 540]:

Je suis aussi d'avis que le critère de l'objet commercial et celui du trompe-l'œil sont deux critères distincts. Une opération peut être valide sans être un trompe-l'œil de quelque façon (comme en l'espèce), mais elle peut n'avoir d'autre objet commercial qu'un objet fiscal. La question est donc de savoir si le Ministre a le droit de ne pas en tenir compte pour ce seul motif. Dans l'affirmative, c'est une énorme brèche dans l'opinion incidente de lord Tomlin: [TRADUCTION] «Tout homme a le droit, s'il le peut, de diriger ses affaires de façon que son assujettissement aux impôts prescrits par les lois soit moindre qu'il ne le serait autrement», *Inland Revenue Commissioners v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1, à la p. 19. En réalité, il me semble que le critère de l'objet commercial constitue un rejet total du principe énoncé par lord Tomlin.

⁵ J'ai examiné les arrêts *Sous-ministre du Revenu (Qué.) c. Lipson*, [1979] 1 R.C.S. 833 et *Moloney (M.) c. Canada*, [1992] 2 C.T.C. 227 (C.A.F.) et je conclus qu'il en ressort que, pour être considérée comme une entreprise, une activité doit non seulement être exercée avec une expectative raisonnable de profit, mais aussi que l'on doit s'attendre à ce qu'un profit découle de l'entreprise elle-même plutôt qu'exclusivement de la loi fiscale. Dans ces arrêts, la cour n'a pas déclaré que chaque opération d'une entreprise doit comporter une expectative raisonnable de profit. Si c'était le cas, une entreprise ne pourrait jamais réclamer la déduction à titre de dépense du coût de tout conseil juridique ou financier sur la façon de structurer ses affaires pour réduire son fardeau fiscal. En conséquence, je conclus que l'on ne doit pas étendre la portée de la jurisprudence précitée pour l'appliquer à chacune des opérations d'une entreprise.

Dans l'arrêt *Canada c. Loewen*, [1994] 3 C.F. 83 (C.A.), il s'agissait d'une opération que le contribuable prétendait être une «opération commerciale». Comme dans les affaires précitées, notre Cour a conclu qu'une opération commerciale doit comporter une expectative raisonnable de profit. Je dois toutefois souligner que, dans l'affaire *Loewen*, l'unique opération en cause constituait toute l'«opération commerciale» ou toute l'«entreprise». La situation était donc différente de celle qui nous occupe. Il est incontestable que la Mara Properties Limited exploite une entreprise avec une expectative raisonnable de profit.

I believe this quote is as applicable to transactions that fall within Division B, as it is to transactions that fall within Division C of the Act. Therefore, I find that subsection 9(1) of the Act does not block the inclusion of the respondent's loss on the sale of the inventory in the calculation of business income. Consequently, I see no need to comment on whether subsection 88(1)'s "notwithstanding clause" overrides the operation of subsection 9(1).

Application of Subsection 245(1)

The appellant's alternative argument claims that the Trial Judge erred in holding that subsection 245(1) does not preclude the respondent from deducting the deemed cost of the land in calculating its income from business. The applicable part of subsection 245(1) reads:

245. (1) In computing income for the purposes of this Act, no deduction may be made in respect of a disbursement or expense made or incurred in respect of a transaction or operation that, if allowed, would unduly or artificially reduce the income.

In my view the Trial Judge was correct when she states that the inherited deemed cost amount here is not in respect of a "disbursement or expense made or incurred." Furthermore I agree that the claimed loss on the sale of the land cannot be artificial because the loss is the product of a statutory deeming provision (subsection 88(1)) to which effect must be given.

I have read and considered with interest the following quote from *C of IR v Challenge Corporation Ltd* (1986), 8 NZTC 5219 (P.C.), at pages 5225-5226 (and cited with approval in *Ensign Tankers (Leasing) Ltd v Stokes* (HMIT), [1992] BTC 110 (H.L.), at page 123):

Income Tax is mitigated by a taxpayer who reduces his income or incurs expenditures in circumstances which reduce his assessable income or entitle him to reduction in his tax liability . . .

Income tax is avoided . . . when the taxpayer reduces his liability to tax without involving him in the loss or expenditure which entitles him to that deduction. The taxpayer engaged in tax avoidance does not reduce his income or suffer a loss or

J'estime que cette citation s'applique tant aux opérations qui tombent sous le coup de la section B de la Loi qu'à celles qui font partie de la section C. En conséquence, je conclus que le paragraphe 9(1) de la Loi n'empêche pas l'inclusion de la perte subie par l'intimée lors de la vente du stock dans le calcul de son revenu d'entreprise. En conséquence, je ne vois pas l'utilité de formuler des commentaires au sujet de la question de savoir si la «disposition dérogatoire» du paragraphe 88(1) l'emporte sur le paragraphe 9(1).

Application du paragraphe 245(1)

L'appelante soutient à titre subsidiaire que le juge de première instance a commis une erreur en statuant que le paragraphe 245(1) n'empêche pas l'intimée de déduire le coût réputé du bien-fonds pour calculer son revenu d'entreprise. Voici les dispositions applicables du paragraphe 245(1):

245. (1) Dans le calcul du revenu aux fins de la présente loi, aucune déduction ne peut être faite à l'égard d'un débours fait ou d'une dépense faite ou engagée, relativement à une affaire ou opération qui, si elle était permise, réduirait indûment ou de façon factice le revenu.

À mon avis, le juge de première instance a eu raison d'affirmer que le coût indiqué présumé dont l'intimée a hérité en l'espèce ne se rapportait pas à «un débours fait ou [à] une dépense faite ou engagée». De plus, je suis d'accord pour dire que la perte subie lors de la vente du bien-fonds et dont on réclame la déduction ne peut être factice, étant donné qu'elle résulte d'une disposition législative qui crée une présomption (le paragraphe 88(1)) et à laquelle on doit donner effet.

J'ai lu et examiné avec intérêt l'extrait suivant de l'arrêt *C of IR v Challenge Corporation Ltd* (1986), NZTC 5219 (C.P.), aux pages 5225 et 5226 (qui a été cité et approuvé dans l'arrêt *Ensign Tankers (Leasing) Ltd v Stokes* (HMIT), [1992] BTC 110 (H.L.), à la page 123):

[TRADUCTION] Le contribuable peut réduire son impôt sur le revenu en diminuant son revenu ou en engageant des dépenses dans des circonstances qui lui permettent de réduire son revenu imposable ou qui lui donnent le droit de diminuer son obligation fiscale . . .

Il y a évitement de l'impôt . . . lorsque le contribuable réduit son obligation fiscale sans subir une perte ou engager une dépense qui lui donne droit à cette déduction. Le contribuable qui évite l'impôt ne réduit pas son revenu, ne subit pas de perte

incur expenditure but nevertheless obtains a reduction in his liability to tax as if he had.

I believe this quote should be read in conjunction with the following statement by Estey J. in *Stubart*, at pages 575-576:

Income tax legislation, such as the federal Act in our country, is no longer a simple device to raise revenue to meet the cost of governing the community. Income taxation is also employed by government to attain selected economic policy objectives. Thus, the statute is a mix of fiscal and economic policy. The economic policy element of the Act sometimes takes the form of an inducement to the taxpayer to undertake or redirect a specific activity. Without the inducement offered by the statute, the activity may not be undertaken by the taxpayer for whom the induced action would otherwise have no *bona fide* business purpose.

Intention of Parliament

The Supreme Court of Canada in *Bon-Secours* emphasized the need for courts to review Parliament's intent in creating and amending sections of the *Income Tax Act*. In 1971 Parliament amended section 88 which deems assets of a liquidated wholly-owned subsidiary corporation to be sold at cost and acquired by the parent at cost. The result is to defer any gain or loss on those assets until they are disposed of by the parent. In 1981 Parliament amended the Act so that on the change of control of a corporation the undepreciated capital cost of the corporation's depreciable property was reduced to one-half of the fair market value of the corporation's eligible capital property. In 1987 Parliament again amended the Act to add subsection 249(4), and in 1989 amended section 1801 of the Regulations as part of the measures announced in 1987.

These new additions effectively compelled recognition of accrued losses on inventory at the time of a change of control. These 1987 amendments prevent the transfer of accrued trading losses such as the one claimed by the respondent here.

et n'engage pas de dépense, mais obtient néanmoins une réduction de son obligation fiscale comme s'il l'avait fait.

Je crois qu'il faut rapprocher cette citation de la déclaration suivante que le juge Estey a faite dans l'arrêt *Stubart*, aux pages 575 et 576:

La législation en matière d'impôt sur le revenu, comme la loi fédérale de notre pays, n'est plus uniquement un simple moyen de prélever des revenus pour faire face aux dépenses gouvernementales. Le gouvernement utilise les prélèvements d'impôt pour réaliser certains objectifs déterminés de politique économique. Ainsi, la Loi est à la fois un outil de politique économique et de politique fiscale. L'élément de politique économique de la Loi prend quelquefois la forme d'une incitation du contribuable à s'engager dans une activité précise ou à la réorganiser. Sans l'incitation contenue dans la Loi, le contribuable ne s'engagerait peut-être pas dans cette activité et pour lui l'opération en cause n'aurait pas d'autre objet commercial véritable.

d L'intention du législateur

Dans l'arrêt *Bon-Secours*, la Cour suprême du Canada a souligné qu'il était nécessaire que les tribunaux examinent l'intention qu'a le législateur fédéral en créant et en modifiant des articles de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En 1971, le législateur fédéral a modifié l'article 88, qui prévoit que les biens d'une filiale possédée en propriété exclusive sont réputés, en cas de liquidation, avoir été vendus au prix coûtant et avoir été acquis par la compagnie mère au prix coûtant. Il s'ensuit que le gain ou la perte afférent à ces biens est reporté jusqu'au moment où la compagnie mère en dispose. En 1981, le législateur fédéral a modifié la loi de sorte que, lors du changement survenu dans le contrôle d'une compagnie, la fraction non amortie du coût en capital des biens amortissables de la compagnie est ramenée à la moitié de la juste valeur marchande des biens en immobilisation admissible de la compagnie. En 1987, le législateur a modifié de nouveau la Loi pour y insérer le paragraphe 249(4) et a ajouté, en 1989, l'article 1801 au Règlement pour mettre en œuvre une des mesures annoncées en 1987.

Ces ajouts ont effectivement imposé la reconnaissance des pertes accumulées se rapportant au stock au moment du changement survenu dans le contrôle. Ces modifications de 1987 empêchent le transfert de pertes commerciales accumulées comme celle dont l'intimée réclame la déduction en l'espèce.

For convenience and simplicity I adopt as my own reasons the words of the Trial Judge in the decision below at page 3196:

I do not agree that the 1987 amendments merely clarified what was otherwise the state of the law in 1982 as argued by respondent's [appellant's] counsel. They go much farther in that if the subject transactions had occurred thereafter the subsidiary's inventory must be valued at fair market value. Accordingly after 1987, accrued and unrealized losses on inventory could not pass up to the parent on wind up but rather remained with the subsidiary. The 1987 amendments were substantive. They went beyond mere clarification or codification of the existing state of the law by materially changing its impact on the subsidiary and on the parent. These were known as the new stop-loss or anti-avoidance rules and were publicly touted to preclude the results of the very situation at hand.

Conclusion

Subparagraph 88(1)(a)(iii) of the Act entitled the respondent to deduct the deemed cost amount of \$7,577,175 respecting the land from its proceeds on disposition of \$3,022,970. Such a result is not repugnant or inconsistent with the object and spirit of the Act as a whole nor with Parliament's intent. I would dismiss this appeal with costs.

Par souci de commodité et de simplicité, je fais miens les propos que le juge de première instance a tenus à la page 3196 de sa décision:

Je ne souscris pas au point de vue selon lequel les modifications de 1987 n'ont fait qu'élucider les règles de droit qui s'appliquaient par ailleurs en 1982, comme l'a fait valoir l'avocat de l'intimée [appelante]. Ces modifications vont nettement plus loin, car, si les opérations en cause avaient eu lieu après l'entrée en vigueur des modifications, il aurait fallu évaluer à sa juste valeur marchande le stock de la filiale. Par conséquent, postérieurement à 1987, les pertes accumulées et non réalisées imputables au stock ne pouvaient être transmises à la corporation mère lors d'une liquidation; elles étaient plutôt conservées par la filiale. Ce sont des modifications de fond qui ont été apportées en 1987. Elles ne se bornaient pas à simplement clarifier ou codifier les règles de droit existantes, mais en ont changé sensiblement les conséquences tant pour la filiale que pour la corporation mère. Appelées nouveau mécanisme pour minimiser les pertes ou nouvelles dispositions anti-évitement, ces modifications étaient présentées publiquement comme éliminant précisément les résultats devant lesquels nous nous trouvons en l'espèce.

Dispositif

Le sous-alinéa 88(1)(a)(iii) de la Loi donnait à l'intimée le droit de déduire de son produit de disposition de 3 022 970 \$ le coût indiqué réputé de 7 577 175 \$ relatif à son bien-fonds. Ce résultat n'est pas incompatible avec l'objet et l'esprit de la Loi dans son ensemble ou avec l'intention du législateur. Je rejetterais l'appel avec dépens.

A-342-93

A-342-93

Canadian Human Rights Commission (*Appellant*)
(*Respondent*)

**La Commission canadienne des droits de la
personne** (*appelante*) (*intimée*)

v.

a c.

Umesh Pathak (a.k.a. Mesh Pathak) (*Respondent*)
(*Applicant*)

**Umesh Pathak (également connu sous le nom de
Mesh Pathak)** (*intimé*) (*requérant*)

and

b et

Royal Bank of Canada (*Respondent*) (*Respondent*)

La Banque Royale du Canada (*intimée*) (*intimée*)

*INDEXED AS: CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) v.
PATHAK (C.A.)*

*RÉPERTORIÉ: CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA
PERSONNE) c. PATHAK (C.A.)*

Court of Appeal, Pratte, MacGuigan and Décary
J.J.A.—Vancouver, April 3; Ottawa, April 11, 1995.

Cour d'appel, juges Pratte, MacGuigan et Décary,
J.C.A.—Vancouver, 3 avril; Ottawa, 11 avril 1995.

*Administrative law — Judicial review — Appeal from order
directing CHRC to produce all documents relied on in prepara-
tion of investigator's report — CHRC dismissing complaint
alleging discriminatory practices based on report, respon-
dent's representations — R. 1612(4) requiring request for
material in Tribunal's possession to specify material
requested; material must be relevant — Relevance determined
in relation to grounds of review in originating notice of motion,
affidavit — As nothing therein attacking accuracy, complete-
ness of report, production denied.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Appel interjeté
contre une ordonnance enjoignant à la CCDP de produire tous
les documents utilisés pour la préparation du rapport de l'en-
quêteur — Après étude du rapport de l'enquêteur et des obser-
vations de l'intimé, la CCDP a rejeté la plainte alléguant
l'existence d'actes discriminatoires — La Règle 1612(4) pré-
voit que la demande de production des pièces en la possession
du Tribunal doit indiquer de façon précise les pièces deman-
dées; les pièces doivent être pertinentes — Pertinence établie
en fonction des motifs de contrôle énoncés dans l'avis de
requête introductif d'instance et dans l'affidavit — Puisque
rien ne permet de douter de l'exactitude ou de l'intégralité du
rapport, la demande de production des documents est rejetée.*

*Human rights — Appeal from order requiring CHRC to pro-
duce documents relied on in preparation of investigator's
report — CHRC dismissing complaint alleging discriminatory
practices based on report, respondent's representations —
While investigator extension of Commission, investigation,
decision-making two distinct phases — Under CHRA, s. 44
CHRC can rely on report without examining complete investi-
gation record — Not all documents before CHRC when making
decision — Only those called for by CHRC in decision-making
phase — Documents relied upon by investigator in preparing
report need not be produced.*

*Droits de la personne — Appel interjeté contre une ordon-
nance enjoignant à la CCDP de produire les documents utili-
sés pour la préparation du rapport de l'enquêteur — Après
étude du rapport de l'enquêteur et des observations de l'in-
timé, la CCDP a rejeté la plainte alléguant l'existence d'actes
discriminatoires — Même si l'enquêteur est un prolongement
de la Commission, l'étape de l'enquête et celle de la décision
sont deux étapes distinctes — Aux termes de l'article 44 de la
LCDP, la CCDP peut se fonder sur un rapport sans examiner
le dossier complet de l'enquête — Les documents ne sont pas
tous en la possession de la CCDP lorsqu'elle rend sa décision
— Seuls les documents demandés par la CCDP pour rendre sa
décision sont en la possession de la CCDP — Il n'est pas
nécessaire que soient soumis les documents utilisés par l'en-
quêteur dans la préparation de son rapport.*

This was an appeal from a Trial Division order directing the
Canadian Human Rights Commission (CHRC) to produce all
documents relied upon by the investigator in preparing a report
into alleged discriminatory practices, to the extent that the docu-
ments were available and in the Commission's custody. After
considering the investigator's report and the complainant's
representations, the Commission dismissed the complaint. The
complainant (respondent herein) applied for judicial review, and
for an order pursuant to *Federal Court Rule 1612* requir-

Il s'agit d'un appel interjeté contre une ordonnance de la
Section de première instance qui enjoignait à la Commission
canadienne des droits de la personne (la CCDP) de produire
tous les documents utilisés par l'enquêteur dans la préparation
d'un rapport relatif à de prétendus actes discriminatoires, dans
la mesure où les documents étaient accessibles et sous la garde
de la Commission. Après étude du rapport de l'enquêteur et
des observations du plaignant, la Commission a rejeté la
plainte. Le plaignant (intimé dans la présente espèce) a fait une

ing the Commission to produce all documents relied on by the investigator in preparing the report. The Motions Judge held that the investigator conducted the investigation as an extension of the Commission, not as someone independent thereof. He concluded that the documents before the investigator were in effect before the Commission and therefore relevant to the judicial review application, and were required to be produced.

Held, the appeal should be allowed.

Per Pratte J.A. (Décary J.A. concurring): Rule 1612(4) provides that the request for material in the possession of the Tribunal that rendered the decision shall specify the material requested, and such material must be relevant to the application for judicial review. The relevance of the documents requested must be determined in relation to the grounds of review set forth in the originating notice of motion and the affidavit filed by the applicant. As nothing in the originating notice of motion, affidavit or other material cast doubt on the accuracy or completeness of the investigator's report, the grounds of attack must be read and the relevance of the documents requested must be assessed on the assumption that the investigator's report is a faithful and complete summary of the evidence before him. The production of documents would clearly serve no useful purpose.

Per MacGuigan J.A. (Décary J.A. concurring): The investigator is an extension of the Commission. What is the investigator's is the Commission's. But that does not mean that for all purposes the persons of the investigator and the Commission are to be merged. All the documents were in the Commission's custody, but they were not all actually before the Commission when it made its decision. Only what the Commission called for was before it. If the Commission elects not to call for some document, that document is not before it in its decision-making phase, as opposed to its investigative phase. These are two different moments of the Commission's life.

The CHRC's decision was made pursuant to section 44, the intent of which is that the Commission need not examine the complete record of the investigation, but may rely on the report alone. The report triggers Commission action, and is the only document referred to as the basis for a Commission decision as to how to proceed.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 43 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 63), 44 (as am. *idem*, s. 64).

demande de contrôle judiciaire et, conformément à la Règle 1612 des *Règles de la Cour fédérale*, il a demandé que soit rendue une ordonnance forçant la Commission à produire tous les documents utilisés par l'enquêteur dans la préparation du rapport. Le juge des requêtes a estimé que l'enquêteur avait mené l'enquête en tant que prolongement de la Commission et non en tant que personne indépendante de celle-ci. Il est arrivé à la conclusion que les documents en la possession de l'enquêteur étaient en réalité en la possession de la Commission et donc intéressaient la demande de contrôle judiciaire et qu'ils devaient être produits.

Arrêt: l'appel doit être accueilli.

Le juge Pratte (le juge Décary y souscrit): La Règle 1612(4) prévoit que la demande de pièces se trouvant en la possession de l'office fédéral qui a rendu la décision doit indiquer de façon précise les pièces demandées et que ces pièces doivent être pertinentes à la demande de contrôle judiciaire. La pertinence des documents demandés doit être établie en fonction des motifs de contrôle énoncés dans l'avis de requête introductif d'instance et l'affidavit produits par le requérant. Puisque l'avis de requête introductif d'instance, l'affidavit et les autres pièces ne laissent rien voir qui permette de douter de l'exactitude ou de l'intégralité du rapport de l'enquêteur, on doit considérer les moyens invoqués et évaluer la pertinence des documents demandés en énonçant pour hypothèse que le rapport de l'enquêteur est un résumé fidèle et complet de la preuve produite aux fins de l'enquête. La production des documents ne servirait donc manifestement aucune fin utile.

Le juge MacGuigan (le juge Décary y souscrit): L'enquêteur est un prolongement de la Commission. Ce qui est en la possession de l'enquêteur est en la possession de la Commission. Mais cela ne veut pas dire que l'enquêteur et la Commission doivent à toutes fins être considérés comme une seule et même personne. Tous les documents étaient sous la garde de la Commission, mais ils n'étaient pas tous effectivement devant la Commission lorsqu'elle a rendu sa décision. Seuls les documents que la Commission avait demandés se trouvaient en sa possession. Si la Commission choisit de ne pas demander tel ou tel document, alors ce document ne se trouve pas devant la Commission à l'étape de la décision, par opposition à l'étape de l'enquête. Ce sont là deux moments différents de la vie de la Commission.

La CCDP a rendu sa décision en conformité avec l'article 44. L'intention de cet article, c'est que la Commission n'est pas tenue d'examiner le dossier complet de l'enquête, mais peut se fonder uniquement sur le rapport de l'enquêteur. Le rapport déclenche l'action de la Commission, et c'est le seul document formant la base de la décision de la Commission sur la manière de régler la plainte.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 43 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 63), 44 (mod., *idem*, art. 64).

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 1612 (as enacted by SOR/92-43, s. 19), 1613 (as enacted *idem*).

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 1612 (édicte par DORS/92-43, art. 19), 1613 (édicte, *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Whiteman v. Canada (Canadian Human Rights Commission) (1987), 9 C.H.R.R. D/4944 (F.C.A.).

CONSIDERED:

Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission), [1989] 2 S.C.R. 879; (1989), 62 D.L.R. (4th) 385; 100 N.R. 241.

APPEAL from an order requiring the CHRC to produce all documents relied on in the preparation of the investigator's report upon which the CHRC had based its dismissal of a complaint alleging discriminatory practices. Appeal allowed.

COUNSEL:

Margaret Rose Jamieson for appellant (respondent).

Manuel A. Azevedo for respondent (applicant)
Umesh Pathak (a.k.a. Mesh Pathak).

Gillian L. Gardiner for respondent (respondent)
 Royal Bank of Canada.

SOLICITORS:

Legal Counsel, Canadian Human Rights Commission for appellant (respondent).

Manuel A. Azevedo, Vancouver, for respondent (applicant)
Umesh Pathak (a.k.a. Mesh Pathak).

Bull, Housser & Tupper, Vancouver, for respondent (respondent)
 Royal Bank of Canada.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

PRATTE J.A.: This is an appeal from an order of the Trial Division under Rule 1613 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as enacted by SOR/92-43, s. 19)] directing the Canadian Human Rights Commission

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Whiteman c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne) (1987), 9 C.H.R.R. D/4944 (C.A.F.).

DÉCISION EXAMINÉE:

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; (1989), 62 D.L.R. (4th) 385; 100 N.R. 241.

APPEL d'une ordonnance enjoignant à la CCDP de produire tous les documents utilisés par l'agent des droits de la personne pour la préparation de son rapport d'enquête sur lequel la CCDP s'était fondée pour rejeter une plainte d'actes discriminatoires. Appel accueilli.

AVOCATS:

Margaret Rose Jamieson pour l'appelante (intimée).

Manuel A. Azevedo pour l'intimé (requérant)
Umesh Pathak (également connu sous le nom de Mesh Pathak).

Gillian L. Gardiner pour l'intimée (intimée) la Banque Royale du Canada.

PROCUREURS:

Conseiller juridique, Commission canadienne des droits de la personne pour l'appelante (intimée).

Manuel A. Azevedo, Vancouver, pour l'intimé (requérant)
Umesh Pathak (également connu sous le nom de Mesh Pathak).

Bull, Houser & Tupper, Vancouver, pour l'intimée (intimée) la Banque Royale du Canada.

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

LE JUGE PRATTE, J.C.A.: La Cour est saisie d'un appel interjeté contre une ordonnance de la Section de première instance rendue en vertu de la Règle 1613 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663

(the "Commission") to file certified copies of certain documents.

On April 17, 1991, the respondent Umesh Pathak (the "respondent") filed with the Commission a complaint alleging that he had been the victim of a discriminatory practice on the part of the Royal Bank of Canada. The Commission, pursuant to section 43 of the *Canadian Human Rights Act* [R.S.C., 1985, c. H-6 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 63)] (the "Act") designated one Bob Fagan to investigate the complaint. After concluding his investigation, Mr. Fagan prepared a report of his findings which ended with a recommendation that the complaint be dismissed. A copy of that report was sent to the respondent for his comments. He answered by sending detailed written representations which the investigator submitted to the Commission together with his report. On March 18, 1992, after considering the report and the respondent's representations, the Commission decided, pursuant to subparagraph 44(3)(b)(i) [as am. *idem*, s. 64] of the Act "to dismiss the complaint because on the evidence the allegation of discrimination is unfounded."

On April 23, 1992, the respondent, who was not then represented by a solicitor, filed an originating notice of motion under section 18.1 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)] seeking the review of the decision of the Commission on the following two grounds, namely:

(1) "[t]he decision was unlawfully made because the Commission ignored relevant evidence, misconstrued the evidence before it and made findings of fact that were so patently unreasonable so as to constitute reviewable error"; and

(2) "[t]he conduct of the Commission was such that the [respondent] was denied natural and fundamental justice."¹

With that notice of motion, the respondent filed an affidavit in which he merely stated his intention to

¹ The respondent later obtained leave to amend his notice of motion so as to allege an additional ground of review, namely, that "[t]he Commission exceeded its jurisdiction by applying the wrong legal test in interpreting section 44(3)(b)(i) of the *Canadian Human Rights Act*."

(mod. par DORS/92-43, art. 19)] et enjoignant à la Commission canadienne des droits de la personne (la «Commission») de produire des copies certifiées conformes de certains documents.

^a Le 17 avril 1991, l'intimé Umesh Pathak (l'«intimé») déposait auprès de la Commission une plainte alléguant qu'il avait été victime d'un acte discriminatoire de la part de la Banque Royale du Canada. La Commission, conformément à l'article 43 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [L.R.C. (1985), ch. H-6 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 63)] (la «Loi»), a donné mandat à un certain Bob Fagan d'enquêter sur la plainte. À l'issue de son enquête, M. Fagan a préparé le compte rendu de ses conclusions et a recommandé le rejet de la plainte. Un exemplaire de ce rapport a été envoyé à l'intimé pour qu'il présente son point de vue. Il a répondu par des observations écrites détaillées, que l'enquêteur a présenté à la Commission en même temps que son rapport. Le 18 mars 1992, après étude du rapport de l'enquêteur et des observations de l'intimé, la Commission a décidé, conformément au sous-alinéa 44(3)(b)(i) [mod., *idem*, art. 64] de la Loi, «de rejeter la plainte pour le motif que, eu égard à la preuve produite, la prétendue discrimination est inexistante».

^f Le 23 avril 1992, l'intimé, qui n'était pas alors représenté par un avocat, a déposé un avis de requête introductif d'instance en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)], demandant le contrôle judiciaire de la décision de la Commission pour les deux motifs suivants, savoir:

(1) «la décision a été rendue illégalement parce que la Commission a ignoré la preuve pertinente, interprété erronément la preuve produite et tiré des conclusions de fait qui étaient manifestement déraisonnables au point de constituer une erreur révisable»; et

(2) «la conduite de la Commission a été telle que l'[intimé] a subi un déni de justice naturelle et de justice fondamentale»¹.

^j Outre cet avis de requête, l'intimé a produit un affidavit dans lequel il déclarait simplement son inten-

¹ L'intimé a plus tard reçu l'autorisation de modifier son avis de requête pour y alléguer un motif additionnel de réformation, savoir le suivant: «la Commission a commis un excès de pouvoir en appliquant un critère juridique erroné dans l'interprétation du sous-alinéa 44(3)(b)(i) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*».

file a more detailed affidavit at a later time. In so far as we know, that further affidavit has not yet been filed.

The notice of motion also contained a request, pursuant to Rule 1612(2) [as enacted by SOR/92-43, s. 19] “that the Commission send a certified copy of the Record to the applicant and to the Registry.”² The Commission acceded to that request and, on May 8, 1992, filed copies of all the documents that were before the Commission when it decided to dismiss the respondent’s complaint.

A few months later, after retaining counsel, the respondent applied *inter alia* for an order requiring the Commission to produce and file “[a]ll documents relied on by the Human Rights Officer Bob Fagan in preparing the Investigation Report.” The Motion’s Judge granted that application.

It is against his decision that this appeal is directed.

The Judge rightly felt that he had to order the production of the documents if they were relevant to the application for judicial review. However, as he considered himself bound by the assertions of Sopinka J. in *Syndicat des employés de production du Québec et de l’Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879, at page 898, to the effect that, under the Act, “[t]he investigator, in conducting the investigation, does so as an extension of the Commission” and not “as someone independent of the Commission who will then present evidence as a witness before the Commission,” he concluded that the documents that were before the investigator were in effect before the Commission and, for that reason, relevant to the judicial review application.

This decision, in my view, cannot be reconciled with the provisions of the *Federal Court Rules* and of

² The Commission could have refused to comply with that request. Rule 1612 does not authorize a party to seek the production of documents that he already has in his possession or use the request for production of documents as a means of investigation to find out whether the Tribunal has in its possession documents that might help his case.

tion de produire ultérieurement un affidavit plus détaillé. Il ne semble pas que cet affidavit complémentaire ait jamais été produit.

L’avis de requête renfermait aussi, comme l’autorise la Règle 1612(2) [éditée par DORS/92-43, art. 19], une demande pour que «la Commission envoie une copie certifiée conforme du dossier au requérant et au greffe»². La Commission a accédé à cette demande et, le 8 mai 1992, a déposé des copies de tous les documents qui étaient en sa possession lorsqu’elle a décidé de rejeter la plainte de l’intimé.

Quelques mois plus tard, après constitution d’avocat, l’intimé a demandé, entre autres, que soit rendue une ordonnance enjoignant à la Commission de produire et de déposer «tous les documents utilisés par l’agent des droits de la personne Bob Fagan dans la préparation du rapport d’enquête». Le juge des requêtes a fait droit à cette demande.

C’est contre sa décision que le présent appel est formé.

Le juge a estimé, avec raison, qu’il devait ordonner la production des documents si tels documents se rapportaient à la demande de contrôle judiciaire. Toutefois, comme il se considérait lié par les prononcés du juge Sopinka 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, à la page 898 selon lesquels, aux termes de la Loi, «[l]’enquêteur qui mène l’enquête le fait en tant que prolongement de la Commission» et non «comme une personne indépendante de la Commission qui présente des preuves en témoignant devant elle», il est arrivé à la conclusion que les documents en la possession de l’enquêteur étaient en réalité en la possession de la Commission et que, pour ce motif, ils intéressaient la demande de contrôle judiciaire.

À mon avis, cette décision ne peut être conciliée avec les dispositions des *Règles de la Cour fédérale*

² La Commission aurait pu refuser de se conformer à cette demande. La Règle 1612 n’autorise pas une partie à demander la production de documents qu’il a déjà en sa possession ou à utiliser la demande de production de documents comme moyen d’enquête pour savoir si le tribunal administratif a en sa possession des documents qui pourraient appuyer son argumentation.

the *Canadian Human Rights Act*. Under Rule 1600 and following, an application for judicial review is commenced by an originating notice of motion which must, *inter alia*, “identify the precise relief being sought,” “set out the grounds intended to be argued, including a reference to any statutory provision or rule to be relied on” and “list the documentary evidence to be used at the hearing.” The notice of motion must be accompanied by an affidavit “verifying the facts relied on by the applicant.” An applicant cannot seek the judicial review of a decision only because he does not like it. He must know and indicate the irregularities which, according to him, vitiate that decision.

Under Rule 1612, a party to an application for judicial review who wishes to rely on material in the possession of the Tribunal that rendered the decision to be reviewed, may make a request for a certified copy of that material. Rule 1612(4) provides that:

Rule 1612. . . .

(4) The request shall specify the particular material in the possession of the federal board, commission or other tribunal and the material must be relevant to the application for judicial review.

If the material is not relevant, the Tribunal is not obliged to produce it.

A document is relevant to an application for judicial review if it may affect the decision that the Court will make on the application. As the decision of the Court will deal only with the grounds of review invoked by the respondent, the relevance of the documents requested must necessarily be determined in relation to the grounds of review set forth in the originating notice of motion and the affidavit filed by the respondent.

In this case, the decision of the Commission which the respondent seeks to have reviewed was rendered under subsection 44(3) of the Act on the basis of the report prepared by Mr. Fagan and the written submissions sent by the respondent in answer to that report. Section 44 of the Act clearly contemplates that the

et celle de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Aux termes de la Règle 1600 et suivantes, une demande de contrôle judiciaire débute par un avis de requête introductif d'insistance, avis qui doit, entre autres, «indique[r] . . . avec précision, le redressement recherché», «indique[r] . . . les motifs au soutien de la demande de même que les dispositions législatives ou règles afférentes» et «indique[r] . . . au moyen d'une liste, les éléments de preuve documentaires qui seront utilisés à l'audition». L'avis de requête doit être accompagné d'un affidavit «qui confirme . . . les faits sur lesquels [la partie requérante] se fonde». Un requérant ne peut demander le contrôle judiciaire d'une décision simplement parce que la décision ne lui plaît pas. Il doit connaître et mentionner les irrégularités qui, selon lui, ont pour effet de vicier cette décision.

Aux termes de la Règle 1612, une partie à une demande de contrôle judiciaire qui veut se servir de pièces en la possession du tribunal administratif qui a rendu la décision visée par la demande peut demander une copie certifiée conforme de ces pièces. La Règle 1612(4) se lit ainsi:

Règle 1612. . . .

(4) La demande indique de façon précise les pièces en possession de l'office fédéral; ces pièces doivent être pertinentes à la demande de contrôle judiciaire.

Si les pièces ne sont pas pertinentes, le tribunal administratif n'est pas tenu de les produire.

Un document intéresse une demande de contrôle judiciaire s'il peut influencer sur la manière dont la Cour disposera de la demande. Comme la décision de la Cour ne portera que sur les motifs de contrôle invoqués par l'intimé, la pertinence des documents demandés doit nécessairement être établie en fonction des motifs de contrôle énoncés dans l'avis de requête introductif d'instance et l'affidavit produits par l'intimé.

Dans la présente espèce, la décision de la Commission dont l'intimé voudrait obtenir la réformation a été rendue en vertu du paragraphe 44(3) de la Loi, sur la foi du rapport préparé par M. Fagan et des conclusions écrites envoyées par l'intimé en réponse à ce rapport. L'article 44 de la Loi prévoit clairement que

decision of the Commission³ be made on the basis of the investigator's report. This is so because the law presumes that the report of the investigator correctly summarizes all the evidence before him. That presumption must be taken into account in assessing the relevance of the documents requested by the respondent.

The respondent seeks the production of all documents relied on by the investigator in preparing his report. There is nothing in the respondent's originating notice of motion, in his affidavit or in the other material before us that even casts a doubt on the accuracy or completeness of Mr. Fagan's report. It follows that the grounds of attack invoked by the respondent in his originating notice of motion must be read and that the relevance of the documents requested must be assessed on the assumption that the report of the investigator is a faithful and complete summary of the evidence before him. On that basis, the production of the documents would clearly serve no useful purpose.

I would allow the appeal and modify the order of the Trial Division by striking out paragraph 3 of that order.

DÉCARY J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MACGUIGAN J.A.: I am in full agreement with the reasons for decision of my brother Pratte J.A., but I wish to add some additional considerations.

³ S. 44(1) and (3) read in part as follows:

44. (1) An investigator shall, as soon as possible after the conclusion of an investigation, submit to the Commission a report of the findings of the investigation.

. . .

(3) On receipt of a report referred to in subsection (1), the Commission

. . .

(b) shall dismiss the complaint to which the report relates if it is satisfied

(i) that, having regard to all the circumstances of the complaint, an inquiry into the complaint is not warranted. . . .

la Commission doit rendre sa décision³ sur la foi du rapport de l'enquêteur. La Loi présume en effet que le rapport de l'enquêteur présente fidèlement toute la preuve produite aux fins de l'enquête. Cette présomption doit être prise en considération dans l'évaluation de la pertinence des documents demandés par l'intimé.

L'intimé demande la production de tous les documents utilisés par l'enquêteur dans la préparation de son rapport. L'avis de requête introductif d'instance de l'intimé, son affidavit ou les autres pièces en la possession de la Cour ne laissent rien voir qui permette de douter de l'exactitude ou de l'intégralité du rapport de M. Fagan. Il s'ensuit que l'on doit considérer les moyens invoqués par l'intimé dans son avis de requête introductif d'instance et évaluer la pertinence des documents demandés en énonçant pour hypothèse que le rapport de l'enquêteur est un résumé fidèle et complet de la preuve produite aux fins de l'enquête. La production des documents ne servirait donc manifestement aucune fin utile.

J'accueillerais l'appel et modifierais l'ordonnance de la Section de première instance par suppression du paragraphe 3 de cette ordonnance.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: J'y souscris.

* * *

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

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Je souscris entièrement aux motifs de la décision de mon collègue le juge Pratte, J.C.A. mais je voudrais ajouter quelques considérations supplémentaires.

³ Les paragraphes 44(1) et (3) se lisent en partie ainsi:

44. (1) L'enquêteur présente son rapport à la Commission le plus tôt possible après la fin de l'enquête.

. . .

(3) Sur réception du rapport d'enquête prévu au paragraphe (1), la Commission:

. . .

b) rejette la plainte, si elle est convaincue:

(i) soit que, compte tenu des circonstances relatives à la plainte, l'examen de celle-ci n'est pas justifiée.

Having initiated judicial review proceedings in the Trial Division, the respondent then applied for an order requiring the Canadian Human Rights Commission (the "Commission") to produce and file certain documents. The Commission consented to the motion, except the request for "all documents relied on by the Human Rights Officer Bob Fagan in preparing the Investigation Report" (Appeal Book, at page 51).

The learned Motions Judge granted the motion, including this request, and ordered the Commission to produce "all documents (other than his notes) relied on by the human rights officer, Bob Fagan, in preparing the investigation report herein . . . to the extent that they were available and in the Commission's custody on November 16, 1992. Pursuant to Rule 1612, the Court finds all this material to be relevant" (Appeal Book, at page 66).

The leading judicial authority in this area is *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada* (Canadian Human Rights Commission), [1989] 2 S.C.R. 879, in which the Supreme Court held by a 4-2 majority that the Commission's decision on a complaint was not one required to be on a judicial or quasi-judicial basis but was an administrative decision subject to review only for procedural fairness and not on "the full panoply of the rules of natural justice" (at page 897).

In the course of giving decision for three of the four judges in the majority, Sopinka J. made two statements of relevance to the case at bar. The first had to do with the relationship of an investigator to the Commission (at page 898):

The investigator, in conducting the investigation, does so as an extension of the Commission. I do not regard the investigator as someone independent of the Commission who will then present evidence as a witness before the Commission. Rather the investigator prepares a report for the Commission. This is merely an example of the principle that applies to administrative tribunals, that they do not have to do all the work themselves but may delegate some of it to others. Although s. 36

Après avoir engagé des procédures de contrôle judiciaire devant la Section de première instance, l'intimé a ensuite demandé qu'une ordonnance soit rendue enjoignant à la Commission canadienne des droits de la personne (la «Commission») de produire et de déposer certains documents. La Commission a fait droit à la requête, sauf pour la demande visant «tous les documents utilisés par l'agent des droits de la personne Bob Fagan pour la préparation du rapport d'enquête» (dossier d'appel, à la page 51).

Le juge des requêtes a fait droit à la requête, y compris à cette demande, et il a ordonné à la Commission de produire tous les documents utilisés par l'agent des droits de la personne, Bob Fagan, (à l'exclusion des notes de celui-ci) pour la préparation du rapport d'enquête . . . dans la mesure où tels documents étaient accessibles et en la possession de la Commission le 16 novembre 1992. Le juge des requêtes a estimé que, conformément à la Règle 1612, toutes ces pièces étaient pertinentes (dossier d'appel, à la page 66).

Le principal précédent judiciaire dans ce domaine est 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, dans lequel la Cour suprême a jugé à la majorité (4 contre 2) que la décision de la Commission relative à une plainte n'était pas une décision de nature judiciaire ou quasi judiciaire, mais plutôt une décision administrative susceptible de contrôle uniquement au titre de l'équité dans les procédures et non au titre de «l'ensemble des règles de justice naturelle» (à la page 897).

S'exprimant au nom de trois des quatre juges de la majorité, le juge Sopinka fait deux énoncés qui intéressent la présente espèce. Le premier se rapporte à la relation entre un enquêteur et la Commission (à la page 898):

L'enquêteur qui mène l'enquête le fait en tant que prolongement de la Commission. Pour ma part, je ne considère pas l'enquêteur comme une personne indépendante de la Commission qui présente des preuves en témoignant devant elle. Ce qui arrive plutôt c'est que l'enquêteur établit un rapport à l'intention de la Commission. C'est là simplement une illustration du principe qui s'applique aux tribunaux administratifs, savoir qu'ils ne sont pas tenus de s'acquitter eux-mêmes de la totalité

[now s. 44] does not require that a copy of the report be submitted to the parties, that was done in this case.

The Motions Judge regarded this passage as determinative of the case at bar, stating as follows (Appeal Book, at page 75):

It is innocuous enough for the applicant to ask for all material before the Commission to be brought before the Court. Such indeed are all documents considered by the investigator, whose proceedings are in law the Commissioner's proceedings. As was written by Sopinka, J. in the *S.E.P.Q.A.* passage above, "The investigator, in conducting the investigation, does so as *an extension of the Commission.*" He is not "independent of the Commission who presents evidence as a witness before the Commission." By that august reasoning, the documents before the investigator were in effect before the CHRC itself. In order to determine whether the Commission committed an error of law, or exceeded its jurisdiction, it is necessary for the reviewing Court to know what the CHRC had before it to consider and to determine, as it did, that the applicant's complaint had to be dismissed. But according to the Supreme Court of Canada, the investigator's proceedings at law merge with those of the Commission, for the former is but an extension of the latter. Those documents, then, are, or could very well be, crucial to the fair exercise of judicial review upon which the parties are now embarked.

In my respectful opinion the learned Motions Judge, for understandable reasons, fell into error in interpreting the passage from Sopinka J. too literally. The investigator, it is true, is not someone independent of the Commission who will present evidence as a witness before it, but an extension of the Commission. Recalling the Motions Judge's order: "all documents relied upon by the human rights officer . . . in preparing the investigation report . . . to the extent that they were available and in the Commission's custody" emphasis added, I would conclude that the Commission could not be heard to contend that it did not have custody of such documents. In that sense, what is the investigator's is the Commission's.

But that is not in my view to say that for all purposes the persons of the investigator and the Commission are to be merged. All the documents were in the Commission's custody and of easy access, but it could not be said that they were actually before the Commission when it made its decision. To hold oth-

de leurs tâches, mais peuvent en déléguer une partie à d'autres. Bien que l'art. 36 [maintenant l'art. 44] n'exige pas la remise d'une copie du rapport aux parties, cela a été fait en l'espèce.

Le juge des requêtes, considérant que ce passage disposait de l'affaire dont il était saisi, a tenu les propos suivants (dossier d'appel, à la page 75):

On ne comprend guère comment on pourrait s'opposer à ce que le requérant demande que l'on produise devant la Cour l'ensemble des documents dont la Commission a pu disposer. Cela vaut pour l'ensemble des documents utilisés par l'enquêteur dont les travaux sont, en droit, assimilés à ceux de la Commission. Comme l'a rappelé le juge Sopinka dans le passage de l'arrêt *S.E.P.Q.A.* cité plus haut «l'enquêteur qui mène l'enquête le fait en tant que *prolongement de la Commission*». Il n'est pas «une personne indépendante de la Commission qui présente des preuves en témoignant devant elle». Ainsi, selon la haute juridiction, la CCDP est réputée avoir elle-même eu connaissance de l'ensemble des documents retenus par l'enquêteur. Pour décider si la Commission a effectivement commis une erreur de droit ou outrepassé ses compétences, il faut que l'instance de contrôle judiciaire sache quels sont les éléments au vu desquels la CCDP a décidé, comme elle l'a fait, qu'il y avait lieu de rejeter la plainte formulée par le requérant. Or, d'après la Cour suprême, les travaux de l'enquêteur sont, en droit, assimilés à ceux de la Commission, l'enquêteur étant comme un prolongement de celle-ci. Ces documents sont, ou pourraient très bien être, d'une importance capitale pour l'exercice correct du contrôle judiciaire auquel vont prendre part les parties en l'espèce.

Je regrette de devoir dire que le juge des requêtes a, pour des raisons compréhensibles, commis une erreur en interprétant trop littéralement les propos du juge Sopinka. L'enquêteur, il est vrai, n'est pas une personne indépendante de la Commission qui présentera des preuves en témoignant devant elle, mais un prolongement de la Commission. Rappelant l'ordonnance du juge des requêtes: «tous les documents utilisés par l'agent des droits de la personne . . . pour la préparation du rapport de l'enquête . . . dans la mesure où tels documents étaient accessibles et en la possession de la Commission» soulignement ajouté, je serais d'avis qu'il n'était pas possible pour la Commission d'affirmer qu'elle n'avait pas la garde de tels documents. En ce sens, ce qui est en la possession de l'enquêteur est en la possession de la Commission.

Mais cela ne veut pas dire, selon moi, que l'enquêteur et la Commission doivent à toutes fins être considérés comme une seule et même personne. Tous les documents étaient sous la garde de la Commission et d'un accès facile, mais l'on ne saurait dire qu'ils étaient effectivement devant la Commission lors-

erwise would be to create a limitless legal fiction merging the mostly separate identities of the investigator and the Commission.

What was before the Commission, as matter for decision, was only what the Commission called for. In this case it is obvious from the affidavit of the Secretary of the Commission (Appeal Book, at page 6 ff) that not all of the documents were actually before the Commission. For instance, the Royal Bank of Canada's appraisals of the respondent's performance were not in the list of documents before the Commission.

The best proof that Sopinka J. cannot mean what the Motions Judge believed is his own statement later in *Syndicat* (at page 902):

The Commission was entitled to consider the investigator's report, such other underlying material as it, in its discretion, considered necessary and the representations of the parties. [Emphasis added].

Only the report of the investigator and the representations of the parties are necessary matter for the Commission's decision. Anything else is in the discretion of the Commission. If the Commission, therefore, elects not to call for some document, that document cannot be said to be before it in its decision-making phase, as opposed to its investigative phase. It is therefore not subject to production as a document relied upon by the Commission in its decision, although it may well have been relied upon by the investigator in his report. These are two different moments of the Commission's life, distinct moments not to be obliterated by a legal fiction.

Further, it seems to be the obvious intent of section 44 of the *Canadian Human Rights Act* that members of the Commission need not examine the complete record of the investigation, but are intended to rely on the report alone. The provision reads in part as follows:

qu'elle a rendu sa décision. Affirmer le contraire serait établir une fiction juridique illimitée fusionnant l'identité de l'enquêteur et celle de la Commission, deux personnes à bien des égards distinctes.

a

Ce qui était en la possession de la Commission, aux fins de la décision, c'était seulement ce que la Commission avait demandé. Dans le cas qui nous intéresse, il ressort nettement de l'affidavit du secrétaire de la Commission (dossier d'appel, à la page 6 et suivantes) que les documents n'étaient pas tous effectivement en la possession de la Commission. Par exemple, les évaluations de la Banque Royale du Canada relatives à la performance de l'intimé ne figuraient pas dans la liste des documents soumis à la Commission.

b

c

La meilleure preuve que les propos du juge Sopinka ne peuvent avoir le sens que leur attribue le juge des requêtes est le propre énoncé du juge Sopinka un peu plus loin dans l'arrêt *Syndicat* (à la page 902):

d

La Commission pouvait prendre en considération le rapport de l'enquêteur, les autres données de base qu'elle jugeait nécessaires ainsi que les arguments des parties. [Soulignement ajouté].

e

Seuls le rapport de l'enquêteur et les observations des parties sont nécessaires pour la décision de la Commission. Tout le reste est laissé au bon plaisir de la Commission. Si la Commission choisit donc de ne pas demander tel ou tel document, alors on ne peut dire que ce document se trouve devant la Commission à l'étape de la décision, par opposition à l'étape de l'enquête. Ledit document ne saurait donc faire l'objet d'une demande de production à titre de document utilisé par la Commission dans sa décision, même s'il a fort bien pu être utilisé par l'enquêteur dans son rapport. Ce sont là deux moments différents de la vie de la Commission, des moments distincts qui ne sauraient être confondus par l'effet d'une fiction juridique.

f

g

h

i

Par ailleurs, il semble que l'intention évidente de l'article 44 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, c'est que les membres de la Commission ne sont pas tenus d'examiner le dossier complet de l'enquête, mais sont censés se fonder uniquement sur le rapport. La disposition se lit en partie ainsi:

j

44. (1) An investigator shall, as soon as possible after the conclusion of an investigation, submit to the Commission a report of the findings of the investigation.

(2) If, on receipt of a report referred to in subsection (1), the Commission is satisfied

(a) that the complainant ought to exhaust grievance or review procedures otherwise reasonably available, or

(b) that the complaint could more appropriately be dealt with initially or completely, by means of a procedure provided for under an Act of Parliament other than this Act,

it shall refer the complainant to the appropriate authority.

(3) On receipt of a report referred to in subsection (1), the Commission

(a) may request the President of the Human Rights Tribunal Panel to appoint a Human Rights Tribunal in accordance with section 49 to inquire into the complaint to which the report relates if the Commission is satisfied

(i) that, having regard to all the circumstances of the complaint, an inquiry into the complaint is warranted, and
(ii) that the complaint to which the report relates should not be referred pursuant to subsection (2) or dismissed on any ground mentioned in paragraphs 41(c) to (e); or

(b) shall dismiss the complaint to which the report relates if it is satisfied

(i) that, having regard to all the circumstances of the complaint, an inquiry into the complaint is not warranted, or
(ii) that the complaint should be dismissed on any ground mentioned in paragraphs 41(c) to (e).

(4) After receipt of a report referred to in subsection (1), the Commission

(a) shall notify in writing the complainant and the person against whom the complaint was made of its action under subsection (2) or (3); and

(b) may, in such manner as it sees fit, notify any other person whom it considers necessary to notify of its action under subsection (2) or (3).

Everything happens on the receipt of a report. The report is not only the trigger of Commission action but is also the only document referred to as the basis for a Commission decision as to how to proceed.

The same conclusion emerges from decisions of this Court.

For example in *Whiteman v. Canada (Canadian Human Rights Commission)* (1987), 9 C.H.R.R. D/4944 (F.C.A.), par. 37973, Marceau J.A. stated squarely that "it was indeed on the basis of the report of the investigator and the representations of the par-

44. (1) L'enquêteur présente son rapport à la Commission le plus tôt possible après la fin de l'enquête.

(2) La Commission renvoie le plaignant à l'autorité compétente dans les cas où, sur réception du rapport, elle est convaincue, selon le cas:

a) que le plaignant devrait épuiser les recours internes ou les procédures d'appel ou de règlement des griefs qui lui sont normalement ouverts;

b) que la plainte pourrait avantageusement être instruite, dans un premier temps ou à toutes les étapes, selon des procédures prévues par une autre loi fédérale.

(3) Sur réception du rapport d'enquête prévu au paragraphe (1), la Commission:

a) peut demander au président du Comité du tribunal des droits de la personne de constituer, en application de l'article 49, un tribunal des droits de la personne chargé d'examiner la plainte visée par le rapport, si elle est convaincue:

(i) d'une part, que, compte tenu des circonstances relatives à la plainte, l'examen de celle-ci est justifié,
(ii) d'autre part, qu'il n'y a pas lieu de renvoyer la plainte en application du paragraphe (2) ni de la rejeter aux termes des alinéas 41(c) à (e);

b) rejette la plainte, si elle est convaincue:

(i) soit que, compte tenu des circonstances relatives à la plainte, l'examen de celle-ci n'est pas justifié,
(ii) soit que la plainte doit être rejetée pour l'un des motifs énoncés aux alinéas 41(c) à (e).

(4) Après réception du rapport, la Commission:

a) informe par écrit les parties à la plainte de la décision qu'elle a prise en vertu des paragraphes (2) ou (3);

b) peut informer toute autre personne, de la manière qu'elle juge indiquée, de la décision qu'elle a prise en vertu des paragraphes (2) ou (3).

Tout arrive lorsque le rapport est reçu. Le rapport n'est pas seulement ce qui déclenche l'action de la Commission, c'est aussi le seul document formant la base de la décision de la Commission sur la manière de régler la plainte.

La même conclusion ressort des décisions de la Cour d'appel fédérale.

Par exemple, dans l'espèce *Whiteman c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* (1987), 9 C.H.R.R. D/4944 (C.A.F.), paragraphe 37973, le juge Marceau affirme sans ambages que «c'était en effet sur le fondement du rapport de l'en-

ties that the [Canadian Human Rights] Commission was called on to make its decision.”

In my view, therefore, the appeal must be allowed, and the matter disposed of as provided by Pratte J.A.

DÉCARY J.A.: I agree.

quêteur et des observations des parties que la Commission [canadienne des droits de la personne] était tenue de rendre sa décision».

À mon avis, l'appel doit donc être accueilli et l'affaire réglée comme l'indique le juge Pratte.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: J'y souscris.

A-650-92

Her Majesty the Queen in Right of Canada
(Appellant) (Defendant)

v.

Comeau Sea Foods Limited, a body corporate*
(Respondent) (Plaintiff)

INDEXED AS: COMEAU'S SEA FOODS LTD. v. CANADA
(MINISTER OF FISHERIES AND OCEANS) (C.A.)

Court of Appeal, Stone, Linden and Robertson J.J.A.
—Halifax, November 29, 1994; Ottawa, February 27,
1995.

Administrative law — Appeal involving complex issue as administrative, tort law conflicting — Fisheries Minister authorizing offshore lobster fishing licences — Respondent incurring costs to convert scallop boats for lobster fishery — Inshore fishermen lobbied Minister to deny licences — Matter became major Federal, provincial political issue — Minister refused licences — Respondent sued Crown claiming damages for negligence — Trial Judge held Minister exhausted discretion when licences authorized — Held elements of negligence established — Crown's argument Minister not liable (1) in case of policy decision, (2) under Crown Liability and Proceedings Act, s. 8 — Defence of statutory authority — Difference between issuing, authorizing licence — Policy, operational decisions distinguished — Prima facie duty of care owed — Review, exposition of case law since test for determining duty of care established by Anns v. Merton London Borough Council — In deciding duty of care, availability of administrative law remedies important — Respondent could have sought certiorari, mandamus — Duty of care negatived, Crown not liable in negligence.

Crown — Torts — Appeal and cross-appeal from F.C.T.D. decision awarding damages for Minister's failure to issue authorized lobster fishery licences — Policy/operational distinction applied — Policy decisions not attracting liability in negligence — Prima facie duty of care owed to respondent — Negatived as adequate administrative law remedies available — Minister not breaching requisite standard of care — Not liable in negligence.

* Editor's note: the correct spelling is Comeau's Sea Foods Limited.

A-650-92

Sa Majesté la Reine du Chef du Canada
(appellante) (défenderesse)

a c.

Comeau Sea Foods Limited, personne morale*
(intimée) (demanderesse)

RÉPERTORIÉ: COMEAU'S SEA FOODS LTD. c. CANADA
(MINISTRE DES PÊCHES ET DES OcéANS) (C.A.)

Cour d'appel, juges Stone, Linden et Robertson,
J.C.A.—Halifax, 29 novembre 1994; Ottawa, 27
février 1995.

Droit administratif — Appel portant sur une question complexe opposant le droit administratif et le droit des délits — Permis octroyés par le ministre des Pêches pour la pêche au homard en haute mer — Frais engagés par l'intimée pour transformer les bateaux équipés pour la pêche au pétoncle en bateaux pour la pêche au homard — Pressions exercées par les pêcheurs côtiers sur le ministre pour qu'il refuse les permis — Question importante de politique fédérale et provinciale — Refus du ministre d'octroyer les permis — Demande de dommages-intérêts pour négligence présentée par l'intimée contre la Couronne — Le juge de première instance a statué que le ministre avait épuisé son pouvoir discrétionnaire lorsqu'il a autorisé l'octroi des permis — Les éléments de la négligence ont été établis — Selon la Couronne, le ministre n'est pas responsable (1) parce qu'il s'agit d'une décision de politique et (2) en raison de l'art. 8 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif — Moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur — Distinction entre la délivrance d'un permis et l'autorisation d'octroyer un permis — Distinction entre décision de politique et décision opérationnelle — Existence d'une obligation de diligence à première vue — Examen de la jurisprudence depuis que le critère relatif à l'obligation de diligence a été élaboré dans l'arrêt Anns v. Merton London Borough Council — Il importe de tenir compte des recours offerts par le droit administratif lorsqu'on détermine s'il existe ou non une obligation de diligence — L'intimée aurait pu procéder par voie de certiorari ou de mandamus — Il n'existait plus d'obligation de diligence et la Couronne n'a pas commis de négligence.

Couronne — Responsabilité délictuelle — Appel et appel incident d'une décision de la Section de première instance d'accorder des dommages-intérêts à la suite de l'omission du ministre de délivrer des permis autorisés pour la pêche au homard — Application de la distinction entre décision de politique et décision opérationnelle — Les décisions de politique n'entraînent pas de responsabilité fondée sur la négligence — Obligation de diligence existant à première vue en faveur de l'intimée — Il n'existe plus d'obligation de diligence compte

* Note de l'arrêtiste: le nom exact est Comeau's Sea Foods Limited.

Fisheries — Minister authorized (Fisheries Act, s. 7) offshore lobster fishing licences — Before licences issued, respondent spending money to convert scallop dragger to lobster vessel — Inshore fishermen protesting — Minister refusing to issue offshore licences — Respondent suing Crown in negligence — Trial Judge holding revocation decision ultra vires, Crown liable — Whether policy or operational decision — Court prohibited from considering merits of Minister's decision — Foreseeability of loss no fetter on ministerial discretion — No actionable negligence unless Minister improperly construed s. 7 by failing to take reasonable care to avoid ultra vires determination.

These were an appeal and cross-appeal from a Trial Division decision holding the Minister of Fisheries and Oceans liable for damages for failing to issue offshore lobster fishery licences which he had previously authorized under section 7 of the *Fisheries Act*. In December 1987, the Minister informed the respondent that he had authorized four experimental offshore lobster licences and specified its allowable catch for the current fishing year. Since that announcement, inshore lobster fishermen opposed to the new licences had actively lobbied the Minister to change his decision on the basis that more offshore licences would adversely affect the inshore fishery. Ultimately, the Minister gave in and withdrew the authorization, even though he knew that the respondent had already spent money converting a scallop dragger for the lobster fishery. The latter initiated an action for damages based on various grounds of liability, including negligence. The Trial Judge held that once the Minister authorized issuance of the licences, he had exhausted his discretion under section 7 so that the revocation decision was *ultra vires* and amounted to actionable negligence. The two main issues upon appeal were whether the Minister owed the respondent a duty of care and, if so, whether the requisite standard of care had been breached.

Held (Linden J.A. dissenting in part), the appeal should be allowed, the cross-appeal dismissed.

Per Stone J.A.: While the decision whether to authorize a licence pursuant to section 7 of the *Fisheries Act* was a "policy" decision, the Minister's subsequent decision to go back on his commitment was neither a true policy decision nor an operational one. It was simply one that was not authorized by the

tenu de l'existence de recours adéquats offerts par le droit administratif — Le ministre a satisfait à la norme de diligence requise — Aucune responsabilité pour négligence.

Pêches — Autorisation donnée par le ministre concernant des permis pour la pêche au homard en haute mer (art. 7 de la Loi sur les pêches) — Frais engagés par l'intimée, avant la délivrance des permis, pour la transformation de bateaux équipés pour la pêche au pétoncle en bateaux pour la pêche au homard — Protestation de la part des pêcheurs côtiers — Refus du ministre d'octroyer des permis pour la pêche côtière — Poursuite pour négligence intentée par l'intimée contre la Couronne — Le juge de première instance a statué que la révocation dépassait les pouvoirs du ministre et a tenu la Couronne responsable — Décision de politique ou décision opérationnelle — La Cour ne peut examiner le bien-fondé de la décision du ministre — Le caractère prévisible de la perte de l'intimée ne peut entraver le pouvoir discrétionnaire du ministre — Aucune action pour négligence ne peut être intentée, sauf si le ministre a mal interprété l'art. 7 en ne faisant pas preuve de diligence raisonnable pour éviter de prendre une décision excédant ses pouvoirs.

Il s'agit d'un appel et d'un appel incident d'une décision de la Section de première instance selon laquelle le ministre des Pêches et des Océans est responsable des dommages résultant de son refus de délivrer des permis pour la pêche au homard en haute mer qu'il avait auparavant autorisés en vertu de l'article 7 de la *Loi sur les pêches*. En décembre 1987, le ministre a informé l'intimée qu'il avait autorisé l'octroi de quatre permis expérimentaux de pêche au homard en haute mer, précisant le total de la prise autorisée pour la saison de pêche en cours. À la suite de cette annonce, les pêcheurs côtiers de homard opposés aux nouveaux permis ont exercé des pressions considérables sur le ministre pour qu'il modifie sa décision au motif que la délivrance de permis supplémentaires pour la pêche en haute mer aurait un effet préjudiciable sur la pêche côtière. En fin de compte, le ministre a cédé à leurs protestations et a révoqué son autorisation, même s'il savait que l'intimée avait déjà consacré des fonds à la transformation d'un bateau équipé pour la pêche au pétoncle en bateau pour la pêche au homard. L'intimée a intenté une action en dommages-intérêts fondée sur différents motifs de responsabilité, dont la négligence. Le juge de première instance a statué qu'une fois que le ministre avait autorisé l'octroi des permis, il avait épuisé son pouvoir discrétionnaire visé à l'article 7. Dès lors, la révocation outrepassait les pouvoirs du ministre et constituait une négligence pouvant faire l'objet d'une poursuite. Les deux principales questions soulevées dans cet appel étaient de savoir si le ministre avait une obligation de diligence envers l'intimée et, le cas échéant, s'il a satisfait à la norme de diligence requise.

Arrêt (le juge Linden, J.C.A. dissident en partie): l'appel est accueilli et l'appel incident, rejeté.

Le juge Stone, J.C.A.: Même si la décision de permettre l'octroi d'un permis en vertu de l'article 7 de la *Loi sur les pêches* constituait une décision «de politique», la décision subséquente par laquelle le ministre a renié son engagement n'était ni une véritable décision de politique ni une décision

statute. The appellant could not be made liable in negligence for a true policy decision unless it was not made *bona fide* or was irrational but, under certain circumstances, could be made liable in negligence for an "operational" decision. The policy/operational dichotomy has, by reason of its adoption by the Supreme Court of Canada, become enshrined in the law of Canada. The two-step test enunciated by the House of Lords in *Anns v. Merton London Borough Council* must be applied herein. First, it must be decided whether there is a sufficiently close relationship between the parties such that, in the reasonable contemplation of the defendant, carelessness might cause damage to the plaintiff. The Minister owed the respondent a *prima facie* duty of care at the relevant time. The second branch of the *Anns* test asks the question whether there are any considerations which ought to negative or limit the scope of the duty of care, the class of persons to whom it is owed or the damages to which a breach of it may give rise. The availability of relief by way of judicial review is a factor to be considered in deciding whether to impose a duty of care. Such relief would have been available to the respondent had it chosen to follow that course. At least from the time the Minister formally communicated his second decision by letter of May 31, 1988, the respondent was in a position to seek the relatively quick and sure remedy of *certiorari*. The remedy of *mandamus* requiring the licences to be issued was also available to the respondent in the spring of 1988. The availability of adequate administrative law remedies by way of judicial review was a consideration to be taken into account under the second branch of the *Anns* test in deciding whether the scope of *prima facie* duty of care should be negated in the circumstances of this case. That duty was so negated. The appellant should not be held liable in negligence as she owed no duty of care to the respondent.

Per Robertson J.A. (concurring in the result): The revocation decision was no less a policy decision than that to authorize the issuance of the licences in the first instance. Any judicial inquiry touching on the reasonableness or merits of the Minister's decision to revoke the authorization is proscribed by Supreme Court of Canada decisions applying *Anns* and, in particular, the policy/operational distinction. As the decision in question fell within the policy category, no duty of care could have arisen between the parties as to whether the Minister was justified in revoking the authorization. Nor could foreseeability of the respondent's loss be invoked as a valid fetter on ministerial discretion. The administrative tort of misfeasance in a public office is established once it is shown that the invalid decision is tainted by either malice or knowledge. There was no evidence, nor has it been suggested, that the Minister acted maliciously or with knowledge of the invalidity. Nor has there been a finding of bad faith on his part. The fact that the Minis-

opérationnelle. Cette décision n'était tout simplement pas autorisée par le législateur. L'appelante ne pourrait être tenue responsable en raison de sa négligence dans le cadre d'une véritable décision de politique générale à moins que celle-ci n'ait pas été prise de bonne foi ou qu'elle se soit révélée irrationnelle; la responsabilité de l'appelante pourrait cependant, dans certaines circonstances, être engagée par suite de la négligence découlant d'une décision «opérationnelle». L'opposition entre une décision de politique et une décision opérationnelle fait partie des règles de droit canadiennes depuis son adoption par la Cour suprême du Canada. Le critère à deux volets énoncé par la Chambre des lords dans l'affaire *Anns v. Merton London Borough Council* doit être appliqué. En premier lieu, il faut déterminer s'il existe un lien suffisamment étroit entre les parties pour que le manque de diligence de la part de la défenderesse puisse raisonnablement être perçu par celle-ci comme étant susceptible de causer un préjudice à la demanderesse. Le ministre avait, à première vue, une obligation de diligence envers l'intimée au moment en cause. À la lumière du deuxième volet du critère énoncé dans *Anns*, il faut se demander s'il existe des raisons 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. La disponibilité d'un recours par voie de contrôle judiciaire doit être considérée avant qu'on puisse conclure à l'existence d'une obligation de diligence. L'intimée aurait pu obtenir réparation au moyen du contrôle judiciaire si elle avait choisi d'emprunter cette voie. Au moins à partir du moment où le ministre a officiellement communiqué sa deuxième décision par lettre le 31 mai 1988, l'intimée était en mesure de faire valoir un recours assez rapide et certain sous forme de *certiorari*. Le recours en *mandamus* exigeant la délivrance des permis était offert à l'intimée au printemps 1988. La disponibilité de recours adéquats en droit administratif par voie de contrôle judiciaire doit être prise en considération à la lumière du second volet du critère énoncé dans *Anns* lorsqu'il s'agit de décider si la portée d'une obligation de diligence *prima facie* devrait être rejetée dans les circonstances de l'espèce. Cette obligation doit ainsi être rejetée. L'appelante ne devait pas être tenue responsable en raison de sa négligence puisqu'elle n'avait aucune obligation de diligence envers l'intimée.

Le juge Robertson, J.C.A. (souscrivant au jugement quant au résultat): La révocation constitue tout aussi bien une décision de politique que la décision de permettre l'octroi des permis en premier lieu. Les arrêts de la Cour suprême du Canada relatifs à la décision *Anns* et, en particulier, la distinction entre une décision de politique et une décision opérationnelle, proscrivent tout examen, par un organe judiciaire, du caractère raisonnable ou du bien-fondé de la décision du ministre de révoquer l'autorisation. Puisque cette décision entre dans la catégorie des décisions de politique, aucune obligation de diligence ne peut exister entre les parties relativement au fait que le ministre était justifié ou non de révoquer son autorisation. En outre, le caractère prévisible de la perte de l'intimée ne peut être invoqué afin d'entraver à bon droit le pouvoir discrétionnaire du ministre. L'existence du délit administratif que représente l'action fautive du titulaire d'une charge publique est établie lorsqu'on prouve que la décision non valide est entachée par la

ter lacked the authority to make the revocation decision did not make it any less a policy one. Misconstruction of the Act did not convert a policy decision into an operational one. It simply rendered it *ultra vires*. It is not permissible to consider whether the Minister should have revoked the authorization when evaluating an allegation of negligence. Provided that decision was made in good faith, it is not reviewable by the Court. The Minister owed the respondent a duty of care which was limited to the manner in which he went about deciding whether he had the requisite authority to revoke the authorization. He could not have been held negligent for exercising a policy discretion that he is authorized to exercise under an Act of Parliament, even in circumstances in which he is advised that a party has relied on previous representations of ministerial discretion. Foreseeability of loss (damages) cannot displace the obligation to establish a breach of the requisite standard of care. As the revocation decision has been found *ultra vires*, the defence of statutory authority was not available to the Minister. But to ground liability herein on the absence of statutory authority and the element of detrimental reliance would mean adopting a species of strict liability for public authorities and this has been rejected by the Supreme Court of Canada. This was not a case of actionable negligence.

Per Linden J.A. (dissenting in part): In purporting to withdraw from the respondent the authorization for licences, the Minister acted without statutory authority. Just because a minister or other government official is mistaken about the manner in which he exercises his discretion, civil liability does not necessarily follow. The Court should hold that a duty arises wherever some harm is reasonably foreseeable, unless good policy reasons exist for denying such a duty. Since the proximity in the relationship between the respondent and the Minister was obvious, a duty of care was owed by the latter. Not only was the Trial Judge correct in holding that a duty of care existed, there was sufficient basis for him to have found that negligent conduct was proven. All of the elements of a cause of action for negligence have been properly established, except for the policy/operational issue. The common law courts have been reluctant to treat the Crown like other private persons. Immunity from negligence should be granted sparingly to Crown agencies; only their true policy decisions, generally made at higher levels, involving social, political and economic factors and budgetary allotments for departments should be exempt from negligence law's reach. If the conduct is not immunized as a true policy decision, ordinary negligence law principles remain applicable. Since the Crown must be free to govern, an immunity may be necessary, but it must be limited to those functions of government that can properly be considered to be "governing," and not extended to the other tasks of government. Since the decision to cancel the authorization was

malveillance ou la connaissance de son invalidité. Il n'y a aucune preuve, et cet argument n'a pas non plus été soulevé, que le ministre a agi avec malveillance ou en toute connaissance de l'invalidité. On n'a pas conclu non plus à la mauvaise foi du ministre. Le fait que celui-ci n'avait pas le pouvoir de révoquer l'autorisation n'en faisait pas moins une décision de politique. En outre, l'interprétation erronée de la loi ne fait pas en sorte qu'une décision de politique devienne une décision opérationnelle. Elle la rend simplement *ultra vires*. Il n'est pas permis d'examiner s'il y avait lieu pour le ministre de révoquer l'autorisation lorsqu'on évalue des arguments fondés sur la négligence. Pour autant que la décision a été prise de bonne foi, elle ne peut faire l'objet d'une révision par la Cour. Le ministre avait envers l'intimée une obligation de diligence qui se limitait à la manière dont il a décidé s'il possédait ou non le pouvoir nécessaire pour révoquer l'autorisation. Il n'aurait pu être jugé négligent d'avoir exercé un pouvoir discrétionnaire relié aux politiques qu'il était autorisé à exercer par une loi du Parlement, même dans les circonstances où il sait qu'une partie se fie aux déclarations antérieures relevant du pouvoir discrétionnaire ministériel. Le caractère prévisible d'une perte (de dommages) ne peut supplanter l'obligation d'établir le non-respect du degré de diligence requis. Puisque la décision relative à la révocation a été jugée *ultra vires*, le ministre ne peut invoquer la défense fondée sur l'autorisation du législateur. Mais si on fonde la responsabilité en l'espèce sur l'absence d'une autorisation par le législateur et sur la confiance préjudiciable, on impose une forme de responsabilité stricte aux autorités publiques, ce qui a été rejeté par la Cour suprême du Canada. Il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas de négligence pouvant faire l'objet d'une poursuite.

Le juge Linden, J.C.A. (dissident en partie): En essayant de révoquer l'autorisation des permis octroyés à l'intimée, le ministre a agi sans l'autorisation du législateur. Un ministre ou d'autres fonctionnaires n'engagent pas nécessairement leur responsabilité civile du simple fait qu'ils commettent une erreur dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire. Les tribunaux devraient conclure à la présence d'une obligation lorsqu'un préjudice quelconque est raisonnablement prévisible, à moins que de bonnes raisons de politique justifient la négation de cette obligation. Compte tenu de l'existence manifeste d'un lien étroit entre l'intimée et le ministre, ce dernier avait une obligation de diligence envers elle. Non seulement le juge de première instance avait-il raison de conclure à l'existence d'une obligation de diligence, mais il était justifié de croire que les éléments de preuve établissaient une conduite négligente de la part du ministre. Tous les éléments d'une cause d'action découlant de la négligence ont été dûment établis, sauf en ce qui concerne la nature politique ou opérationnelle de la décision. Les tribunaux de common law se sont montrés réticents à traiter la Couronne comme un simple citoyen. L'immunité en cas de négligence devrait être accordée avec parcimonie aux organismes de la Couronne. Seules de véritables décisions de politique, généralement prises à un échelon élevé, qui sont fonction de facteurs sociaux, politiques ou économiques et touchent l'allocation de ressources budgétaires à des ministères devraient être soustraites à l'application des principes de droit en matière de négligence. Si la conduite ne jouit pas d'une

not part of governing, it could not be protected by the policy immunity. The sole reason for the Minister's *volte-face* appears to have been the political pressure exerted on him by those engaged in the inshore lobster fishery. Section 7 of the *Fisheries Act* does not give the Minister jurisdiction to withdraw, without reason, an authorization previously given. In purporting to do so, the Minister was acting *ultra vires* and that breach of statute was properly found to constitute actionable negligence.

immunité à titre de décision de pure politique, les principes ordinaires de droit en matière de négligence restent applicables. Puisque la Couronne doit pouvoir être libre de gouverner, l'immunité peut être nécessaire, mais elle est limitée aux fonctions qu'on peut dûment assimiler au fait de «gouverner» et ne s'étend pas aux autres tâches du gouvernement. Comme la décision de révoquer l'autorisation ne peut être assimilée au fait de gouverner, elle ne pourrait être protégée par l'immunité accordée aux décisions de politique. La volte-face du ministre semble s'appuyer uniquement sur les pressions politiques exercées par les pêcheurs côtiers de homard. L'article 7 de la *Loi sur les pêches* ne donne pas au ministre le pouvoir de révoquer, sans raison, l'autorisation qu'il avait accordée au préalable. Lorsqu'il a procédé à une telle révocation, le ministre a excédé sa compétence, et ce manquement à la loi représentait une négligence pouvant faire l'objet d'une poursuite.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act for the regulation of Fishing and protection of Fisheries*, S.C. 1867-68, c. 60.
Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), ss. 3(a), 8.
Crown Proceedings Act, 1947, 10 & 11 Geo. 6, c. 44, s. 2(1)(a).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 456 (as am. by SOR/90-846, s. 15).
Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 7, 9 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 31, s. 95).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Just v. British Columbia, [1989] 2 S.C.R. 1228; (1989), 64 D.L.R. (4th) 689; [1990] 1 W.W.R. 385; 41 B.C.L.R. (2d) 350; 41 Admin. L.R. 161; 1 C.C.L.T. (2d) 1; 18 M.V.R. (2d) 1; 103 N.R. 1; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.).

DISTINGUISHED:

Rowling v. Takaro Properties Ltd., [1988] A.C. 473 (P.C.).

REVERSED:

Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans), [1992] 3 F.C. 54; (1992), 11 C.C.L.T. (2d) 241 (T.D.).

CONSIDERED:

Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways), [1994] 1 S.C.R. 420; [1994] 4 W.W.R. 194; (1994), W.A.C. 1; 89 B.C.L.R. (2d) 1; 42 B.C.A.C. 1; 20 Admin. L.R. (2d) 1; 19 C.C.L.T. (2d) 233; *Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 445; (1994), 129 N.S.R. (2d) 321; 112 D.L.R. (4th) 18; 362 A.P.R. 321; 20 Admin. L.R. (2d) 39; 19 C.C.L.T. (2d) 233; *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*,

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Acte pour régler la pêche et protéger les pêcheries*, S.C. 1867-68, ch. 60.
Crown Proceedings Act, 1947, 10 & 11 Geo. 6, ch. 44, art. 2(1)a).
Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), art. 3a), 8.
Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 7, 9 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 95).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 456 (mod. par DORS/90-846, art. 15).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Just c. Colombie-Britannique, [1989] 2 R.C.S. 1228; (1989), 64 D.L.R. (4th) 689; [1990] 1 W.W.R. 385; 41 B.C.L.R. (2d) 350; 41 Admin. L.R. 161; 1 C.C.L.T. (2d) 1; 18 M.V.R. (2d) 1; 103 N.R. 1; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Rowling v. Takaro Properties Ltd., [1988] A.C. 473 (C.P.).

DÉCISION INFIRMÉE:

Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans), [1992] 3 C.F. 54; (1992), 11 C.C.L.T. (2d) 241 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie), [1994] 1 R.C.S. 420; [1994] 4 W.W.R. 194; (1994), W.A.C. 1; 89 B.C.L.R. (2d) 1; 42 B.C.A.C. 1; 20 Admin. L.R. (2d) 1; 19 C.C.L.T. (2d) 233; *Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 445; (1994), 129 N.S.R. (2d) 321; 112 D.L.R. (4th) 18; 362 A.P.R. 321; 20 Admin. L.R. (2d) 39; 19 C.C.L.T. (2d) 233; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et*

[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; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; (1992), 91 D.L.R. (4th) 289; 137 N.R. 241; *Somerville Belkin Indust. Ltd. v. Man.*, [1988] 3 W.W.R. 523; (1988), 51 Man. R. (2d) 232; 38 B.L.R. 122 (C.A.); *San Sebastian Pty. Ltd. v. Minister Administering Environmental Planning and Assessment Act 1979* (1986), 162 C.L.R. 340 (Aust. H.C.); *R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; (1983), 153 D.L.R. (3d) 9; [1983] 3 W.W.R. 97; 23 CCLT 121; 45 N.R. 425; *R. v. CAE Industries Ltd.*, [1986] 1 F.C. 129; (1985), 29 D.L.R. (4th) 347; [1985] 5 W.W.R. 481; 30 B.L.R. 236; 61 N.R. 19 (C.A.); *Brewer Bros. v. Canada (Attorney General)*, [1992] 1 F.C. 25; (1991), 80 D.L.R. (4th) 321; 8 C.C.L.T. (2d) 45; 129 N.R. 3 (C.A.); *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *McGillivray v. Kimber et al.* (1915), 52 S.C.R. 146; 26 D.L.R. 164.

REFERRED TO:

Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co., [1995] S.C.J. No. 2 (QL); *Stewart v. Pettie* d
[1995] S.C.J. No. 3 (QL); *Petrocorp. v. Butcher*, Aug. 14, 1990, N.Z., not reported; *Ultramares v. Touche*, 255 N.Y. 170 (App. Div. 1931); *Yuen Kim Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] A.C. 175 (P.C.); *Peabody Donation Fund (Governors of) v. Sir Lindsay Parkinson & Co. Ltd.*, [1985] A.C. 210 (H.L.); *Murphy v Brentwood DC*, e
[1990] 2 All ER 908 (H.L.); *Swanson v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 F.C. 408; (1991), 80 D.L.R. (4th) 741; 7 C.C.L.T. (2d) 186; 124 N.R. 218 (C.A.); *LaPointe v. Canada (Minister of Fisheries & Oceans)* (1992), 4 Admin. L.R. (2d) 298; 51 F.T.R. 161 (F.C.T.D.); *Central Canada Potash Co. Ltd. et al. v. Government of Saskatchewan*, [1979] 1 S.C.R. 42; (1978), 88 D.L.R. (3d) 609; [1978] 6 W.W.R. 400; 6 C.C.L.T. 265; 23 N.R. 481; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.); *Home Office v Dorset Yacht Co Ltd*, [1970] 2 All ER 294 (H.L.); *Batty v. Metropolitan Property Realisations Ltd.*, [1978] 2 g
W.L.R. 500 (C.A.); *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; *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; *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), h
157 C.L.R. 424 (Aust. H.C.); *Rivtow Marine Ltd. v. Washinton Iron Works et al.*, [1974] S.C.R. 1189; (1973), 40 D.L.R. (3d) 530; [1973] 6 W.W.R. 692; *Stein et al. v. "Kathy K" et al. (The Ship)*, [1976] 2 S.C.R. 802; (1975), 62 D.L.R. (3d) 1; 6 N.R. 359; *Galaske v. O'Donnell*, i
[1994] 1 S.C.R. 670; (1994), 112 D.L.R. (4th) 109; [1994] 5 W.W.R. 1; 69 W.A.C. 37; 89 B.C.L.R. (2d) 273; 43 B.C.A.C. 37; 21 C.C.L.T. (2d) 1; 166 N.R. 5; *Sterling Trusts Corp. v. Postma et al.*, [1965] S.C.R. 324; (1964), 48 D.L.R. (2d) 423; *Mentuck v. Canada*, [1986] 3 F.C. j
249; (1986), 3 F.T.R. 80 (T.D.); *Grant v. Province of New Brunswick* (1973), 6 N.B.R. (2d) 95; 35 D.L.R. (3d) 141 (C.A.); *Welbridge Holdings Ltd. v. Metropolitan Corpora-*

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; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; (1992), 91 D.L.R. (4th) 289; 137 N.R. 241; *Somerville Belkin Indust. Ltd. v. Man.*, [1988] 3 W.W.R. 523; (1988), 51 Man. R. (2d) 232; 38 B.L.R. 122 (C.A.); *San Sebastian Pty. Ltd. v. Minister Administering Environmental Planning and Assessment Act 1979* (1986), 162 C.L.R. 340 (Aust. H.C.); *R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; (1983), 153 D.L.R. (3d) 9; [1983] 3 W.W.R. 97; 23 CCLT 121; 45 N.R. 425; *R. c. CAE Industries Ltd.*, [1986] 1 C.F. 129; (1985), 29 D.L.R. (4th) 347; [1985] 5 W.W.R. 481; 30 B.L.R. 236; 61 N.R. 19 (C.A.); *Brewer Bros. c. Canada (Procureur général)*, [1992] 1 C.F. 25; (1991), 80 D.L.R. (4th) 321; 8 C.C.L.T. (2d) 45; 129 N.R. 3 (C.A.); *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *McGillivray v. Kimber et al.* (1915), 52 R.C.S. 146; 26 D.L.R. 164.

DÉCISIONS CITÉES:

Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co., [1995] A.C.S. n° 2 (QL); *Stewart c. Pettie*, [1995] A.C.S. n° 3 (QL); *Petrocorp. v. Butcher*, 14 août 1990, N.Z., non publié; *Ultramares v. Touche*, 255 N.Y. 170 (App. Div. 1931); *Yuen Kim Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] A.C. 175 (P.C.); *Peabody Donation Fund (Governors of) v. Sir Lindsay Parkinson & Co. Ltd.*, [1985] A.C. 210 (H.L.); *Murphy v Brentwood DC*, [1990] 2 All ER 908 (H.L.); *Swanson c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 C.F. 408; (1991), 80 D.L.R. (4th) 741; 7 C.C.L.T. (2d) 186; 124 N.R. 218 (C.A.); *LaPointe c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)* (1992), 4 Admin. L.R. (2d) 298; 51 F.T.R. 161 (C.F. 1^{re} inst.); *Central Canada Potash Co. Ltd. et autre c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42; (1978), 88 D.L.R. (3d) 609; [1978] 6 W.W.R. 400; 6 C.C.L.T. 265; 23 N.R. 481; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.); *Home Office v Dorset Yacht Co Ltd*, [1970] 2 All ER 294 (H.L.); *Batty v. Metropolitan Property Realisations Ltd.*, [1978] 2 W.L.R. 500 (C.A.); *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; *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; *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 157 C.L.R. 424 (Aust. H.C.); *Rivtow Marine Ltd. c. Washinton Iron Works et autre*, [1974] R.C.S. 1189; (1973), 40 D.L.R. (3d) 530; [1973] 6 W.W.R. 692; *Stein et autres c. «Kathy K» et autres (Le navire)*, [1976] 2 R.C.S. 802; (1975), 62 D.L.R. (3d) 1; 6 N.R. 359; *Galaske c. O'Donnell*, [1994] 1 R.C.S. 670; (1994), 112 D.L.R. (4th) 109; [1994] 5 W.W.R. 1; 69 W.A.C. 37; 89 B.C.L.R. (2d) 273; 43 B.C.A.C. 37; 21 C.C.L.T. (2d) 1; 166 N.R. 5; *Sterling Trusts Corp. v. Postma et al.*, [1965] R.C.S. 324; (1964), 48 D.L.R. (2d) 423; *Mentuck c. Canada*, [1986] 3 C.F. 249; (1986), 3 F.T.R. 80 (1^{re} inst.); *Grant v. Province of New Brunswick* (1973), 6 N.B.R. (2d) 95; 35 D.L.R. (3d)

tion of Greater Winnipeg, [1971] S.C.R. 957; (1970), 22 D.L.R. (3d) 470; [1972] 3 W.W.R. 433; *Sirroos v Moore*, [1974] 3 All ER 776 (C.A.); *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; *Just v. R. in Right of B.C.*, [1985] 5 W.W.R. 570; (1985), 64 B.C.L.R. 349; 33 C.C.L.T. 49; 34 M.V.R. 124 (B.C.S.C.); *Just v. B.C. (Govt.)*, [1987] 2 W.W.R. 231; (1986), 10 B.C.L.R. (2d) 223; 40 C.C.L.T. 160; 1 M.V.R. (2d) 357 (B.C.C.A.); *Just v. British Columbia* (1991), 60 B.C.L.R. (2d) 209 (S.C.); *Dalehite v. United States*, 346 U.S. 15 (1953); *Riverscourt Farms Ltd. v. Niagara-on-the-Lake (Town)* (1992), 9 C.C.L.T. (2d) 231; 8 M.P.L.R. (2d) 13 (Ont. Gen. Div.); *Clark v. Canada*, [1994] 3 F.C. 323; (1994), 3 C.C.E.L. (2d) 172; 20 C.C.L.T. (2d) 142; 94 CLLC 14,028; 76 F.T.R. 241 (T.D.); *Kuczperpa v. Canada* (1993), 14 C.R.R. (2d) 307; 152 N.R. 207 (F.C.A.); *Williams v. State*, 127 N.Y.2d 545 (Ct. App. 1955); *Chhabra (O.P.) v. Canada*, [1989] 2 C.T.C. 13; (1989), 89 DTC 5310 (F.C.T.D.); *Francœur et al. v. Canada* (1994), 78 F.T.R. 109 (F.C.T.D.); *Brasyer v. Maclean* (1875), L.R. 6 P.C. 398 (P.C. N.S.W.); *Janiak v. Ippolito*, [1985] 1 S.C.R. 146; (1985), 16 D.L.R. (4th) 1; 31 C.C.L.T. 113; 57 N.R. 241; 9 O.A.C. 1; *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.); *Tock v. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 S.C.R. 1181; (1989), 82 Nfld. & P.E.I.R. 181; 64 D.L.R. (4th) 620; 257 A.P.R. 181; 1 C.C.L.T. (2d) 113; 47 M.P.L.R. 113; 104 N.R. 241; *United Terminals Ltd. v. M.N.R.*, [1992] 3 F.C. 302 (C.A.).

141 (C.A.); *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; *Sirroos v Moore*, [1974] 3 All ER 776 (C.A.); *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; *Just v. R. in Right of B.C.*, [1985] 5 W.W.R. 570; (1985), 64 B.C.L.R. 349; 33 C.C.L.T. 49; 34 M.V.R. 124 (C.S.C.-B.); *Just v. B.C. (Govt.)*, [1987] 2 W.W.R. 231; (1986), 10 B.C.L.R. (2d) 223; 40 C.C.L.T. 160; 1 M.V.R. (2d) 357 (C.A.C.-B.); *Just v. British Columbia* (1991), 60 B.C.L.R. (2d) 209 (C.S.); *Dalehite v. United States*, 346 U.S. 15 (1953); *Riverscourt Farms Ltd. v. Niagara-on-the-Lake (Town)* (1992), 9 C.C.L.T. (2d) 231; 8 M.P.L.R. (2d) 13 (Div. gén. de l'Ont.); *Clark c. Canada*, [1994] 3 C.F. 323; (1994), 3 C.C.E.L. (2d) 172; 20 C.C.L.T. (2d) 142; 94 CLLC 14,028; 76 F.T.R. 241 (1^{re} inst.); *Kuczperpa c. Canada* (1993), 14 C.R.R. (2d) 307; 152 N.R. 207 (C.A.F.); *Williams v. State*, 127 N.Y.2d 545 (Ct. App. 1955); *Chhabra (O.P.) c. Canada*, [1989] 2 C.T.C. 13; (1989), 89 DTC 5310 (C.F. 1^{re} inst.); *Francœur et al. c. Canada* (1994), 78 F.T.R. 109 (C.F. 1^{re} inst.); *Brasyer v. Maclean* (1875), L.R. 6 P.C. 398 (P.C. N.S.W.); *Janiak c. Ippolito*, [1985] 1 R.C.S. 146; (1985), 16 D.L.R. (4th) 1; 31 C.C.L.T. 113; 57 N.R. 241; 9 O.A.C. 1; *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.); *Tock c. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 R.C.S. 1181; (1989), 82 Nfld. & P.E.I.R. 181; 64 D.L.R. (4th) 620; 257 A.P.R. 181; 1 C.C.L.T. (2d) 113; 47 M.P.L.R. 113; 104 N.R. 241; *United Terminals Ltd. c. M.R.N.*, [1992] 3 C.F. 302 (C.A.).

AUTHORS CITED

Bailey, S.H. and M.J. Bowman. «The Policy/Operational Dichotomy—A Cuckoo in the Nest» (1986), 45 *Camb. L.J.* 43.

Cohen, David. «Regulating Regulators: The Legal Environment of the State» (1990), 40 *U.T.L.J.* 213.

Cohen, David. «Suing the State» (1990), 40 *U.T.L.J.* 630.

Craig, P. P. «Compensation in Public Law» (1980), 96 *L.Q. Rev.* 413.

Epstein, Richard A. et al. *Cases and Materials on Torts*, 4th ed., Toronto: Little, Brown and Company, 1984.

Evans, R. C. «Damages for Unlawful Administrative Action: The Remedy for Misfeasance in Public Office» (1982), 31 *Int. & Comp. L.Q.* 640.

Feldthusen, Bruce. *Economic Negligence: The Recovery of Pure Economic Loss*, 3rd ed., Scarborough: Carswell, Thomson Professional Publishing, 1994.

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 8th ed. Sydney: Law Book Co. Ltd., 1992.

Galloway, Donald. «Liability of Government: Just or Just and Reasonable» (1990), 41 *Admin. L.R.* 133.

Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*, Toronto: Carswell, 1989.

Hogg, Peter W. «*Tock v. St. John's Metropolitan Area Board*» (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 589.

DOCTRINE

Bailey, S.H. and M.J. Bowman. «The Policy/Operational Dichotomy—A Cuckoo in the Nest» (1986), 45 *Camb. L.J.* 43.

Cohen, David. «Regulating Regulators: The Legal Environment of the State» (1990), 40 *U.T.L.J.* 213.

Cohen, David. «Suing the State» (1990), 40 *U.T.L.J.* 630.

Craig, P. P. «Compensation in Public Law» (1980), 96 *L.Q. Rev.* 413.

Epstein, Richard A. et al. *Cases and Materials on Torts*, 4th ed., Toronto: Little, Brown and Company, 1984.

Evans, R. C. «Damages for Unlawful Administrative Action: The Remedy for Misfeasance in Public Office» (1982), 31 *Int. & Comp. L.Q.* 640.

Feldthusen, Bruce. *Economic Negligence: The Recovery of Pure Economic Loss*, 3rd ed., Scarborough: Carswell, Thomson Professional Publishing, 1994.

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 8th ed. Sydney: Law Book Co. Ltd., 1992.

Galloway, Donald. «Liability of Government: Just or Just and Reasonable» (1990), 41 *Admin. L.R.* 133.

Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*, Toronto: Carswell, 1989.

Hogg, Peter W. «*Tock v. St. John's Metropolitan Area Board*» (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 589.

Hogg, Peter W. "Government Liability: Assimilating Crown and Subject" (1994), 16 *Adv. Q.* 366.

Klar, Lewis N. "The Supreme Court of Canada: Extending the Tort Liability of Public Authorities" (1990), 28 *Alta. L. Rev.* 648.

Lewis, Clive B. *Judicial Remedies in Public Law*, a London: Sweet & Maxwell, 1992.

McBride, Jeremy. "Damages as a Remedy for Unlawful Administrative Action", [1979] *C.L.J.* 323.

Sopinka, Hon. J. "The Liability of Public Authorities: Drawing the Line" (1993), 1 *Tort L Rev* 123.

Woodall, M. Kevin. "Private Law Liability of Public Authorities for Negligent Inspection and Regulation" (1992), 37 *McGill L.J.* 83. b

Hogg, Peter W. «Government Liability: Assimilating Crown and Subject» (1994), 16 *Adv. Q.* 366.

Klar, Lewis N. «The Supreme Court of Canada: Extending the Tort Liability of Public Authorities» (1990), 28 *Alta. L. Rev.* 648.

Lewis, Clive B. *Judicial Remedies in Public Law*, London: Sweet & Maxwell, 1992.

McBride, Jeremy. «Damages as a Remedy for Unlawful Administrative Action», [1979] *C.L.J.* 323.

Sopinka, Hon. J. «The Liability of Public Authorities: Drawing the Line» (1993), 1 *Tort L Rev* 123.

Woodall, M. Kevin. «Private Law Liability of Public Authorities for Negligent Inspection and Regulation» (1992), 37 *McGill L.J.* 83.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a Trial Division decision ([1992] 3 F.C. 54; (1992), 11 C.C.L.T. (2d) 241) allowing an action for damages arising from the appellant's failure to issue authorized offshore lobster fishery licences under section 7 of the *Fisheries Act*. Appeal allowed, cross-appeal dismissed. c

APPEL et APPEL INCIDENT d'une décision de la Section de première instance ([1992] 3 C.F. 54; (1992), 11 C.C.L.T. (2d) 241) qui avait accueilli une action en dommages-intérêts en raison de l'omission de l'appelante de délivrer des permis pour la pêche au homard en haute mer qu'elle avait autorisés en vertu de l'article 7 de la *Loi sur les pêches*. Appel accueilli, appel incident rejeté. d

COUNSEL:

David Sgayias, Q.C., for appellant (defendant).

Stewart McInnes, Q.C. and *David S. MacDougall* for respondent (plaintiff). f

e AVOCATS:

David Sgayias, c.r., pour l'appelante (défendresse).

Stewart McInnes, c.r. et *David S. MacDougall* pour l'intimée (demanderesse).

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant (defendant). g

McInnes, Cooper & Robertson, Halifax, for respondent (plaintiff).

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante (défendresse).

McInnes, Cooper & Robertson, Halifax, pour l'intimée (demanderesse). h

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

STONE J.A.: I have had the privilege of reading in draft the reasons for judgment of my colleague Mr. Justice Linden. The facts as found by the learned Trial Judge [[1992] 3 F.C. 54] are not in dispute. I respectfully agree with my colleague that the Trial Judge did not err in interpreting the provisions of section 7 of the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14 and j

LE JUGE STONE, J.C.A.: J'ai eu le privilège de lire l'ébauche des motifs de jugement de mon collègue le juge Linden. Les faits tels qu'énoncés par le juge de première instance [[1992] 3 C.F. 54] ne sont pas contestés. Je conviens avec mon collègue que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur dans l'interprétation des dispositions de l'article 7 de la *Loi*

in particular the phrase "authorized to be issued."¹ I agree that if the respondent is to succeed it should do so on the basis of negligence alone. I also agree that the cross-appeal should be dismissed for the reasons proposed by my colleague.

In paragraph 11 of its pleading, the respondent sought damages both for "incurred expenses" and for "loss of profits." The learned Trial Judge found [at page 76] that this latter head of damages "was in relation to the claim for breach of contract," which he had dismissed. Under paragraph 2 of the judgment, the appellant was adjudged to be liable "for reasonably foreseeable financial losses flowing from its reliance during the period of December 29, 1987 to April 29, 1988 on the defendant's authorization" of the licences for the 1987-1988 fishing season. That aspect of the judgment was not attacked in the cross-appeal.

There is an aspect of this matter on which I desire to express my own views. It concerns the appellant's argument that the appeal should succeed in any event because the Minister of Fisheries was not under a duty of care towards the respondent at the time the Minister decided not to issue the licences which he had earlier authorized. I wish particularly to address the appellant's submission that this Court should be guided by some of the reasoning of the Privy Council in *Rowling v. Takaro Properties Ltd.*, [1988] A.C. 473. As the Trial Judge makes no reference to that case in his reasons, I am assuming that it was not relied upon in argument at trial.

¹ It appears that this phrase first appeared in s. 2 of *An Act for the regulation of Fishing and protection of Fisheries*, S.C. 1867-68, c. 60. Granting that this phrase, as the appellant contends, might allow for situations where responsibility to issue licences is shared by the Minister of Fisheries with another minister or Crown agent, is not, in my view, a compelling argument for limiting its scope to situations such as those.

sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, et en particulier de l'expression «ou en permettre l'octroi [de baux et de permis de pêche]»¹. Je suis d'accord que l'intimée ne pourrait avoir gain de cause, le cas échéant, qu'en raison de la seule négligence. Je conviens également que l'appel incident devrait être rejeté pour les motifs proposés par mon collègue.

Au paragraphe 11 de sa plaidoirie, l'intimée cherche à être indemnisée pour les «dépenses engagées» et le «manque à gagner». Le juge de première instance a statué que ce chef de dommages-intérêts [à la page 76] «se rapporte à la demande fondée sur la violation de contrat», qu'il avait rejetée. Au deuxième paragraphe du jugement, l'appelante est tenue responsable [TRADUCTION] «des pertes financières raisonnablement prévisibles découlant du fait qu'elle [la demanderesse] s'est fiée, pendant la période allant du 29 décembre 1987 au 29 avril 1988, à l'autorisation de la défenderesse» visant l'octroi de permis pour la saison de pêche 1987-1988. Cet aspect du jugement n'a pas été contesté dans le cadre de l'appel incident.

Il existe un aspect de cette affaire sur lequel je désire exprimer mon propre point de vue. Il s'agit de l'argument de l'appelante selon lequel la Cour devrait faire droit à l'appel de toute manière, parce que le ministre des Pêches n'avait aucune obligation de diligence envers l'intimée au moment où il a décidé de ne pas octroyer les permis qu'il avait déjà autorisés. Je désire répondre particulièrement à l'observation où l'appelante fait valoir que la Cour devrait s'inspirer en partie du raisonnement du Conseil privé dans l'arrêt *Rowling v. Takaro Properties Ltd.*, [1988] A.C. 473. Puisque le juge de première instance ne mentionne pas cet arrêt dans ses motifs, je présume qu'il n'a pas été invoqué durant l'argumentation en première instance.

¹ Il semble que ces termes aient figuré pour la première fois à l'art. 2 de la loi intitulée *Acte pour régler la pêche et protéger les pêcheries*, S.C. 1867-68, ch. 60. Même si l'on accepte que cette expression, comme le soutient l'appelante, permet que la responsabilité d'octroi des permis soit, dans certaines circonstances, partagée par le ministre des Pêches avec un autre ministre ou mandataire de la Couronne, cet argument n'est pas déterminant, selon moi, et ne justifie pas qu'on limite la portée de cette disposition à une telle situation.

In the case at bar, while the decision of whether to authorize a licence pursuant to section 7 of the *Fisheries Act* was a "policy" decision, the Minister's subsequent decision to go back on his commitment was simply not authorized by the statute. It is clear that the appellant could not be made liable in negligence for a true policy decision unless it was not made *bona fide* or was irrational but that, under certain circumstances, could be made liable in negligence for an "operational" decision.

As my colleague has pointed out, the policy/operational dichotomy has by reason of its adoption by the Supreme Court of Canada in *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228, become enshrined in the law in Canada. In two recent decisions of the Supreme Court of Canada, the principles developed in *Just, supra*, were reaffirmed and applied: *Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways)*, [1994] 1 S.C.R. 420; *Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 445.

I agree with the Trial Judge and with my colleague that the Minister's decision of December 29, 1987 was in the nature of a true policy decision. It is not, of course, this decision but the Minister's subsequent decision of April 29, 1988 which was communicated to the respondent on May 31, 1988, that is the basis of the claim in negligence. It seems clear that this second decision cannot be classified as one of true policy if, as my colleague has shown and I agree, it was *ultra vires* section 7 of the *Fisheries Act*. Nor does it seem to me to have been "operational" in nature in the sense discussed in *Just, supra* and in subsequent decisions of the Supreme Court. I so conclude from the distinction between a true policy decision on the one hand and an operational decision on the other that is drawn in these cases. That distinction is explained with particular clarity by Cory J., for the majority, in *Brown, supra*, at page 441:

En l'espèce, même si la décision de permettre l'octroi d'un permis en vertu de l'article 7 de la *Loi sur les pêches* constituait une décision «de politique», la décision subséquente par laquelle le ministre a renié son engagement n'était tout simplement pas autorisée par le législateur. Il est clair que l'appelante ne pourrait être tenue responsable en raison de sa négligence dans le cadre d'une véritable décision de politique générale à moins que celle-ci n'ait pas été prise de bonne foi ou qu'elle se soit révélée irrationnelle; la responsabilité de l'appelante pourrait cependant, dans certaines circonstances, être engagée par suite de la négligence découlant d'une décision «opérationnelle».

Comme mon collègue le souligne, l'opposition entre une décision de politique et une décision opérationnelle fait désormais partie des règles de droit canadiennes depuis son adoption par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228. Dans deux arrêts récents, la Cour suprême du Canada a confirmé et appliqué les principes élaborés dans l'arrêt *Just*, précité, soit: *Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)*, [1994] 1 R.C.S. 420, et *Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 445.

Je souscris à l'opinion du juge de première instance et de mon collègue selon laquelle la décision prise par le ministre le 29 décembre 1987 constituait une véritable décision de politique. Bien entendu, ce n'est pas cette décision mais celle qu'a prise ultérieurement le ministre, le 29 avril 1988, laquelle a été communiquée à l'intimée le 31 mai 1988, qui soutient l'argument de négligence. Il semble clair que cette deuxième décision ne peut être considérée comme une véritable décision de politique si, comme mon collègue l'a montré, et je suis d'accord avec lui, elle outrepassait les pouvoirs accordés par l'article 7 de la *Loi sur les pêches*. Elle ne semble pas non plus constituer une décision «opérationnelle» au sens envisagé dans l'arrêt *Just*, précité, et dans les arrêts subséquents de la Cour suprême. Je parviens à cette conclusion sur la base de la distinction établie entre une décision de politique, d'une part, et une décision opérationnelle, d'autre part, telle qu'elle est énoncée dans ces affaires. Cette distinction est expliquée de façon particulièrement claire par le juge Cory, au

In distinguishing what is policy and what is operations, it may be helpful to review some of the relevant factors that should be considered in making that determination. These factors can be derived from the following decisions of this Court: *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Barratt v. District of North Vancouver*, [1980] 2 S.C.R. 418; and *Just, supra*; and can be summarized as follows:

True policy decisions involve social, political and economic factors. In such decisions, the authority attempts to strike a balance between efficiency and thrift, in the context of planning and predetermining the boundaries of its undertakings and of their actual performance. True policy decision will usually be dictated by financial, economic, social and political factors or constraints.

The operational area is concerned with the practical implementation of the formulated policies, it mainly covers the performance or carrying out of a policy. Operational decisions will usually be made on the basis of administrative direction, expert or professional opinion, technical standards or general standards of reasonableness.

I understand that the purpose of the policy/operational distinction is to allow for the courts to determine whether a decision is such as immunises a public authority from liability in negligence altogether or is one that may attract liability because of the manner in which it was implemented. The underlying assumption regardless of whether the decision is one of policy or is operational appears to be that the public authority made it in the exercise of statutory power. If the decision lies outside the statute, in my view, it could not be saved by being of a "policy" nature simply because there would be nothing to be saved. It seems to me, therefore, that the Minister's second decision—not to issue the licences which he had authorized by his first decision—cannot be viewed as in any way concerned with the "practical implementation" or "the carrying out" of the earlier policy decision. In short, it is my view that this decision was neither a true policy decision nor an operational decision. It was simply one that was not authorized by the statute.

nom de la majorité, dans l'arrêt *Brown*, précité, à la page 441:

Pour distinguer les questions de politique générale des opérations, il peut être utile de passer en revue quelques-uns des facteurs pertinents à cet égard. Ces facteurs se dégagent des arrêts de notre Cour: *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, *Barratt c. District of North Vancouver*, [1980] 2 R.C.S. 418, et *Just*, précité, et peuvent se résumer comme suit:

Les véritables décisions de politique générale comportent des facteurs sociaux politiques et économiques. Lorsqu'elle prend des décisions de cette nature, l'autorité publique s'efforce d'établir un équilibre entre l'efficacité et l'économie, dans le cadre de la planification et de la détermination préalable des limites de ses engagements et de leur mise en œuvre réelle. Les véritables décisions de politique générale seront habituellement dictées par des considérations ou des contraintes d'ordre financier, économique, social et politique.

L'aspect opérationnel est celui de la mise en œuvre pratique des politiques ainsi formulées; il concerne principalement l'exécution ou l'implantation d'une politique. Les décisions opérationnelles sont habituellement le produit d'une directive administrative, de l'opinion d'un expert ou d'un professionnel, ou encore de normes techniques ou de la norme générale de ce qui est raisonnable.

La distinction établie entre une décision politique et opérationnelle vise, à mon avis, à permettre aux tribunaux de déterminer si une décision est de nature à mettre une autorité publique à l'abri de toute responsabilité découlant de la négligence ou si cette décision peut engager la responsabilité de cette autorité publique en raison de la façon dont elle a été mise en œuvre. L'hypothèse sous-jacente semble être que l'autorité publique a pris sa décision, indépendamment de la nature politique ou opérationnelle de celle-ci, conformément à l'exercice d'un pouvoir accordé par le législateur. Si cette décision excède les pouvoirs accordés par la loi, à mon point de vue, elle ne peut être protégée par le fait qu'il s'agit d'une décision «de politique» tout simplement parce qu'il n'y aurait rien à protéger. Il me semble donc que la deuxième décision du ministre, celle de ne pas octroyer les permis qu'il avait autorisés dans sa première décision, ne peut être liée d'aucune manière à la «mise en œuvre pratique» ou à l'«exécution» de la première décision de politique. Bref, je suis d'avis que cette décision ne constituait ni une véritable décision de politique ni une décision opérationnelle: il s'agissait simplement d'une décision qui n'était pas autorisée par la loi.

To so conclude, of course, does not end the matter for, as I have already indicated, it remains to be decided whether a duty of care was owed. My colleague refers to the two-step test enunciated by Lord Wilberforce in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), for determining duty of care. Lord Wilberforce expressed this test in the following words, at pages 751-752:

... 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

This formulation was adopted in *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 2. Given that the Supreme Court has since reaffirmed the *Anns* formulation, in my view, it must be applied in this case. It did so in *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021 and in two very recent cases. In *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.* [[1995] S.C.J. No. 2 (QL)] (Case No. 23624, judgment rendered January 26, 1995), at pages 26-27, La Forest J. stated:

In the first place, this Court has not followed the House of Lords in repudiating the two-part test established by Lord Wilberforce in *Anns*. The approach proposed by Lord Wilberforce in *Anns* was adopted by this Court in *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, where Wilson J., at pp. 10-11, suggested the following slightly modified version of the *Anns* test:

- (1) is there a sufficiently close relationship between the parties . . . so that, in the reasonable contemplation of [one person], carelessness on its part might cause damage to [the other person]? If so,

Une telle conclusion, de toute évidence, ne met pas un terme au litige parce qu'il reste à décider, comme je l'ai déjà mentionné, s'il existait une obligation de diligence. Mon collègue renvoie au critère à deux volets, énoncé par lord Wilberforce dans l'affaire *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), pour déterminer l'obligation de diligence. Lord Wilberforce exprimait ce critère dans les termes suivants, aux pages 751 et 752:

[TRADUCTION] [On a] 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 bénéficieraient ou les dommages qui peuvent découler de l'inexécution de cette obligation

Cet énoncé a été adopté par la Cour suprême dans l'affaire *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et autres*, [1984] 2 R.C.S. 2. Puisque le plus haut tribunal canadien a depuis confirmé l'analyse faite dans l'arrêt *Anns*, à mon avis, elle doit être appliquée en l'espèce. C'est ce que la Cour suprême a fait dans *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021 et dans deux décisions très récentes. Ainsi, dans l'affaire *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.* [[1995] A.C.S. n° 2 (QL)] (n° du greffe 23624, jugement rendu le 26 janvier 1995), le juge La Forest s'exprime ainsi aux pages 27 et 28:

En premier lieu, notre Cour, à la différence de la Chambre des lords, n'a pas rejeté le critère à deux volets établi par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns*. La méthode préconisée par lord Wilberforce a été adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Kamloops Ville de c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, où le juge Wilson propose, aux pp. 10 et 11, cette version légèrement modifiée du critère de l'arrêt *Anns*:

- (1) y a-t-il des relations suffisamment étroites entre les parties [. . .] pour qu'[une personne ait] pu raisonnablement prévoir que [son] manque de diligence pourrait causer des dommages à [l'autre personne]? Dans l'affirmative,

- (2) are there any considerations which ought to negative or limit (a) the scope of the duty and (b) the class of persons to whom it is owed or (c) the damages to which a breach of it may give rise?

Subsequently, the *Anns* approach was employed by this Court in *Rothfield v. Manolagos*, [1989] 2 S.C.R. 1259, at pp. 1266, 1285 and, most recently, in *Norsk*, *supra*, where this Court chose not to follow the Law Lords in retreating from the approach in *Anns* and *Kamloops*.

The *Anns* formulation was again applied by the Supreme Court in *Stewart v. Pettie* [[1995] S.C.J. No. 3 (QL)] (Case No. 23739, judgment rendered January 26, 1995).

I turn then to the first branch of the *Anns* test. It seeks to discover whether there is a sufficiently close relationship between the parties such that in the reasonable contemplation of the defendant carelessness might cause damage to the plaintiff.² I respectfully agree with the Trial Judge that a *prima facie* duty of care was owed. As he put it, at pages 71-72:

First there was a duty of care owed by the Minister to the plaintiff. There was a proximity between the defendant and the plaintiff, flowing from the Minister's representation to the plaintiff on December 29, 1987 that the licences would be issued to it. At least from that day onward it should have been obvious to the Minister that any further decisions he took in this matter would directly affect a determinate party, namely this plaintiff.

In my view the Trial Judge correctly concluded that the Minister owed the respondent a duty of care at the relevant time. This was a *prima facie* duty of care.

The second branch of the *Anns* test asks the question whether there are any considerations which ought to negative or limit the scope of the duty of care, the class of persons to whom it is owed or the damages to which a breach of it may give rise. It is, in my view, with respect to this branch of the *Anns*

² In *Just*, *supra*, at p. 1235, Cory J. acknowledged that this approach should not be "slavishly followed" and in this context referred to the decision of the Privy Council in *Yuen Kum Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] A.C. 175.

- 2) existe-t-il des motifs de restreindre ou de rejeter a) la portée de l'obligation et b) la catégorie de personnes qui en bénéficient ou c) les dommages auxquels un manquement à l'obligation peut donner lieu?

^a Par la suite, notre Cour a recouru à la méthode de l'arrêt *Anns* dans l'arrêt *Rothfield c. Manolagos*, [1989] 2 R.C.S. 1259, aux pp. 1266 et 1285, et tout récemment, dans l'arrêt *Norsk*, précité, où elle a décidé de ne pas suivre les lords juges dans leur abandon de la méthode adoptée dans les arrêts *Anns* et *Kamloops*.

^b L'arrêt *Anns* a été appliqué encore une fois par la Cour suprême dans *Stewart c. Pettie* [[1995] A.C.S. n° 3 (QL)] (n° du greffe 23739, jugement rendu le 26 janvier 1995).

^c J'aborderai maintenant le premier volet du critère énoncé dans *Anns*. Il s'agit de déterminer s'il existe un lien suffisamment étroit entre les parties pour que le manque de diligence de la part de la défenderesse puisse raisonnablement être perçu par celle-ci comme étant susceptible de causer un préjudice à la demanderesse.² Je souscris à l'opinion du juge de première instance et conclus qu'il existait à première vue une obligation de diligence. Comme il le mentionne aux pages 71 et 72:

^d Premièrement, le ministre avait une obligation de diligence envers la demanderesse. Il y avait un lien de proximité entre la défenderesse et la demanderesse, par suite de la déclaration que le ministre avait faite à cette dernière le 29 décembre 1987, à savoir que les permis lui seraient délivrés. À compter de ce jour-là du moins, le ministre aurait dû se rendre compte que toute autre décision prise par lui dans cette affaire toucherait directement une partie déterminée, à savoir la demanderesse.

^e À mon avis, il a conclu avec raison que le ministre avait une obligation de diligence envers l'intimée à ce moment-là. Il s'agissait à première vue d'une obligation de diligence.

^f À la lumière du deuxième volet du critère énoncé dans *Anns*, il faut se demander s'il existe des raisons 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. Selon moi, c'est ici que le raisonne-

² Dans l'arrêt *Just*, précité, à la p. 1235, le juge Cory reconnaît «qu'il n'est peut-être pas toujours souhaitable d'adopter servilement cette démarche en deux temps» et, à cette fin, il cite la décision du Conseil privé dans l'affaire *Yuen Kum Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] A.C. 175.

test that the reasoning in *Takaro, supra*, becomes relevant. That case represents one of several cases in which members of the Privy Council or the House of Lords began to cast doubt on the soundness of the *Anns* test for determining liability in negligence. Lord Keith indicates his misgivings with that test at page 501, where he refers to "the fear that a too literal application" of *Anns* "may be productive of a failure to have regard to, and to analyse and weigh, all the relevant considerations in considering whether it is appropriate that a duty of care should be imposed." This same fear had been earlier expressed in *Peabody Donation Fund (Governors of) v. Sir Lindsay Parkinson & Co. Ltd.*, [1985] A.C. 210 (H.L.) and in *Yuen Kun Yeu, supra*. These doubts matured into the decision of the House of Lords in *Murphy v Brentwood DC*, [1990] 2 All ER 908, to abandon the *Anns* test altogether. The Supreme Court of Canada declined to do the same when the opportunity first presented itself in *Norsk, supra*. As I have observed, that position was recently reaffirmed in *Winnipeg Condominium, supra* and in *Stewart, supra*.

I agree with my colleague that the views of Lord Keith on duty of care were not necessary to his decision which was to the effect that, assuming such a duty was owed, it was not breached. Lord Keith expressly so indicated at page 500 and again at page 503. Nonetheless, in my view his concerns must be examined to see whether any of them might have application in the case at bar. The appellant relied heavily upon Lord Keith's reasoning in counsel's submissions. If, indeed, that reasoning were adopted in whole or in part it would considerably strengthen the appellant's defence.

I turn then to *Takaro, supra*. In his *obiter*, Lord Keith referred to six considerations as bearing importantly on the question of duty of care and, indeed, as militating against the imposition of liability. These appear at pages 501-503, where he stated:

Their Lordships wish to refer in particular to certain matters which they consider to be of importance. The first is that the

ment énoncé dans l'affaire *Takaro*, précitée, devient pertinent. *Takaro* représente un des nombreux arrêts où les membres du Conseil privé ou de la Chambre des lords ont commencé à jeter un doute sur la validité du critère énoncé dans *Anns* pour déterminer la responsabilité découlant de la négligence. Lord Keith exprime ses hésitations face au critère à la page 501, où il mentionne [TRADUCTION] «la crainte qu'une application trop littérale peut amener la Cour à omettre de prendre en considération, d'analyser et de soupeser tous les facteurs pertinents avant de décider s'il est approprié ou non d'imposer une obligation de diligence». Cette même crainte avait été exprimée plus tôt dans l'affaire *Peabody Donation Fund (Governors of) v. Sir Lindsay Parkinson & Co. Ltd.*, [1985] A.C. 210 (H.L.) et dans *Yuen Kun Yeu*, précitée. Ces doutes ont évolué jusqu'à la décision rendue par la Chambre des lords dans *Murphy v Brentwood DC*, [1990] 2 All ER 908, où il a été décidé d'abandonner ce critère. La Cour suprême du Canada a refusé de le faire lorsqu'elle en a eu la possibilité pour la première fois dans l'arrêt *Norsk*, précité. Comme je l'ai souligné, elle a confirmé récemment cette position dans les décisions *Winnipeg Condominium* et *Stewart*, précitées.

Je suis d'accord avec mon collègue: les commentaires de lord Keith sur l'obligation de diligence n'étaient pas nécessaires lorsqu'il a décidé qu'il n'y avait pas eu inexécution de l'obligation dont l'existence était présumée. Lord Keith l'indique expressément à la page 500 puis à la page 503. Selon moi, ces préoccupations doivent néanmoins être examinées afin qu'on puisse déterminer si l'une d'entre elles peut avoir une incidence en l'espèce. Dans les observations de son procureur, l'appelante s'est fondée notablement sur le raisonnement de lord Keith. De fait, si ce raisonnement était adopté en tout ou en partie, il affermirait considérablement la défense de l'appelante.

Je me tournerai maintenant vers l'arrêt *Takaro*, précité. Dans ses commentaires incidents, lord Keith fait référence à six facteurs qui ont une incidence importante sur l'obligation de diligence et, de fait, qui militent contre l'imposition de cette obligation. Ces facteurs sont énoncés aux pages 501 à 503:

[TRADUCTION] Notre Cour désire mentionner particulièrement certains points qui lui semblent importants. Premièrement, une

only effect of a negligent decision, such as is here alleged to have been made, is delay. This is because the processes of judicial review are available to the aggrieved party; and, assuming that the alleged error of law is so serious that it can properly be described as negligent, the decision will assuredly be quashed by a process which, in New Zealand as in the United Kingdom, will normally be carried out with promptitude. The second is that, in the nature of things, it is likely to be very rare indeed that an error of law of this kind by a minister or other public authority can properly be categorised as negligent. As is well known, anybody, even a judge, can be capable of misconstruing a statute; and such misconstruction, when it occurs, can be severely criticised without attracting the epithet "negligent." Obviously, this simple fact points rather to the extreme unlikelihood of a breach of duty being established in these cases, a point to which their Lordships will return; but it is nevertheless a relevant factor to be taken into account when considering whether liability in negligence should properly be imposed.

The third is the danger of overkill. It is to be hoped that, as a general rule, imposition of liability in negligence will lead to a higher standard of care in the performance of the relevant type of act; but sometimes not only may this not be so, but the imposition of liability may even lead to harmful consequences. In other words, the cure may be worse than the disease. There are reasons for believing that this may be so in cases where liability is imposed upon local authorities whose building inspectors have been negligent in relation to the inspection of foundations, as in *Amis v. Merton London Borough Council* [1978] A.C. 728 itself; because there is a danger that the building inspectors of some local authorities may react to that decision by simply increasing, unnecessarily, the requisite depth of foundations, thereby imposing a very substantial and unnecessary financial burden upon members of the community. A comparable danger may exist in cases such as the present, because, once it became known that liability in negligence may be imposed on the ground that a minister has misconstrued a statute and so acted *ultra vires*, the cautious civil servant may go to extreme lengths in ensuring that legal advice, or even the opinion of the court, is obtained before decisions are taken, thereby leading to unnecessary delay in a considerable number of cases.

Fourth, it is very difficult to identify any particular case in which it can properly be said that a minister is under a duty to seek legal advice. It cannot, their Lordships consider, reasonably be said that a minister is under a duty to seek legal advice in every case in which he is called upon to exercise a discretionary power conferred upon him by legislation; and their Lordships find it difficult to see how cases in which a duty to seek legal advice should be imposed should be segregated from those in which it should not. In any event, the officers of the relevant department will be involved; the matter will be processed and presented to the minister for decision in the usual way, and by this means his mind will be focused upon the relevant issue. Again, it is not to be forgotten that the min-

décision négligente, comme celle qui est reprochée ici, a pour seule conséquence d'entraîner un retard, du fait que la partie lésée peut recourir au contrôle judiciaire; si l'on suppose que l'erreur de droit reprochée est d'une gravité telle qu'elle peut licitement être décrite comme négligente, la décision sera certainement annulée par un processus qui, en Nouvelle-Zélande comme au Royaume-Uni, se déroulera normalement avec promptitude. Deuxièmement, en pratique, il est sans doute très rare qu'une erreur de droit de ce genre commise par un ministre ou une autre autorité publique puisse être à bon droit considérée comme négligente: on le sait bien, n'importe qui, même un juge, peut mal interpréter une loi, et une telle erreur d'interprétation, lorsqu'elle survient, peut être sévèrement critiquée sans être jugée «négligente». De toute évidence, ce simple fait souligne qu'il est très invraisemblable qu'on puisse conclure au manquement à une obligation le cas échéant, point sur lequel notre Cour reviendra. Il s'agit néanmoins d'un facteur pertinent qui doit être pris en compte lorsqu'un tribunal cherche à déterminer s'il est indiqué de conclure à l'existence de la responsabilité pour négligence.

Troisièmement, il existe un risque d'exagération. On espère que, en règle générale, l'imposition d'une responsabilité découlant de la négligence incitera les intéressés à faire preuve d'une plus grande diligence dans l'exercice de leurs fonctions; parfois, non seulement ce ne sera pas le cas, mais l'imposition de la responsabilité peut même s'assortir de conséquences néfastes. En d'autres termes, le remède peut être pire que la maladie. Certaines raisons nous portent à croire que cela peut arriver lorsque des autorités locales sont tenues responsables de la négligence des inspecteurs en bâtiments dans l'inspection de fondations, comme ce fut le cas dans l'affaire *Amis v. Merton London Borough Council* [1978] A.C. 728. En effet, il y a le risque que les inspecteurs en bâtiments de certaines autorités locales réagissent à cette décision en majorant tout simplement, et sans nécessité, la norme de profondeur des fondations, ce qui imposerait un fardeau financier très lourd et inutile aux membres de la collectivité. Un risque comparable peut surgir dans les cas comme l'espèce, parce qu'une fois qu'on saura qu'il existe une responsabilité découlant de la négligence lorsqu'un ministre a mal interprété une loi et a donc outrepassé sa compétence, le fonctionnaire prudent pourrait faire preuve d'un zèle extrême et s'assurer d'obtenir des conseils juridiques, ou même l'opinion d'un tribunal, avant de prendre des décisions, ce qui créerait des délais inutiles dans un grand nombre de dossiers.

Quatrièmement, il est très difficile de définir les circonstances où il est possible d'affirmer, avec raison, qu'un ministre a l'obligation d'obtenir des conseils juridiques. On ne peut raisonnablement, de l'avis de notre Cour, imposer au ministre l'obligation d'obtenir des conseils juridiques dans tous les cas où il est appelé à user du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par le législateur. Notre Cour estime qu'il est difficile de voir comment les cas où existe l'obligation d'obtenir des conseils juridiques devraient être distingués de ceux où il est inutile de le faire. De toute manière, les représentants du ministère concerné seront consultés; le dossier sera traité et présenté au ministre pour qu'il prenne une décision de la façon habituelle, de sorte que son attention se portera sur la question

ister, in exercising his statutory discretion, is acting essentially as a guardian of the public interest; in the present case, for example, he was acting under legislation enacted not for the benefit of applicants for consent to share issues but for the protection of the community as a whole. Furthermore he is, so far as their Lordships are aware, normally under no duty to exercise his discretion within any particular time; and if, through a mistaken construction of the statute, he acts *ultra vires* and delay thereby occurs before he makes an *intra vires* decision, he will have in any event to exercise his discretion anew and, if his discretion is then exercised in the plaintiff's favour, the effect of the delay will only be to postpone the receipt by the plaintiff of a benefit which he had no absolute right to receive.

The broad application of this reasoning would probably result in there being no duty of care owed by a public authority except perhaps in a case where the authority acted in bad faith or irrationally.

In *Anns, supra*, Lord Wilberforce [at page 752] did not elaborate the "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." Lord Keith's concerns were, of course, not directed to these "considerations" which are to apply where a *prima facie* duty of care is owed. It is important to remember that *Takaro, supra*, unlike the present case, involved a claim that a public authority had acted negligently in the exercise of a statutory discretion. That is not the case here assuming, as I believe, that the Trial Judge correctly construed the provisions of section 7 of the *Fisheries Act*. While the Minister had a discretion to decide whether or not to authorize the issuance of the offshore licences, the statute granted him no discretion to refuse those licences once they were authorized. I acknowledge that the licences were subject to conditions to be attached by the Minister—a matter which I shall address momentarily. It cannot be fairly said that the Minister, like the minister in *Takaro, supra*, somehow erred in exercising a discretionary power conferred on him by the statute. In my view, at the time he decided not to issue the licences the Minister possessed no such discretion under the statute.

pertinente. Encore une fois, il ne faut pas oublier que le ministre, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire légal, agit essentiellement en qualité de gardien de l'intérêt public. En l'espèce, par exemple, il agissait sous le régime d'un texte législatif adopté non pas pour l'avantage des requérants à l'égard de l'autorisation d'émissions d'actions, mais bien pour la protection de l'ensemble de la collectivité. En outre, le ministre, pour autant que notre Cour le sache, n'a normalement aucune obligation d'exercer son pouvoir discrétionnaire dans un délai donné. S'il outrepassa sa compétence à cause d'une erreur d'interprétation de la loi et qu'un retard en découle avant qu'il prenne une décision conforme à ses pouvoirs, il devra à nouveau exercer son pouvoir discrétionnaire et, s'il le fait en faveur du demandeur, le retard aura eu pour seul effet de différer l'octroi, au demandeur, d'un avantage que celui-ci n'avait aucun droit absolu de recevoir.

L'application large de ce raisonnement entraînerait probablement l'absence d'une obligation de diligence de la part d'une autorité publique sauf peut-être dans le cas où elle a agi de mauvaise foi ou de manière irrationnelle.

Dans l'affaire *Anns*, précitée, lord Wilberforce [à la page 752] n'a pas expliqué ce qu'il entendait par des [TRADUCTION] «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». Les préoccupations de lord Keith ne visaient pas, bien évidemment, les «facteurs» qui devaient s'appliquer en présence d'une obligation de diligence *prima facie*. Il est important de ne pas oublier que l'affaire *Takaro*, précitée, contrairement à l'espèce, portait sur la négligence de l'autorité publique dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire conféré par le législateur. Ce n'est pas le cas ici, si l'on suppose, comme je le crois, que le juge de première instance a bien interprété les dispositions de l'article 7 de la *Loi sur les pêches*. Bien que le ministre ait eu le pouvoir discrétionnaire de décider de permettre ou non l'octroi de permis de pêche en haute mer, le législateur ne lui a accordé aucun pouvoir de refuser de délivrer ces permis une fois qu'ils ont été autorisés. Je reconnais que les permis étaient assujettis à des conditions imposées par le ministre, sujet que j'aborderai dans quelques instants. On ne peut en toute bonne foi prétendre que le ministre, à l'instar du ministre dans l'affaire *Takaro*, précitée, a commis une erreur quelconque dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui conférait la loi. À mon avis, le ministre

I turn then to Lord Keith's concerns to see whether any of them should be taken into account under the second branch of the *Anns* test. It seems to me that Lord Keith's first concern is a consideration that should be recognized in this case. He suggests that the availability of relief by way of judicial review is a factor to be considered in deciding whether to impose a duty of care. I find that this concern has relevance for the present case. As I shall attempt to demonstrate later, in the present case relief by way of judicial review would have been available to the respondent had it chosen to follow that course.

Lord Keith's second concern was that [at page 502] "in the nature of things, it is likely to be very rare indeed that an error of law of this kind by a minister of other public authority can properly be categorised as negligent" because "anybody, even a judge, can be capable of misconstruing a statute." In that case the Minister had been asked to exercise an undoubted statutory discretion in favour of the plaintiff and it was alleged that he strayed outside his mandate. Nothing in the record before us suggests that the Minister even addressed his mind to the construction of the statute, particularly section 7. At page 64 of his reasons, the Trial Judge found:

There is no evidence to explain the *volte-face* of the Minister between December 29, 1987 and April 29, 1988 other than the obvious: namely the pressure generated by the strenuous objections of the inshore fishermen (who are far more numerous than the offshore fishermen) to any new offshore lobster licenses. The Minister did not testify at this trial and his Department did not produce any evidence suggesting any other reason. Ample evidence was presented of the objections of the inshore fishermen.

The power to make the second decision seems to have been assumed. This is to be contrasted with the situation in *Takaro*, *supra*, where the alleged negli-

n'avait aucun pouvoir discrétionnaire légal de décider de ne pas délivrer les permis.

Je traiterai maintenant des préoccupations de lord Keith afin de déterminer si elles devraient être prises en considération à la lumière du deuxième volet du critère énoncé dans l'arrêt *Anns*. Il me semble que le premier facteur précisé par lord Keith devrait être pris en compte en l'espèce. Il laisse entendre que la disponibilité d'un recours par voie de contrôle judiciaire doit être considérée avant qu'on puisse conclure à l'existence d'une obligation de diligence. J'estime que cette préoccupation est pertinente dans le cas qui nous occupe. Comme je tenterai de le démontrer ultérieurement, il aurait été possible en l'espèce que l'intimée obtienne réparation au moyen du contrôle judiciaire si elle avait choisi d'emprunter cette voie.

D'après le deuxième facteur énoncé par lord Keith [à la page 502], [TRADUCTION] «en pratique, il est sans doute très rare qu'une erreur de droit de ce genre commise par un ministre ou une autre autorité publique puisse être à bon droit considérée comme négligente: on le sait bien, n'importe qui, même un juge, peut mal interpréter une loi». Dans *Takaro*, on demandait au ministre d'exercer, en faveur du demandeur, ce qui constituait sans aucun doute un pouvoir discrétionnaire accordé par le législateur, et il était allégué que le ministre avait dérogé à son mandat. Rien dans le dossier qui nous occupe ici nous porte à croire que le ministre s'est même interrogé sur l'interprétation de la loi, particulièrement de l'article 7. À la page 64 de ses motifs, le juge de première instance s'exprime ainsi:

Aucune preuve n'a été présentée pour expliquer le *volte-face* du ministre entre le 29 décembre 1987 et le 29 avril 1988, à part ce qui est évident, à savoir les pressions auxquelles il faisait face par suite de l'opposition vigoureuse des pêcheurs côtiers (qui sont beaucoup plus nombreux que les pêcheurs en haute mer) à l'octroi de tout nouveau permis de pêche du homard en haute mer. Le ministre n'a pas témoigné pendant ce procès et le Ministère n'a pas présenté de preuve indiquant l'existence de quelque autre raison. Une preuve abondante a été présentée à l'égard des objections des pêcheurs côtiers.

Le pouvoir de prendre la deuxième décision semble avoir été présumé, ce qui doit être distingué de la situation dans *Takaro*, précitée, où la négligence

gence of the Minister occurred in the course of exercising a statutory discretion.

Lord Keith's third concern was the danger of overkill flowing from a decision to impose liability in negligence on a public authority. He was concerned [at page 502] that "the cautious civil servant may go to extreme lengths in ensuring that legal advice, or even the opinion of the court, is obtained before decisions are taken, thereby leading to unnecessary delay in a considerable number of cases." Accepting the force of this argument in the situation which obtained in *Takaro, supra*, it remains difficult to see how it should have decisive impact on the existence of a duty of care in the present case. We are not here concerned with a decision that was made in the exercise of a discretionary power but with the Minister's attempt to reverse a decision so made. The circumstances are most unusual. Still I do not see this consideration as having the same weight it might possibly hold in some circumstances.

Lord Keith then expressed the view that it could not [at page 502] "reasonably be said that a minister is under a duty to seek legal advice in every case in which he is called upon to exercise a discretionary power conferred upon him by legislation." It does appear, once again, that Lord Keith's principal focus here was on the situation before him. I have already suggested that the present case is materially different. In the circumstances of this case, in my view, the Minister ought to have assured himself that the statute that empowered him to make the first decision empowered him to reverse it. This was not too much to expect.

I can well understand Lord Keith's next concern, namely, that the [at page 502] Minister was there "acting essentially as a guardian of the public interest." That much might well be said of the Minister's December 29, 1987 decision because it was a policy decision which likely took account of such matters as the extent of the resource and the extent to which its exploitation should be permitted. Again, we are not here concerned with that particular decision. Accord-

reprochée au ministre était survenue dans le cadre de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire accordé par le législateur.

En troisième lieu, lord Keith cite le risque d'exagération qui fait suite à une décision imposant la responsabilité à une autorité publique pour négligence. Il s'inquiétait de la possibilité qu'un [à la page 502] [TRADUCTION] «fonctionnaire prudent [puisse] faire preuve d'un zèle extrême et s'assurer d'obtenir des conseils juridiques, ou même l'opinion d'un tribunal, avant de prendre des décisions, ce qui créerait des délais inutiles dans un grand nombre de dossiers». Si l'on accepte le bien-fondé de cet argument dans les circonstances de *Takaro*, précitée, il reste difficile de voir comment il peut avoir une incidence déterminante sur l'existence d'une obligation de diligence en l'espèce. Nous ne sommes pas aux prises avec une décision qui fait suite à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire mais bien avec le fait que le ministre a tenté d'infirmer une telle décision. La situation est des plus inusitées, mais je suis dans l'impossibilité d'accorder à cette considération la même force qu'elle aurait dans d'autres circonstances.

Selon lord Keith, on ne peut raisonnablement imposer au ministre [à la page 502] [TRADUCTION] «l'obligation d'obtenir des conseils juridiques dans tous les cas où il est appelé à user du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par le législateur». Il semble, encore une fois, que lord Keith s'attachait principalement à la situation dont il était saisi. J'ai déjà laissé entendre que l'espèce était radicalement différente. Dans les circonstances de l'affaire qui nous occupe, à mon avis, le ministre aurait dû s'assurer que la loi qui lui donnait le pouvoir de prendre sa première décision lui accordait aussi celui de l'infirmer. Il n'était pas exagéré de s'attendre à ce que le ministre prenne une telle précaution.

Je peux fort bien comprendre la préoccupation suivante de lord Keith, à savoir que le ministre en l'occurrence [à la page 502] [TRADUCTION] «agit essentiellement en qualité de gardien de l'intérêt public». On peut en dire de même de la décision prise par le ministre le 29 décembre 1987, parce qu'elle constituait une décision de politique qui s'appuyait vraisemblablement sur des facteurs comme l'abondance de la ressource et la mesure dans laquelle son exploi-

ing to the findings at trial the second decision did not grow out of a true concern for protecting the community interest in the resource. This is evident from the Trial Judge's findings at page 71:

The evidence presented on behalf of the defendant, while honest and straightforward, simply did not demonstrate any reasonable justification for first announcing a decision authorizing the issue of the lobster licences to the plaintiff and then the withdrawal of that authorization. The only apparent justification for a change in the decision to issue the licences was the strident opposition of the inshore fishermen. But the evidence indicated that even prior to the announcement authorizing the licences, such opposition was quite predictable if not perhaps its strength and volubility.

Lord Keith's final concern [at page 503] was that the Minister was "normally under no duty to exercise his discretion within any particular time"; that if he acted *ultra vires* in doing so and delay resulted "the effect of the delay will only be to postpone the receipt by the plaintiff of the benefit which he had no absolute right to receive." Upon the Trial Judge's construction of the statute, which I have adopted, the Minister was not here engaged in the exercise of a statutory discretion in coming to his decision of April 29, 1988.

I wish now to elaborate my reasons for the view already expressed that in deciding duty of care it is important to see whether adequate administrative law remedies were available to the respondent. This was Lord Keith's first concern in *Takaro, supra*. The same point is made as follows in C. Lewis, *Judicial Remedies in Public Law* (London: 1992), at page 379:

Decisions taken in the exercise of statutory power will be subject to judicial review, and sometimes a statutory right of appeal. Unlawful decisions can be nullified and the individual relieved of the consequences of such a decision. The existence of these remedies is regarded by the courts as an indicator that no additional remedy in negligence need be provided, particularly where the judicial review or appeal is adequate to rectify matters, and the only real damage suffered by the individual is the delay and possibly the expense involved in establishing

tation devrait être permise. Encore une fois, nous ne nous attachons pas ici à cette décision particulière. Selon les conclusions du juge de première instance, la deuxième décision ne découle pas d'un objectif visant véritablement à protéger l'intérêt de la collectivité à l'égard de la ressource. Ce fait est mis en évidence par les conclusions du juge de première instance à la page 71:

La preuve présentée pour le compte de la défenderesse, quoique honnête et sincère, n'a tout simplement pas établi l'existence d'une justification raisonnable, lorsqu'il s'est agi d'annoncer initialement qu'il avait été décidé de permettre l'octroi des permis de pêche du homard à la demanderesse, puis de révoquer la permission. La seule justification apparente du changement d'attitude, en ce qui concerne l'octroi des permis, était l'opposition véhémente des pêcheurs côtiers. Cependant, selon la preuve, même avant que le ministre eût fait l'annonce, pareille opposition était passablement prévisible, sauf peut-être en ce qui concerne sa force et sa volubilité.

Le dernier facteur cité par lord Keith tient à ce que le ministre n'a [à la page 503] [TRADUCTION] «normalement aucune obligation d'exercer son pouvoir discrétionnaire dans un délai donné»; s'il avait outrepassé sa compétence ce faisant et qu'un retard en décollait, il aurait [TRADUCTION] «pour seul effet de différer l'octroi, au demandeur, d'un avantage que celui-ci n'avait aucun droit absolu de recevoir». Selon l'interprétation de la loi par le juge de première instance, à laquelle je souscris, le ministre en l'espèce n'exerçait pas un pouvoir discrétionnaire qui lui était conféré par le législateur lorsqu'il a pris sa décision du 29 avril 1988.

Je désire maintenant expliquer pourquoi je suis d'avis, comme je l'ai déjà mentionné, qu'il est important d'établir, lorsqu'on doit déterminer l'existence d'une obligation de diligence, si des recours adéquats en droit administratif étaient offerts à l'intimée. Il s'agit du premier facteur énoncé par lord Keith dans *Takaro*, précitée. Ce même argument est invoqué par C. Lewis, dans son ouvrage intitulé *Judicial Remedies in Public Law* (London: 1992), à la page 379:

[TRADUCTION] Les décisions prises conformément à l'exercice d'un pouvoir conféré par le législateur sont assujetties au contrôle judiciaire et, parfois, à un droit légal d'appel. Les décisions illicites peuvent être annulées et la personne est alors soustraite aux conséquences d'une telle décision. L'existence de ces recours est perçue par les tribunaux comme un indice de l'inutilité d'offrir tout autre moyen fondé sur la négligence, particulièrement si le contrôle judiciaire ou l'appel suffisent à corriger la situation et que le seul préjudice réel subi par la

that a decision is invalid. This seems in part an axiomatic decision on the part of the court, that there should be a division between public law remedies and private law remedies. Where an *ultra vires* decision can be set aside on appeal or review, there should not normally be any additional liability in damages, unless the individual can establish misfeasance. Simple negligence is insufficient. The fact that the decision may be set aside may also mean that the only damage suffered is the expense involved in challenging the decision.

As these views were expressed in the context of liability in negligence under principles which were to some extent developed in England in the post-*Anns* era, they must, of course, be read with that in mind. Nonetheless, I find the analysis compelling. At least from the time the Minister formally communicated his second decision by letter of May 31, 1988, the respondent was in a position to seek a relatively quick and sure remedy of *certiorari* by way of judicial review in the Trial Division of this Court. If, as I have concluded, the Minister had no authority to make this second decision, the Trial Division would surely have set that decision aside.

The removal of that obstacle would have cleared the way for the respondent to seek an order in the Trial Division by way of *mandamus* requiring the Minister to issue the licences. The licences were to be subject to certain "specific conditions" but it is apparent from the findings of the Trial Judge that these conditions presented no barrier to their issuance. According to the findings below, some at least of these conditions had been discussed and presented no difficulty. He made a finding at page 62, that "until at least March 8" the Department of Fisheries "would have issued [the licences] subject to settling any specific conditions." At page 67 he found:

When the licences were ultimately refused, the refusal had nothing to do with a failure by the plaintiff to meet any specific conditions.

Later, at page 74, he found as a fact that:

The evidence further was to the effect that, as a result of subsequent discussions undertaken between fisheries officials and

personne est un retard et, peut-être, les dépenses engagées afin d'établir la non-validité de la décision. Voilà qui semble en partie une décision bien évidente de notre Cour, soit qu'il devrait y avoir une distinction entre les recours de droit public et ceux de droit privé. Lorsqu'une décision *ultra vires* peut être écartée au moyen d'un appel ou d'un contrôle judiciaire, il ne devrait exister normalement aucune responsabilité supplémentaire ouvrant droit à des dommages-intérêts, à moins que la personne puisse établir l'action fautive. La simple négligence n'est pas suffisante. La possibilité d'annuler la décision peut également signifier que le seul préjudice subi est lié aux dépenses engagées pour contester la décision.

Comme ce point de vue a été exprimé à la lumière de la responsabilité découlant de la négligence selon des principes qui ont été, dans une certaine mesure, élaborés en Angleterre après la décision *Anns*, il doit être interprété en conséquence, bien évidemment. Néanmoins, je trouve cette analyse éminemment fondée. Au moins à partir du moment où le ministre a officiellement communiqué sa deuxième décision par lettre le 31 mai 1988, l'intimée était en mesure de faire valoir un recours assez rapide et certain sous forme de *certiorari* par voie de contrôle judiciaire devant la Section de première instance de la Cour. Si le ministre, comme je l'ai conclu, n'avait pas le pouvoir de prendre cette deuxième décision, la Section de première instance l'aurait certainement annulée.

L'élimination de cet obstacle aurait pu permettre à l'intimée d'obtenir une ordonnance de la Section de première instance par voie de *mandamus* exigeant que le ministre délivre les permis. Ceux-ci s'assortissaient de «conditions précises», mais il est manifeste d'après les conclusions du juge de première instance qu'elles ne constituaient aucun obstacle à l'octroi de ces permis. Selon ces conclusions, au moins une partie des conditions avaient fait l'objet de discussions et ne présentaient aucune difficulté. Le juge de première instance a statué à la page 62 que «jusqu'au 8 mars au moins, le Ministère aurait délivré les permis . . . en se réservant le droit de fixer les conditions précises attachées à ces permis». Il s'exprime ainsi à la page 67:

Lorsque les permis ont en fin de compte été refusés, cela n'avait rien à voir avec l'omission par la demanderesse de satisfaire à quelque condition précise.

Plus loin, à la page 74, il en vient à la conclusion suivante:

En outre, la preuve montre que, par suite des discussions subséquentes qui ont eu lieu entre les agents des pêches et les per-

those authorized to receive the new licences, matters were proceeding without difficulty to the actual issue of the licences. No policy issues remained to be resolved. The objective facts indicate the assumption on both sides that the actual issue of the licence certificates was a matter of routine, not a matter of policy. Therefore there is no basis for denying the existence of a duty of care in the manner in which the licence authorizations were cancelled.

The conditions to be attached to the licences were not a matter for negotiations between the parties; they were for the Minister to impose and indeed he did impose conditions in addition to those which had been discussed between his officials and the respondent.³ In this case, at least, the Minister did not refuse to issue the licences because of a condition to be imposed. What the evidence indicates is that the conditions to be attached merely caused delay in the issuance of the licences.⁴ Accordingly, the remedy of the *mandamus* by way of a judicial review application in the Trial Division, requiring the licences to be issued, was available to the respondent in the spring of 1988.

Would these remedies have been adequate to rectify the matter from the respondent's standpoint? The respondent had incurred expenses between December 29, 1987 and April 29, 1988, in converting boats for use in the offshore lobster fishery. The availability of these remedies would have allowed the respondent to put its boats to use in this fishery. I recognize that this fishery was seasonal and that if the respondent wished to pursue it after the end of the 1987-1988 season it would have needed renewed licences. I also acknowledge that the delay in securing relief by way of judicial review might have resulted in the respondent being able to spend very little or, perhaps, no time fishing before the end of that season. How soon the respondent might have obtained the relief and whether the licences would have been renewed are matters about which one can only speculate. I refrain from so doing. It may be fairly said that in incurring the cost of converting the boats the respondent gam-

³ See for example the Minister's telex of 10 February 1988 imposing additional conditions (Appeal Book, at pp. 111-112).

⁴ According to the evidence, the respondent had not actually applied for the licences nor paid the required fee, apparently because the conditions were yet to be finalized. The evidence suggests, therefore, that this would have caused some "delay" in issuing the licences. (Trial Transcript, evidence Bellefontaine, at p. 87, l. 19 to p. 89, l. 25).

sonnes autorisées à recevoir les nouveaux permis, l'affaire évoluait sans difficulté en faveur de l'octroi des permis eux-mêmes. Il ne restait aucune question de politique à régler. Les faits objectifs montrent que les deux parties supposaient que la délivrance des certificats eux-mêmes était une mesure courante, et non une question de politique. Par conséquent, rien ne permet de nier l'existence d'une obligation de diligence en ce qui concerne la révocation.

Les conditions rattachées aux permis ne faisaient pas l'objet de négociations entre les parties: c'est le ministre qui en décidait, et il a de fait imposé des conditions outre celles qui avaient été discutées par ses représentants et l'intimée³. En l'occurrence, le ministre n'a pas refusé de délivrer les permis en raison du non-respect d'une condition imposée. Selon les éléments de preuve, les conditions ont simplement retardé l'octroi des permis⁴. Par conséquent, le recours en *mandamus* par voie de demande de contrôle judiciaire à la Section de première instance, exigeant la délivrance des permis, était offert à l'intimée au printemps 1988.

Ces recours auraient-ils été adéquats pour corriger la situation du point de vue de l'intimée? Celle-ci avait engagé des dépenses entre le 29 décembre 1987 et le 29 avril 1988 afin de convertir ses navires pour la pêche au homard en haute mer. La disponibilité de ces recours lui aurait permis d'utiliser ces navires pour la pêche. Je suis conscient que cette pêche est de nature saisonnière et que si l'intimée désirait poursuivre ses activités de pêche après la fin de la saison 1987-1988, elle aurait eu besoin de nouveaux permis. Je reconnais également que le retard occasionné par la demande de contrôle judiciaire aurait fait en sorte que l'intimée n'aurait pu consacrer que très peu de temps, voire pas du tout, à la pêche avant la fin de cette saison. La date à laquelle l'intimée aurait pu avoir gain de cause grâce à ce moyen de même que le renouvellement des permis sont des questions qui restent purement spéculatives. Je me refuse à me perdre en de telles conjectures. En toute justice, on peut

³ Voir par exemple le télex envoyé par le ministre le 10 février 1988, où des conditions supplémentaires étaient imposées (Dossier d'appel, aux p. 111 et 112).

⁴ L'intimée n'avait pas réellement présenté de demandes d'octroi de permis ni versé les droits nécessaires, apparemment parce que les conditions devaient être fixées définitivement. Selon les éléments de preuve, par conséquent, ces conditions auraient entraîné un certain «retard» dans la délivrance des permis. (Transcription du procès, témoignage de Bellefontaine, de la p. 87, ligne 19, jusqu'à la p. 89, ligne 25).

bled that the licences which were authorized on December 29, 1987 would be renewed at the end of the 1987-1988 fishing season, for their renewal lay within the Minister's absolute discretion under subsection 7(1) of the Act.

I have concluded that the availability of adequate administrative law remedies by way of judicial review is a consideration to be taken into account under the second branch of the *Anns* test in deciding whether the scope of *prima facie* duty of care should be negated in the circumstances of this case. In my view that duty is so negated. Accordingly, in my view, as the appellant owed no duty of care to the respondent the appellant should not be held liable in negligence.

I would allow the appeal with costs in this Court and at trial and would dismiss the cross-appeal with costs.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LINDEN J.A. (dissenting in part): This appeal requires this Court to unravel a complex issue in which the worlds of administrative law and tort law collide.

Certain fishing licences are authorized by the Government, subject to specific conditions to be discussed. With the actual knowledge of the Government, expenditures are incurred in preparation by the intended licensees. Despite there being no problems in relation to the conditions, the Government changes its mind and does not issue the licences. Financial loss is thereby suffered. A civil action for damages is brought by a disappointed "licensee," who is successful at trial. The Government appeals and the "licensee" cross-appeals to this Court.

affirmer qu'en engageant les dépenses pour la conversion de ses navires l'intimée espérait que les permis autorisés le 29 décembre 1987 seraient renouvelés à la fin de la saison de pêche 1987-1988 alors que le pouvoir de renouvellement constituait un pouvoir discrétionnaire absolu du ministre sous le régime du paragraphe 7(1) de la Loi.

J'ai conclu que la disponibilité de recours adéquats en droit administratif par voie de contrôle judiciaire doit être prise en considération à la lumière du second volet du critère énoncé dans *Anns* lorsqu'il s'agit de décider si la portée d'une obligation de diligence *prima facie* devrait être rejetée dans les circonstances de l'espèce. À mon avis, c'est le cas. Par conséquent, j'estime que l'appelante n'avait aucune obligation de diligence envers l'intimée et qu'elle ne devrait donc pas être tenue responsable en raison de sa négligence.

Je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens dans l'instance et devant la Section de première instance, et de rejeter l'appel incident avec dépens.

e

* * *

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

f

LE JUGE LINDEN, J.C.A. (dissident en partie): Dans le cadre du présent appel, la Cour doit débrouiller une question complexe où il y a conflit entre le droit administratif et le droit de la responsabilité délictuelle.

g

Certains permis de pêche sont autorisés par le gouvernement sous réserve de conditions précises qui doivent faire l'objet de discussions entre les parties. Le gouvernement est informé que le titulaire éventuel des permis engage des dépenses pour se préparer. Malgré l'absence de problèmes relatifs au respect des conditions imposées, le gouvernement change d'idée et ne délivre pas les permis. Une perte financière s'ensuit. Le «titulaire» déçu des permis intente une action civile en dommages-intérêts et obtient gain de cause en première instance. Le gouvernement conteste cette décision tandis que le «titulaire» éventuel des permis interjette un appel incident devant la Cour.

j

FACTS

Comeau Sea Foods Limited (Comeau) is an integrated fishing company which operated up to 15 vessels off the coast of Nova Scotia. Since 1984, the company had been expressing to the Government its interest in obtaining offshore lobster fishing licences. The resolution of the Gulf of Maine boundary dispute between Canada and the United States in 1985 added some additional lobster fishery areas to Canadian waters. Comeau, consequently, renewed its efforts to obtain lobster licences through 1986 and 1987. In September, 1987, the Minister indicated to the Comeau family that their company would receive at least one offshore lobster licence.

On December 29, 1987, the Minister of Fisheries and Oceans sent Comeau a telex informing the company that he had authorized four licences and specifying its enterprise allocation (EA or the amount of allowable catch) for the current fishing year:

I am pleased to advise you that I have authorized the issuance of two offshore lobster licences to your company valid for NAFO divisions 4X/5Z and two experimental offshore lobster/red crab licences valid for NAFO division 4W. One of each of these licences will be fished as a unit and will be placed on two of your company vessels greater than 60 feet LOA.

Your company's EA based on a 12 month fishing season (Oct. 15-Oct. 14) for lobster in division 4W will be 60T per vessel with no catch limit for red crab. Similarly your company's EA for lobster in divisions 4X/5Z will be 30T per vessel.

These EAs will be prorated for the 1987/88 season as follows for each of your vessels:

Division 4W—48T
Divisions 4X/5Z—24T

Regional officials will be in contact with you shortly at which time specific conditions of licence will be discussed.

On January 11, 1988, regional officials invited Comeau and others to a "meeting of the offshore lobster licence holders" to be held at Hunt's Point, Nova Scotia, on January 14, 1988. Present at the meeting were previous licence holders, as well as representatives of Comeau and others who had received licence authorizations from the Minister on December 29,

LES FAITS

Comeau Sea Foods Limited (Comeau) est une entreprise de pêche intégrée qui exploite une quinzaine de navires au large de la côte de la Nouvelle-Écosse. Depuis 1984, Comeau se dit intéressée à obtenir des permis pour la pêche au homard en haute mer. La résolution du conflit relatif à la frontière canado-américaine dans le golfe du Maine en 1985 a permis d'ajouter des secteurs additionnels pour la pêche au homard dans les eaux canadiennes. Comeau a donc renouvelé ses efforts en vue d'obtenir des permis de pêche au homard de 1986 à 1987. En septembre 1987, le ministre indiquait à la famille Comeau que l'entreprise recevrait au moins un permis de pêche au homard en haute mer.

Le 29 décembre 1987, le ministre des Pêches et des Océans a envoyé à Comeau un télex l'informant qu'il avait autorisé l'octroi de quatre permis et précisant l'allocation aux entreprises (AE, c'est-à-dire le total de la prise autorisée) pour l'année de pêche en cours:

[TRADUCTION] J'ai le plaisir de vous informer que j'ai autorisé l'octroi à votre société de deux permis de pêche au homard en haute mer, lesquels viseraient les divisions 4X et 5Z de l'OPAN ainsi que de deux permis expérimentaux de pêche au homard et au crabe rouge en haute mer, visant la division 4W de l'OPAN. Un permis de chaque type sera considéré comme une unité et sera apposé à bord de deux des bateaux de la société de plus de 60 pieds de longueur hors tout.

L'AE de votre société, pour une saison de pêche de 12 mois (du 15 octobre au 14 octobre), sera de 60 tonnes par bateau pour la pêche au homard dans la division 4W, aucune limite de capture n'étant prévue pour le crabe rouge. De même, l'AE de votre société pour le homard dans les divisions 4X et 5Z sera de 30 tonnes par bateau.

Ces AE seront partagées proportionnellement comme suit pour chacun de vos bateaux pendant la saison 1987-1988:

Division 4W—48T
Divisions 4X et 5Z—24T

Les agents régionaux communiqueront avec vous dans peu de temps pour discuter des conditions précises des permis.

Le 11 janvier 1988, des agents régionaux ont invité Comeau et d'autres entreprises à une «réunion des titulaires de permis de pêche du homard en haute mer» qui a lieu à Hunt's Point (Nouvelle-Écosse) le 14 janvier 1988. Assistaient à cette réunion des titulaires de permis déjà délivrés, ainsi que des représentants de Comeau et d'autres entreprises qui avaient

1987. The Department explained the new allocations and controls which would be imposed.

On January 27, 1988, those present at the meeting received a second telex from the Department, notifying them that they were to file fishing plans for each vessel for the balance of the current season. Comeau did so by letter dated January 29, 1988, naming the two vessels to be used: *Lady Comeau* and *Lady Louise*. The letter further stated:

These vessels are presently geared for the scallop fishery but work to convert these for the offshore lobster fishery is due to start very shortly. These vessels should be ready to go fishing in April.

From this point in time until March 8, 1988, licences could have been issued to Comeau at any time, but since the conditions had not yet been finalized, the licences would have been issued subject to the settlement of those conditions. On March 8, however, instructions were received from Ottawa that these licences were not to be issued without specific clearance from the Assistant Deputy Minister in Ottawa.

Ever since the announcement of the new licences on December 29, 1987, inshore lobster fishers, who were much more numerous than the offshore group, opposed the new licences and actively lobbied the Minister to change his decision. The Minister's initial response, based on a report he had received, was that there was no scientific evidence to demonstrate that issuing new licences in area 4W would harm the inshore fishery. The pressure continued. Following a meeting with the inshore people on March 30, 1988, the Minister issued a press release stating that he would not "cancel" the new offshore lobster licences, but that he was prepared to impose conditions to meet the concerns of the inshore lobster fishery. Despite this assurance, the inshore fishers continued their opposition, the matter becoming a major political issue both in Nova Scotia and in Ottawa.

été informées, le 29 décembre 1987, que le ministre avait autorisé l'octroi de permis en leur faveur. Le Ministère a donné des explications au sujet de nouvelles allocations et des mesures de surveillance qui seraient prises.

Le 27 janvier 1988, ceux qui avaient assisté à la réunion ont reçu un deuxième télex les informant qu'ils devaient déposer un plan de pêche à l'égard de chaque bateau pour le reste de la saison de pêche. C'est ce que Comeau a fait par lettre datée du 29 janvier 1988, précisant qu'elle utiliserait le *Lady Comeau* et le *Lady Louise*. La lettre ajoutait ceci:

[TRADUCTION] Ces bateaux sont actuellement équipés pour la pêche du pétoncle, mais des travaux sont sur le point d'être exécutés afin de les convertir pour la pêche au homard en haute mer. Ces bateaux devraient être prêts pour la pêche en avril.

Dès lors, et jusqu'au 8 mars 1988, les permis auraient pu être délivrés à Comeau en tout temps, mais comme les conditions n'avaient pas encore été fixées d'une manière définitive, les permis auraient été octroyés sous réserve que ces conditions soient déterminées. Le 8 mars, toutefois, Ottawa a donné pour instruction de ne pas délivrer pareils permis sans autorisation expresse du sous-ministre adjoint à Ottawa.

Depuis l'annonce de l'octroi des nouveaux permis le 29 décembre 1987, les pêcheurs côtiers du homard, qui étaient beaucoup plus nombreux que le groupe des pêcheurs en haute mer, s'opposaient à ces permis et exerçaient des pressions considérables sur le ministre pour qu'il modifie sa décision. La réponse initiale de celui-ci, fondée sur un rapport qu'il avait reçu, s'appuyait sur l'absence de preuves scientifiques montrant que la délivrance de nouveaux permis dans la division 4W aurait un effet préjudiciable sur la pêche côtière. Les pressions n'ont pas cessé. Par suite d'une rencontre avec les pêcheurs côtiers le 30 mars 1988, le ministre a publié un communiqué de presse maintenant qu'il n'«annulerait» pas les nouveaux permis de pêche au homard en haute mer, mais déclarant qu'il était prêt à imposer les conditions nécessaires pour répondre aux préoccupations des pêcheurs côtiers de homard. Malgré tout, les pêcheurs côtiers ont continué à exercer des pressions, et la chose a engendré un différend politique important en Nouvelle-Écosse et à Ottawa.

Eventually, the political pressure succeeded, causing the Minister to change his mind. In what the Trial Judge called a "*volte-face*," on April 29, 1988, the Minister reneged and announced in a press release that "the four experimental offshore lobster licences in Nova Scotia would not be issued in the foreseeable future," pending the results of a new study "of all the major issues facing the lobster industry in Scotia-Fundy Region." This decision was confirmed by letter to Comeau dated May 31, 1988. Although the study was completed in 1990, at the time of the trial decision in the spring of 1992, Comeau had not yet received the licences, initially authorized in late 1987.

TRIAL DECISION

Mr. Justice Strayer, the Trial Judge, as he then was, in twenty-three pages of written reasons,⁵ found the Government civilly liable to Comeau. He described the situation as an example of [at page 71] "erratic public administration which was productive of serious mischief to private entrepreneurs."

His Lordship considered the scope of the Minister's authority under the relevant provisions of the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, sections 7 and 9 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 95], which read as follows:

7. (1) Subject to subsection (2), the Minister may, in his absolute discretion, wherever the exclusive right of fishing does not already exist by law, issue or authorize to be issued leases and licences for fisheries or fishing, wherever situated or carried on.

(2) Except as otherwise provided in the Act, leases or licences for any term exceeding nine years shall be issued only under the authority of the Governor in Council.

. . .

9. The Minister may suspend or cancel any lease or licence issued under the authority of this Act, if

(a) the Minister has ascertained that the operations under the lease or licence were not conducted in conformity with its provisions; and

Les pressions politiques ont eu raison du ministre et l'ont forcé à changer d'idée. Dans ce que le juge de première instance qualifie de «*volte-face*», le 29 avril 1988, le ministre est revenu sur son engagement et a annoncé dans un communiqué de presse que «les quatre permis expérimentaux de pêche au homard en haute mer en Nouvelle-Écosse ne seraient pas délivrés dans un avenir immédiat», en attendant les résultats d'une nouvelle étude «de toutes les questions importantes auxquelles faisait face l'industrie de la pêche au homard dans la région Scotia-Fundy». Cette décision a été confirmée par une lettre adressée à Comeau en date du 31 mai 1988. Bien que l'étude ait été réalisée en 1990, Comeau n'avait pas encore reçu les permis, d'abord autorisés à la fin de 1987, au moment où la décision de première instance était rendue, c'est-à-dire au printemps 1992.

d LA DÉCISION DE PREMIÈRE INSTANCE

Dans des motifs écrits de 23 pages⁵, le juge Strayer, alors juge de première instance, a conclu à la responsabilité civile du gouvernement envers Comeau. Il a décrit la situation comme un exemple de [à la page 71] «gestion capricieuse des affaires publiques, laquelle causait un tort sérieux aux entrepreneurs privés».

Le juge Strayer a examiné l'étendue du pouvoir conféré au ministre par les dispositions pertinentes de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, articles 7 et 9 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.) ch. 31, art. 95], qui ressortent comme suit:

7. (1) En l'absence d'exclusivité du droit de pêche conférée par la loi, le ministre peut, à discrétion, octroyer des baux et permis de pêche ainsi que des licences d'exploitation de pêcheries—ou en permettre l'octroi—, indépendamment du lieu de l'exploitation ou de l'activité de pêche.

(2) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, l'octroi de baux, permis ou licences pour un terme supérieur à neuf ans est subordonné à l'autorisation du gouverneur général en conseil.

. . .

9. Le ministre peut suspendre ou révoquer tous baux, permis ou licences consentis en vertu de la présente loi si:

a) d'une part, il constate un manquement à leurs dispositions;

⁵ Reported at [1992] 3 F.C. 54.

⁵ Décision publiée dans le recueil [1992] 3 C.F. 54.

(b) no proceedings under this Act have been commenced with respect to the operations under the lease or licence.

Counsel for the Government, at trial, argued that section 7 gives the Minister absolute discretion to decide whether a licence should be issued or authorized to be issued, including the right to change his mind at any time until the licence has actually been issued. After that point, it is conceded that the Minister must act in accord with section 9.

Mr. Justice Strayer disagreed, saying (at pages 66-67):

The language of section 7 is quite clear in stating that there is an absolute discretion either to issue or to authorize the issue of a licence. The meaning of this language seems plain. If the Minister issues the licence nothing remains to be done by anyone. If he authorizes the issue, as he did here, with certain conditions to be settled with the intended licensee, then it only remains for someone else (his officials) to work out those conditions with the licensee. The position of an authorized licence is perhaps more ambiguous than that of an issued licence (the latter being revocable only in accordance with section 9). But there is no continuing role for the Minister in respect of an authorized licence. His absolute discretion is either (1) to issue, or (2) to authorize the issue, of the licence.

Thus, the Trial Judge held that, having decided to authorize licences to be issued to Comeau, the Minister had exhausted his discretion. His decision later to refuse to issue those licences was, therefore, beyond his powers. The Trial Judge found support for this conclusion, in part, on the fact that everyone, from the Minister on down, acted as if the licences had already been granted. The Minister included the catch allocation for the current fishing season in the telex of December 29, 1987, informing Comeau that it would receive four licences. In subsequent meetings and correspondence involving Comeau and departmental officials, Comeau was addressed and treated as if it were already a "licence holder." No one disputed that the licences could have been issued at any time prior to March 8, 1988, after which issuance they could only have been cancelled in accordance with section 9.

Having determined that the purported decision to refuse to issue the licences was *ultra vires* the Minister, the Trial Judge then considered the four legal

b) d'autre part, aucune procédure prévue à la présente loi n'a été engagée à l'égard des opérations qu'ils visent.

L'avocat du gouvernement, en première instance, a soutenu que l'article 7 donne au ministre les pouvoirs discrétionnaires absolus de décider si un permis devrait être octroyé, ou faire l'objet d'une permission d'octroi, ce qui comportait le droit de changer d'idée en tout temps jusqu'à la délivrance en bonne et due forme du permis. Par la suite, il est admis que le ministre doit agir conformément à l'article 9.

Le juge Strayer n'a pas souscrit à cette observation et s'exprime comme suit (aux pages 66 et 67):

Selon le libellé de l'article 7, il est passablement clair que le ministre peut, à discrétion, octroyer des permis ou en permettre l'octroi. Le sens de ce libellé semble être clair. Si le ministre octroie le permis, personne n'a plus rien à faire. S'il en permet l'octroi, comme il l'a fait en l'espèce, certaines conditions devant être fixées avec le titulaire envisagé, il reste uniquement à quelqu'un d'autre (les représentants du ministre) et au titulaire à élaborer ces conditions. L'état d'un permis dont le ministre a permis l'octroi est peut-être plus ambigu que celui d'un permis qui a été octroyé (ce dernier n'étant révoicable que conformément à l'article 9), mais le ministre n'a plus aucun rôle en pareil cas. Son pouvoir discrétionnaire consiste (1) à octroyer le permis, ou (2) à en permettre l'octroi.

Par conséquent, le juge de première instance a conclu que, une fois qu'il a décidé de permettre l'octroi des permis à Comeau, le ministre avait épuisé son pouvoir discrétionnaire. Sa décision ultérieure de refuser la délivrance des permis outrepassait donc ses pouvoirs. Le juge Strayer est parvenu à cette conclusion en se fondant, d'une part, sur le fait que tous les intéressés, à partir du ministre, agissaient comme si les permis avaient déjà été octroyés. Ainsi, le ministre précisait l'allocation aux entreprises pour la saison de pêche courante dans son télex du 29 décembre 1987, informant Comeau qu'elle recevrait quatre permis. Dans des réunions et correspondances ultérieures entre Comeau et des représentants du ministre, Comeau était nommée et traitée comme si elle était déjà «titulaire des permis». Nul n'a contesté le fait que les permis auraient pu être octroyés en tout temps avant le 8 mars 1988, et après une telle délivrance, ils n'auraient pu être annulés que conformément à l'article 9.

Ayant déterminé que la décision de refuser la délivrance des permis outrepassait les pouvoirs du ministre, le juge de première instance a ensuite pris en con-

bases advanced by Comeau for finding civil liability: (1) promissory estoppel; (2) irrevocable legal act; (3) breach of contract; and (4) negligent breach of statutory duty.

The Trial Judge rejected the first basis on procedural as well as substantive grounds. He denied the respondent's application at trial to amend its statement of claim to plead promissory estoppel because of the lateness of the application. On the substantive question he also stated (at pages 68-69):

In coming to this conclusion I am influenced by the fact that I think such a pleading would in any event be futile. It would be an attempt to base a cause of action, a claim for damages, on a promissory estoppel and not merely the invocation of such a promise in order to estop the promisor from acting inconsistently with that promise. I believe this strains the concept of promissory estoppel and this is not a case suitable for its application.

The second basis for founding liability, that the Minister had performed an irrevocable legal act the purported revocation of which caused damages to the respondent, was also rejected. This argument was based partly on estoppel and partly on a suggestion that, once he had authorized licences to issue, the Minister was *functus officio*. The Trial Judge explained (at page 76):

I have rejected estoppel above, and I am not convinced the *functus officio* argument adds anything to my conclusion that it was *ultra vires* the Minister to revoke an authorization once given and refuse to issue where the refusal to issue had nothing to do with the conditions on which the licence was authorized to be issued.

Neither was the Trial Judge persuaded by the third ground—breach of contract. Comeau's position was that a contract was created to the effect that Comeau would prepare for and carry out offshore lobster fishing in exchange for the Minister issuing the licences authorized on December 29, 1987. The Minister would benefit from the information gained through Comeau's fishing in the experimental area 4W, which had not been previously fished. Comeau argued that, by commencing the conversion of its

sidération les quatre bases juridiques avancées par Comeau pour conclure à la responsabilité civile: 1) irrecevabilité fondée sur une promesse; 2) acte juridique irrévocable; 3) non-respect du contrat; et 4) manquement par négligence à une obligation légale.

Le juge de première instance a rejeté le premier motif pour des raisons de procédure et de fond. Il a refusé la demande formulée par l'intimée au procès, laquelle visait à modifier sa déclaration afin de plaider l'irrecevabilité fondée sur une promesse, en raison du retard dans la présentation de cette demande. Sur le fond, il statue comme suit (aux pages 68 et 69):

En tirant cette conclusion, je m'appuie sur le fait que, à mon avis, cette plaidoirie serait de toute façon futile. Il s'agirait ainsi de tenter de fonder une cause d'action, une demande en dommages-intérêts, sur l'irrecevabilité fondée sur une promesse et non simplement d'invoquer pareille promesse afin d'empêcher celui qui l'a faite de ne pas la respecter. Je crois que c'est là pousser trop loin la notion d'irrecevabilité fondée sur une promesse et qu'il n'est pas opportun d'appliquer cette notion en l'espèce.

Sous le deuxième chef, le ministre aurait exécuté un acte légal irrévocable dont la révocation a causé un préjudice à l'intimée. Cet argument a aussi été rejeté; il se fondait en partie sur une fin de non-recevoir et en partie sur la proposition selon laquelle le ministre était dessaisi de l'affaire une fois qu'il avait permis l'octroi du permis. Comme l'explique le juge de première instance (à la page 76):

J'ai déjà rejeté la fin de non-recevoir, et je ne suis pas convaincu que l'argument selon lequel le ministre était dessaisi de l'affaire ajoute quoi que ce soit à la conclusion que j'ai tirée, à savoir que le ministre outrepassait sa compétence en révoquant sa décision et en refusant la délivrance alors que le refus n'avait rien à voir avec les conditions auxquelles il avait autorisé l'octroi du permis.

Le juge de première instance n'a pas été non plus persuadé par le troisième motif, soit le non-respect du contrat. Selon Comeau, il existait un lien contractuel en vertu duquel l'entreprise se préparerait pour la pêche au homard en haute mer et ferait cette pêche en échange de l'octroi, par le ministre, des permis autorisés le 29 décembre 1987. Le ministre bénéficierait des informations recueillies à l'aide des activités de pêche de Comeau dans la zone expérimentale 4W, où nul n'avait jamais pêché. Comeau a fait valoir qu'en

boats, it had begun to perform the contract and the Minister was, therefore, contractually bound to issue the licences.

The Trial Judge stated that the nature of the relations between those who issue licences and those who apply for them is generally governed by the provisions of the relevant statute and not by the law of contract. If contractual obligations were intended to flow from the application for, and grant of, a licence, there should be clear evidence to that effect, evidence which was not present here. The proposition that Comeau's expenditure of funds to convert his boats constituted "acceptance" of the "offer" contained in the Minister's December 29, 1987, telex was not persuasive, for there was no evidence that the Minister even knew prior to that time that Comeau would expend funds. In fact, Comeau had previously advised the Minister that it already possessed suitable boats for lobster fishing.

Mr. Justice Strayer concluded that the only possible basis for liability was the fourth contention—negligence. He decided that the elements of negligence—a duty of care, a breach of that duty, and a foreseeable loss as a consequence of the breach—had been established. His reasons, on this point, are as follows (at pages 71-72):

First there was a duty of care owed by the Minister to the plaintiff. There was a proximity between the defendant and the plaintiff, flowing from the Minister's representation to the plaintiff on December 29, 1987 that the licences would be issued to it. At least from that day onward it should have been obvious to the Minister that any further decisions he took in this matter would directly affect a determinate party, namely this plaintiff. Second, there was a breach of the requisite standard of care. At least as of January 29, 1988 when the plaintiff advised the Department of Fisheries and Oceans that it was undertaking work to convert vessels for the offshore lobster fishery in order to use the licences, it was perfectly foreseeable that any departure from the line of conduct (i.e. the issue of the licences) previously announced by the Minister on December 29, 1987 would have a harmful effect on the plaintiff. Third, as I have indicated the evidence satisfies me that at least some foreseeable financial loss was suffered by the plaintiff as a result of the *volte-face* of the Minister on April 29, 1988.

entamant la conversion de ses navires, elle avait commencé à exécuter son obligation contractuelle et que le ministre était donc tenu par voie de contrat de délivrer les permis.

a

Le juge de première instance a déclaré que la nature des relations entre ceux qui délivrent les permis et ceux qui en font la demande sont généralement régies non par le droit des contrats, mais par les dispositions de la loi pertinente. Si les parties voulaient que la demande et l'octroi de permis entraînent des obligations contractuelles, ce fait devait être clairement établi, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. La suggestion voulant que l'engagement de fonds par Comeau en vue de convertir ses navires constituait une «acceptation» de «l'offre» contenue dans le télex envoyé par le ministre le 29 décembre 1987 n'a pas réussi à persuader le juge Strayer, parce que rien ne montrait que le ministre savait avant cette date que Comeau dépenserait de l'argent. Au contraire, Comeau avait informé le ministre qu'elle possédait déjà des bateaux entièrement équipés pour la pêche au homard.

e

Le juge Strayer a conclu que le quatrième argument, la négligence, constituait la seule voie possible permettant de conclure à l'existence d'une responsabilité. Il a décidé que les éléments de la négligence, soit l'obligation de diligence, le manquement à cette obligation et une perte prévisible attribuable à ce manquement, avaient été établis. Ses motifs, sur ce point, se lisent comme suit (aux pages 71 et 72):

Premièrement, le ministre avait une obligation de diligence envers la demanderesse. Il y avait un lien de proximité entre la défenderesse et la demanderesse, par suite de la déclaration que le ministre avait faite à cette dernière le 29 décembre 1987, à savoir que les permis lui seraient délivrés. À compter de ce jour-là du moins, le ministre aurait dû se rendre compte que toute autre décision prise par lui dans cette affaire toucherait directement une partie déterminée, à savoir la demanderesse. Deuxièmement, le degré requis de diligence n'a pas été respecté. Depuis au moins le 29 janvier 1988, date à laquelle la demanderesse a informé le ministre des Pêches et des Océans qu'elle effectuait des travaux en vue de convertir ses bateaux pour la pêche du homard en haute mer afin d'utiliser les permis, on pouvait certainement prévoir que toute dérogation à la ligne de conduite (c'est-à-dire l'octroi des permis) antérieurement annoncée par le ministre le 29 décembre 1987 causerait préjudice à la demanderesse. Troisièmement, comme je l'ai fait savoir, la preuve me convainc que la demanderesse a subi une certaine perte financière prévisible par suite du *volte-face* du ministre le 29 avril 1988 . . .

The Government argued that, even though the elements of ordinary negligence may have been established, no liability should attach to the Minister or the Crown. Two grounds were urged in favour of this result: first, that no duty of care was owed by the Minister to Comeau because the Minister was making a policy decision, not an operational one; and second, that the Minister was exempt from liability because his actions in exercising his absolute discretion were authorized by statute and, therefore, the Minister was protected from tort liability by general legal principles and by the provisions of section 8 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21].

On the Government's first argument, dealing with the policy immunity, the Trial Judge's reasons are as follows (at pages 73-75):

In respect of public authorities there is a good reason not to find a duty of care if the decision of the authority which caused harm was a "policy" decision. By this means courts respect the right and obligation of public bodies to make policy within the ambit of their authority and the courts do not presume to review such policy decisions for which the public authorities are politically responsible. . . . On the other hand, decisions taken in the "implementation" of those policy decisions are subject to a duty of care. In effect, once the necessary policy decision is taken, it should be implemented in a way which will not cause an unreasonable risk of harm to those foreseeably affected by it.

It should first be observed that this rationale proceeds, as I understand it, on the assumption that the alleged "policy" decision is authorized by statute. In the present case I have already decided that the decision complained of, the refusal to issue, was *ultra vires* the Minister.

But I have also concluded that the only relevant policy decision was taken by the Minister when he announced that he had authorized the issue of the licences to the plaintiff. This was no mere informal step but was one specifically provided for in subsection 7(1) of the *Fisheries Act* which gives him a discretion to "issue or authorize to be issued . . . licences". The evidence suggests in this case that the decision was to authorize the issue rather than the actual issue because there were still some detailed conditions to be worked out. . . . No policy issues remained to be resolved. The objective facts indicate the assumption on both sides that the actual issue of the licence

Le gouvernement a soutenu que, même s'il était possible que les éléments de la négligence ordinaire soient établis, le ministre ou la Couronne avait le droit d'échapper à la responsabilité. Deux moyens de défense ont été soulignés en faveur de cette conclusion: en premier lieu, le ministre n'avait aucune obligation de diligence envers Comeau parce qu'il prenait une décision de politique et non une décision opérationnelle; en second lieu, le ministre était soustrait à toute responsabilité parce que ses actions relevant de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire étaient autorisées par le législateur et, en conséquence, parce qu'il était protégé contre toute responsabilité civile délictuelle en vertu des principes juridiques généraux et des dispositions de l'article 8 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21].

À l'encontre du premier argument, qui traite de l'immunité d'une décision de politique, le juge Strayer se prononce de la manière suivante (aux pages 73 à 75):

Dans le cas des autorités publiques, il existe une bonne raison de ne pas conclure à l'existence d'une obligation de diligence si la décision qui a causé préjudice est une décision «de politique». Les tribunaux respectent ainsi le droit et l'obligation des organismes publics d'établir une politique dans les limites de leurs attributions et ils ne cherchent pas à réviser les décisions de politique à l'égard desquelles les autorités publiques sont politiquement responsables. . . . D'autre part, les décisions prises dans le cadre de la «mise en œuvre» des décisions de politique sont assujetties à une obligation de diligence. En effet, une fois que la décision de politique nécessaire a été prise, elle devrait être mise en œuvre d'une façon qui ne causera pas un risque déraisonnable de préjudice à ceux qu'elle touchera vraisemblablement.

Il faut d'abord faire observer que ce raisonnement découle, si je comprends bien, de la supposition selon laquelle la présumée décision «de politique» est autorisée par la loi. En l'espèce, j'ai déjà décidé que la décision attaquée, soit le refus de délivrer les permis, dépassait la compétence du ministre.

Cependant, j'ai également conclu que la seule décision de politique pertinente a été prise par le ministre lorsqu'il a annoncé qu'il avait permis l'octroi des permis à la demanderesse. Il ne s'agissait pas d'une simple mesure officieuse; c'était une mesure expressément prévue par le paragraphe 7(1) de la *Loi sur les pêches*, qui permet au ministre à discrétion d'«octroyer des . . . permis . . . ou [d'] en permettre l'octroi». La preuve laisse entendre qu'en l'espèce, il avait été décidé de permettre l'octroi plutôt que d'octroyer les permis eux-mêmes, parce qu'il restait encore à fixer certaines conditions précises. En outre, la preuve montre que, par suite des discussions sub-

certificates was a matter of routine, not a matter of policy. Therefore there is no basis for denying the existence of a duty of care in the manner in which the licence authorizations were cancelled.

Second, even if one accepted the defendant's argument that after authorizing the issue of the licences the Minister retained an absolute discretion to refuse to issue them, I am not satisfied that this would be an obstacle to a plea of simple negligence. The defence of statutory authority has never been absolute. If an agency was given a discretionary power it could not rely on statutory authority as a defence in actions in tort for harm committed in the exercise of that power unless it could show that the interference with private rights complained of was inevitable in the exercise of the power. . . . In the present case the defendant has not demonstrated that this manner of managing lobster fishery licences was the inevitable consequence of the exercise of discretion under section 7 of the *Fisheries Act*.

The other arguments of the Government were also rejected. The Trial Judge ruled that the defence of statutory authority is not absolute, but can only provide a defence to a claim in negligence if the harm complained of is the inevitable consequence of the exercise of the power granted in the statute. He concluded (at page 75):

Authorizing the issue of a licence within the licence year in which the announcement was made, and then refusing to issue the licence after an intended licensee has to the knowledge of the Minister undertaken expenditure on the basis of the authorization of his licence, has not been shown to my satisfaction to be a necessary means of exercising the Minister's discretion under section 7.

With respect to the Government's position on the statutory exemption, the Trial Judge correctly pointed out that section 8 of the *Crown Liability and Proceedings Act* has been held by the Federal Court of Appeal, in *Swanson v. Canada (Minister of Transport)*,⁶ to be relevant only to non-negligent conduct. As the Trial Judge had already concluded that the Minister's actions in this case were negligent, he ruled that the statute did not apply.

⁶ [1992] 1 F.C. 408 (C.A.).

séquentes qui ont eu lieu entre les agents des pêches et les personnes autorisées à recevoir les nouveaux permis, l'affaire évoluait sans difficulté en faveur de l'octroi des permis eux-mêmes. Il ne restait aucune question de politique à régler. Les faits objectifs montrent que les deux parties supposaient que la délivrance des certificats eux-mêmes était une mesure courante, et non une question de politique. Par conséquent, rien ne permet de nier l'existence d'une obligation de diligence en ce qui concerne la révocation.

En second lieu, même si on retenait l'argument de la défenderesse, à savoir qu'après avoir permis l'octroi des permis, le ministre pouvait encore, à discrétion, refuser de les octroyer, je ne suis pas convaincu que cela ferait obstacle à une plaidoirie de simple négligence. Le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur n'a jamais été absolu. Si un organisme se voyait conférer un pouvoir discrétionnaire, il ne pourrait pas invoquer l'autorisation du législateur comme moyen de défense dans les actions fondées sur un délit découlant du tort causé par suite de l'exercice de ce pouvoir reconnu par la loi à moins qu'il ne puisse montrer qu'en l'exerçant, on portait inévitablement atteinte à des droits privés . . . En l'espèce, la défenderesse n'a pas montré que cette façon de gérer les permis de pêche du homard était la conséquence inévitable de l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par l'article 7 de la *Loi sur les pêches*.

Les autres arguments de la Couronne ont aussi été rejetés. Le juge de première instance a statué que la défense fondée sur l'autorisation du législateur n'était pas absolue mais qu'elle ne pouvait offrir qu'un moyen de défense en cas de négligence si le tort reproché est une conséquence inévitable de l'exercice du pouvoir reconnu par la loi. Il conclut ce qui suit (à la page 75):

On n'a pas montré à ma satisfaction que l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre par l'article 7 autorise celui-ci à permettre l'octroi d'un permis pendant l'année où l'annonce est faite, puis à refuser d'octroyer le permis après qu'un titulaire éventuel a engagé des dépenses en se fondant sur cette annonce, et ce, à la connaissance du ministre.

À l'égard de l'argument de la Couronne sur l'exemption légale, le juge de première instance a souligné, avec raison, que l'article 8 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* avait été jugé pertinent uniquement dans les cas de conduite non négligente (voir la décision de la Cour d'appel fédérale dans *Swanson c. Canada (Ministre des Transports)*⁶). Comme le juge de première instance avait déjà conclu que les actions du ministre constituaient de la négligence, il a déclaré que cette loi ne s'appliquait pas.

⁶ [1992] 1 C.F. 408 (C.A.).

In the result, the Trial Judge found the Government liable in negligence, but rejected the three other grounds of potential liability. The assessment of damages had been left for another day, following the determination of the liability issue, by order of Mr. Justice Martin, dated May 7, 1991.

ISSUES ON APPEAL

There are three main areas of contention in this appeal: (1) the meaning of section 7; (2) the negligence cause of action; and (3) exemption from liability: policy/operational. I shall consider each of them in turn.

1. The Meaning of Section 7

The appellant contends that section 7 gives the Minister the absolute discretion whether or not to issue or authorize the issuance of licences, including the right to decide not to issue licences which had previously been authorized. The Trial Judge rejected this contention, ruling that the words were quite plain: the Minister's discretion extended to doing one of two things and two things only—issuing a licence or authorizing a licence to be issued. The Trial Judge also decided that, in purporting to withdraw the authorization of licences to Comeau, the Minister was acting without statutory authority. In my view, the Trial Judge was correct in these conclusions.

Section 7 confers a power on the Minister to issue licences or to authorize the issue of licences. This power can be described as a positive power, the power to give or grant a privilege or right. Section 9 confers on the Minister the power to suspend or cancel existing licences. This power can be described as a negative power, the power to revoke, to remove, to take away rights and privileges previously granted. The power of the Minister under section 9 is not absolute as it is under section 7. The Minister may suspend or cancel the licence only if the licenceholder has violated the terms and conditions under which the licence is held. These limits on the Minister's power recognize that the suspension or cancella-

Par conséquent, le juge de première instance a conclu que le gouvernement était responsable en raison de sa négligence, mais il a rejeté les trois autres motifs de responsabilité. L'évaluation des dommages-intérêts a été renvoyée à une autre date, par suite de la détermination de la responsabilité, conformément à l'ordonnance du juge Martin datée du 7 mai 1991.

b LES QUESTIONS À TRANCHER EN APPEL

Il y a trois points principaux en litige dans le cadre du présent appel: 1) le sens de l'article 7; 2) la cause d'action découlant de la négligence; 3) l'exemption de la responsabilité fondée sur l'opposition entre une décision politique et une décision opérationnelle. Je les examinerai l'un après l'autre.

d 1. Le sens de l'article 7

L'appelante prétend que l'article 7 accorde au ministre un pouvoir discrétionnaire absolu de délivrer ou de permettre l'octroi de permis, dont le droit de décider de ne pas octroyer des permis qu'il avait antérieurement autorisés. Le juge de première instance a rejeté cet argument, statuant que les termes de l'article étaient passablement clairs: le pouvoir discrétionnaire du ministre se résume à deux actions et à ces deux actions seulement, c'est-à-dire la délivrance d'un permis ou l'autorisation d'octroyer un permis. Il a également conclu qu'en essayant de révoquer l'autorisation des permis octroyés à Comeau, le ministre agissait sans l'autorisation du législateur. À mon sens, le juge de première instance a tiré ses conclusions à bon droit.

L'article 7 investit le ministre du pouvoir de délivrer des permis ou de permettre l'octroi de permis. C'est ce qu'on peut appeler un pouvoir positif, soit celui d'accorder un privilège ou un droit. L'article 9 confère au ministre le pouvoir de suspendre ou de révoquer des permis déjà consentis, ce qui constitue un pouvoir négatif, soit le pouvoir de révoquer, de soustraire ou d'annuler des droits et privilèges accordés au préalable. Le pouvoir du ministre en vertu de l'article 9 n'est pas absolu comme il l'est sous le régime de l'article 7. En effet, le ministre peut suspendre ou révoquer le permis seulement si le titulaire a contrevenu aux dispositions du permis. Ces restrictions imposées au pouvoir du ministre tiennent

tion of a licence is likely to have adverse consequences for the licence-holder. In one case, for example, a minister who purported to cancel a fishing licence in order to make an example of a particular fisherman was held to be acting without jurisdiction. In *LaPointe v. Canada (Minister of Fisheries & Oceans)*,⁷ Mr. Justice Collier imposed civil liability, saying:

... an authority in which a discretion is vested . . . cannot take any action which is not authorized by statute; its actions must be in keeping with the spirit of the legislation which gives it the power to act. When the authority does act it cannot do so in an arbitrary or capricious manner; the law requires that a decision-making authority act in good faith, having regard to all relevant considerations before it.

Counsel for the Government acknowledged in this case that, once the Minister has issued a licence under section 7, it can only be revoked in accordance with section 9. With respect to a ministerial decision to authorize a licence to be issued, however, the Government argued that, until a physical certificate of licence has been drawn up and handed to the licence-holder, the Minister may revoke or withdraw this authorization at will. But what is the real difference between issuing a licence and authorizing a licence to be issued? Clearly the Minister does not keep a supply of licence certificates in his desk, which he fills in and signs, thereby "issuing" a licence. Normally one would expect that his officials do this on the Minister's instructions.

Why then does section 7 contain these two different types of authority and what do they mean? I am not persuaded by the explanation of counsel for the Government that the words "authorized to be issued" were intended to deal with situations where the responsibility to issue licences is shared with another minister or Crown agent. Those situations are rare indeed and would not warrant this special wording in the statute. To me, the obvious construction of section 7 is that it provides for two situations: first, if the conditions of licence are already known or settled, the Minister simply directs his officials to issue the licence. If, however, terms and conditions of licence

⁷ (1992), 4 Admin. L.R. (2d) 298 (F.C.T.D.), at p. 305.

compte des conséquences négatives possibles, pour le titulaire, de la suspension ou de la révocation d'un permis. Dans une affaire, par exemple, un ministre a tenté de révoquer un permis de pêche afin de se servir d'un pêcheur pour faire un exemple; le tribunal a statué que le ministre avait alors agi en dehors de sa compétence. Ainsi, dans l'affaire *LaPointe c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*⁷, le juge Collier a conclu que la Couronne avait engagé sa responsabilité civile:

... un organe investi d'un pouvoir discrétionnaire . . . ne peut prendre des mesures que la loi n'autorise pas; il doit respecter l'esprit de la loi qui lui donne le pouvoir d'agir. Lorsque l'organe agit, il ne peut le faire d'une manière arbitraire ou capricieuse; la loi oblige un organe décisionnel à agir de bonne foi en tenant compte de tous les facteurs pertinents dont il est saisi.

L'avocat du gouvernement a reconnu en l'espèce que, une fois que le ministre avait délivré un permis sous le régime de l'article 7, ce permis pouvait être révoqué seulement en conformité avec l'article 9. À l'égard de la décision d'autoriser l'octroi d'un permis, cependant, le gouvernement a fait valoir que le ministre pouvait, jusqu'à ce qu'un certificat en bonne et due forme soit rédigé et remis au titulaire du permis, révoquer ou annuler son autorisation à son gré. Mais quelle est la véritable différence entre la délivrance d'un permis et le fait d'autoriser qu'il soit octroyé? Il est clair que le ministre ne garde pas sur son bureau une pile de certificats en blanc qu'il se contente de remplir et de signer, «octroyant» ainsi des permis. Normalement, on s'attend à ce que les fonctionnaires octroient les permis sur les instructions du ministre.

Pourquoi l'article 7 mentionne-t-il alors deux genres différents de pouvoirs et quelle en est la signification? Malgré les explications de l'avocat du gouvernement, je ne suis pas convaincu que les termes «ou en permettre l'octroi [de permis]» étaient censés s'appliquer à l'éventualité où la responsabilité de l'octroi des permis est partagée avec un autre ministre ou mandataire de la Couronne. Ces situations sont rares et ne justifieraient pas ce libellé spécial dans la loi. À mon avis, une interprétation évidente de l'article 7 porte à croire qu'il vise deux situations: tout d'abord, si les conditions du permis sont déjà connues ou fixées par les parties, le ministre enjoint sim-

⁷ (1992), 4 Admin. L.R. (2d) 298 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 305.

remain to be settled, but the Minister has decided that someone should receive a licence, the Minister authorizes his officials to issue the licence as soon as the conditions have been finalized. Such an interpretation is consistent with administrative efficiency, since, as long as agreement can be reached on the conditions of licence, ministry officials do not need to go back to the Minister. If this interpretation is correct, the Minister cannot withdraw without cause an authorization for a licence, at least one which has been communicated to the applicant.

This was the interpretation adopted by the Trial Judge, which he found to be supported by the evidence. In my view, he was correct. Not only did the Minister inform Comeau that he had authorized four new licences, he also told them how much fish they were entitled to catch under those licences in the fishing year already in progress. The Minister, his officials, and Comeau all acted as if Comeau had already received the licences. Comeau was invited to meetings of licence-holders. Comeau received correspondence addressed to licence-holders. The physical issue of the certificates of licence was treated as mere paperwork, a mere formality, which would be completed in due course.⁸ The Minister exceeded his authority in purporting to withdraw the authorization on the facts of this case.

It could be argued that the result might be different if the Minister had changed his mind about issuing the licence before he notified Comeau. Similarly, it might be said that if the Minister had merely made a general public statement that new licences would be issued, Comeau would have no assurance that he would receive one. Reliance would not be warranted. The Minister would be free to change his mind, for a general statement that something will be done is not the same as a specific commitment to an individual.

⁸ See, for example, *Somerville Belkin Indust. Ltd. v. Man.*, [1988] 3 W.W.R. 523 (Man. C.A.), order in council not finalized, but treated as if it were, in contractual context.

plement à ses fonctionnaires de délivrer ce permis. En revanche, si les modalités n'ont pas encore été définies, mais que le ministre a décidé qu'une personne devrait recevoir un permis, il autorise ses fonctionnaires à octroyer le permis dès que les conditions auront été fixées de manière définitive. Une telle interprétation est conforme à l'objectif d'efficacité administrative, puisque les fonctionnaires n'ont pas besoin de consulter à nouveau le ministre tant et aussi longtemps que les parties peuvent s'entendre sur les conditions de délivrance du permis. Si cette interprétation est la bonne, le ministre ne peut révoquer sans motif une autorisation d'octroyer un permis, à tout le moins lorsque la décision a déjà été communiquée au requérant.

Voilà l'interprétation adoptée par le juge de première instance et que celui-ci estimait corroborée par les éléments de preuve. À mon avis, il a eu raison de conclure ainsi, car non seulement le ministre a-t-il informé Comeau qu'il avait autorisé l'octroi de quatre nouveaux permis, mais il lui avait précisé la quantité de poissons que l'entreprise pouvait capturer en vertu de ses permis pour l'année de pêche déjà en cours. Le ministre, ses fonctionnaires et Comeau ont tous agi comme si l'entreprise avait déjà reçu les permis. Comeau a été invitée aux réunions des titulaires de permis et elle a reçu de la correspondance adressée aux titulaires de permis. La délivrance en bonne et due forme des certificats était considérée comme une simple formalité administrative qui serait menée à bien en temps opportun⁸. En l'espèce, le ministre a outrepassé sa compétence en essayant de révoquer l'autorisation qu'il avait donnée.

On pourrait faire valoir que l'issue aurait pu être différente si le ministre avait changé d'idée avant d'aviser Comeau de la délivrance des permis. De même, il se peut que, si le ministre avait simplement fait une déclaration publique générale quant à l'octroi de nouveaux permis, Comeau n'aurait eu aucune assurance d'en recevoir un. L'entreprise n'aurait pas été justifiée de s'appuyer sur cette déclaration. Le ministre aurait eu toute la liberté de changer d'idée, parce qu'une déclaration générale indiquant la prise

⁸ Voir *Somerville Belkin Indust. Ltd. v. Man.*, [1988] 3 W.W.R. 523 (C.A. Man.); dans un contexte contractuel, le décret n'avait pas pris sa forme définitive mais les parties avaient considéré que c'était le cas.

In this case, an authorization of licences was made in writing and specifically communicated to the respondent.

This is not a situation similar to that in *San Sebastian Pty. Ltd. v. Minister Administering Environmental Planning and Assessment Act 1979*,⁹ where developers invested in land on the basis of a municipal development plan which a city council committed itself to consider when reviewing future development applications. Had the municipality bound itself not merely to consider but to follow its development plan, a stronger argument for liability might have been available, if it failed to do so. However, the developers were, in effect, gambling (or, to put it in more business-like terms, taking a calculated risk) that the council would follow its development plan. In the context of this case, if Comeau proceeded with the conversion of its boats for the lobster fishery in anticipation of being granted a licence on the basis of a general statement about plans to issue further licences, it would have been gambling too. Until the company had been officially notified of the Minister's decision to authorize a licence, there would be no basis for complaint if the gamble did not pay off.

2. The Negligence Cause of Action

Having determined that the Minister acted *ultra vires* in purporting to withdraw the licence authorizations, we must now consider the matter of the consequences of that breach. We leave the world of administrative law and enter the world of tort law.

It is clear that, just because a minister or other government official is mistaken about the manner in which he exercises his discretion, civil liability does not necessarily follow.¹⁰ In *Rowling v. Takaro*

⁹ (1986), 162 C.L.R. 340 (Aust. H.C.).

¹⁰ *Central Canada Potash Co. Ltd. et al. v. Government of Saskatchewan*, [1979] 1 S.C.R. 42, at p. 85.

d'une mesure diffère d'un engagement spécifique envers une personne. En l'occurrence, l'autorisation d'octroyer les permis a été faite par écrit et a été communiquée expressément à l'intimée.

a

Cette situation se distingue de celle de l'affaire *San Sebastian Pty. Ltd. v. Minister Administering Environmental Planning and Assessment Act 1979*⁹, où des promoteurs ont investi dans des terrains sur la foi d'un programme d'aménagement municipal que le conseil de ville s'était engagé à prendre en considération lorsqu'il examinerait des demandes d'aménagement futur. Si la municipalité s'était engagée non seulement à prendre en considération son programme d'aménagement, mais à y adhérer, on aurait pu faire valoir des arguments plus solides en faveur de la responsabilité dans l'éventualité où la ville n'aurait pas donné suite à son engagement. Toutefois, les promoteurs avaient compté (pour utiliser des termes empruntés au milieu des affaires, ils ont alors pris un risque calculé) que le conseil donnerait suite à son programme d'aménagement. Dans le cas qui nous occupe, si Comeau avait entamé la conversion de ses navires pour la pêche au homard au cas où elle se verrait octroyer un permis par suite d'une déclaration générale d'intention du ministre visant la délivrance d'autres permis, elle aurait également pris une chance. Jusqu'à ce que l'entreprise reçoive l'avis officiel de la décision du ministre portant qu'un permis avait été octroyé, rien ne justifierait une plainte si l'entreprise avait finalement mal calculé.

b

c

d

e

f

g

2. La cause d'action découlant de la négligence

Ayant déterminé que le ministre avait outrepassé son pouvoir en révoquant la permission d'octroyer les permis, nous devons maintenant examiner les conséquences de cette violation. Quittons le domaine du droit administratif pour entrer dans le monde de la responsabilité civile délictuelle.

h

Il est clair qu'un ministre ou d'autres fonctionnaires n'engagent pas nécessairement leur responsabilité civile du simple fait qu'ils commettent une erreur dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire¹⁰. Dans l'affaire *Rowling v. Takaro Properties*

⁹ (1986), 162 C.L.R. 340 (H.C. Aust.).

¹⁰ *Central Canada Potash Co. Ltd. et autre c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42, à la p. 85.

i

Properties Ltd.,¹¹ a government minister was required to give his consent to certain purchases by non-residents of land in New Zealand. In deciding whether to give that consent, it was argued that the Minister considered a factor he was not entitled to consider. The plaintiffs who had suffered financial loss as a consequence of the Minister's refusal to consent to the purchase claimed that the Minister acted negligently in the exercise of his powers, knowingly exceeding his authority, and exercising that authority maliciously. The Trial Court ruled that the Minister honestly believed he was exercising his function properly. The Minister knew he could not rely on the impugned factor as the sole consideration in arriving at his decision, but believed he could consider it along with other factors. The Court of Appeal reversed, finding the Minister negligent on the basis that, if he knew that he could not rely solely on the impugned factor, he should have known that he could not consider it at all. In restoring the trial decision, the Privy Council ruled that the Court of Appeal had ignored the Trial Judge's finding of fact that the Minister, even after receiving advice from a cabinet committee, believed he could take the factor into account.

But *Takaro* is not applicable here, because in *Takaro*, the Minister was making the decision he was authorized to make by the statute. His mistake was in the manner in which he arrived at the decision he made. In the present case, however, the Minister made a decision he was not authorized to make and, therefore, exceeded his statutory authority.

The Trial Judge concluded that the Minister's decision to withdraw the licence authorization was both a breach of his statutory duty and actionable negligence. To summarize his reasons, quoted extensively above, the purported withdrawal was found to be negligent in the context of the communication of the licence authorization by the Minister to Comeau (complete with catch allocation), the actual and reasonable reliance by Comeau on the authorization which was demonstrated by expenditures on converting the fishing boats, the Minister's actual knowledge of that reliance and the foreseeability of damage

¹¹ [1988] A.C. 473 (P.C.).

*Ltd.*¹¹, un ministre a été appelé à consentir à certaines acquisitions de terres en Nouvelle-Zélande par des non-résidents. On prétend que le ministre, lorsqu'il a décidé s'il devait consentir à ces acquisitions, avait pris en considération un facteur qu'il n'avait pas le droit d'examiner. Les demandeurs ont subi une perte financière en conséquence du refus du ministre et ont soutenu que celui-ci avait agi de façon négligente dans l'exercice de ses pouvoirs, qu'il avait délibérément excédé son autorité et qu'il l'avait exercé avec malveillance. Le juge de première instance a statué que le ministre croyait honnêtement qu'il exerçait convenablement ses fonctions. Le ministre savait qu'il ne pouvait s'appuyer seulement sur le facteur contesté pour parvenir à sa décision, mais estimait qu'il pouvait en tenir compte avec d'autres facteurs. La Cour d'appel a infirmé cette décision en déclarant que le ministre avait été négligent puisque, s'il savait qu'il ne pouvait s'appuyer uniquement sur le facteur contesté, il aurait dû savoir qu'il ne pouvait absolument pas le prendre en considération. En rétablissant la décision de première instance, le Conseil privé a indiqué que la Cour d'appel avait passé outre à la conclusion de fait du juge de première instance, selon laquelle le ministre estimait qu'il pouvait tenir compte du facteur en question, même après avoir reçu des conseils d'un comité du Cabinet.

Cependant, l'arrêt *Takaro* n'est pas applicable en l'espèce parce que, dans cette affaire, le ministre prenait une décision en application de la loi. Sa faute résidait dans la manière dont il est parvenu à cette décision. Ici, par contre, le ministre a pris une décision qui n'était pas autorisée par le législateur et, en conséquence, a outrepassé son pouvoir légal.

Le juge de première instance a conclu que le ministre, en décidant de révoquer son autorisation, avait à la fois omis de respecter son obligation légale et fait preuve de négligence ouvrant droit à une poursuite. Il ressort des motifs de première instance, cités abondamment plus haut, que la révocation a été jugée négligente parce que le ministre avait communiqué son autorisation à Comeau (en précisant la capture permise), parce que Comeau s'y était réellement et raisonnablement fiée, comme en font foi les dépenses engagées pour la conversion des navires de pêche, parce que le ministre savait fort bien que Comeau se

¹¹ [1988] A.C. 473 (C.P.).

to Comeau as a result of reneging. I am of the view that he was correct.

Duty

Ever since *Donoghue v. Stevenson*¹² was decided, a duty of care has been owed by all to take reasonable care to avoid injuring one's neighbour. Subject to the policy/operational problem, which will be discussed below, Lord Atkin's memorable and poetic words guide us to this day:

The rule that you are to love your neighbour becomes in law, you must not injure your neighbour; and the lawyer's question, Who is my neighbour? receives a restricted reply. You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who, then, in law is my neighbour? The answer seems to be—persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question.

This statement of the neighbour principle has served as a "general road sign"¹³ for later courts, but not as a binding rule. According to Lord Reid, the neighbour principle "ought to apply unless there is some justification or valid explanation for its exclusion."¹⁴ In other words, the Court should hold that a duty arises wherever some harm is reasonably foreseeable, unless good policy reasons exist for denying such a duty.

One attempt at explaining the situation is that of Lord Wilberforce in *Anns v. Merton London Borough Council*,¹⁵ who wrote:

... 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

¹² [1932] A.C. 562 (H.L.), at p. 580.

¹³ Fleming, *The Law of Torts* (8th ed. 1992).

¹⁴ See *Home Office v Dorset Yacht Co Ltd*, [1970] 2 All ER 294 (H.L.), at p. 297.

¹⁵ [1978] A.C. 728 (H.L.), at pp. 751-752. See also *Batty v. Metropolitan Property Realisations Ltd.*, [1978] 2 W.L.R. 500 (C.A.).

fait à sa décision et parce que l'entreprise était susceptible de subir des dommages s'il la révoquait. Je suis d'avis que le juge de première instance avait raison.

a

Obligation

Depuis l'arrêt *Donoghue v. Stevenson*¹², nous avons tous une obligation de diligence, c'est-à-dire le devoir de prendre des mesures raisonnables pour éviter de causer un préjudice à autrui. Sous réserve du problème relatif à la nature politique ou opérationnelle d'une décision, dont nous discuterons plus loin, les termes mémorables et poétiques de lord Atkin nous guident encore aujourd'hui:

[TRADUCTION] En droit, l'équivalent de la règle voulant que l'on aime son prochain est qu'il ne faut pas causer de préjudice à celui-ci. Et la question que se pose l'avocat de savoir qui est le prochain reçoit une réponse restrictive. Il faut exercer une prudence raisonnable pour éviter les actions ou les omissions qui, selon ce que nous pouvons raisonnablement prévenir, sont susceptibles de causer un dommage à notre prochain. À la question de savoir qui donc, au regard de la loi, est mon prochain, il semble que la réponse soit celle-ci: les personnes que mon acte touche si directement que je devrais raisonnablement envisager que l'action ou l'omission considérée est susceptible de les toucher ainsi.

Cette déclaration de principe a servi de jalon¹³ aux décisions ultérieures, mais il ne s'agit pas d'une règle inflexible. Selon lord Reid, ce principe [TRADUCTION] «ne devrait s'appliquer que dans les cas où il n'existe aucune justification ou explication valide permettant de l'exclure»¹⁴. En d'autres termes, les tribunaux devraient conclure à la présence d'une obligation lorsqu'un préjudice quelconque est raisonnablement prévisible, à moins que de bonnes raisons de politique justifient la négation de cette obligation.

Lord Wilberforce a tenté d'expliquer cette situation dans sa décision *Anns v. Merton London Borough Council*¹⁵, lorsqu'il écrivait ce qui suit:

[TRADUCTION] 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

¹² [1932] A.C. 562 (H.L.), à la p. 580.

¹³ Fleming, *The Law of Torts* (8^e éd., 1992).

¹⁴ Voir *Home Office v Dorset Yacht Co Ltd*, [1970] 2 All ER 294 (H.L.), à la p. 297.

¹⁵ [1978] A.C. 728 (H.L.), aux p. 751 et 752; voir également *Batty v. Metropolitan Property Realisations Ltd.*, [1978] 2 W.L.R. 500 (C.A.).

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 of 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

This two-stage approach to the test of duty was adopted by the Supreme Court of Canada in *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*,¹⁶ where Madam Justice Wilson particularized it to a degree:

- (1) is there a sufficiently close relationship between the parties . . . so that, in the reasonable contemplation of the [defendant], carelessness on its part might cause damage to that person? If so,
- (2) are there any considerations which ought to negative or limit (a) the scope of the duty and (b) the class of persons to whom it is owed or (c) the damages to which a breach of it may give rise?

This test was consistently followed in other Supreme Court of Canada cases.¹⁷

Following the retreat from *Anns* in the United Kingdom,¹⁸ the Supreme Court of Canada, in *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*,¹⁹ unanimously and resoundingly refused to alter its course and reiterated its faith in *Anns*. The *Anns* case is, therefore, alive and well in Canada even though it has been buried in the land of its birth. This is encouraging because *Anns* was a helpful refine-

¹⁶ [1984] 2 S.C.R. 2, at pp. 10-11.

¹⁷ See *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228, at p. 243 (per Estey J.); *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; *Rothfield v. Manolakos*, [1989] 2 S.C.R. 1259 (per Cory J.), *Anns* is "sound."

¹⁸ See *Murphy v Brentwood DC*, [1990] 2 All ER 908 (H.L.); see also *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 157 C.L.R. 424 (Aust. H.C.).

¹⁹ [1992] 1 S.C.R. 1021; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] S.C.J. No. 2 (QL), at p. 26 of reasons; *Stewart v. Pettie*, [1995] S.C.J. No. 3 (QL); see also *Petrocorp. v. Butcher*, Aug. 14, 1990, N.Z.

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'exécution de cette obligation

Cette démarche en deux étapes concernant le critère de l'obligation a été adoptée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et autres*¹⁶ où Mme la juge Wilson l'a énoncé d'une façon assez détaillée:

- 1) y a-t-il des relations suffisamment étroites entre les parties . . . pour que les autorités aient pu raisonnablement prévoir que leur manque de diligence pourrait causer des dommages à la personne en cause? Dans l'affirmative,
- 2) existe-t-il des motifs de restreindre ou de rejeter a) la portée de l'obligation et b) la catégorie de personnes qui en bénéficient ou c) les dommages auxquels un manquement à l'obligation peut donner lieu?

La Cour suprême du Canada a souscrit constamment à ce critère dans d'autres décisions¹⁷.

L'arrêt *Anns* a été par la suite réfuté au Royaume-Uni¹⁸, mais, dans la décision *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*,¹⁹ la Cour suprême du Canada a refusé de façon unanime et retentissante de changer son cap et, a confirmé sa foi dans l'arrêt *Anns*. Cette dernière affaire est donc bel et bien vivante au Canada même si elle a été éliminée dans son pays d'origine. Cette situation

¹⁶ [1984] 2 R.C.S. 2, aux p. 10 et 11.

¹⁷ Voir *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228, à la p. 243 (le juge Estey); *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; *Rothfield c. Manolakos*, [1989] 2 R.C.S. 1259 (le juge Cory); «[l']interprétation de l'arrêt *Anns* est . . . bien-fondée [sic]».

¹⁸ Voir *Murphy v Brentwood DC*, [1990] 2 All ER 908 (H.L.); voir également *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 157 C.L.R. 424 (Aust. H.C.).

¹⁹ [1992] 1 R.C.S. 1021. *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] A.C.S. n° 2 (QL) à la p. 26; *Stewart c. Pettie*, [1995] A.C.S. n° 3 (QL); voir également *Petrocorp. v. Butcher*, le 14 août 1990, N.-Z.

ment of the neighbour principle espoused in *Donoghue v. Stevenson*, which is and should remain the bedrock principle of negligence law.

This being an economic loss case, however, an additional factor should be present before a duty of care can be said to be owed—that of proximity. Madam Justice McLachlin explained the concept in *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*,²⁰ where she wrote:

The matter may be put thus: before the law will impose liability there must be a connection between the defendant's conduct and plaintiff's loss which makes it just for the defendant to indemnify the plaintiff. In contract, the contractual relationship provides this link. In trust, it is the fiduciary obligation which establishes the necessary connection. In tort, the equivalent notion is proximity. Proximity may consist of various forms of closeness—physical, circumstantial, causal or assumed—which serve to identify the categories of cases in which liability lies.

Viewed thus, the concept of proximity may be seen as an umbrella, covering a number of disparate circumstances in which the relationship between the parties is so close that it is just and reasonable to permit recovery in tort. The complexity and diversity of the circumstances in which tort liability may arise defy identification of a single criterion capable of serving as the universal hallmark of liability. The meaning of "proximity" is to be found rather in viewing the circumstances in which it has been found to exist and determining whether the case at issue is similar enough to justify a similar finding.

In summary, it is my view that the authorities suggest that pure economic loss is *prima facie* recoverable where, in addition to negligence and foreseeable loss, there is sufficient proximity between the negligent act and the loss. Proximity is the controlling concept which avoids the spectre of unlimited liability. Proximity may be established by a variety of factors, depending on the nature of the case. To date, sufficient proximity has been found in the case of negligent misstatements where there is an undertaking and correlative reliance (*Hedley Byrne*); where there is a duty to warn (*Rivtow*); and where a statute imposes a responsibility on a municipality toward the owners and occupiers of land (*Kamloops*). But the categories are not closed. As more cases are decided, we can expect further definition of what factors give rise to liability for pure economic loss in particular categories of cases. In determining whether liability should be extended to a new situation, courts will have regard to the factors traditionally relevant to proxim-

est encourageante parce qu'*Ann's* apportait des précisions utiles au principe du prochain énoncé dans *Donoghue v. Stevenson*, lequel constitue et devrait constituer la clé de voûte des règles de droit en matière de négligence.

Toutefois, puisqu'il y a eu en l'espèce une perte économique, il y a lieu de déterminer l'existence d'un autre facteur avant d'imposer une obligation de diligence, soit l'existence d'un lien étroit. Mme le juge McLachlin expliquait ainsi le concept du lien étroit dans l'affaire *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*²⁰:

On peut formuler le problème ainsi: avant que le droit n'impose une responsabilité, il doit exister un lien entre le comportement du défendeur et la perte subie par le demandeur qui fait qu'il est juste que le défendeur indemnise le demandeur. En matière contractuelle, il y a le lien, contractuel. En matière fiduciaire, c'est l'obligation fiduciaire qui établit le lien nécessaire. En matière délictuelle, la notion équivalente est le lien étroit. Le lien étroit peut revêtir diverses formes—qu'il s'agisse de proximité physique, circonstancielle, causale ou présumée—qui servent à identifier les catégories d'affaires dans lesquelles il existe une responsabilité.

Sous cet angle, la notion du lien étroit peut être considérée comme une expression générale qui vise un certain nombre de circonstances disparates dans lesquelles le rapport existant entre les parties est si étroit qu'il est juste et raisonnable de permettre l'indemnisation en matière délictuelle. La complexité et la diversité des circonstances dans lesquelles la responsabilité délictuelle peut prendre naissance ne permettent pas d'identifier un critère unique qui puisse servir de marque universelle de la responsabilité. On trouvera le sens de «lien étroit» en examinant plutôt les circonstances dans lesquelles on a conclu à son existence et en déterminant si l'affaire en cause est semblable au point de justifier une conclusion similaire.

En résumé, je suis d'avis que la jurisprudence laisse entendre que la perte purement économique peut, à première vue, donner lieu à indemnisation lorsqu'en plus d'une négligence et d'une perte prévisible, il existe un lien suffisamment étroit entre l'acte négligent et la perte subie. Le lien étroit est la notion déterminante qui permet d'éviter le spectre de la responsabilité illimitée. On peut établir l'existence d'un lien étroit au moyen de toute une gamme de facteurs, selon la nature de l'affaire. Jusqu'à maintenant, on a conclu à l'existence d'un lien suffisamment étroit dans le cas de renseignements inexacts fournis par négligence où il y a promesse et confiance correlative (*Hedley Byrne*), où il y a une obligation d'avertir (*Rivtow*) et où une loi impose à une municipalité une responsabilité envers les propriétaires et les occupants d'un bien-fonds (*Kamloops*). Mais ces catégories ne sont pas limitatives. Comme davantage d'affaires sont jugées, nous pouvons nous attendre à une autre définition des facteurs qui engendrent la responsabi-

²⁰ *Ibid.*, at pp. 1152-1153.

²⁰ *Ibid.*, aux p. 1152 et 1153.

ity such as the relationship between the parties, physical proximity, assumed or imposed obligations and close causal connection. And they will insist on sufficient special factors to avoid the imposition of indeterminate and unreasonable liability. The result will be a principled, yet flexible, approach to tort liability for pure economic loss. It will allow recovery where recovery is justified, while excluding indeterminate and inappropriate liability, and it will permit the coherent development of the law in accordance with the approach initiated in England by *Hedley Byrne* and followed in Canada in *Rivtow*, *Kamloops* and *Hofstrand*.

In this way, Her Ladyship indicated that proximity would parallel the civil law requirement of direct causation, positing a "close link" between the negligence and the loss, and excluding "[d]istant losses which arise from collateral relationships."²¹

The proximity in the relationship between Comeau and the Minister in this case is obvious. Direct discussions took place between them. A written communication was sent by the Minister to Comeau announcing the authorization of licences and granting specific quotas, subject to conditions. Comeau wrote to the Department about its plans and the work to be done on the ships. The Department was fully aware of the alterations being done. Meetings were attended to discuss plans and the opposition to those plans. The purported withdrawal was made, not only in a public statement, it was directly communicated to Comeau in writing. There is clear proximity in this case—physical, circumstantial and causal. This is not one of those economic loss cases where the courts have to be concerned about "liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class" that so worried Mr. Justice Cardozo in *Ultramares v. Touche*.²² In this case, there was a determinate number of "licensees," given permission to fish for a particular quota in a specific area for a finite period of time. The cost of the alterations being

²¹ *Ibid.*, at p. 1154.

²² 255 N.Y. 170 (App. Div. 1931), at p. 179, quoted by Laskin J. in *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works et al.*, [1974] S.C.R. 1189, at p. 1218.

lité pour perte purement économique dans des catégories particulières d'affaires. Pour déterminer s'il faudrait étendre la responsabilité à une nouvelle situation, les tribunaux tiendront compte des facteurs qui se rapportent traditionnellement à l'existence d'un lien étroit comme le rapport qui existe entre les parties, la proximité physique, les obligations présumées ou imposées et le lien étroit de causalité. Et ils insisteront sur des facteurs spéciaux suffisants pour éviter l'imposition d'une responsabilité indéterminée et déraisonnable. Il en résultera une façon fondée sur des principes et, en même temps, souple d'aborder la responsabilité délictuelle pour la perte purement économique. Cette façon de procéder permettra l'indemnisation lorsque celle-ci est justifiée, tout en excluant la responsabilité indéterminée et inopportune, et elle permettra également l'évolution cohérente du droit en conformité avec l'approche amorcée en Angleterre par l'arrêt *Hedley Byrne* et suivie au Canada dans les arrêts *Rivtow*, *Kamloops* et *Hofstrand*.

De la sorte, le juge McLachlin a indiqué que le lien étroit s'assimilerait à l'exigence du lien de causalité directe existant en droit civil, et elle pose en principe l'existence d'un «rapport étroit» entre l'acte négligent et la perte qui en résulte. «Les pertes éloignées qui découlent de rapports connexes ne sauraient donner lieu à une indemnisation»²¹.

Le lien étroit entre Comeau et le ministre en l'espèce est évident: des discussions directes ont eu lieu entre les deux parties. Une communication écrite a été envoyée par le ministre à Comeau annonçant l'autorisation des permis et l'octroi de contingents précis, sous réserve de certaines conditions. Comeau a informé le Ministère de ses plans et des travaux qui seraient effectués sur les navires. Le Ministère était tout à fait au courant des modifications apportées. Des réunions ont permis de discuter des plans et de l'opposition à ces plans. La révocation n'a pas pris seulement la forme d'une déclaration publique, car elle a été directement communiquée à Comeau par écrit. Il existe un lien étroit et clair en l'espèce, de nature physique, circonstancielle et causale. Il ne s'agit pas d'une affaire où il y a perte économique et où le tribunal doit statuer sur [TRADUCTION] «la responsabilité pour un montant indéterminé, pour un temps indéterminé et à l'égard d'une catégorie indéterminée», éventualité qui a tellement inquiété le juge Cardozo dans l'affaire *Ultramares v. Touche*.²² En l'espèce, un nombre déterminé de «titulaires de per-

²¹ *Ibid.*, à la p. 1154.

²² 255 N.Y. 170 (App. Div. 1931), à la p. 179, cité par le juge Laskin dans *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works et autre*, [1974] R.C.S. 1189, à la p. 1218.

undertaken to the ships in preparation would be easily calculable. There is, therefore, no reason to conclude that there is no duty owed by the Government to Comeau in these circumstances of proximity, save for the policy/operational issue to be discussed below.

Breach by Negligent Conduct

Not only was the Trial Judge correct in holding that a duty of care existed, there was sufficient basis for him to have found that negligent conduct was proven. The standard of the reasonable person was breached, according to the finding of the Trial Judge. Appeal courts are reluctant to interfere with findings of fact if there is evidence capable of supporting the decision and there is no palpable and overriding error.²³

Mr. Justice Strayer recognized that mere evidence of a statutory violation by itself did not require him to find negligence. Ever since *R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*,²⁴ a statutory breach is considered to be evidence of negligence; a judge is entitled to accept the evidence or to reject it. The judge is not bound to rely on it, but he may do so, if he chooses to do so.

The way in which statutory breach should be considered in assessing negligence was described by Dickson, J.²⁵ (as he then was):

It must not be forgotten that the other elements of tortious responsibility equally apply to situations involving statutory breach, *i.e.* principles of causation and damages. To be relevant at all, the statutory breach must have caused the damage of which the plaintiff complains. Should this be so, the violation of the statute should be evidence of negligence on the part of the defendant. [Underlining is mine.]

Prior to *Saskatchewan Wheat Pool*, violation of a statute was *prima facie* evidence of negligence; that

²³ *Stein et al. v. "Kathy K" et al. (The Ship)*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Galaske v. O'Donnell*, [1994] 1 S.C.R. 670.

²⁴ [1983] 1 S.C.R. 205.

²⁵ *Ibid.*, at p. 226.

mis» avait obtenu la permission de pêcher une quantité donnée dans un secteur précis pour une période fixe. Le coût des modifications apportées aux navires était facile à calculer. Il n'y a donc aucune raison de conclure que le gouvernement n'était tenu à aucune obligation envers Comeau dans ces circonstances où il y avait un lien étroit, hormis la question de la nature politique ou opérationnelle de la décision, dont nous discuterons ci-dessous.

Manquement découlant d'une conduite négligente

Non seulement le juge de première instance avait-il raison de conclure à l'existence d'une obligation de diligence, mais il était justifié de croire que les éléments de preuve établissaient une conduite négligente de la part du ministre. Le degré de diligence qu'on attend d'une personne raisonnable n'a pas été respecté, selon les conclusions du juge. Les cours d'appel sont réticentes à intervenir dans des conclusions de fait s'il y a des éléments de preuve pouvant étayer la décision, à moins qu'il y ait une erreur manifeste ou dominante²³.

Le juge Strayer a reconnu qu'il n'était pas tenu de conclure à la négligence sur la seule foi d'un manquement à une loi. Depuis la décision *R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*²⁴, une violation de la loi est considérée comme une preuve de négligence; le juge a le droit d'accepter cet élément de preuve ou de le rejeter. Il n'est pas lié par cet élément de preuve, mais il peut choisir de l'être.

La façon dont il faut tenir compte d'un manquement à une loi dans l'évaluation de la négligence a été décrite ainsi par le juge Dickson (devenu par la suite juge en chef)²⁵:

Il faut se rappeler que les autres éléments de la responsabilité délictuelle, *c.-à-d.* la causalité et le préjudice valent aussi pour les situations où il y a eu infraction à une loi. Pour qu'elle soit le moins pertinente, la violation d'une loi doit avoir causé un préjudice dont le demandeur se plaint. Si c'est le cas, la violation de la loi doit constituer une preuve de négligence de la part du défendeur. [Soulignements ajoutés.]

Avant l'arrêt *Saskatchewan Wheat Pool*, une contravention à une loi constituait une preuve à première

²³ *Stein et autres c. «Kathy K» et autres (Le navire)*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Galaske c. O'Donnell*, [1994] 1 R.C.S. 670.

²⁴ [1983] 1 R.C.S. 205.

²⁵ *Ibid.*, à la p. 226.

is, the judge had to accept it as negligence, unless there was evidence to the contrary.²⁶ There were also cases where violation of statute amounted to negligence *per se*.²⁷ Nowadays, however, such violation is only some evidence of negligence upon which the judge may or may not rely.

The Trial Judge determined, as a fact, that the Minister's *ultra vires* withdrawal of the licence authorization in violation of the legislation, in the context of these circumstances, amounted to negligent conduct causing foreseeable loss to Comeau. Negligent conduct has been correctly found to exist in this case. I see no reason to disagree with him on the facts of this case. There was not only reasonable foresight of potential loss by Comeau, but actual knowledge of the type of expenditure being undertaken. The Government knew it would cost Comeau money if it reneged on the licence. There was reasonable reliance by Comeau on the Minister's authorization of the licence. There was economic loss proximately resulting from the purported withdrawal.

All of the elements of a cause of action for negligence have, therefore, been properly established, except for the policy/operational issue.

Related Jurisprudence

There have been cases where, in similar situations to this, it has been held on the particular facts that there can be contractual liability.

In *Somerville Belkin Indust. Ltd. v. Man.*,²⁸ for example, the plaintiff agreed to purchase a plant if Government assistance were available to help operate it. A grant was approved by the Economic Development Committee of Cabinet and by the full Cabinet of Manitoba. This decision was communicated to the plaintiff by letter from the Minister's office dated the day of a provincial election, but the Order in Council

²⁶ See *Sterling Trusts Corp. v. Postma et al.*, [1965] S.C.R. 324.

²⁷ See Prosser & Keeton *On The Law of Torts*, (5th ed.) 1985, at p. 221.

²⁸ [1988] 3 W.W.R. 523 (Man. C.A.).

vue de négligence, c'est-à-dire que le juge était tenu de l'accepter comme un acte de négligence, à moins qu'il y ait des éléments de preuve contraires²⁶. Il y a eu également des décisions où la contravention à la loi constituait une négligence en soi²⁷. De nos jours, cependant, cette violation ne représente qu'une preuve de négligence sur laquelle le juge peut se fonder ou non.

Le juge de première instance a décidé, en fait, que la révocation illicite de l'autorisation d'octroi du permis par le ministre contrairement à la loi, dans les circonstances, constituait une conduite négligente susceptible de causer une perte à Comeau. Il était juste de conclure à l'existence d'une conduite négligente en l'espèce. Je ne vois rien dans les faits qui m'amènent à ne pas souscrire à son opinion. Non seulement pouvait-on raisonnablement prévoir le risque d'une perte pour Comeau, mais le ministre avait réellement connaissance des dépenses engagées. Le gouvernement savait que Comeau perdrait de l'argent si l'autorisation d'octroi du permis était révoquée. Comeau s'est raisonnablement fiée à l'autorisation du ministre. Il y avait un lien étroit entre la perte économique et la révocation.

Tous les éléments d'une cause d'action découlant de la négligence ont donc été dûment établis, sauf en ce qui concerne la nature politique ou opérationnelle de la décision.

Jurisprudence connexe

Il y a eu des cas où, dans des situations semblables, les tribunaux ont jugé d'après les faits qu'il peut exister une obligation contractuelle entre les parties.

Dans *Somerville Belkin Indust. Ltd. v. Man.*²⁸, la demanderesse avait convenu d'acquérir une usine si elle recevait de l'aide gouvernementale aux fins de l'exploitation. Une subvention a été approuvée par le Comité de développement économique du Cabinet et par le Cabinet du gouvernement manitobain. Cette décision a été communiquée à la demanderesse par lettre provenant du bureau du ministre datée du jour

²⁶ Voir *Sterling Trusts Corp. v. Postma et al.*, [1965] R.C.S. 324.

²⁷ Voir Prosser et Keeton, *On The Law of Torts* (5^e éd.), 1985, à la p. 221.

²⁸ [1988] 3 W.W.R. 523 (C.A. Man.).

was not finalized. Although the Government then changed, the plaintiff was assured by departmental officials that the grant would still be forthcoming and the plaintiff continued to expend funds. The new Government reneged and refused to advance the grant and the plaintiff sued. The Court of Appeal, affirming the trial decision, ruled that the new Government was bound by the commitment. The Order in Council was held to be a mere formality, the absence of which could not negate an agreement intended by both parties to be binding.

The majority in *Somerville Belkin* adopted the reasons of Stone J.A. in *R. v. CAE Industries Ltd.*²⁹ CAE Industries took over an Air Canada maintenance facility on the understanding that the federal government would guarantee a minimum number of hours of work and use its best efforts to bring additional work to the plant. The basis for that understanding was a letter signed by three federal cabinet ministers to the President of the plaintiff company. The federal government took the view that the letter was a political understanding with no intention of creating contractual relations. Mr. Justice Stone disagreed, noting:³⁰

It is clear from the evidence that the parties treated the document as a binding contract to the extent that it was partly performed. Moreover, as has been pointed out the onus of proof in a case of this kind "is on the party who asserts that no legal effect was intended, and the onus is a heavy one" . . . [Citations omitted.]

The facts here cannot support a finding of contractual liability, but the situation does bear some resemblance to these cases. The evidence which was accepted by the Trial Judge showed clearly that both Comeau and the Department treated the issuing of the licences as a mere formality which would be fulfilled in due course, not unlike the situation in *Somerville Belkin*. All parties proceeded as if the licences had already been granted, the Minister by allocating a catch quota and Comeau by converting the boats. The common understanding of the parties was that

²⁹ [1986] 1 F.C. 129 (C.A.).

³⁰ At p. 154.

de l'élection provinciale, mais le décret n'avait pas encore été rédigé dans sa forme définitive. Après l'arrivée au pouvoir d'un nouveau parti, les fonctionnaires du Ministère avaient assuré à la demanderesse qu'elle recevrait quand même la subvention, de sorte qu'elle a continué d'engager des fonds. Le nouveau gouvernement a refusé d'honorer l'entente conclue et d'accorder la subvention. La demanderesse a intenté une action. La Cour d'appel, confirmant la décision de première instance, a statué que la nouvelle administration était liée par l'engagement de son prédécesseur. Le décret a été considéré comme une simple formalité dont l'absence ne pouvait résilier l'entente que les parties avaient voulu rendre exécutoire.

La majorité de la Cour dans *Somerville Belkin* a souscrit aux motifs énoncés par le juge Stone, J.C.A., dans l'affaire *R. c. CAE Industries Ltd.*²⁹. CAE Industries avait pris en charge une installation d'entretien d'Air Canada d'après une entente selon laquelle le gouvernement fédéral garantirait un nombre minimal d'heures de travail et ferait tout son possible pour confier du travail additionnel à l'usine. Cette entente se fondait sur une lettre signée par trois ministres du Cabinet fédéral et adressée au président de la société demanderesse. Le gouvernement fédéral a soutenu que la lettre constituait une entente politique qui ne visait nullement à créer un lien contractuel. Le juge Stone a refusé cet argument³⁰:

Il ressort de la preuve soumise que les parties ont considéré que le document constituait un contrat les liant dans la mesure où il a été partiellement exécuté. En outre, comme on l'a souligné, le fardeau de la preuve dans un cas de ce genre [TRADUCTION] «incombe à la personne qui affirme qu'on ne voulait produire aucun effet juridique et ce fardeau est très lourd» . . . [Les renvois sont omis.]

Les faits en l'instance ne peuvent appuyer l'existence d'une responsabilité contractuelle, mais la situation s'apparente quelque peu à ces affaires. Les éléments de preuve qui ont été acceptés par le juge de première instance montrent clairement que Comeau aussi bien que le Ministère ont traité l'octroi de permis comme s'il s'agissait d'une simple formalité qui serait accomplie en temps opportun; voilà qui ressemble à la situation prévalant dans l'affaire *Somerville Belkin*. Toutes les parties ont agi comme si les permis avaient déjà été octroyés: le ministre a alloué

²⁹ [1986] 1 C.F. 129 (C.A.).

³⁰ À la p. 154.

Comeau would be fishing that season under these licences. There were no promises meant to be binding, however, and, hence, no contract. The governing principles covering the issuance of the licences in this case are those of public law and tort law, not contract law. It is, nevertheless, comforting to see consistent results in similar situations based on different theories of liability.³¹

3. Exemption from Liability: Policy/Operational

Even though the governmental action is *ultra vires* and even though it has been found *prima facie* to give rise to a cause of action for negligence, civil liability does not necessarily follow. The no-man's-land between administrative law and tort law must now be traversed. The Court must decide whether the principles of tort law should govern here, or whether the exigencies of administrative law should prevent it from operating in this case.

Even though federal legislation³² has stated since 1947 that the "Crown is liable in tort for the damages for which, if it were a private person . . . , it would be liable in respect of a tort committed by a servant of the Crown," the common law courts have been reluctant to treat the Crown like other private persons. Because of the courts' respect for the separation of powers and because of their concern about their capacity to evaluate government decisions, an immunity from negligence liability has been developed for "policy" decisions. This is in addition to the well-recognized immunity from civil liability for legislative

un contingent de poissons et Comeau a converti ses navires. D'après l'entente intervenue entre les parties, Comeau exercerait ses activités de pêche en vertu de ces permis pour la saison. Aucune promesse ne devait être exécutoire, cependant, de sorte qu'il n'y avait aucun contrat. Les principes régissant l'octroi de permis en l'occurrence sont ceux du droit public et du droit de la responsabilité civile délictuelle, et non pas ceux du droit des contrats. Il est néanmoins réconfortant de voir des issues uniformes dans des situations analogues fondées sur différentes théories de la responsabilité³¹.

3. L'exemption de la responsabilité: décision de politique ou décision opérationnelle?

Même si le gouvernement a outrepassé sa compétence et que l'existence, à première vue, d'une cause d'action découlant de la négligence a été établie, la responsabilité civile n'en découle pas nécessairement. Il faut franchir le vide qui existe entre le droit administratif et le droit de la responsabilité civile délictuelle. La Cour doit décider si les principes de la responsabilité délictuelle devraient s'appliquer en l'espèce ou si les exigences du droit administratif devraient les empêcher d'entrer en jeu.

Même si les textes législatifs fédéraux³² disposent depuis 1947 que «[e]n matière de responsabilité civile délictuelle, l'État est assimilé à une personne physique, majeure et capable, pour . . . les délits civils commis par ses préposés», les tribunaux de common law se sont montrés réticents à traiter la Couronne comme un simple citoyen. Au nom du respect de la séparation des pouvoirs et parce qu'ils se soucient de préserver leur capacité d'évaluer les décisions du gouvernement, les tribunaux ont établi le principe de l'immunité en matière de responsabilité pour négligence dans le cas des décisions «de politique». Ce principe s'ajoute à l'immunité bien reconnue en matière de responsabilité civile dont jouissent

³¹ See also *Mentuck v. Canada*, [1986] 3 F.C. 249 (T.D.); *Grant v. Province of New Brunswick* (1973), 6 N.B.R. (2d) 95 (C.A.).

³² *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 3(a).

³¹ Voir également *Mentuck c. Canada*, [1986] 3 C.F. 249 (1^{re} inst.); *Grant v. Province of New Brunswick* (1973), 6 N.B.R. (2d) 95 (C.A.).

³² *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 3a).

action and judicial and quasi-judicial decision making.³³

The leading case on this issue is *Just v. British Columbia*,³⁴ where the Supreme Court of Canada, speaking through Mr. Justice Cory, simplified the law significantly. The appellant, Mr. Just, and his daughter were driving on a British Columbia highway on their way to a holiday at Whistler Ski Resort when their car was struck by a rock falling from a cliff above them. The daughter died as a result of the accident and Mr. Just was severely injured. The British Columbia Crown was sued in tort for negligent maintenance of the highway. The Trial Judge,³⁵ and the Court of Appeal,³⁶ both dismissed the action, holding that the system of highway inspection was one of planning and policy, out of which no negligence duty could arise.

On the appeal to the Supreme Court of Canada, the delicate task of determining whether there was a tort duty on the provincial government, in this instance, was undertaken by Mr. Justice Cory, who warned about the inadvisability of restoring government immunity and obliterating the recent advances in the law. He distinguished between the two types of government activity—"true policy decisions" and "implementation":

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

³³ See *Welbridge Holdings Ltd. v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957; *Sirroos v Moore*, [1974] 3 All ER 776 (C.A.).

³⁴ [1989] 2 S.C.R. 1228; See also *Rothfield v. Manolakos*, [1989] 2 S.C.R. 1259; the Quebec situation is the same, see *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, where it was decided that once a municipality decided to operate a firefighting service, it became an "operational" activity, subject to ordinary fault principles.

³⁵ [1985] 5 W.W.R. 570 (B.C.S.C.) (McLachlin J.).

³⁶ [1987] 2 W.W.R. 231 (B.C.C.A.).

les actions législatives ainsi que la prise de décisions judiciaires et quasi judiciaires³³.

L'arrêt prépondérant sur cette question a été rendu dans l'affaire *Just c. Colombie-Britannique*³⁴, où la Cour suprême du Canada, sous la plume du juge Cory, a simplifié considérablement les règles de droit. L'appellant, M. Just, et sa fille roulaient sur une autoroute de la Colombie-Britannique afin de se rendre au centre de villégiature de Whistler pour leurs vacances lorsque leur voiture a été frappée par un rocher qui s'était détaché de la falaise surplombant la route. M^{lle} Just est décédée et son père a été grièvement blessé. Le ministère public de la province a été poursuivi en responsabilité civile à cause de sa négligence dans l'entretien de l'autoroute. Le juge de première instance³⁵ et la Cour d'appel³⁶ ont tous les deux rejeté l'action en statuant que le système d'inspection des autoroutes constituait une activité de planification et de politique qui n'engendrait aucune obligation de diligence.

En appel à la Cour suprême du Canada, c'est le juge Cory qui a eu la tâche délicate de déterminer si une responsabilité délictuelle était imposée au gouvernement provincial. Le juge a formulé une mise en garde: il serait, a-t-il dit, inopportun de restaurer l'immunité du gouvernement et de nier l'évolution récente du droit. Il a distingué deux types d'activités gouvernementales, les «décisions de politique» et les «décisions de mise en œuvre»:

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 doit pouvoir être libre de gouverner et de prendre de véritables décisions de politique sans encourir pour autant une responsa-

³³ Voir *Welbridge Holdings Ltd. c. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957; *Sirroos v Moore*, [1974] 3 All ER 776 (C.A.).

³⁴ [1989] 2 R.C.S. 1228; voir également *Rothfield c. Manolakos*, [1989] 2 R.C.S. 1259; la situation est la même au Québec, voir *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, où il a été jugé qu'une municipalité ayant décidé d'exploiter un service de lutte contre les incendies a alors exercé une activité «de mise en œuvre» assujettie aux principes ordinaires de la faute.

³⁵ [1985] 5 W.W.R. 570 (C.S.C.-B.) (M^{me} le juge McLachlin).

³⁶ [1987] 2 W.W.R. 231 (C.A.C.-B.).

should not be restored by having every government decision designated as one of "policy".³⁷

He explained further:

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.³⁸

As a general rule, the traditional tort law duty of care will apply to a government agency in the same way that it will apply to an individual. In determining whether a duty of care exists the first question to be resolved is whether the parties are in a relationship of sufficient proximity to warrant the imposition of such a duty.³⁹

Mr. Justice Cory also pointed out some of the hallmarks of a true policy decision, which would be immune from negligence liability:

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.⁴⁰

As a general rule, decisions concerning budgetary allotments for departments or government agencies will be classified as policy decisions.⁴¹

In other words, immunity from negligence should be granted sparingly to Crown agencies;⁴² only their "true policy decisions," generally made at higher levels, involving "social, political and economic factors" and "budgetary allotments for departments" should be exempt from negligence law's reach.

³⁷ *Supra*, footnote 34, at p. 1239.

³⁸ *Ibid.*, at pp. 1240-1241.

³⁹ *Ibid.*, at p. 1244.

⁴⁰ *Ibid.*, at p. 1242.

⁴¹ *Ibid.*, at p. 1245.

⁴² See Bailey and Bowman, "The Policy/Operational Dichotomy—A Cuckoo in the Nest" (1986), 45 *Camb. L.J.* 43, at p. 456, "it should be confined to as narrow a scope as possible."

bilité civile délictuelle. On ne pourrait, par contre, restaurer l'immunité complète de la Couronne en qualifiant de «politique» chacune de ces décisions³⁷.

Il donne également l'explication suivante:

^a 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 responsabilité³⁸.

En règle générale, l'obligation traditionnelle de diligence issue du droit de la responsabilité délictuelle s'appliquera à un organisme gouvernemental de la même façon qu'à un particulier. ^c Pour déterminer si une telle obligation existe, il faut d'abord se demander s'il y a entre les parties une proximité suffisante pour en justifier l'imposition³⁹.

Le juge Cory souligne également certaines des caractéristiques d'une véritable décision de politique qui devrait être soustraite à la responsabilité découlant de la négligence: ^d

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 niveau⁴⁰.

^f 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 politique⁴¹.

^g En d'autres termes, l'immunité en cas de négligence devrait être accordée avec parcimonie aux organismes de la Couronne⁴². Seules de «véritables décisions de politique», généralement prises à un échelon élevé, qui sont fonction de «facteurs sociaux, politiques ou économiques» et touchent «l'allocation de ressources budgétaires à des ministères» devraient être soustraites à l'application des principes de droit en matière de négligence. ^h

³⁷ Précité, note 34, à la p. 1239.

³⁸ *Ibid.*, aux p. 1240 et 1241.

³⁹ *Ibid.*, à la p. 1244.

⁴⁰ *Ibid.*, à la p. 1242.

⁴¹ *Ibid.*, à la p. 1245.

⁴² Voir Bailey et Bowman, «The Policy/Operational Dichotomy—A Cuckoo in the Nest» (1986), 45 *Camb. L.J.* 43, à la p. 456: [TRADUCTION] «elle doit être contenue dans les limites aussi étroites que possible».

If the conduct is not immunized as a "true policy decision," ordinary negligence law principles remain applicable. Still needed, however, is a "traditional torts analysis . . . of [the] standard of care required of the government agency . . . in light of all of the surrounding circumstances including, for example, budgetary restraints and the availability of qualified personnel and equipment."⁴³ Thus, if a tort duty is imposed, the actual conduct must still be assessed to see whether it was unreasonable, using the usual indicators of negligence law, including the availability or lack of resources.

In the result, Mr. Justice Cory concluded that there was a tort duty owed, but that the case had to be sent back for a new trial to see whether the proper standard of care was met by the government employees. At the retrial, Mr. Justice Donald found negligence and assessed damages in excess of one million dollars, which decision was not appealed.⁴⁴

Another way of looking at this issue of the policy immunity is to say that the Court recognized that a government must be entitled to govern free from the restraints of ordinary tort liability. In short, it cannot be a tort for a government to govern.⁴⁵ However, when a government is doing things for its people, other than governing, it should be subject to ordinary negligence principles. Since, in the words of Mr. Justice Cory "the Crown . . . must be free to govern,"⁴⁶ an immunity may be necessary, but it must be limited only to those functions of government that properly can be considered to be "governing," and not extended to the other tasks of government. These other tasks of government may be called "implementation," "operational functions," "business powers," "routine matters," "providing services" or other

Si la conduite ne jouit pas d'une immunité à titre de «décision de pure politique», les principes ordinaires de droit en matière de négligence restent applicables. Toutefois, il y a quand même lieu de «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 . . . 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»⁴³. Si une obligation est ainsi imposée, la conduite réelle doit être évaluée quand même afin qu'on puisse déterminer si elle était déraisonnable; la Cour doit alors s'appuyer sur les indices habituels en matière de négligence, y compris la disponibilité ou l'absence de ressources.

Par conséquent, le juge Cory a conclu à l'existence d'une responsabilité délictuelle, mais l'affaire a dû être renvoyée pour un nouveau procès afin qu'on puisse déterminer si les employés gouvernementaux avaient fait preuve du degré requis de diligence. Dans le cadre du nouveau procès, le juge Donald a statué qu'il y avait eu négligence et accordé des dommages-intérêts de plus de un million de dollars; cette décision n'a pas fait l'objet d'un appel⁴⁴.

Il est possible d'examiner l'immunité d'une décision de politique d'une autre façon: il se peut que la Cour reconnaisse qu'un gouvernement a le droit de gouverner à l'abri de toutes les contraintes de la responsabilité délictuelle ordinaire. En bref, le gouvernement ne peut commettre un délit lorsqu'il gouverne⁴⁵. Cependant, lorsque le gouvernement prend des mesures pour les citoyens, plutôt que de gouverner, il devrait être assujéti aux principes ordinaires en matière de négligence. Pour emprunter les termes du juge Cory, puisque «la Couronne . . . doit pouvoir être libre de gouverner»⁴⁶, l'immunité peut être nécessaire, mais elle est limitée aux fonctions qu'on peut dûment assimiler au fait de «gouverner» et ne s'étend pas aux autres tâches du gouvernement. Celles-ci peuvent être désignées par diverses expres-

⁴³ *Just v. British Columbia*, *supra*, at p. 1245.

⁴⁴ See (1991), 60 B.C.L.R. (2d) 209 (S.C.).

⁴⁵ See Jackson J. dissenting, in *Dalehite v. United States*, 346 U.S. 15 (1953), at p. 60.

⁴⁶ See *Just v. British Columbia*, *supra*, at p. 1239. See also Epstein, Richard et al., *Cases and Materials on Torts* (1984), at p. 854.

⁴³ *Just c. Colombie-Britannique*, précité, à la p. 1245.

⁴⁴ Voir (1991), 60 B.C.L.R. (2d) 209 (C.S.).

⁴⁵ Voir le juge Jackson, dissident, dans l'affaire *Dalehite v. United States*, 346 U.S. 15 (1953), à la p. 60.

⁴⁶ Voir *Just c. Colombie-Britannique*, précité, à la p. 1239. Voir également Epstein, Richard et autres, *Cases and Materials on Torts* (1984), à la p. 854.

descriptions. There is no need for a plaintiff to prove that the function involved is "implementation," or "carrying out"; it is for the Court merely to decide, as a matter of law, that it is inappropriate for it to consider the matter because it is one of policy.

In other words, the immunity should cover only what Professor Hogg describes as "peculiarly governmental activity."⁴⁷ Such activity is normally concerned with large issues, macro decisions, if you will, not routine items, that is, micro decisions.⁴⁸ For example, an unemployed person or a business that goes bankrupt cannot be allowed to sue the Crown for the cabinet's negligent management of the economy.⁴⁹ Decisions of economic policy made at the highest levels cannot, and should not be reviewed by courts, since they are not institutionally suited for such a task; only the ballot box can control this type of conduct.

This does not mean, however, that whenever there is a discretionary element to a decision which requires some judgment by an official, the Government should escape scrutiny. All professional people exercise judgment and Courts hold them accountable for their decisions. The work of Government inspectors and regulators in most situations is not so different from that of other professionals that courts are incapable of assessing them against the yardstick of the reasonable person, Professor Feldthusen notwithstanding.⁵⁰ It must be recognized that most government decision making is done at more than one level. For example, the budgetary aspects are decided at a different level than the operational aspects. Thus, if one's allegation of negligence is that insufficient funding was supplied by the Government to a particular safety inspection branch of government, one

⁴⁷ Hogg, Peter W. "Government Liability: Assimilating Crown and Subject" (1994), 16 *Adv. Q.* 366, at p. 372.

⁴⁸ See *Swanson v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 F.C. 408 (C.A.), at pp. 423-424, per Linden J.A.

⁴⁹ See *Bailey and Bowman*, *supra*, at p. 439.

⁵⁰ See *Economic Negligence: The Recovery of Pure Economic Loss* (3rd éd., 1994).

sions, notamment la «mise en œuvre», les «fonctions opérationnelles», les «pouvoirs en matière commerciale», les «questions de routine» ou la «prestation de services». Il n'est pas nécessaire qu'un demandeur a prouve que la sanction représente une «mise en œuvre» ou une «exécution»; il suffit à la Cour de décider, en droit, qu'il n'est pas opportun pour elle d'examiner la question parce qu'il s'agit en l'occurrence d'une décision de politique.

b En d'autres termes, l'immunité devrait protéger uniquement ce que Hogg décrit comme étant des [TRADUCTION] «activités gouvernementales particulières»⁴⁷. Ces activités ont normalement trait à de grandes questions, ce qu'on peut appeler des macro-décisions et non pas des sujets de routine, c'est-à-dire des microdécisions⁴⁸. Par exemple, un chômeur ou une entreprise qui fait faillite ne peut poursuivre la Couronne en invoquant la gestion négligente de l'économie par le Cabinet⁴⁹. Les décisions de politique économique prises aux échelons les plus élevés ne peuvent pas et ne devraient pas être révisées par les tribunaux, puisque cette fonction ne relève pas des organes judiciaires: seuls les bulletins de vote peuvent contrôler ce genre de conduite.

c Cela ne veut pas dire, cependant, que le gouvernement devrait échapper à tout examen minutieux dès qu'il existe un élément discrétionnaire qui nécessite qu'un fonctionnaire exerce son jugement. Tous les membres des professions doivent faire preuve de jugement, et les tribunaux les tiennent responsables de leurs décisions. Les inspecteurs de l'État et les fonctionnaires chargés de l'application des règlements dans la plupart des situations se retrouvent dans une situation assez semblable à celle d'autres professionnels pour que les tribunaux soient en mesure de les évaluer en fonction du comportement d'une personne raisonnable, indépendamment de ce qu'avance le professeur Feldthusen⁵⁰. Il ne faut pas oublier que la plupart des décisions gouvernementales sont prises à plus d'un échelon. Par exemple, les aspects budgétaires sont déterminés à un niveau dif-

⁴⁷ Hogg, Peter W. «Government Liability: Assimilating Crown and Subject» (1994), 16 *Adv. Q.* 366, à la p. 372.

⁴⁸ Voir *Swanson c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 C.F. 408 (C.A.), aux p. 423 et 424, le juge Linden.

⁴⁹ Voir *Bailey et Bowman*, précité, à la p. 439.

⁵⁰ Voir *Economic Negligence: The Recovery of Pure Economic Loss* (3^e éd., 1994).

might well fail to convince the Court that this was not a policy decision.⁵¹ However, if one's argument is that the inspectors hired with that funding by the particular safety inspection branch did their checking carelessly, it is hard to see how this could be classified as a policy decision.⁵²

The *Just* case was followed in *Swanson v. Canada (Minister of Transport)*,⁵³ where an airplane owned by Wapiti Aviation crashed, killing six of the nine passengers. The pilot had been flying in contravention of safety regulations, something that was a common occurrence with Wapiti Aviation. Transport Canada knew of Wapiti's past safety violations but took insufficient measures to make them correct their system. A report by one of Transport Canada's own inspectors had warned his superiors about Wapiti's "total disregard for regulations, rights of others and safety of passengers" and concluded that, if it continued, "we are virtually certain to be faced with a fatality."⁵⁴ Following the fatal crash that was forecasted by the Transport Canada inspector, the families of some of the victims sued the Government of Canada, Wapiti having become insolvent. The Trial Judge [[1990] 2 F.C. 619 (T.D.)] found that there was a duty owed to the families and that it had been breached. The Federal Court of Appeal affirmed. Following *Just*, the Court reasoned:

⁵¹ See *Riverscourt Farms Ltd. v. Niagara-on-the-Lake (Town)* (1992), 9 C.C.L.T. (2d) 231 (Ont. Gen. Div.), failing to spend money for increasing water pressure for firefighting is a policy decision. Also absence of causation for fire damage.

⁵² See *Clark v. Canada*, [1994] 3 F.C. 323 (T.D.) where government was held liable when officers of the RCMP were held to negligently have failed to protect a woman from harassment. *Just* case not even discussed.

⁵³ [1992] 1 F.C. 408 (C.A.), per Linden J.A.

⁵⁴ *Ibid.*, at p. 416.

fèrent de celui des aspects opérationnels. En conséquence, si une personne invoque la négligence parce que l'État n'accorde pas un financement suffisant à une section particulière de l'appareil gouvernemental chargée des inspections de sécurité, il lui serait pratiquement impossible de convaincre la Cour qu'il ne s'agissait pas d'une décision de politique⁵¹. Par contre, si elle allègue que les inspecteurs embauchés au moyen de ce financement par la section gouvernementale chargée des inspections et de la sécurité ont fait leur travail négligemment, il est difficile de voir comment cette décision pourrait être considérée comme une décision de politique⁵².

L'arrêt *Just* a été suivi dans *Swanson c. Canada (Ministre des Transports)*⁵³; un avion de la ligne aérienne Wapiti Aviation s'est écrasé, tuant six des neuf passagers. Le pilote avait pris l'air contrairement aux règlements de sécurité, phénomène courant chez Wapiti Aviation. Transports Canada connaissait les contraventions antérieures de Wapiti en matière de sécurité mais n'a pas pris de mesures suffisantes pour forcer la ligne aérienne à apporter des correctifs. Dans un rapport, un inspecteur de Transports Canada avait mis ses supérieurs en garde quant au fait que, chez Wapiti, «on ne tient aucunement compte des règlements, des droits des autres personnes et de la sécurité des passagers»; l'inspecteur avait conclu comme suit: «Si cette manière d'opérer se poursuit encore longtemps, il est pratiquement certain que nous aurons à faire face à un accident mortel»⁵⁴. Par suite de l'écrasement fatal qui avait été prévu par l'inspecteur de Transports Canada, les familles de certaines victimes ont poursuivi le gouvernement du Canada, Wapiti étant devenue insolvable. Le juge de première instance [[1990] 2 C.F. 619 (1^{re} inst.)] a statué que l'État avait une obligation envers les familles

⁵¹ Voir *Riverscourt Farms Ltd. v. Niagara-on-the-Lake (Town)* (1992), 9 C.C.L.T. (2d) 231 (Div. gén. de l'Ont.), où la Cour a statué que l'omission d'engager des dépenses afin d'accroître la pression des conduites d'eau pour la lutte contre les incendies constituait une décision de politique. On a invoqué aussi l'absence de lien de causalité avec les dommages causés par un incendie.

⁵² Voir *Clark c. Canada*, [1994] 3 C.F. 323 (1^{re} inst.), où le gouvernement a été trouvé responsable de la conduite d'agents de la GRC qui avaient, selon la Cour, fait preuve de négligence en omettant de protéger une femme de harcèlement. L'affaire *Just* n'est même pas mentionnée.

⁵³ [1992] 1 C.F. 408 (C.A.) (le juge Linden, J.C.A.).

⁵⁴ *Ibid.*, à la p. 416.

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 . . . 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.

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.⁵⁵

⁵⁵ *Ibid.*, at pp. 423-425.

et qu'il y avait eu manquement à cette obligation. La Cour d'appel fédérale a confirmé ce jugement en raisonnant ainsi, à la suite de *Just*:

a 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 . . . 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.

e Il s'agissait essentiellement d'inspecteurs de compagnies aériennes, d'avions et de pilotes, qui n'élaboraient 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.

f 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.⁵⁵

⁵⁵ *Ibid.*, aux p. 423 à 425.

Another case which relied on *Just* was *Brewer Bros. v. Canada (Attorney General)*,⁵⁶ where several grain producers sued the Government of Canada because the Canadian Grain Commission had negligently allowed a "producer elevator" to operate without having posted adequate bond security, as required by the *Canada Grain Act*.⁵⁷ The plaintiffs, who delivered grain to the "producer elevator," suffered financial losses when the elevator operator's licence was cancelled and it was placed in receivership before paying the plaintiffs. The Trial Judge [(1990), 66 D.L.R. (4th) 71 (F.C.T.D.)] held the Government of Canada liable and the Federal Court of Appeal affirmed.

This being a case of economic loss, the analysis was more complex. Mr. Justice Stone explained, however, that the Act was "enacted with a view to protecting those grain producers . . . and cast upon the Commission an obligation to be satisfied as to the sufficiency of that security."⁵⁸ The evidence, said Mr. Justice Stone, was that the "Commission's role in duly administering the licensing and bonding provisions . . . was a cardinal component of the Canadian grain trade . . . I am satisfied that a relationship of proximity, such as gave rise to a private law duty of care, came into existence."⁵⁹

Mr. Justice Stone, relying on *Just*, explained further that there is "no basis for exempting the [Government] from the imposition of liability on the ground that the decisions made were 'policy' decisions."⁶⁰ Nor was Justice Stone prepared to say that there was an exemption "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 charac-

⁵⁶ [1992] 1 F.C. 25 (C.A.).

⁵⁷ S.C. 1970-71-72, c. 7 (now R.S.C., 1985, c. G-10).

⁵⁸ *Supra*, footnote 56, at p. 54.

⁵⁹ *Ibid.*, at p. 55.

⁶⁰ *Ibid.*, at p. 59.

Un autre jugement s'appuyait sur l'affaire *Just*, soit *Brewer Bros. c. Canada (Procureur général)*⁵⁶, où plusieurs producteurs de grains ont poursuivi le gouvernement canadien parce que la Commission canadienne des grains avait fait preuve de négligence en permettant à un «producteur-exploitant d'élévateur» d'exercer ses activités sans avoir donné de cautionnement suffisant, comme l'exige la *Loi sur les grains du Canada*⁵⁷. Les demandeurs avaient livré des grains au «producteur-exploitant d'élévateur» et ont subi des pertes financières lorsque le permis de celui-ci a été révoqué et que l'entreprise a été placée sous séquestre avant que les demandeurs ne soient rémunérés. Le juge de première instance [(1990), 66 D.L.R. (4th) 71 (C.F. 1^{re} inst.)] a tenu le gouvernement du Canada responsable, et la Cour d'appel fédérale a confirmé cette décision.

Comme il y avait perte économique en l'occurrence, l'analyse était plus complexe. Le juge Stone a toutefois expliqué que la loi avait «pour but de protéger les producteurs de grains . . . et . . . donn[ait] à la Commission l'obligation de s'assurer que cette garantie est suffisante»⁵⁸. Les éléments de preuve établissaient, selon le juge Stone, que «le rôle de la Commission dans l'application adéquate des dispositions . . . relatives aux permis et aux cautionnements était un élément essentiel du commerce canadien des grains . . . Je suis convaincu qu'une relation de proximité comme celle qui entraîne une obligation de diligence de droit privé a été créée»⁵⁹.

S'appuyant sur l'arrêt *Just*, le juge Stone explique en outre qu'il n'existe «aucun fondement pour exonérer [le gouvernement] de toute responsabilité du fait que les décisions prises seraient des décisions de «politique»»⁶⁰. Il a refusé également d'exonérer le gouvernement «de toute responsabilité de droit privé parce que ses fonctions étaient quasi-judiciaires ou analogues à des fonctions de police. Même si on peut soutenir que certains des pouvoirs de la Commission

⁵⁶ [1992] 1 C.F. 25 (C.A.).

⁵⁷ S.C. 1970-71-72, ch. 7 (maintenant L.R.C. (1985), ch. G-10).

⁵⁸ *Précité*, note 56, à la p. 54.

⁵⁹ *Ibid.*, à la p. 55.

⁶⁰ *Ibid.*, aux p. 59 et 60.

terized, the acts and omissions of which the [plaintiffs] complain are not among them.”⁶¹ His Lordship then went on to consider whether the expected standard of care had been met in implementing their policy and concluded that it had not. ^a

Hence, Canadian courts, true to the teaching of *Just*, are demonstrating that they will hold most government activity subject to ordinary negligence principles. The scope of the policy immunity has clearly been contained within narrow limits by *Just*.⁶² ^b

In the event that a court decides that the conduct in question involves a “policy” decision and exempts the governmental agency from ordinary negligence principles, liability may still be imposed, but on another more complex and narrower basis. It is open to a claimant to prove that a policy decision was made in bad faith or that it was so irrational or unreasonable that it did not constitute a proper exercise of discretion. In such a case, liability might be found.⁶³ Further, if this hurdle cannot be overcome, and it seldom can be, the government agency can still be held liable if it fails to follow properly the policy it has adopted. ^d

There have been two recent cases of the Supreme Court of Canada in which governments have been relieved of liability on the basis of the principles espoused in *Just*. In *Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways)*,⁶⁴ the plaintiff ^e

⁶¹ *Ibid.*, at p. 60.

⁶² See Hogg, “Government Liability: Assimilating Crown and Subject”, *supra*, footnote 47, at p. 373; Klar, Lewis N. “The Supreme Court of Canada: Extending the Tort Liability of Public Authorities” (1990), 28 *Alta. L. Rev.* 648, at p. 655; Galloway, “Liability of Government: Just or Just and Reasonable” (1990), 41 *Admin. L.R.* 133, at p. 152.

⁶³ *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 2.; see also *Anns*, *supra*, footnote 15.

⁶⁴ [1994] 1 S.C.R. 420. See also *Kuczerpa v. Canada* (1993), 14 C.R.R. (2d) 307, (F.C.A.), Government’s failure to legislate about some social problem was policy decision made by ministers, and not subject to tort law review.

pourraient être ainsi qualifiés, les actes et les omissions reprochés par les intimés n’en font pas partie»⁶¹. Il s’est ensuite attaché à déterminer si la Commission avait satisfait au degré de diligence prévu dans la mise en œuvre de la nouvelle politique et il a conclu que non. ^a

On peut donc en conclure que les tribunaux canadiens, fidèles aux principes établis dans l’affaire *Just*, montrent qu’ils assujettiront la plupart des activités gouvernementales aux règles générales de la négligence. La portée de l’immunité des politiques est clairement circonscrite dans les limites étroites fixées par l’arrêt *Just*.⁶² ^b

Dans l’éventualité où un tribunal décide qu’une conduite relève d’une décision de politique et soustrait l’organisme gouvernemental aux principes ordinaires de la négligence, la responsabilité peut quand même être imposée, mais sur une autre base plus complexe et étroite. Il est possible pour le plaignant de prouver que la décision de politique a été prise de mauvaise foi ou qu’elle était tellement irrationnelle ou déraisonnable qu’elle ne constituait pas un exercice valable du pouvoir discrétionnaire. Le cas échéant, il serait possible de conclure à l’existence d’une responsabilité⁶³. En outre, s’il est impossible de satisfaire à cette exigence, et elle peut rarement l’être, l’organisme gouvernemental peut quand même être tenu responsable s’il omet de suivre comme il se doit la politique qu’il a adoptée. ^c

La Cour suprême du Canada rendait récemment deux décisions où le gouvernement a été dégagé de toute responsabilité sur la base des principes établis dans *Just*. Ainsi, dans l’arrêt *Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)*⁶⁴, ^e

⁶¹ *Ibid.*, à la p. 60.

⁶² Voir Hogg, «Government Liability: Assimilating Crown and Subject», précité, note 47, à la p. 373; Klar, Lewis N. «The Supreme Court of Canada: Extending the Tort Liability of Public Authorities» (1990), 28 *Alta. L. Rev.* 648, à la p. 655; Galloway, «Liability of Government: Just or Just and Reasonable» (1990), 41 *Admin. L.R.* 133, à la p. 152.

⁶³ *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et autres*, [1984] 2 R.C.S. 2; voir également l’arrêt *Anns*, précité, note 15.

⁶⁴ [1994] 1 R.C.S. 420. Voir également *Kuczerpa c. Canada* (1993), 14 C.R.R. (2d) 307, (C.A.F.); l’omission de légiférer sur un problème social était une décision de politique prise par le ministre et n’était donc pas assujettie à un examen à la lumière du droit de la responsabilité civile délictuelle.

motorist skidded on an icy road on Vancouver Island. While the Court felt that there was a duty owed generally to maintain the road, in this case, the Government was exempt from ordinary negligence principles because its decision to adopt a summer schedule of reduced service was one of policy. This decision, said Mr. Justice Cory [at pages 441-442], involved the "classic policy considerations of financial resources, personnel and, as well, significant negotiations with government unions. It was truly a governmental decision involving social, political and economic factors." Consequently, absent proof of irrationality or bad faith and absent proof of negligence in the operational aspect of the policy decision, no liability was imposed. Whereas the Court was unanimous in the result, Mr. Justice Sopinka, in concurring, indicated [at page 424] that he was not happy with the "'(policy/operational)' test as the touchstone of liability," hinting that he would like the Court to reconsider its continued usefulness at some future time.

In *Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*,⁶⁵ the second case, the plaintiff was injured by a tree which fell on his truck on a highway maintained by the province. There had been a survey made of trees near the highway that might be a hazard and 200 dead trees—not including the one that hit the plaintiff—were marked. Money was requested to remove these trees over a three-year period. Whereas the Court recognized again the duty to maintain the highway, it concluded that the decision to inspect and identify dangerous trees was a preliminary step in the policy-making process. It was, according to Mr. Justice Cory [at page 465], a "classic example of a policy decision", that is, one "setting priorities for the allocation of available funds." "Policy decisions of government must be immune from the application of private law standards of tort liability," he concluded [at pages 465-466]. Since there was no proof of irrationality or bad faith, nor of negligence in relation to

le demandeur a dérapé en voiture sur une route verglacée de l'Île de Vancouver. Bien que la Cour ait estimé qu'il existait une obligation générale de maintenir la route en bon état, en l'occurrence, le gouvernement a été exempté des principes ordinaires de la négligence parce que sa décision d'adopter l'horaire d'été, et donc de réduire les services d'entretien, constituait une décision de politique. Selon le juge Cory [aux pages 441 et 442], «[c]'était une décision de politique générale nécessitant la prise en considération classique des ressources financières et humaines ainsi que d'importantes négociations avec les syndicats gouvernementaux. Il s'agissait donc véritablement d'une décision gouvernementale comportant des aspects sociaux politiques et économiques». Par conséquent, en l'absence d'une preuve d'irrationalité ou de mauvaise foi, et comme il n'existait aucune preuve de négligence dans l'aspect opérationnel de la décision de politique, aucune responsabilité n'a été imposée. Même si la Cour suprême a rendu une décision unanime quant au résultat, le juge Sopinka a indiqué [à la page 424] qu'il n'était pas satisfait du «critère "politique générale—opérations" comme le facteur déterminant de la responsabilité», laissant entendre qu'il voudrait que la Cour réexamine son utilité à une date ultérieure.

Dans l'affaire *Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*⁶⁵, la deuxième affaire que nous mentionnerons, le demandeur a été blessé par un arbre qui a tombé sur son camion alors qu'il roulait sur une autoroute entretenue par la province. On avait inspecté les arbres situés près de l'autoroute qui pouvaient se révéler dangereux, et 200 arbres morts—mais pas celui qui a frappé le demandeur—ont été marqués. On a demandé des fonds pour l'abattage de ces arbres sur une période de trois ans. Bien que la Cour ait reconnu encore une fois l'obligation d'entretenir l'autoroute, elle a conclu que la décision d'inspecter et d'identifier les arbres dangereux était une étape préliminaire dans le processus d'élaboration de politiques. Il s'agissait en l'occurrence, d'après le juge Cory, [à la page 465] d'un «cas typique de décision de politique générale», c'est-à-dire où on «établissait des priorités aux fins de l'affectation des fonds dont [on] disposait». Il en conclut que [aux

⁶⁵ [1994] 1 S.C.R. 445.

⁶⁵ [1994] 1 R.C.S. 445.

the operational aspects of the policy decision, no liability could be found.

While these two cases may appear to some to be “backsliding,” I am of the view that they are true to the philosophy of *Just*. It must be noted that the main decisions in both cases were written by Mr. Justice Cory, who was the author of the reasons in *Just*; he certainly did not indicate that he was departing in any way from what he had written earlier, even though there seemed to be some hesitation on various aspects of his reasons by other members of the Court. The determinations that the governmental decisions in these two cases were policy ones are certainly understandable in the circumstances, even though it might not have been necessary to deal with the duty issue because, in my view, both cases could have been more simply disposed of on the basis that there was no negligence proven on the facts.

In this case, the Trial Judge concluded that the decision of the Minister to authorize the issuance of the licences to Comeau was a policy decision. But, once having done this, no policy issues remained to be resolved, only the routine items of setting the conditions and issuing the licence. These by their very nature cannot be considered to be policy matters. There were no budgetary aspects involved in the decision to renege, even though it was made at the ministerial level. It was not a macro decision that could be described as part of governing. It was a micro decision of little importance to the nation. It was not the kind of decision that it would be improper or difficult for courts to evaluate. The decision to cancel the authorization, therefore, cannot be protected by the policy immunity. The purported cancellation of an authorization, reneging on an earlier decision and done without jurisdiction, can hardly be considered to be a policy decision worthy of immunity from liability for negligence. The law should not grant the reward of an immunity in these circum-

pages 465 et 466] «[I]es décisions de politique générale de l'État doivent échapper à l'application des critères du droit privé en matière de responsabilité délictuelle». Puisqu'il n'y avait aucune preuve d'irrationalité ou de mauvaise foi, ni de négligence quant à l'aspect opérationnel de la décision de politique, aucune responsabilité ne pouvait être imposée.

Bien que ces deux décisions semblent constituer une «régression» pour certains, je suis d'avis qu'elles sont fidèles à la philosophie de *Just*. Il ne faut pas oublier que les principales décisions dans les deux cas ont été rédigées par le juge Cory, qui était également l'auteur des motifs de l'arrêt *Just*; il n'a certainement pas laissé entendre qu'il dérogeait d'une façon quelconque à ce qu'il avait conclu auparavant, même si d'autres membres de la Cour suprême semblaient exprimer quelque hésitation à l'égard de divers aspects des motifs du juge Cory. Il est certainement compréhensible dans les circonstances que les décisions gouvernementales aient été considérées dans ces deux cas comme des décisions de politique, mais il n'aurait peut-être pas été nécessaire de s'attarder sur la question de l'obligation parce qu'à mon point de vue ces deux affaires auraient pu être tranchées plus simplement, puisque les faits n'établissaient aucune négligence.

Dans l'affaire qui nous occupe ici, le juge de première instance conclut que la décision par laquelle le ministre permettait l'octroi des permis à Comeau constituait une décision de politique. Par suite de cette permission, il ne restait aucune question à résoudre quant aux politiques, mais seulement des aspects de routine comme l'établissement des conditions et la délivrance du permis. Ces fonctions ne peuvent, de par leur nature même, être considérées comme des questions de politique: on ne peut attacher aucune question budgétaire à la décision de révoquer l'autorisation, même si cette décision a été prise par le ministre. Elle ne constituait pas une macrodécision qu'on pourrait faire entrer dans la fonction gouvernementale, car il s'agissait d'une microdécision qui revêtait peu d'importance pour la nation. On ne peut conclure qu'il serait inopportun ou difficile pour les tribunaux de l'évaluer. Elle ne peut donc être protégée par l'immunité accordée aux décisions de politique. La révocation d'une autorisation, soit le fait de renier une décision antérieure sans avoir

stances, where there was full knowledge of the harmful financial consequences to someone who reasonably relied on a commitment, for this would be inconsistent with professionalism and responsibility in the public service.

In the present case, the sole reason for the Minister's about-face appears to have been the political pressure exerted on him by those engaged in the inshore lobster fishery. There was no suggestion that Comeau would not comply with the conditions being worked out with the Department. It was conceded that Comeau would have received the licences on request prior to March 8, 1988. The Trial Judge noted that the Minister was well aware, prior to the December 29, 1987, telex, that there would be opposition from the inshore fishers, although he may not have anticipated its extent and volume.

The law of torts is not eclipsed by the needs of administrative law in this situation.

Takaro

Finally, I must comment on the *obiter* remarks of Lord Keith of Kinkel in *Takaro*, expressing opposition to governmental liability in tort. In my view, his comments are entirely irrelevant, since Parliament, both in England⁶⁶ and in Canada, has enacted that a government can be liable in tort as if it were a private person. Moreover, there is binding authority on this point in the Supreme Court of Canada that deals with this question. I feel I must do this, nevertheless, because counsel for the appellant urged us to adopt these views and because my colleagues have dealt with it.

Lord Keith opined that, if a decision is characterized as operational, it should not necessarily follow

⁶⁶ *Crown Proceedings Act, 1947*, 10 & 11 Geo. 6, c. 44, s. 2(1)(a).

la compétence nécessaire, peut difficilement être considérée comme une décision de politique qui mérite d'être protégée par l'immunité de l'État en cas de négligence. Le législateur ne devrait pas accorder

a l'immunité dans ces circonstances, lorsque le décideur avait pleinement connaissance des conséquences financières préjudiciables envers un tiers qui s'était, avec raison, fié à un engagement, puisque cette immunité serait alors incompatible avec le professionnalisme et la responsabilité dont doivent faire preuve les fonctionnaires.

En l'espèce, la volte-face du ministre semble s'appuyer uniquement sur les pressions politiques exercées par les pêcheurs côtiers de homard. Rien ne laisse croire que Comeau ne se conformerait pas aux conditions que le Ministère était en train de fixer de manière définitive. On a admis que Comeau aurait reçu les permis sur demande avant le 8 mars 1988. Le juge de première instance a souligné que le ministre savait fort bien, avant son télex du 29 décembre 1987, qu'il y aurait une opposition de la part des pêcheurs côtiers, même s'il n'avait pu en prévoir la portée et la véhémence.

Le droit de la responsabilité civile délictuelle n'est pas supplanté par les besoins du droit administratif dans cette situation.

Takaro

Enfin, je dois commenter les remarques incidentes de lord Keith of Kinkel dans l'affaire *Takaro*, où il se dit opposé à l'attribution de toute responsabilité civile délictuelle au gouvernement. À mon sens, ses commentaires n'ont aucune pertinence, puisque les parlements de l'Angleterre et du Canada ont promulgué des lois portant qu'un gouvernement peut engager sa responsabilité délictuelle comme s'il était une personne ordinaire⁶⁶. En outre, la Cour suprême du Canada a rendu un arrêt qui a force de précédent sur cette question. J'estime que je dois m'attarder sur ces commentaires, néanmoins, parce que l'avocat de l'appelante nous a exhorté à adopter ce point de vue et parce que mes collègues l'ont fait.

Selon lord Keith, si une décision est qualifiée de décision opérationnelle, une obligation de diligence

⁶⁶ *Crown Proceedings Act, 1947*, 10 & 11 Geo. 6, ch. 44, art. 2(1)(a).

that a duty of care should be recognized. Lord Keith, in direct conflict with legislation enacted by Parliament, suggested that [at page 501] "there are certain considerations which militate against imposition of liability." His Lordship continues:⁶⁷

Their Lordships wish to refer in particular to certain matters which they consider to be of importance. The first is that the only effect of a negligent decision, such as is here alleged to have been made, is delay. This is because the processes of judicial review are available to the aggrieved party; and, assuming that the alleged error of law is so serious that it can properly be described as negligent, the decision will assuredly be quashed by a process which, in New Zealand as in the United Kingdom, will normally be carried out with promptitude. The second is that, in the nature of things, it is likely to be very rare indeed that an error of law of this kind by a minister or other public authority can properly be categorised as negligent. As is well known, anybody, even a judge, can be capable of misconstruing a statute; and such misconstruction, when it occurs, can be severely criticised without attracting the epithet "negligent." Obviously, this simple fact points rather to the extreme unlikelihood of a breach of duty being established in these cases . . .

The third is the danger of overkill. It is to be hoped that, as a general rule, imposition of liability in negligence will lead to a higher standard of care in the performance of the relevant type of act; but sometimes not only may this not be so, but the imposition of liability may even lead to harmful consequences. In other words, the cure may be worse than the disease. . . . in cases such as the present, once it became known that liability in negligence may be imposed on the ground that a minister has misconstrued a statute and so acted *ultra vires*, the cautious civil servant may go to extreme lengths in ensuring that legal advice, or even the opinion of the court, is obtained before decisions are taken, thereby leading to unnecessary delay in a considerable number of cases.

Lord Keith of Kinkel notes that it may be possible to address some of these points, but the difficulty in doing so led the Trial Judge and one of the appeal judges in *Takaro* to doubt whether any duty of care should exist. The reasons of Lord Keith go on:⁶⁸

. . . it is being suggested that liability in negligence should be imposed in cases such as the present, when the effect of any such imposition of liability will on the one hand lead to recovery only in very rare cases and then only for the consequences of delay which should not be long; and may, on the other hand, lead to considerable delay occurring in a greater number of

⁶⁷ *Supra*, footnote 11, at pp. 501-502.

⁶⁸ *Ibid.*, at p. 503.

ne devrait pas nécessairement s'ensuivre. Lord Keith, en contradiction directe avec des textes législatifs adoptés par le Parlement, laisse entendre [à la page 501] [TRADUCTION] «qu'il existe certaines considérations militant contre l'imposition d'une responsabilité». Il poursuit de la manière suivante⁶⁷:

[TRADUCTION] Notre Cour désire mentionner particulièrement certains points qui lui semblent importants. Premièrement, une décision négligente, comme celle qui est reprochée ici, a pour seule conséquence d'entraîner un retard, du fait que la partie lésée peut recourir au contrôle judiciaire; si l'on suppose que l'erreur de droit reprochée est d'une gravité telle qu'elle peut licitement être décrite comme négligente, la décision sera certainement annulée par un processus qui, en Nouvelle-Zélande comme au Royaume-Uni, se déroulera normalement avec promptitude. Deuxièmement, en pratique, il est sans doute très rare qu'une erreur de droit de ce genre commise par un ministre ou une autre autorité publique puisse être à bon droit considérée comme négligente: on le sait bien, n'importe qui, même un juge, peut mal interpréter une loi, et une telle erreur d'interprétation, lorsqu'elle survient, peut être sévèrement critiquée sans être jugée «négligente». De toute évidence, ce simple fait souligne qu'il est très invraisemblable qu'on puisse conclure au manquement à une obligation le cas échéant . . .

Troisièmement, il existe un risque d'exagération. On espère que, en règle générale, l'imposition d'une responsabilité découlant de la négligence incitera les intéressés à faire preuve d'une plus grande diligence dans l'exercice de leurs fonctions; parfois, non seulement ce ne sera pas le cas, mais l'imposition de la responsabilité peut même s'assortir de conséquences néfastes. En d'autres termes, le remède peut être pire que la maladie. . . . dans les cas comme l'espèce, parce qu'une fois qu'on saura qu'il existe une responsabilité découlant de la négligence lorsqu'un ministre a mal interprété une loi et a donc outrepassé sa compétence, le fonctionnaire prudent pourrait faire preuve d'un zèle extrême et s'assurer d'obtenir des conseils juridiques, ou même l'opinion d'un tribunal, avant de prendre des décisions, ce qui créerait des délais inutiles dans un grand nombre de dossiers.

Lord Keith of Kinkel fait observer qu'il peut être possible de soulever certains de ces points, mais la difficulté de cet exercice a porté le juge de première instance et un juge d'appel dans l'affaire *Takaro* à douter du bien-fondé de l'obligation de diligence. Lord Keith continuait ainsi⁶⁸:

[TRADUCTION] . . . certains croient que la responsabilité pour négligence devrait être imposée dans des cas comme en l'espèce, lorsque l'effet d'une telle responsabilité engendre un redressement, d'une part, seulement à de très rares occasions et, alors, uniquement pour les conséquences du délai, qui ne devrait pas être considérable; d'autre part, cette responsabilité

⁶⁷ Précité, note 11, aux p. 501 et 502.

⁶⁸ *Ibid.*, à la p. 503.

cases, for which there can be no redress. In all the circumstances, it must be a serious question for consideration whether it would be appropriate to impose liability in negligence in these cases, or whether it would not rather be in the public interest that citizens should be confined to their remedy, as at present, in those cases where the minister or public authority has acted in bad faith.

Their Lordships do not think it would be right for them to answer that question in the present case; indeed they must not be thought to be expressing any opinion on the point. This is partly because, as they have said, the matter was not fully exposed in argument. But in any event they are very conscious of the fact, already referred to, that, in the great majority of cases where it is alleged that there has been negligence in the construction of a statute, it is likely to prove that the error cannot be described as negligent.

In my view, aside from the fact that these remarks are entirely *obiter*, and inconsistent with Supreme Court of Canada jurisprudence, there are a number of problems with Lord Keith's approach to the obligations of public authorities. First, he suggests that no duty of care should exist because a breach of that duty, that is, negligence, would rarely be found. With respect, I fail to see how the fact that few negligence claims might be successful can be used to justify eliminating a cause of action in tort. On the contrary, it could be suggested that, if cases of negligence are rare, the duty of care which is currently imposed on public authorities may be having the desired effect of encouraging a high standard of conduct.⁶⁹

Second, Lord Keith suggests that administrative law remedies are available to quash errors of law promptly. That may be true in England, but delay in the courts is a serious problem in this country. No matter how quickly claimants may be heard, for some, even a short delay can be extremely serious. A missed day's fishing is missed forever. Lord Keith does not mention the possibility that, even if an order to quash is obtained expeditiously, it might be appealed, adding further delay. Even if delay is not a problem, setting aside a decision may be no real rem-

⁶⁹ But see Cohen, "Regulating Regulators: The Legal Environment of the State" (1990), 40 *U.T.L.J.* 213; Cohen "Suing the State", *Ibid.*, at p. 630.

entraînerait un retard notable dans un grand nombre d'affaires pour lesquelles aucun redressement n'est possible. Dans toutes les circonstances, on doit se demander sérieusement s'il serait approprié d'imposer la responsabilité pour négligence dans ces affaires, ou s'il ne serait pas davantage dans l'intérêt public que les citoyens n'aient de recours, comme en l'espèce, que dans les cas où le ministre ou l'autorité publique ont agi de mauvaise foi.

Notre Cour estime qu'il ne serait pas convenable de répondre à cette question en l'occurrence; de fait, nul ne doit conclure que nous exprimons une opinion sur ce point. En effet, comme nous l'avons mentionné, cette question n'a pas été totalement élaborée au cours de l'argumentation. De toute manière, notre Cour est très consciente du fait, déjà mentionné, que dans la grande majorité des cas où on allègue qu'il y a eu négligence dans l'interprétation d'une loi, il est probable qu'il sera établi que l'erreur ne peut être décrite comme une négligence.

D'après moi, outre la nature totalement incidente de ces remarques, par ailleurs incompatibles avec la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, l'approche de lord Keith à l'égard des obligations des autorités publiques présente certains problèmes. Tout d'abord, il laisse entendre qu'aucune obligation de diligence ne devrait exister parce qu'un manquement à cette obligation, c'est-à-dire la négligence, sera rarement établie. En toute déférence, je ne vois pas comment le fait que peu de demandes fondées sur la négligence obtiennent gain de cause puisse être utilisé pour justifier l'élimination d'une cause d'action en responsabilité civile délictuelle. Au contraire, on pourrait croire que, si les cas de négligence sont rares, c'est parce que l'obligation de diligence actuellement imposée aux autorités publiques a l'effet souhaité, c'est-à-dire favoriser une norme de conduite élevée⁶⁹.

Deuxièmement, lord Keith mentionne que les recours de droit administratif peuvent permettre de corriger les erreurs de droit promptement. C'est peut-être vrai en Angleterre, mais les retards judiciaires constituent un grave problème au Canada. Peu importe la rapidité avec laquelle les demandeurs peuvent être entendus, pour certains, même un court délai peut s'avérer extrêmement sérieux. Une journée de pêche manquée ne peut être rattrapée. Lord Keith ne mentionne pas la possibilité des appels, et d'autres délais, advenant qu'une ordonnance infirmant une

⁶⁹ Voir Cohen, «Regulating Regulators: The Legal Environment of the State» (1990), 40 *U.T.L.J.* 213; Cohen, «Suing the State», *Ibid.*, à la p. 630.

edy at all, because damages are not generally available in ordinary cases of administrative review. Thus, even if the application were successful, Comeau would still have to bear the cost of converting the boats. In the present case, any delay of more than a few weeks in having the decision set aside (let alone appealed) would damage Comeau's ability to make any profit in the year. This is hardly a satisfactory result for persons acting in good faith in reliance on the actions of representatives of their government. It seems to me, however, that it would be proper to consider this factor in deciding whether Comeau took sufficient steps to mitigate its damages, but it cannot operate as a bar to relief as suggested by Mr. Justice Stone.

Lord Keith amazingly suggests that the threat of negligence claims against government might so terrify British civil servants that the decision-making processes of government will become paralyzed. He fears that government activity might be frozen by the chill of possible liability and that detailed legal advice will have to be sought on all manner of decisions which have been properly made with or without it for years. How different a jurisprudential tune is being sung these days in the United Kingdom as compared to that sung two decades earlier in *Home Office v Dorset Yacht Co Ltd.*⁷⁰ Then, with great pride and fanfare, the House of Lords, through Lord Reid, proclaimed that British civil servants would not be deterred from doing their duty by the fear of potential tort liability. Unlike the situation in New York,⁷¹ where there was an immunity to protect public servants from negligence liability, the British bureaucracy, he proudly boasted, did not need such an immunity for "Her Majesty's servants are made of sterner stuff."

⁷⁰ [1970] 2 All ER 294 (H.L.), at p. 302.

⁷¹ *Williams v. State*, 127 N.Y. 2d 545 (Ct. App. 1955).

décision soit obtenue rapidement. Même si les délais ne constituent pas un problème, l'annulation d'une décision ne représente pas toujours vraiment une réparation, car il n'y a généralement aucuns dommages-intérêts octroyés dans des cas ordinaires de révision administrative. Par conséquent, même si Comeau avait eu gain de cause dans sa demande, elle aurait eu à supporter les frais de la conversion de ses navires. Dans le cas qui nous occupe, tout délai de plus de quelques semaines dans l'annulation de la décision (s'il n'y a aucun appel) empêcherait Comeau de faire des profits durant l'année. Il est difficile de croire qu'il s'agit là d'un résultat satisfaisant pour des personnes qui agissent de bonne foi en se fiant sur les actions des représentants de leur gouvernement. Il me semble, toutefois, qu'il serait opportun de considérer ce facteur lorsqu'on décide si Comeau a pris des mesures suffisantes pour atténuer ses dommages; il ne peut en revanche servir à empêcher tout redressement, comme le laisse entendre le juge Stone.

Lord Keith affirme de façon surprenante que la menace de poursuites pour négligence contre le gouvernement pourrait terrifier les fonctionnaires britanniques à un point tel que le processus décisionnel gouvernemental en deviendrait paralysé. Il craint que l'activité gouvernementale ne soit immobilisée par le risque d'une responsabilité possible et qu'il faudrait obtenir des conseils juridiques détaillés pour tous les genres de décisions qui sont prises avec ou sans avis juridique depuis des années. La jurisprudence emprunte un courant bien différent de nos jours au Royaume-Uni par rapport à la voie où elle s'était engagée il y a deux décennies dans l'affaire *Home Office v Dorset Yacht Co Ltd.*⁷⁰. Alors, avec une grande fierté et force tambours et trompettes, la Chambre des lords, par la plume de lord Reid, proclamait que les fonctionnaires britanniques ne manqueraient pas à leur devoir par crainte d'être assujettis à une responsabilité civile délictuelle. Contrairement à la situation qui prévalait à New-York⁷¹, où les fonctionnaires étaient protégés par une immunité en cas de responsabilité pour négligence, lord Reid s'est vanté avec fierté que la bureaucratie britannique n'avait pas besoin d'une telle immunité parce que

⁷⁰ [1970] 2 All ER 294 (H.L.), à la p. 302.

⁷¹ *Williams v. State*, 127 N.Y. 2d 545 (Ct. App. 1955).

I would not say that our public servants are any better than those in England, but I see no reason to disparage Canadian bureaucrats, as Lord Keith has their British counterparts. I cannot believe that the Canadian bureaucracy is as timid and faint-hearted as Lord Keith apparently believes public servants in England are nowadays. Surely, they, like other professionals, will be able to perform their duty, despite the possibility of tort liability in the rare instances that they can be proven to be negligent. I prefer to associate myself with the views of Madam Justice Wilson, who declared in *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*⁷² that allowing civil liability of public authorities would not be “potentially ruinous,” but rather would be a “useful protection to the citizens whose ever-increasing reliance on public officials seems to be a feature of our age.” Her Ladyship felt that Canadian officials were “conscientious” by and large, and that any failure was the “exception rather than the rule.” This is a view that demonstrates confidence in the public service; it can withstand scrutiny in tort cases just like all others in our society.

In any event, it must be remembered that the *Takaro* case dealt with the question of what a minister was entitled to do in making a decision within his discretion, while the present case concerns a minister illegally reneging on a decision which was initially made in the proper exercise of his discretion.

CONCLUSION

To recapitulate, section 7 gives the Minister the absolute discretion to issue and to authorize the issue of licences. It does not give the Minister jurisdiction to withdraw, without reason, an authorization previously given. Consequently, in purporting to do so, the Minister was acting *ultra vires*. Even though the

⁷² [1984] 2 S.C.R. 2, at p. 26.

[TRADUCTION] «les fonctionnaires de Sa Majesté se laissent moins facilement intimider».

Je ne dirais pas que nos fonctionnaires sont meilleurs que ceux de l'Angleterre, mais je ne vois aucune raison justifiant de discréditer les bureaucrates canadiens, comme le fait lord Keith à l'égard des fonctionnaires britanniques. Je ne peux croire que l'administration canadienne soit aussi timide et craintive que le sont les fonctionnaires d'aujourd'hui en Angleterre, selon lord Keith. Certainement, à l'instar d'autres professionnels, ils seront en mesure d'exercer leurs fonctions malgré le risque d'engager leur responsabilité en matière civile délictuelle dans les rares cas où il peut être établi qu'ils ont fait preuve de négligence. Je préfère m'associer au point de vue de M^{me} le juge Wilson, qui a déclaré dans *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et autres*⁷² que l'imposition de la responsabilité civile aux autorités publiques ne [pourrait] «causer des catastrophes financières» mais qu'elle jouerait un rôle de «protection utile pour les citoyens dont la confiance de plus en plus grande dans les fonctionnaires semble une caractéristique de notre temps». M^{me} le juge estimait que les fonctionnaires canadiens «s'acquittent de leurs responsabilités de façon consciencieuse» et qu'une omission sera «l'exception plutôt que la règle». Voilà une opinion qui montre la confiance dans la fonction publique, dans sa capacité de soutenir, aussi bien que d'autres instances de notre société, un examen attentif en matière de responsabilité délictuelle.

Il ne faut pas oublier que, dans l'affaire *Takaro*, on cherchait à déterminer les mesures permises à un ministre lorsqu'il doit prendre une décision qui relève de son pouvoir discrétionnaire, tandis qu'en l'occurrence le ministre a révoqué illégalement une décision qu'il avait initialement prise dans l'exercice légal de son pouvoir discrétionnaire.

CONCLUSION

Il convient de récapituler: l'article 7 accorde au ministre le pouvoir discrétionnaire absolu de délivrer et de permettre l'octroi de permis. Il ne lui donne pas le pouvoir de révoquer, sans raison, l'autorisation qu'il avait accordée au préalable. Par conséquent, lorsqu'il a procédé à une telle révocation, le ministre

⁷² [1984] 2 R.C.S. 2, à la p. 26.

Minister acted outside his authority, this by itself does not constitute actionable negligence. However, in these circumstances, where the other party relied to its detriment on the Minister's decision, and so relied to the knowledge of the Minister, the breach of statute was properly found to constitute actionable negligence. Finally, the Minister cannot claim the protection of the policy immunity in this case, as his decision was not a budgetary one, nor one involving governing; it was merely a routine matter and it was made without authority. While the original decision to authorize a licence to issue may have been a policy decision, which would not have been subject to challenge by tort law, the decision to withdraw the authorization, done without statutory jurisdiction, cannot attract the policy shield. Administrative law does not trump tort law in this case.

The appeal is, therefore, dismissed with costs.

As for the cross-appeal, I am of the view that the Trial Judge did not err in his treatment of the other three bases for liability advanced by the respondent. Consequently, the cross-appeal is also dismissed with costs.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ROBERTSON J.A. (concurring in the result): I have reviewed the reasons of my colleague Linden J.A. and regret that I am unable to agree with his conclusion that this is a case of actionable negligence. The essential facts of this case underscore the tension underlying the application of private law principles within a public law forum.

Pursuant to section 7 of the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14 (the Act), the then Minister of Fisheries (the Minister) exercised his "absolute" discretion to authorize the issuance of offshore lobster fishing licences to the respondent, Comeau Sea Foods Lim-

excédait sa compétence. Ce fait en lui-même, cependant, ne constitue pas une négligence pouvant faire l'objet d'une poursuite. Malgré tout, dans ces circonstances, puisque l'autre partie s'est fiée à ses dépens à la décision du ministre et qu'elle l'a fait avec la connaissance de celui-ci, il était opportun de conclure que le manquement à la loi représentait une négligence pouvant faire l'objet d'une poursuite. Enfin, le ministre ne peut prétendre qu'il est protégé par l'immunité accordée aux décisions de politique, puisque sa décision ne touchait pas un aspect budgétaire ni une activité gouvernementale: il s'agissait simplement d'une question de routine, et la décision a été prise sans autorité. Bien que l'autorisation initiale, soit permettre l'octroi des permis, ait pu constituer une décision de politique qui n'aurait pu faire l'objet d'une contestation en matière de responsabilité civile délictuelle, la décision de révoquer cette autorisation, prise hors la compétence accordée par le législateur, ne peut prétendre à une telle protection. Le droit administratif n'a pas préséance sur le droit de la responsabilité civile délictuelle en l'occurrence.

L'appel est donc rejeté avec dépens.

Quand à l'appel incident, je suis d'avis que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur dans sa décision relative aux trois autres motifs de responsabilité soumis par l'intimée. Il est donc également rejeté avec dépens.

* * *

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

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A. (*motifs concordants quant au résultat*): J'ai examiné les motifs de mon collègue, le juge Linden, J.C.A. et je regrette de ne pas être en mesure de souscrire à sa conclusion, savoir l'existence d'une négligence ouvrant droit à une poursuite. Les faits essentiels de l'espèce mettent en lumière les tiraillements qu'occasionne l'application de principes de droit privé dans le domaine du droit public.

En application de l'article 7 de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14 (la Loi), le ministre des Pêches d'alors (le ministre) a exercé son pouvoir discrétionnaire «absolu» d'autoriser l'octroi de permis de pêche au homard en haute mer à l'intimée,

ited (Comeau). On the basis of that authorization and at a time when all essential conditions precedent to the issuance of the licences had been satisfied, but before the licences had actually been issued, Comeau began expending monies in converting a scallop dragger for use as a lobster vessel and so advised the Minister. At the same time, pressure was being placed on the Minister by inshore fishermen who believed that more offshore licences would adversely affect the inshore fishery. Ultimately, the Minister succumbed to their protests by withdrawing the authorization, refusing to issue any offshore licences and launching a federal study into the state of the lobster fishery. Sixteen months later, Comeau initiated an action for damages on the basis of wide-ranging grounds of liability, including "negligence." It has never pursued the remedial options of judicial review and *mandamus*.

Relying on section 7 of the Act, the Minister argued at trial that he retained the authority to revoke the authorization at any time prior to the licences actually issuing. The Trial Judge did not accept this construction and held that once the Minister authorized the issuance of the licences he had exhausted his discretion under section 7 (now reported [1992] 3 F.C. 54 (T.D.)). Hence, the revocation decision was deemed *ultra vires* the Minister. The Trial Judge went on to conclude that the revocation decision amounted to actionable negligence and that, even if the Act had expressly empowered the Minister to withdraw the authorization, the legal result would have been no different. The other grounds of liability were rejected and are pursued on the cross-appeal.

Linden J.A. has concluded that the Trial Judge's decision must be affirmed. While I agree that the decision to withdraw the authorization was *ultra vires* the Minister, that he owed a limited duty of care to Comeau, and that the cross-appeal should be dismissed, I am also of the respectful view that the Minister did not breach the requisite standard of care and consequently this is not a case of actionable negli-

Comeau Sea Foods Limited (Comeau). Sur la foi de cette autorisation, et au moment où toutes les conditions essentielles préalables à l'octroi des permis ont été satisfaites mais avant que les permis soient réellement délivrés, Comeau a commencé à engager des dépenses afin de convertir un chalutier destiné à la pêche aux pétoncles en vue d'en faire un navire servant à la pêche au homard; elle en a avisé le ministre. Au même moment, des pressions étaient exercées sur ce dernier par les pêcheurs côtiers, qui estimaient que la délivrance de permis supplémentaires pour la pêche en haute mer aurait un effet préjudiciable sur la pêche côtière. En fin de compte, le ministre a cédé à leurs protestations en révoquant son autorisation, en refusant d'octroyer des permis de pêche en haute mer et en entamant une étude fédérale sur l'état de la pêche au homard. Seize mois plus tard, Comeau a intenté une action en dommages-intérêts fondée sur plusieurs motifs de responsabilité, dont la «négligence». Elle n'a jamais tenté de faire valoir des recours sous forme de contrôle judiciaire ou de *mandamus*.

En s'appuyant sur l'article 7 de la Loi, le ministre a soutenu au procès qu'il avait conservé le pouvoir de révoquer son autorisation en tout temps avant la délivrance en bonne et due forme des permis. Le juge de première instance n'a pas accepté cette interprétation et a statué qu'une fois que le ministre avait autorisé l'octroi des permis, il avait épuisé son pouvoir discrétionnaire visé à l'article 7 (cette décision est publiée dans le recueil [1992] 3 C.F. 54 (1^{re} inst.)). Dès lors, la révocation a été jugée comme outrepassant les pouvoirs du ministre. Le juge de première instance en a conclu qu'elle constituait une négligence ouvrant droit à une poursuite et que, même si la loi habilitait expressément le ministre à révoquer son autorisation, le résultat juridique demeurerait inchangé. Les autres chefs de responsabilité ont été rejetés et font l'objet de l'appel incident.

Le juge Linden, J.C.A. a conclu que la décision du juge de première instance doit être confirmée. Même si je conviens que la décision de révoquer l'autorisation outrepassait les compétences du ministre, que celui-ci avait une obligation de diligence limitée envers Comeau et que l'appel incident devrait être rejeté, je suis d'avis que le ministre n'a pas contrevenu à la norme de diligence requise et, par consé-

gence. I shall try to state my position as succinctly as possible before offering a fuller analysis.

The two principal issues raised on this appeal are whether the Minister owed Comeau a duty of care and, if so, whether the requisite standard of care was breached in the circumstances. Whether or not a duty of care arises in this case is dependent on the application of the policy/operational distinction first enunciated in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), and now firmly entrenched in Canadian law. Based on that distinction, policy decisions cannot attract liability in negligence. Operational decisions do not enjoy that immunity. The Trial Judge characterized the revocation decision as operational as well as constituting the negligent act. In my view, however, the revocation decision is no less a policy decision than the decision to authorize the issuance of the licences in the first instance. This is not to suggest that the Minister owed Comeau no duty of care. The revocation decision involved two distinct lines of inquiry. First, the Minister had to decide whether the authorization should be revoked. Second, he had to decide whether, as a matter of law, he could do so. The first question is one of policy and therefore immune from allegations of negligence. The second is operational because it involves the manner in which the Minister ascertained whether he had the legal authority to revoke the earlier authorization. It is in this limited sense that a duty of care arises such that the Minister's decision to revoke the authorization is subject to the principles of negligence law.

If negligence is to be established, it is because the Minister failed to exercise reasonable care as required of a reasonable "minister" acting in similar circumstances. The fact that an administrative decision is *ultra vires*, however, does not tell us it was made without reasonable care. Thus it remains to be explained how it is that the Minister breached the

quent, qu'il ne s'agit pas d'un cas de négligence ouvrant droit à une poursuite. J'essaierai d'énoncer ma position aussi succinctement que possible avant de passer à une analyse approfondie.

a

Les deux grandes questions en litige dans le cadre du présent appel consistent à déterminer si le ministre avait une obligation de diligence envers Comeau et, le cas échéant, s'il y a eu manquement, dans les circonstances, à la norme de diligence requise. L'existence d'une obligation de diligence en l'espèce est tributaire de l'application de la distinction entre une décision de politique et une décision opérationnelle qui a été énoncée pour la première fois dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.) et qui est désormais solidement établie dans les règles de droit canadiennes. Selon cette distinction, les décisions de politique n'engagent pas la responsabilité pour négligence de leur auteur, mais les décisions opérationnelles ne jouissent pas de cette immunité. Le juge de première instance a assimilé la révocation à une décision opérationnelle ainsi qu'à un acte de négligence. À mon avis, toutefois, la révocation constitue tout aussi bien une décision de politique que la décision de permettre l'octroi des permis en premier lieu. Cela ne veut pas dire que le ministre n'avait aucune obligation de diligence envers Comeau. La décision de révoquer l'octroi des permis s'appuyait sur deux examens distincts. Premièrement, le ministre devait décider s'il y avait lieu de révoquer l'autorisation. Deuxièmement, il devait déterminer si, en droit, il pouvait le faire. La première question en est une de politique et, à ce titre, ne peut faire l'objet d'allégations de négligence. La deuxième est de nature opérationnelle parce qu'elle est liée à la façon dont le ministre s'est assuré qu'il avait le pouvoir légal de révoquer sa première autorisation. C'est dans ce sens limité qu'il existe une obligation de diligence et que la décision du ministre de révoquer l'autorisation doit respecter les principes juridiques en matière de négligence.

b

c

d

e

f

g

h

i

j

Il y aura négligence si le ministre a omis de faire preuve de la diligence raisonnable requise d'un «ministre» raisonnable agissant dans des circonstances semblables. Cependant, le fait qu'une décision administrative outrepassé les compétences de son auteur, ne nous dit pas qu'elle a été prise sans diligence raisonnable. Il faut donc expliquer comment le

requisite standard of care. The Trial Judge's formal finding of actionable negligence rests on two factors. First, the Minister failed to "demonstrate any reasonable justification for first announcing a decision authorizing the issue of the lobster licences to [Comeau] and then the withdrawal of that authorization" (at page 71). The Trial Judge characterized the Minister's *volte-face* as "erratic public administration which was productive of serious mischief to private entrepreneurs" (at page 71). Second, the Minister breached the requisite standard of care by revoking the earlier authorization in circumstances where he ought to have reasonably foreseen that that decision would expose Comeau to financial loss (at page 72). In short, the Minister failed to act reasonably in the circumstances.

With great respect, I believe that analysis is flawed. It is my contention that any judicial inquiry touching on the reasonableness or merits of the Minister's decision to revoke the authorization is proscribed by the Supreme Court's jurisprudence regarding *Anns* and, in particular, the policy/operational distinction. As the decision in question falls within the policy category, I do not believe that any duty of care could have arisen between the Minister and Comeau as to whether the Minister was justified in revoking the authorization. I am also of the view that foreseeability of Comeau's loss cannot be invoked as a valid fetter on ministerial discretion. Nor can foreseeability of loss by itself justify the conclusion that the revocation decision constituted negligent behaviour. As will be discussed more fully below, actionable negligence will arise only if it can be shown that the Minister improperly construed section 7 of the Act by failing to take reasonable care to avoid arriving at an *ultra vires* determination.

It is detrimental reliance, foreseeability of loss, coupled with excess of jurisdiction, which make a finding of liability so attractive in this case. The question I must address is whether these factors, when viewed collectively, warrant the epithet "negli-

ministre a contrevenu à la norme de diligence requise. La conclusion du juge de première instance quant à l'existence d'une négligence ouvrant droit à une poursuite s'appuie sur deux facteurs. Tout d'abord, le ministre n'a pas «établi l'existence d'une justification raisonnable, lorsqu'il s'est agi d'annoncer initialement qu'il avait été décidé de permettre l'octroi des permis de pêche du homard à [Comeau], puis de révoquer la permission» (à la page 71). Selon le juge de première instance, la *volte-face* du ministre constituait «une gestion capricieuse des affaires publiques, laquelle causait un tort sérieux aux entrepreneurs privés» (à la page 71). Ensuite, le ministre n'a pas respecté le degré de diligence requis en révoquant l'autorisation antérieure dans des circonstances où il aurait dû raisonnablement prévoir que cette décision ferait subir une perte financière à Comeau (à la page 72). Bref, le ministre a omis d'agir raisonnablement dans les circonstances.

En toute déférence, j'estime que cette analyse est fautive. D'après moi, les arrêts de la Cour suprême relatifs à la décision *Anns* et, en particulier, la distinction entre une décision de politique et une décision opérationnelle, proscrirent tout examen, par un organe judiciaire, du caractère raisonnable ou du bien-fondé de la décision du ministre de révoquer l'autorisation. Puisque cette décision entre dans la catégorie des décisions de politique, je ne crois pas qu'une obligation de diligence existerait entre le ministre et Comeau relativement au fait que le ministre était justifié ou non de révoquer son autorisation. Je suis également d'avis que le caractère prévisible de la perte de Comeau ne peut être invoqué afin d'entraver à bon droit le pouvoir discrétionnaire du ministre. Ce facteur ne peut non plus justifier la conclusion selon laquelle la révocation constituait un comportement négligent. Comme j'en discuterai plus en détail ci-dessous, la négligence ouvrant droit à une poursuite n'existera que s'il peut être démontré que le ministre a mal interprété l'article 7 de la Loi en omettant de faire preuve de diligence raisonnable afin d'éviter de prendre une décision invalide.

C'est la confiance préjudiciable, la prévisibilité de la perte et l'excès de compétence qui rendent si attrayante en l'espèce la conclusion relative à l'existence de la responsabilité. Je dois décider si ces facteurs, pris dans leur ensemble, justifient l'épithète

gence." Undoubtedly, there are those who will feel that Comeau is entitled to compensation. In my view, the principles of contract law, promissory and equitable estoppel, negligent misrepresentation, negligence *per se*, and breach of a statutory duty do not support such a right when measured against the facts of this case. Negligence, of course, is not the only source of tortious liability for unlawful administrative action. The tort of misfeasance in a public office is well established in law and must be first considered. The relationship of this administrative tort to the case at bar will become apparent.

MISFEASANCE IN A PUBLIC OFFICE

In its earliest form, the tort of misfeasance in a public office was limited to cases where a public officer (a person exercising a statutory or prerogative power) abused a power actually possessed. Once it was shown that a decision was tainted with malice in the sense that there was an intent to inflict injury on the plaintiff then the invalid decision gave rise to a claim in damages. With time, the tort was extended to include cases in which decision-makers knew that they did not possess the power which they purported to exercise. Today, the administrative tort is established once it is shown that the invalid decision is tainted by either malice or knowledge: see *Chhabra (O.P.) v. Canada*, [1989] 2 C.T.C. 13 (F.C.T.D.), at pp. 18-19, *per* Cullen J.; and *Francoeur et al. v. Canada* (1994), 78 F.T.R. 109 (F.C.T.D.), at pp. 125-128; and see generally Peter W. Hogg, *Liability of the Crown* (Toronto: Carswell, 1989) at pages 111-113; J. McBride, "Damages as a Remedy for Unlawful Administrative Action", [1979] *C.L.J.* 323; P. P. Craig, "Compensation in Public Law" (1980), 96 *L.Q. Rev.* 413; R. C. Evans, "Damages for Unlawful Administrative Action: The Remedy for Misfeasance in Public Office" (1982), 31 *Int. & Comp. L.Q.* 640.

A classic example of this administrative tort is *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, where liability depended on article 1053 of Quebec's *Civil Code* although it is generally assumed that liability

«négligence». Sans aucun doute, certains estiment que Comeau a droit à une indemnisation. À mon avis, les principes du droit des contrats, l'irrecevabilité fondée sur une promesse ou en *equity*, la déclaration inexacte faite avec négligence, la négligence en soi et le manquement à une obligation légale n'appuient pas l'existence d'un tel droit à la lumière des faits en l'espèce. La négligence, bien entendu, n'est pas la seule source de responsabilité civile délictuelle en cas de mesure administrative illicite. L'abus d'autorité dans l'exercice d'une charge publique est un délit bien établi en droit et doit être pris en considération en premier lieu. Le rapport entre l'affaire qui nous occupe et ce délit administratif sera manifeste.

ABUS D'AUTORITÉ DANS L'EXERCICE D'UNE CHARGE PUBLIQUE

Dans sa forme la plus ancienne, ce délit était limité aux cas où un fonctionnaire (soit une personne exerçant un pouvoir conféré par la loi ou une prérogative) avait abusé d'un pouvoir qu'il possédait réellement. Une fois qu'il était établi que la décision était entachée de malveillance, c'est-à-dire que l'auteur avait l'intention de causer un préjudice au demandeur, la décision en question donnait lieu à une demande en dommages-intérêts. Au fil des ans, le délit a été élargi aux cas où les décideurs savaient qu'ils ne possédaient pas le pouvoir qu'ils tentaient d'exercer. Aujourd'hui, l'existence du délit administratif est établie lorsqu'on prouve que la décision non valide est entachée par la malveillance ou la connaissance de son invalidité: voir *Chhabra (O.P.) c. Canada*, [1989] 2 C.T.C. 13 (C.F. 1^{re} inst.), aux pages 18 et 19, juge Cullen; *Francoeur et al. c. Canada* (1994), 78 F.T.R. 109 (C.F. 1^{re} inst.), aux pages 125 à 128 et voir de façon générale Peter W. Hogg, *Liability of the Crown*, (Toronto, Carswell, 1989), aux pages 111 à 113; J. McBride; «Damages as a Remedy for Unlawful Administrative Action», [1979] *C.L.J.* 323; P. P. Craig, «Compensation in Public Law» (1980), 96 *L.Q. Rev.* 413; R. C. Evans, «Damages for Unlawful Administrative Action: The Remedy for Misfeasance in Public Office» (1982), 31 *Int. & Comp. L.Q.* 640.

Soulignons l'arrêt *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121 en guise d'exemple classique de ce délit administratif; dans cette affaire, la responsabilité découlait de l'article 1053 du *Code civil du Bas-*

would be the same under the common law; see Rand J., at pages 139-142. In *Roncarelli*, the plaintiff's liquor licence was cancelled by the Quebec Liquor Commission at the direction of the Premier in order to punish the plaintiff for providing bail to fellow Jehovah's Witnesses charged with violating by-laws governing the distribution of their literature. As is well known, the plaintiff was successful before a divided Supreme Court. Yet, there can be no doubt that the act complained of amounted to a "gross abuse of legal power expressly intended to punish [the plaintiff] for an act wholly irrelevant." Rand J., in delivering one of the judgments of the Court, characterized the wrongful act as malicious while proceeding to redefine that term to include: "acting for a reason and purpose knowingly foreign to the administration" (at page 141).

While it seems clear that malice or actual knowledge is required for the tort of misfeasance to be committed, that has not always been the law. The notion that a person who has suffered a loss because of an *ultra vires* decision is entitled to compensation even though no malice, knowledge of invalidity or negligence is present can be traced to the Supreme Court's decision in *McGillivray v. Kimber et al.* (1915), 52 S.C.R. 146. According to that decision, liability was no longer fault based but rather regarded as a species of strict liability; see also *Brasyer v. Maclean* (1875), L.R. 6 P.C. 398 (P.C. N.S.W.).

In *McGillivray*, the plaintiff's licence had been revoked by a simple resolution of the licensing authority when, under the governing by-law, it could only do so after a proper hearing. In separate dissenting reasons, two of the five members of the Supreme Court were not prepared to sustain the damage award rendered at trial in the absence of malice on the part of the licensing authority. In separate reasons, each of the three justices in the majority were prepared to impose liability on the licensing authority even though malice had not been established. The majority seemed to have accepted that the defendant honestly

Canada, mais on présume généralement que la responsabilité serait la même en vertu de la common law; voir les propos du juge Rand aux pages 139 à 142. Dans *Roncarelli*, le permis de restaurateur du demandeur a été révoqué par la Commission des Liqueurs du Québec sur les instructions du Premier ministre afin de punir le demandeur de s'être rendu caution pour des Témoins de Jéhovah inculpés d'avoir contrevenu à des règlements régissant la distribution de littérature relative à leur foi. Comme on le sait, Roncarelli a obtenu gain de cause devant une Cour suprême divisée. Pourtant, il ne fait aucun doute que l'acte reproché représentait un [TRADUCTION] «abus grossier d'un pouvoir légal visant expressément à punir [le demandeur] pour un geste tout à fait non pertinent». Le juge Rand, rédacteur d'un des jugements de la Cour, a qualifié l'acte illicite de malveillant et a redéfini ce terme de manière à ce qu'il désigne aussi [TRADUCTION] «les actes posés pour une raison et dans un but étranger à l'administration» (à la page 141).

Bien qu'il semble évident que la malveillance ou la connaissance réelle soit requise pour que la Cour conclue à l'existence d'une action fautive, ce principe juridique n'a pas toujours été établi. La notion selon laquelle une personne qui a subi une perte en raison d'une décision invalide a le droit d'être indemnisée même s'il n'y avait aucune malveillance, connaissance de l'invalidité ou négligence remonte à la décision de la Cour suprême dans *McGillivray c. Kimber et al.* (1915), 52 R.C.S. 146. Selon cet arrêt, la responsabilité n'est plus fondée sur l'existence d'une faute, mais elle est assimilée à une forme de responsabilité stricte; voir également *Brasyer v. Maclean* (1875), L.R. 6 P.C. 398 (P.C. N.-G.S.).

Dans *McGillivray*, le permis du demandeur avait été révoqué par une simple résolution de l'autorité chargée de l'octroi des permis alors que, d'après les règlements, la tenue préalable d'une audience en bonne et due forme était requise. Dans des motifs dissidents et distincts, deux des cinq membres de la Cour suprême ont affirmé qu'ils refusaient de confirmer les dommages-intérêts accordés en première instance en l'absence de malveillance de la part de l'organisme chargé de l'octroi des permis. Dans des motifs distincts, chacun des trois juges de la majorité s'est dit prêt à tenir l'organisme chargé de l'octroi

believed it had the authority to revoke the licence without a proper hearing (there was some evidence of improper motive). On the authority of *McGillivray*, it was accepted that a public official or tribunal could be held liable for an excess of jurisdiction even though the decision-maker wrongly assumed that it had the power to act; see McBride, *supra*, at page 330.

The understanding that a person who has suffered a loss because of an invalid administrative decision is entitled to compensation even though no fault can be established is to recognize a species of strict liability. Until the decision of the Supreme Court in *Welbridge Holdings Ltd. v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957, it appears to have been accepted that in Canada an invalid decision made in good faith would be actionable: see Hogg, *supra*, at page 111, note 160; see also Evans, *supra*, at page 660; and Craig, *supra*, at pages 438-440, who advocate strict liability.

In *Welbridge*, the Supreme Court held that the enactment of an invalid by-law was not actionable in the absence of negligence or intentional wrongdoing. Writing for the Court, Laskin J. (as he then was) took the opportunity to comment on *McGillivray* with the effect of laying to rest the notion that the tort of misfeasance in a public office could rest on an *ultra vires* act alone. At page 967, Laskin J. abruptly concluded:

McGillivray v. Kimber ((1915), 52 S.C.R. 146), so far as it has a majority rationale, rests either on a complete want of jurisdiction or an intentional wrongdoing which might, in any event, be said to be reflected in the want of jurisdiction.

Though the explanation offered of the true rationale underlying *McGillivray* is perhaps tenuous, it does reflect the prevailing view that in the absence of fault a public authority will not be held liable simply because it exceeded its jurisdiction. Today, the

des permis responsable même s'il n'y avait eu aucune malveillance de sa part, mais ils ont semblé accepter le fait que le défendeur croyait honnêtement posséder le pouvoir de révoquer le permis sans une audience en bonne et due forme (certains éléments de preuve laissaient croire à la présence de motifs illicites). Sur la foi de l'arrêt *McGillivray*, on accepte désormais qu'un fonctionnaire ou un tribunal puisse être tenu responsable d'avoir excédé sa compétence même si la personne qui a pris la décision présumait à tort qu'elle avait le pouvoir d'agir; voir McBride, précité, à la page 330.

Si l'on accepte qu'une personne qui a subi une perte en raison d'une décision administrative non valide a le droit d'être indemnisée même s'il est impossible d'établir une faute, on reconnaît alors une forme de responsabilité stricte. Jusqu'à la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Welbridge Holdings Ltd. c. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957, il semble qu'on ait accepté au Canada qu'une décision non valide prise de bonne foi puisse faire l'objet d'une poursuite: voir Hogg, précité, à la page 111, note 160; voir également Evans, précité, à la page 660, et Craig, précité, aux pages 438 à 440, qui favorise la responsabilité stricte.

Dans l'arrêt *Welbridge*, la Cour suprême a statué que la prise d'un règlement non valide ne pouvait faire l'objet d'une poursuite en l'absence de négligence ou d'une injustice intentionnelle. Au nom de la Cour, le juge Laskin (devenu par la suite juge en chef) a saisi cette occasion de commenter la décision *McGillivray*, ce qui a signalé la disparition de la notion suivant laquelle on pouvait conclure à une action fautive du titulaire d'une charge publique si celui-ci avait simplement pris une décision outrepassant ses pouvoirs. À la page 967, le juge Laskin conclut abruptement comme suit:

La décision *McGillivray c. Kimber*, ((1915), 52 R.C.S. 146) pour autant qu'elle présente un raisonnement majoritaire, fait état du défaut de toute compétence ou d'une injustice intentionnelle pouvant de toute façon être considérée comme se reflétant dans le défaut de compétence.

Bien que l'explication offerte à l'appui du véritable raisonnement sous-tendant *McGillivray* soit peut-être ténue, elle traduit le point de vue dominant, soit qu'en l'absence de faute, l'autorité publique ne sera pas jugée responsable simplement parce qu'elle a

administrative tort of misfeasance in a public office must be looked upon as an intentional tort, the relevance of which has been largely subsumed by the good faith/bad faith dichotomy.

On the facts of this case there is no evidence, nor has it been suggested, that the Minister acted maliciously or with knowledge of the invalidity. Nor has there been a finding of bad faith on the part of the Minister. The absence of that finding leads me to consider whether the Minister's actions are sufficient to attract the epithet "negligence" or whether the imposition of liability in this case is more consonant with the notion of strict liability. The latter possibility is, of course, incompatible with the Supreme Court's teachings. I turn first to the issue of whether a duty of care arises.

THE DUTY OF CARE

In my view, there was no duty of care owed by the Minister with respect to the policy decision regarding whether he should have revoked the authorization. However, a duty of care did arise in respect of the implementational decision as to whether the Minister could revoke the authorization. I base this *prima facie* duty on the notions of proximity and detrimental reliance. I cannot pursue this line of analysis, however, without first turning to the policy/operational distinction.

It is trite law that the policy/operational distinction lies at the core of the Supreme Court's attempt to provide an analytical framework on which to immunize certain governmental activity from the reach of negligence principles. Even though a *prima facie* duty of care can be established within the common law framework (the first part of the two-stage analysis enunciated by Lord Wilberforce in *Anns*), it is only when the impugned decision is found to be operational in nature that a duty arises (the second stage of his analysis). Policy decisions are immune from negligence suits on the basis that the Crown "must be free to govern"; *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228, at page 1239, *per* Cory J.

excédé sa compétence. De nos jours, le délit administratif que représente l'abus d'autorité dans l'exercice d'une charge publique doit être considéré comme un délit intentionnel, dont la pertinence a cédé largement le pas à l'opposition entre la bonne et la mauvaise foi.

À la lumière des faits en l'espèce, il n'y a aucune preuve, et cet argument n'a pas non plus été soulevé, que le ministre a agi avec malveillance ou en toute connaissance de l'invalidité. On n'a pas conclu non plus à la mauvaise foi du ministre. Voilà qui m'amène à me demander si les gestes du ministre sont tels qu'ils peuvent être qualifiés de «négligents» ou si l'imposition de la responsabilité dans cette affaire s'assimile davantage à la notion de la responsabilité stricte. Cette dernière possibilité se révèle, bien sûr, incompatible avec les principes énoncés par la Cour suprême. Je chercherai d'abord à déterminer s'il existe une obligation de diligence.

L'OBLIGATION DE DILIGENCE

À mon avis, la décision de politique concernant le bien-fondé de la révocation de l'autorisation ne s'assortissait d'aucune obligation de diligence de la part du ministre. Toutefois, une telle obligation existait dans le cas de la décision de mise en œuvre quant à savoir si le ministre pouvait révoquer son autorisation. Je fonde cette obligation existant à première vue sur les notions de lien étroit et de confiance préjudiciable. Je ne peux cependant poursuivre cette analyse sans d'abord me pencher sur la distinction entre une décision de politique et une décision opérationnelle.

Il est bien reconnu en droit que c'est essentiellement au moyen de la distinction entre une décision de politique et une décision opérationnelle que la Cour suprême a tenté d'ériger un cadre analytique permettant de soustraire certaines activités gouvernementales à l'application des principes en matière de négligence. Même s'il est possible d'établir à première vue une obligation de diligence en common law (soit le premier volet de l'analyse en deux étapes énoncée par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns*), c'est seulement lorsque la décision contestée est considérée comme une décision opérationnelle que surgit l'obligation (le deuxième volet de l'analyse). Les décisions de politique sont mises à l'abri des poursuites pour négligence parce que la Couronne «doit pouvoir être

It is common ground that the Minister's decision to authorize the issuance of licences to Comeau was a matter of pure policy. Section 7 of the Act expressly confers on the Minister an "absolute" discretion when it comes to authorizing the issuance of licences. The Supreme Court has stated on numerous occasions that decisions based upon social, political or economic factors will be characterized as true policy decisions. Had the Minister been correct in his interpretation of section 7, there can be no doubt that the revocation decision would have been classified as a policy decision.

Both the decision to authorize the issuance of fishing licences and the decision to withdraw that authorization were based on considerations which typically fall within the policy category. Both decisions were made at the ministerial level. Finally, the magnitude of the decision to withdraw the authorization was as equally significant, if not more so, than the decision to authorize the issuance of the licences in question. That being said, the fact that the Minister lacked the authority to make such a decision did not make it any less a policy one. The act of revoking a policy decision must be viewed as an act of "negation" not of "implementation" as found by the Trial Judge (see reasons of Trial Judge, at page 73). Furthermore, misconstruction of the Act did not convert a policy decision into an operational one. It simply rendered it *ultra vires*.

I recognize that the policy/operational distinction has been subjected to strident criticism, essentially on the ground that this touchstone of liability is fundamentally ambiguous. As Professor Hogg notes: "even operational decisions may have such a heavy policy element that they are also not amenable to judicial evaluation by reference to the negligence standard of reasonable care" (*supra*, at page 124, note 11). In *Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways)*, [1994] 1 S.C.R. 420, Sopinka J. took the opportunity to draw attention to the plethora of academic literature criticizing the distinction as an ineffective and unreliable test for imposing a duty of

libre de gouverner»; *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228, à la page 1239, le juge Cory.

On s'entend sur la nature purement politique de la décision, prise par le ministre, de permettre l'octroi de permis à Comeau. L'article 7 de la Loi confère expressément au ministre un pouvoir discrétionnaire «absolu» de permettre la délivrance de ces permis. La Cour suprême a déclaré maintes fois que les décisions fondées sur des facteurs sociaux, politiques ou économiques peuvent être considérées comme de véritables décisions de politique. Si le ministre avait bien interprété l'article 7, il ne fait aucun doute que la révocation aurait été assimilée à une décision de politique.

La décision de permettre l'octroi de permis de pêche ainsi que la décision de révoquer cette autorisation se fondaient sur des considérations qui entrent généralement dans la catégorie des décisions de politique. Les deux décisions ont été prises par le ministre. Enfin, les conséquences de la décision de révocation étaient tout aussi graves, voire plus, que celles de la décision d'autoriser l'octroi des permis en question. Cela étant dit, le fait que le ministre n'avait pas le pouvoir de prendre une telle décision n'en faisait pas moins une décision de politique. La révocation d'une décision de politique doit être vue comme une mesure «de négation» et non pas de «mise en œuvre», comme l'a estimé le juge de première instance (voir les motifs du juge de première instance, à la page 73). En outre, l'interprétation erronée de la Loi ne fait pas en sorte qu'une décision de politique devienne opérationnelle. Elle la rend simplement *ultra vires*.

Je suis bien conscient que la distinction entre une décision de politique et une décision opérationnelle a fait l'objet de critiques virulentes, surtout en raison du caractère fondamentalement ambigu de ce facteur déterminant de la responsabilité. Comme le souligne le professeur Hogg, [TRADUCTION] «même une décision opérationnelle peut ressembler à une décision de politique à un point tel qu'elle ne peut faire l'objet d'une évaluation judiciaire à la lumière de la norme de diligence raisonnable en matière de négligence» (précité, à la page 124, note 11). Dans *Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)*, [1994] 1 R.C.S. 420, le juge Sopinka en a

care and to suggest that: "the Court may wish to reconsider at some future time the continued usefulness of this test as an exclusive touchstone of liability" (at page 425).

If the policy/operational distinction is not to be the touchstone of liability then what is its replacement? Though criticisms abound, it is the search for a practical and acceptable substitute that has continued to elude commentators. The shortcomings of *Anns* are well known, it's just that the solutions are as flawed as the distinction itself; see Hogg's incisive analysis to this effect (*supra*, at pages 117-118). One solution that has attracted a following requires that the duty issue involve a detrimental reliance analysis which, at first blush, seems ideally suited to the case at bar: see *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 157 C.L.R. 424 (Aust. H.C.); M. K. Woodall, "Private Law Liability of Public Authorities for Negligent Inspection and Regulation" (1992), 37 *McGill L.J.* 83; and *Murphy v. Brentwood DC*, [1990] 2 All ER 908 (H.L.). Others such as Justice Brennan of the High Court of Australia question whether the reliance solution is itself flawed. Writing in the Paisley Lectures, "Liability in Negligence of Public Authorities: The Divergent Views", he posits the following objection (at page 114):

It is one thing for the courts to award damages when a plaintiff has been induced to rely on a public authority's continued and careful exercise of a statutory power; it is another thing to award damages to a plaintiff when the public authority's responsibility consists in its failure to exercise its powers to protect the plaintiff in circumstances where the failure may be likely to cause damage.

The difficulty in applying the policy/operational distinction in cases far removed from the factual context present in *Anns* was recognized by the Judicial Committee of the Privy Council in *Rowling v. Takaro Properties Ltd.*, [1988] A.C. 473. There, the plaintiff claimed that the New Zealand Minister of Finance had been negligent in construing his statutory author-

profité pour attirer l'attention sur l'abondance des ouvrages de doctrine critiquant la distinction du fait qu'elle constituerait un critère inefficace et peu fiable pour justifier l'imposition d'une obligation de diligence. Il propose ce qui suit: «La Cour voudra peut-être examiner à une date ultérieure si ce critère demeure utile comme facteur déterminant exclusif de la responsabilité» (à la page 425).

Si la distinction entre une décision de politique et une décision opérationnelle ne constitue plus le facteur déterminant de la responsabilité, par quoi peut-on la remplacer? Bien que les critiques soient multiples, un substitut pratique et acceptable continue d'échapper aux auteurs. Les lacunes de la décision *Anns* sont bien connues, mais les solutions sont aussi erronées que la distinction elle-même; voir l'analyse pénétrante de Hogg à cet égard (précité, aux pages 117 et 118). Une solution qui a reçu une certaine faveur exige que la question de l'obligation soit décidée en fonction d'une analyse de la confiance préjudiciable qui, à première vue, semble tout à fait idéale en l'espèce; voir *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 157 C.L.R. 424 (H.C. Aust); l'article de M. K. Woodall intitulé «Private Law Liability of Public Authorities for Negligent Inspection and Regulation» (1992), 37 *McGill L.J.* 83, et *Murphy v. Brentwood DC*, [1990] 2 All ER 908 (H.L.). D'autres, comme le juge Brennan de la Haute Cour de l'Australie, se demandent si cette solution n'est pas elle-même entachée d'erreur. Rédigeant pour les Paisley Lectures un article intitulé «Liability in Negligence of Public Authorities: The Divergent Views», il formule l'objection suivante (à la page 114):

[TRADUCTION] C'est une chose pour les tribunaux d'accorder des dommages-intérêts lorsque le demandeur a été incité à se fier à l'exercice continu et prudent d'un pouvoir légal par une autorité publique; c'est une toute autre d'accorder des dommages-intérêts à un demandeur lorsque la responsabilité de l'autorité publique tient à l'omission d'exercer ses pouvoirs en vue de protéger le demandeur dans des circonstances où cette omission peut vraisemblablement causer des dommages.

La difficulté que pose l'application d'une distinction entre une décision de politique et une décision opérationnelle dans des circonstances tout à fait différentes du contexte de la décision *Anns* a été reconnue par le Comité judiciaire du Conseil privé dans la décision *Rowling v. Takaro Properties Ltd.*, [1988] A.C. 473. Dans cette affaire, le demandeur a prétendu

ity when he refused to grant his consent to a foreign investment proposal. As to the policy/operational dichotomy, their Lordships were "inclined" to the prevailing view in the literature that the distinction does not provide a touchstone of liability. They recognized that the Minister's decision to refuse the consent was capable of being described as policy rather than operational in nature. On the other hand, it was felt that the task of construing a statute lent itself toward the latter type of characterization.

Ultimately, all that was decided in *Takaro* was that no negligence on the part of the Minister had been shown. However, the Privy Council did take the opportunity to reformulate the *Anns*' principles. Even in cases where the decision under review is classified as operational and a *prima facie* duty of care can be established, it was suggested that a duty of care would not automatically arise (at page 501). A final determination would be dependent on various pragmatic considerations with a view to eliminating non justiciable cases. It is within this framework that my colleague Stone J.A. has reasoned that Comeau was not owed a duty of care. The adequacy and availability of the remedial option of *mandamus* is said to be a sufficient justification for negating the *prima facie* duty.

I cannot deny that the *Takaro* reformulation of the *Anns*' principles is extremely attractive and may well become part of the Canadian solution; see Hon. J. Sopinka, "The Liability of Public Authorities: Drawing the Line" (1993), 1 *Tort L Rev* 123. However, I am reluctant to pursue that line of analysis in the circumstances of this case. Once the parties agreed to sever the issue of liability from that of damages, it was inevitable that the Trial Judge would be deprived of the opportunity to deal with questions touching on the relevancy and adequacy of existing administrative law remedies. Why is it that Comeau never sought an order of *mandamus*? Does the adequacy of this remedy go to the issue of mitigation (see *Janiak v. Ippolito*, [1985] 1 S.C.R. 146) as opposed to the existence of a duty of care? Such questions were

que le ministre des Finances de la Nouvelle-Zélande avait fait preuve de négligence dans l'interprétation de son pouvoir légal lorsqu'il a refusé de consentir à un projet d'investissement étranger. Quant à la distinction entre une décision de politique et une décision opérationnelle, les lords juges étaient «enclins» à adhérer au point de vue dominant dans la doctrine, à savoir qu'elle ne constitue pas un facteur déterminant de la responsabilité. Ils étaient bien conscients que le refus du consentement par le ministre pouvait être décrit comme une décision politique plutôt qu'une décision opérationnelle. Par ailleurs, ils estimaient que l'interprétation d'une loi relevait davantage d'une décision opérationnelle.

Le Conseil privé a tout simplement décidé, dans l'affaire *Takaro*, qu'aucune négligence de la part du ministre n'avait été établie. Il a toutefois saisi l'occasion de reformuler les principes de l'arrêt *Anns*. Même dans les cas où la décision examinée est jugée de nature opérationnelle et qu'on peut établir l'existence à première vue d'une obligation de diligence, on a proposé que celle-ci ne soit pas automatique (à la page 501). L'issue finale serait tributaire de diverses considérations pragmatiques servant à éliminer les dossiers non justiciables. C'est dans ce contexte que mon collègue, le juge Stone, J.C.A. a statué que Comeau n'était pas visée par une obligation de diligence. Le caractère satisfaisant et la disponibilité d'un recours en *mandamus* étaient considérés comme une justification suffisante pour rejeter l'obligation à première vue.

Je ne peux nier que la reformulation, dans *Takaro*, des principes énoncés dans l'arrêt *Anns* est extrêmement attrayante et pouvait fort bien faire partie de la solution au Canada; voir l'article du juge Sopinka intitulé «The Liability of Public Authorities: Drawing the Line» (1993), 1 *Tort L Rev* 123. Toutefois, je suis réticent à emprunter cette voie d'analyse en l'espèce. Une fois que les parties ont convenu de distinguer la question de la responsabilité de celle des dommages-intérêts, il était inévitable que le juge de première instance serait privé de la possibilité de régler les questions relatives à la pertinence et au caractère satisfaisant des recours offerts en droit administratif. Pourquoi Comeau n'a-t-elle jamais tenté d'obtenir une ordonnance de *mandamus*? Le caractère satisfaisant de ce recours est-il lié à l'obligation d'atténuer

never pursued. This analytical approach is complicated further by the fact that the Trial Judge went on to limit liability to damages flowing from reasonable detrimental reliance—a remedy more compatible with the plea of promissory or equitable estoppel. A claim for loss of profits is as reasonably foreseeable in tort as it is in contract; e.g., *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.). But, as neither party has appealed this aspect of the decision, I feel compelled to focus on the Trial Judge's finding that this is a case of actionable negligence.

In my view, it is unnecessary to abandon the policy/operational distinction as presently applied by the Supreme Court: see *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Just v. British Columbia*, *supra*; *Rothfield v. Manolakos*, [1989] 2 S.C.R. 1259; *Tock v. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 S.C.R. 1181; *Brown v. British Columbia*, *supra*; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 445; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] S.C.J. No. 2 (QL); and *Stewart v. Pettie*, [1995] S.C.J. No. 3 (QL).

As noted earlier, the revocation decision required the Minister to address two questions and arrive at two distinct conclusions. The first question or decision was whether the Minister should revoke the initial authorization. The second question or decision was whether he could, as a matter of law, do so.

The first question is essentially a policy question. The Minister had to decide whether it was in the public interest to revoke the authorization. In so deciding there is no doubt that the Minister would have reasonably foreseen that his revocation decision would

les dommages (voir *Janiak c. Ippolito*, [1985] 1 R.C.S. 146) plutôt qu'à l'obligation de diligence? Ces questions n'ont jamais été débattues. Cette approche analytique se complique d'autant que le juge de première instance a limité la responsabilité aux dommages découlant de la confiance préjudiciable et raisonnable, moyen plus compatible avec l'irrecevabilité fondée sur une promesse ou en *equity*. Une demande présentée au titre d'un manque à gagner est aussi raisonnablement prévisible en matière de responsabilité civile délictuelle que dans le domaine des contrats; voir par exemple *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.). Toutefois, comme ni l'une ni l'autre partie n'a interjeté appel de cet aspect de la décision, je me sens obligé de m'attarder sur la conclusion du juge de première instance, à savoir l'existence d'une négligence pouvant faire l'objet d'une poursuite.

À mon avis, il n'est pas nécessaire d'abandonner la distinction entre une décision de politique et une décision opérationnelle telle qu'elle est actuellement appliquée par la Cour suprême: voir *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et autres*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Just c. Colombie-Britannique*, précitée; *Rothfield c. Manolakos*, [1989] 2 R.C.S. 1259; *Tock c. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 R.C.S. 1181; *Brown c. Colombie-Britannique*, précitée; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 445; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] A.C.S. n° 2 (QL); et *Stewart c. Pettie*, [1995] A.C.S. n° 3 (QL).

Comme je l'ai mentionné plus tôt, le ministre devait appuyer sa décision de révocation sur deux points et arriver à deux conclusions distinctes. Premièrement, il était tenu de se demander s'il y avait lieu de révoquer l'autorisation initiale. Deuxièmement, il devait déterminer s'il pouvait, en droit, le faire.

La première question relève essentiellement de la politique. Le ministre devait en effet décider s'il était dans l'intérêt public de révoquer son autorisation. En parvenant à cette décision, il ne fait aucun doute que le ministre aurait raisonnablement prévu que sa révo-

cause Comeau to suffer a financial loss. The Trial Judge focussed on the failure of the Minister to offer a reasonable justification for reversing his original stance. The Trial Judge found, as a matter of fact, that the Minister knew at the time of the authorization that there would be vocal opposition from the inshore fishermen. The Minister also had before him studies indicating that the granting of offshore licences would not harm the inshore fishery. Bowing to foreseen political pressure, the Minister's *volte-face* was characterized by the Trial Judge in the following manner (at pages 71 and 75 respectively):

It is clear that what was done on behalf of the defendant in this case was erratic public administration which was productive of serious mischief to private entrepreneurs. . . . The evidence presented on behalf of the [Minister] . . . simply did not demonstrate any reasonable justification for first announcing a decision authorizing the issue of the lobster licences to [Comeau] and then the withdrawal of that authorization. . . .

The question remains, however, as to whether this kind of decision-making amounts to actionable negligence. I have concluded that, in the circumstances, it does.

Authorizing the issue of a licence within the licence year in which the announcement was made, and then refusing to issue the licence after an intended licensee has to the knowledge of the Minister undertaken expenditure on the basis of the authorization of his licence, has not been shown to my satisfaction to be a necessary means of exercising the Minister's discretion under section 7.

I fail to see the basis on which it can be said that the Minister was under a legal obligation to allow the financial interests of Comeau to take precedence over what the Minister felt was in the public interest. Nor am I prepared to question the political wisdom, or lack thereof, underlying the revocation decision. Consequently, I am of the respectful view that it is not permissible to consider whether the Minister should have revoked the authorization when evaluating an allegation of negligence. Provided that decision was made in good faith, it is not reviewable by this Court. Whether or not the Minister had the authority to make that decision is another matter.

cation entraînerait une perte financière pour Comeau. Le juge de première instance a mis l'accent sur l'omission, par le ministre, d'offrir une justification raisonnable expliquant qu'il soit revenu sur sa première décision. Il a conclu, dans les faits, que le ministre savait, au moment de l'autorisation, qu'il y aurait une opposition véhémente de la part des pêcheurs côtiers. Le ministre disposait également d'études montrant que l'octroi de permis de pêche en haute mer ne porterait pas préjudice à la pêche côtière. En cédant à des pressions politiques prévisibles, le ministre a fait volte-face et s'est attiré les commentaires suivants du juge de première instance (aux pages 71 et 75, respectivement):

Il est clair qu'en l'espèce, les mesures prises pour le compte de la défenderesse constituaient une gestion capricieuse des affaires publiques, laquelle causait un tort sérieux aux entrepreneurs privés . . . La preuve présentée pour le compte [du ministre] . . . n'a tout simplement pas établi l'existence d'une justification raisonnable, lorsqu'il s'est agi d'annoncer initialement qu'il avait été décidé de permettre l'octroi des permis de pêche du homard à [Comeau], puis de révoquer la permission . . .

Toutefois, il reste à savoir si ce genre de prise de décision équivaut à une négligence ouvrant droit à une poursuite. J'ai conclu qu'en l'occurrence, elle y ouvrirait droit.

On n'a pas montré à ma satisfaction que l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre par l'article 7 autorise celui-ci à permettre l'octroi d'un permis pendant l'année où l'annonce est faite, puis à refuser d'octroyer le permis après qu'un titulaire éventuel a engagé des dépenses en se fondant sur cette annonce, et ce, à la connaissance du ministre.

Je suis incapable de voir sur quelle base on peut conclure que le ministre avait l'obligation légale de permettre aux intérêts financiers de Comeau d'avoir préséance sur ce qui était, de l'avis du ministre, dans l'intérêt public. Je ne suis pas non plus prêt à mettre en doute la sagesse politique, ou l'absence d'une telle sagesse, sous-tendant la révocation. Par conséquent, je suis d'avis qu'il n'est pas permis d'examiner s'il y avait lieu pour le ministre de révoquer l'autorisation lorsqu'on évalue des arguments fondés sur la négligence. Pour autant que la décision a été prise de bonne foi, elle ne peut faire l'objet d'une révision par la Cour. Il en va autrement lorsqu'on cherche à déterminer si le ministre avait le pouvoir de prendre cette décision.

It could be argued that, for the purposes of establishing liability in negligence, it is permissible to examine the reasonableness of the Minister's decision without raising the spectre that an unreasonable exercise of a discretionary power renders an administrative decision *ultra vires*. In my opinion, it is unwise to elevate the "reasonableness" of an administrative decision to the status of a relevant criterion in the assessment of a negligence claim and then weigh that factor against any reliance losses thrust on a plaintiff. The application of negligence principles is difficult enough without injecting another criterion of "reasonableness."

From the foregoing, it follows that the only decision for which the policy/operational distinction can have any application is the decision pertaining to the Minister's statutory authority to revoke the authorization. This case is analogous to those where a building permit is negligently issued by a municipality because of a failure to take reasonable care in ensuring that a development project complies with existing by-laws. While the municipality retains the legal right to revoke the permit, the owner may pursue damages in negligence for any resulting loss. In "wrongful issuance" cases, the impugned decision under review is operational in nature and the same may be said of cases involving "wrongful revocation."

In summary, I am of the opinion that the Minister owed Comeau a duty of care. However, the duty of care was limited to the manner in which the Minister went about deciding whether he had the requisite authority to revoke the authorization. It remains to be decided whether, in so deciding, the Minister breached the requisite standard of care.

NEGLIGENCE

In his reasons, Stone J.A. notes at page 483: "Nothing in the record before us suggests that the Minister even addressed his mind to the construction of the statute, particularly section 7." And at page 484 he concludes that: "the Minister ought to have assured himself that the statute that empowered him to make the first decision empowered him to reverse it. This was not too much to expect." To the extent that these comments may be viewed as sup-

On peut faire valoir, aux fins de l'établissement de la responsabilité découlant de la négligence, qu'il est permis d'examiner le caractère raisonnable de la décision du ministre sans lever le spectre de l'exercice abusif d'un pouvoir discrétionnaire rendant une décision administrative *ultra vires*. Selon moi, il est peu judicieux d'élever le «caractère raisonnable» d'une décision administrative pour en faire un critère pertinent dans l'évaluation d'une demande découlant de la négligence, puis de soupeser ce facteur en fonction des pertes subies par le demandeur après qu'il s'est fié à cette décision. L'application des principes en matière de négligence est déjà assez difficile sans qu'on y ajoute le critère du «caractère raisonnable».

Il s'ensuit que la seule décision où la distinction entre une décision de politique et une décision opérationnelle peut se révéler pertinente tient au pouvoir légal du ministre de révoquer son autorisation. Cette affaire ressemble aux cas où un permis de construction est délivré négligemment par une municipalité qui omet de faire preuve de diligence raisonnable et de s'assurer qu'un projet d'aménagement respecte les règlements en vigueur. Bien que la municipalité conserve le droit légal de révoquer le permis, le propriétaire peut intenter une poursuite en dommages-intérêts au titre de la négligence s'il subit des pertes. Dans les cas de «délivrance fautive», la décision contestée est de nature opérationnelle; il en va de même des cas de «révocation fautive».

En résumé, j'ai la conviction que le ministre avait une obligation de diligence envers Comeau. Toutefois, elle se limitait à la manière dont le ministre a décidé s'il possédait ou non le pouvoir nécessaire pour révoquer l'autorisation. Il reste à déterminer si, en prenant cette décision, le ministre a omis de se conformer à la norme de diligence requise.

LA NÉGLIGENCE

Dans ses motifs, le juge Stone, J.C.A. souligne à la page 483 que «Rien dans le dossier qui nous occupe ici nous porte à croire que le ministre s'est même interrogé sur l'interprétation de la loi, particulièrement de l'article 7». Puis à la page 484, il conclut que «le ministre aurait dû s'assurer que la loi qui lui donnait le pouvoir de prendre sa première décision lui accordait aussi celui de l'infirmer. Il n'était pas exagéré de s'attendre à ce que le ministre prenne une

porting a finding that the Minister negligently misconstrued the Act, I must respectfully disagree.

This is not a case in which it has been alleged that the Minister failed to exercise due care in ascertaining the scope of his authority under section 7 of the Act. Nor did the Trial Judge base his finding of actionable negligence on that ground. On reviewing the pleadings and the transcripts of the trial, it is apparent that this line of argument was never pursued. Indeed, the only reference to negligence in Comeau's pleadings is to a "breach of the defendant's statutory duty thereunder, constituting the tort of negligence" (Appeal Book, at page 10). Whether or not the Minister sought and obtained legal advice and, if not, whether he was under a duty to do so were factual and legal issues never pursued by Comeau. It would, in my opinion, be mischievous to assert that the Minister is under a legal duty to obtain legal advice. That would give rise to the mistaken belief that he was under an obligation to disclose the contents of any legal opinions that he might have received. I wish to make it clear that the onus was not on the Minister to demonstrate that he acted reasonably in formulating his opinion as to his jurisdiction under section 7 of the Act. It is true that the Minister was not called as a witness by the Crown. But that did not deprive Comeau of the opportunity to seek testimony from the Minister relevant to these issues (see *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663], Rule 456 [as am. by SOR/90-846, s. 15]; and *United Terminals Ltd. v. M.N.R.*, [1992] 3 F.C. 302 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused (1993), 147 N.R. 320 (S.C.C.)).

I am not suggesting that the Minister may avoid liability simply by raising the defence of "error of judgment." On the other hand, I agree with Lord Keith in *Takaro* that it may well be a rare case where the plaintiff will be able to establish negligent misconstruction. The complexity of many modern statutes and their susceptibility to differing interpreta-

telle précaution». Dans la mesure où ces commentaires peuvent appuyer la conclusion suivant laquelle le ministre aurait, par négligence, mal interprété la loi, je dois exprimer mon désaccord.

^a Il ne s'agit pas en l'occurrence d'une affaire où l'on reproche au ministre d'avoir omis de faire preuve de diligence raisonnable en établissant avec certitude l'étendue de son pouvoir sous le régime de l'article 7 de la Loi. Le juge de première instance n'a pas non plus conclu à l'existence d'une négligence pouvant faire l'objet d'une poursuite pour ce motif. ^b Lorsqu'on passe en revue les plaidoiries et la transcription de première instance, il est évident que cet argument n'a jamais été invoqué. De fait, la seule mention de la négligence dans les plaidoiries de Comeau est liée [TRADUCTION] «au non-respect, par la défenderesse, de son obligation légale à cet égard, ce ^c qui constitue un délit de négligence» (Dossier d'appel, à la page 10). L'obtention de conseils juridiques par le ministre et, s'il ne l'a pas fait, l'existence d'une obligation visant l'obtention de ces conseils représentent des questions de nature factuelle et juridique qui ^d n'ont jamais été soulevées par Comeau. Il serait erroné, à mon avis, de déclarer que le ministre avait l'obligation légale d'obtenir des conseils juridiques, ce qui ferait croire, à tort, qu'il avait l'obligation de divulguer le contenu des avis juridiques qu'il aurait reçus. Je désire énoncer bien clairement qu'il n'incombait pas au ministre de prouver qu'il avait agi raisonnablement en formulant son opinion sur la compétence dont il est investi par l'article 7 de la Loi. Il est vrai que le ministre n'a pas été convoqué comme ^e témoin par la Couronne, mais ce fait n'a pas privé Comeau de la possibilité d'obtenir le témoignage du ministre sur ces questions (voir les *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663], Règle 456 [mod. par ^f DORS/90-846, art. 15]; et la décision *United Terminals Ltd. c. M.R.N.*, [1992] 3 C.F. 302 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée (1993), 147 N.R. 320 (C.S.C.)). ^g

ⁱ Je ne laisse pas entendre que le ministre peut éviter d'engager sa responsabilité en invoquant simplement une «erreur de jugement». Par ailleurs, je souscris à l'opinion de lord Keith dans l'affaire *Takaro*, selon laquelle il peut être rare qu'un demandeur puisse être en mesure d'établir l'existence d'une interprétation inexacte faite avec négligence. La complexité de bon

tions is a self-evident fact. One can construe a statutory provision carefully and get it wrong or construe it negligently and get it right. Admittedly, it could happen that an administrative decision is made contrary to an express and unambiguous provision of a statute in which case it would not be unreasonable to presume that the decision maker had acted either negligently or in bad faith (with knowledge of excess of jurisdiction); see *Craig, supra*, at pages 423-426. Alternatively, had the Minister persisted with a frivolous argument as to his jurisdiction under section 7, I would have been prepared to consider resting liability on either of these grounds. But that is not the case before us.

Since this is not a case in which it has been alleged or found that the Minister failed to exercise due care in ascertaining the scope of his authority, it is proper to review more fully the basis on which the learned Trial Judge concluded that the Minister's decision to withdraw the authorization constituted actionable negligence. In other words, what was the standard of care required of the Minister and how was that standard breached in the circumstances of this case? At page 72, the Trial Judge concluded:

Second, there was a breach of the requisite standard of care. At least as of January 29, 1988 when the plaintiff advised the Department of Fisheries and Oceans that it was undertaking work to convert vessels for the offshore lobster fishery in order to use the licences, it was perfectly foreseeable that any departure from the line of conduct (i.e. the issue of the licences) previously announced by the Minister on December 29, 1987 would have a harmful effect on the plaintiff.

Strictly speaking, the standard outlined is not dependent on the reasonableness of the revocation decision earlier discussed. The standard can be reduced to the proposition that no reasonable person (Minister) would have revoked the authorization because it was foreseeable that Comeau would suffer a loss. With respect, I do not believe that that analysis accords with negligence principles. If that is to be

nombre de textes législatifs modernes et le fait qu'ils soient susceptibles d'être interprétés de diverses manières n'échappent à personne. On peut interpréter une disposition législative soigneusement et se tromper, ou encore le faire avec négligence et ne pas commettre d'erreur. Il est bien vrai qu'une décision administrative pourrait être prise contrairement à une disposition expresse et sans équivoque d'un texte législatif, auquel cas il ne serait pas déraisonnable de présumer que l'auteur de la décision a agi négligemment ou de mauvaise foi (en sachant qu'il excédait sa compétence); voir *Craig*, précité, aux pages 423 à 426. Subsidiairement, si le ministre avait persisté à invoquer l'argument absurde relatif à sa compétence sous le régime de l'article 7, j'aurais été enclin à conclure à l'existence d'une responsabilité pour l'un ou l'autre de ces motifs. Mais ce n'est pas le cas en l'espèce.

Puisqu'il ne s'agit pas d'un dossier où il a été allégué ou établi que le ministre avait omis de faire preuve de diligence raisonnable en déterminant l'étendue de son pouvoir, il y a lieu d'examiner plus attentivement les motifs qui ont amené le juge de première instance à conclure que la décision de révoquer la permission d'octroyer des permis constituait une négligence pouvant faire l'objet d'une poursuite. En d'autres termes, quelle était la norme de diligence exigée du ministre et comment cette norme a-t-elle été violée dans les circonstances? À la page 72, le juge de première instance tirait la conclusion suivante:

Deuxièmement, le degré requis de négligence n'a pas été respecté. Depuis au moins le 29 janvier 1988, date à laquelle la demanderesse a informé le ministre des Pêches et des Océans qu'elle effectuait des travaux en vue de convertir ses bateaux pour la pêche du homard en haute mer afin d'utiliser les permis, on pouvait certainement prévoir que toute dérogation à la ligne de conduite (c'est-à-dire l'octroi des permis) antérieurement annoncée par le ministre le 29 décembre 1987 causerait préjudice à la demanderesse.

Strictement parlant, la norme soulignée n'est pas tributaire du caractère raisonnable de la révocation dont nous avons déjà parlé. Cette norme peut vouloir dire qu'aucune personne raisonnable (le ministre) n'aurait révoqué l'autorisation parce qu'il était prévisible que Comeau subirait une perte. Je ne crois pas que cette analyse soit en accord avec les principes en matière de négligence. Si l'on doit accepter la véra-

accepted as an accurate statement of the law then it makes no difference whether the Minister actually had the authority to revoke the authorization. In other words, the Minister could not have availed himself of the defence of statutory authority. Indeed, at pages 70-71 and 74 respectively, the Trial Judge so concluded:

Indeed, I am also of the view that even if the revocation of authorization were permitted by statute, it would in these circumstances still constitute the tort of negligence. However, the plaintiff has not so pleaded, its amended statement of claim alleging only that the refusal to issue

... was *ultra vires* Fisheries Act and a breach of the defendant's statutory duty thereunder, constituting the tort of negligence. . . .

Second, even if one accepted the defendant's argument that after authorizing the issue of the licences the Minister retained an absolute discretion to refuse to issue them, I am not satisfied that this would be an obstacle to a plea of simple negligence. The defence of statutory authority has never been absolute. If an agency was given a discretionary power it could not rely on statutory authority as a defence in actions in tort for harm committed in the exercise of that power unless it could show that the interference with private rights complained of was inevitable in the exercise of the power.

While I do not believe that the Minister can be held to a standard of conduct which is different from that imposed on ordinary individuals in the tort context, there are significant differences between ministers of the Crown and ordinary citizens that justify some differences with respect to defences to negligence. The defence of statutory authority is obviously one of those differences. That defence states, generally, that a public body may not be responsible in negligence if it has acted pursuant to a statutory duty or authority, if it can show that the interference of private rights was the inevitable exercise of that power: see *Tock v. St. John's Metropolitan Area Board*, *supra*; and Peter W. Hogg Case Comments, "*Tock v. St. John's Metropolitan Area Board*" (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 589.

I agree that a public authority cannot exercise a statutory discretion absolutely, unless of a policy

cité de cet énoncé du droit, il n'est pas nécessaire de déterminer si le ministre avait réellement le pouvoir de révoquer sa permission. Autrement dit, le ministre n'aurait pu se prévaloir de la défense fondée sur l'autorisation du législateur. Aux pages 71 et 74 respectivement, le juge de première instance statuait comme suit:

De fait, j'estime également que même si la révocation était autorisée par la Loi, un délit de négligence aurait néanmoins été commis en l'occurrence. Toutefois, la demanderesse n'a pas plaidé la chose; dans la nouvelle déclaration, elle s'est contentée d'alléguer que le refus

[TRADUCTION] [constituait] un excès de la compétence conférée par la Loi sur les pêches et [allait] à l'encontre de l'obligation d'origine législative qui incomb[ait] à la défenderesse, ce qui constitu[ait] une négligence . . .

En second lieu, même si l'on retenait l'argument de la défenderesse, à savoir qu'après avoir permis l'octroi des permis, le ministre pouvait encore, à discrétion, refuser de les octroyer, je ne suis pas convaincu que cela ferait obstacle à une plaidoirie de simple négligence. Le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur n'a jamais été absolu. Si un organisme se voyait conférer un pouvoir discrétionnaire, il ne pourrait pas invoquer l'autorisation du législateur comme moyen de défense dans les actions fondées sur un délit découlant du tort causé par suite de l'exercice de ce pouvoir reconnu par la loi à moins qu'il ne puisse montrer qu'en l'exerçant, on portait inévitablement atteinte à des droits privés.

Bien qu'on ne puisse imposer au ministre, à mon avis, une norme de conduite différente de celle qu'on attend des personnes ordinaires dans le contexte de la responsabilité civile délictuelle, il existe d'importantes différences entre les ministres de la Couronne et les citoyens ordinaires qui justifient certaines distinctions sur le plan des moyens de défense en cas de négligence. Le moyen fondé sur l'autorisation du législateur en fait évidemment partie. Cette défense énonce, de manière générale, qu'un organisme public ne peut être tenu responsable en raison de sa négligence s'il a agi conformément à une obligation ou à une autorisation du législateur, lorsqu'il peut établir que l'exercice de ce pouvoir portait inévitablement atteinte à des droits privés: voir *Tock c. St. John's Metropolitan Area Board*, précitée; et les commentaires de Peter W. Hogg sur la jurisprudence dans l'article intitulé «*Tock v. St. John's Metropolitan Area Board*» (1990), 69 *Rev. du Bar. can.* 589.

Je conviens que l'autorité publique ne peut exercer son pouvoir discrétionnaire conféré par le législateur

nature. In this case, the powers of the Minister regarding the issuance of licences are pure policy decisions relating to the management of Canadian fisheries, and it would have been open to the Minister to revoke an authorization within that discretion, had the Act so authorized. Therefore, I cannot agree with the Trial Judge's view that, even if revocation of licences were permitted by statute, such revocation in the circumstances of this case would still constitute negligence. In my view, the Minister could not have been held negligent for exercising a policy discretion that he is authorized to exercise under an Act of Parliament, even in circumstances in which the Minister is advised that a party has relied on previous representations of ministerial discretion. In such cases, any detrimental reliance incurred by a plaintiff would be with full knowledge that the initial authorization could be withdrawn. Such detrimental reliance could not be considered "reasonable."

It may be felt that the comments of the Trial Judge on the matter of statutory authority are *obiter* and, therefore, to be ignored. What cannot be ignored is the fact that the negligence of the Minister still rests on his decision to revoke the authorization in circumstances where Comeau's loss was foreseeable. Foreseeability of loss (damages), however, cannot displace the obligation to establish a breach of the requisite standard of care. It is true that, as the revocation decision has been found *ultra vires*, the defence of statutory authority is not available to the Minister. But to ground liability in this case on the absence of statutory authority and the element of detrimental reliance is to adopt a species of strict liability for public authorities. Such a basis of liability was rejected in *Welbridge Holdings Ltd. v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, *supra*. In effect, the standard of care being proposed is one of statutory correctness.

As trite as it may seem, I think it important to bear in mind that the issuance of licences is the life blood

d'une manière absolue, à moins que le pouvoir en question soit de nature politique. En l'espèce, les pouvoirs du ministre relatifs à la délivrance de permis relèvent uniquement de la politique concernant la gestion des pêches canadiennes, et il aurait été possible pour le ministre de révoquer son autorisation dans le cadre de ce pouvoir discrétionnaire si le législateur le lui avait permis. Par conséquent, je ne peux souscrire à l'opinion du juge de première instance selon laquelle, même si la révocation des permis était autorisée par la loi, cette révocation dans les circonstances de l'espèce constituait quand même de la négligence. À mon sens, le ministre n'aurait pu être jugé négligent d'avoir exercé un pouvoir discrétionnaire relié aux politiques s'il était autorisé à exercer ce pouvoir par une loi du Parlement, même dans les circonstances où il sait qu'une partie se fie aux déclarations antérieures relevant du pouvoir discrétionnaire ministériel. Dans de tels cas, le demandeur s'y serait fié à son détriment en sachant parfaitement bien que l'autorisation initiale pouvait être retirée. Cette confiance préjudiciable ne pourrait être jugée «raisonnable».

On pourrait croire que les commentaires du juge de première instance sur l'autorisation par le législateur représentent des commentaires incidents et, par conséquent, qu'ils peuvent être laissés de côté. Par contre, on ne peut passer outre le fait que la négligence du ministre demeure liée à sa décision de révoquer l'autorisation dans des circonstances où la perte de Comeau était prévisible. Cependant, le caractère prévisible d'une perte (de dommages), ne peut supplanter l'obligation d'établir le non-respect du degré de diligence requis. Il est vrai que, puisque la décision relative à la révocation a été jugée *ultra vires*, le ministre ne peut invoquer la défense fondée sur l'autorisation du législateur. Mais si on fonde la responsabilité en l'espèce sur l'absence d'une autorisation par le législateur et sur la confiance préjudiciable, on impose une forme de responsabilité stricte aux autorités publiques. Or, cette responsabilité a été rejetée dans l'affaire *Welbridge Holdings Ltd. c. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, précitée. On propose plutôt que la norme de diligence soit liée à l'exactitude du texte législatif.

Aussi évident que cela puisse sembler, j'estime qu'il est important de ne pas oublier que la délivrance

of many administrative bureaucracies. It is also foreseeable that once issued, reasonable reliance will be placed on the right to possess such documents and that if wrongfully revoked a licensee will be exposed to economic loss. It is also a common facet of the administrative world that licences will be revoked in circumstances where judicial hindsight deems the revocation decision to have been *ultra vires*. Excess of jurisdiction is as much a problem today as it has been over the last three centuries since the administrative tort of misfeasance in a public office was first conceived. The practical workability of administrative law cannot be entirely displaced by a robust theory of negligence law which allows foreseeability of loss (detrimental reliance/damages) to overtake the need to establish that there has been a breach of the requisite standard of care. In my respectful view, this is one of those economic loss cases where the courts have to be concerned about "liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class", *per* Cardozo J., *Ultramares v. Touche*, 255 N.Y. 170 (App. Div. 1931), at page 179. Obviously, the precedential significance of this case extends far beyond the limits of the offshore lobster fishery.

In my opinion, this is not a case of actionable negligence.

CONCLUSION

I would allow the appeal, set aside the decision of the Trial Division and dismiss the action with costs here and below. I would dispose of the cross-appeal as proposed by my colleague Linden J.A.

de permis constitue la raison d'être d'un bon nombre de bureaucraties. Il est également prévisible qu'une fois les permis octroyés, il sera possible pour le titulaire éventuel de croire raisonnablement qu'il a le droit de posséder ces documents et qu'il sera exposé à une perte financière en cas de révocation injustifiée. Il est aussi courant, dans le domaine administratif, que des permis soient révoqués dans des circonstances où l'évaluation judiciaire présume après coup que la révocation échappait à la compétence de son auteur. L'excès de pouvoir est tout autant un problème aujourd'hui qu'il l'a été au cours des trois derniers siècles depuis la création du délit administratif de l'abus d'autorité dans l'exercice d'une charge publique. La mise en pratique des règles de droit administratif ne peut être entièrement supplantée par une solide théorie du droit de la négligence qui permet que la prévisibilité d'une perte (la confiance préjudiciable et les dommages) ait préséance sur la nécessité d'établir qu'il y a eu manquement à la norme de diligence requise. Je crois qu'il s'agit d'un cas de perte économique où les tribunaux doivent s'interroger sur l'existence d'une [TRADUCTION] «responsabilité pour un montant indéterminé pour un temps indéterminé à l'égard d'une catégorie indéterminée», selon les paroles du juge Cardozo dans l'affaire *Ultramares v. Touche*, 255 N.Y. 170 (App. Div. 1931), à la page 179. De toute évidence, l'importance de cette affaire comme précédent dépasse grandement les limites de la pêche au homard en haute mer.

À mon avis, il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas de négligence pouvant faire l'objet d'une poursuite.

CONCLUSION

Je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler la décision de la Section de première instance et de rejeter l'action avec dépens en l'instance et devant le tribunal inférieur. Je suis d'avis de trancher l'appel incident de la façon proposée par mon collègue, le juge Linden.

T-2531-94

T-2531-94

TNT Canada Inc. (Applicant)**TNT Canada Inc. (requérante)**

v.

c.

Director of Investigation and Research appointed under the *Competition Act* and John A. Olah (Respondents)

Le directeur des enquêtes et recherches nommé en vertu de la *Loi sur la concurrence* et John A. Olah (intimés)

INDEXED AS: TNT CANADA INC. v. CANADA (DIRECTOR OF INVESTIGATION AND RESEARCH) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: TNT CANADA INC. c. CANADA (DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET RECHERCHES) (1^{re} INST.)

Trial Division, Teitelbaum J.—Toronto, January 24 and February 21, 1995; Ottawa, March 16, 1995.

Section de première instance, juge Teitelbaum—Toronto, 24 janvier et 21 février 1995; Ottawa, 16 mars 1995.

Competition — Application to set aside ex parte orders requiring individuals to appear for examination on matters relevant to Competition Act, s. 10 inquiry — Orders made after applicants charged with indictable offences under Act — Under s. 11, once Director of Investigation and Research causing inquiry to be made may apply ex parte for order requiring individual to attend for examination — Inquiry prerequisite to s. 11 examination — Inquiry ends when purpose attained i.e. when sufficient facts determined for Director to refer matter to Attorney General and charges laid — Not continuing until conviction obtained.

Concurrence — Demande en vue d'annuler les ordonnances ex parte enjoignant à certaines personnes de comparaître pour être interrogées sur toute question pertinente quant à une enquête fondée sur l'art. 10 de la Loi sur la concurrence — Les ordonnances ont été rendues après que les requérants ont été accusés d'avoir commis des actes criminels aux termes de la Loi — Selon l'art. 11, une fois que le directeur des enquêtes et recherches a ordonné la tenue d'une enquête, il peut demander une ordonnance ex parte enjoignant à une personne de comparaître pour être interrogée — La tenue d'une enquête est une condition préalable à l'interrogatoire prévu à l'art. 11 — L'enquête prend fin lorsque l'objet est atteint, c'est-à-dire lorsque le directeur a déterminé les faits pertinents qui lui permettent de renvoyer l'affaire au procureur général et que des accusations sont portées — L'enquête ne se poursuit pas jusqu'à l'obtention d'une condamnation.

Practice — Judgments and orders — Reversal or variation — Application to set aside F.C. Judge's ex parte orders requiring individuals to appear for examination on matters relevant to Competition Act, s. 10 inquiry — R. 330 permitting Court to vary, annul any ex parte order — Only F.C. Judge can vary, annul orders herein — Teitelbaum J. having jurisdiction to hear applications as Judge who issued orders and as Judge of Court issuing orders.

Pratique — Jugements et ordonnances — Annulation ou modification — Demande en vue d'annuler les ordonnances ex parte par lesquelles un juge de la C.F. a enjoint à certaines personnes de comparaître pour être interrogées sur toute question pertinente quant à une enquête fondée sur l'art. 10 de la Loi sur la concurrence — La Règle 330 permet à la Cour d'annuler ou de modifier toute ordonnance ex parte — Seul un juge de la C.F. peut modifier ou annuler les ordonnances dont il est question aux présentes — Le juge Teitelbaum a compétence pour entendre les demandes tant comme juge qui a prononcé les ordonnances que comme juge de la Cour qui les a rendues.

Practice — Parties — Standing — Application to set aside ex parte orders requiring individuals to appear for examination on matters relevant to Competition Act, s. 10 inquiry — Applicants not subject to s. 11 examinations — Charged with indictable offences under Act — Admitted that purpose of examinations to obtain information for criminal prosecution — When individual or corporation charged, and persons to be examined in "parallel proceeding", individual or corporation can be irreparably harmed or seriously affected by examinations — Such individual or corporation having standing to bring R. 330 application to review ex parte orders.

Pratique — Parties — Statut — Demande en vue d'annuler des ordonnances ex parte enjoignant à certaines personnes de comparaître pour être interrogées sur toute question pertinente quant à une enquête fondée sur l'art. 10 de la Loi sur la concurrence — Les requérants ne sont pas assujettis aux interrogatoires prévus à l'art. 11 — Les requérants sont accusés d'avoir commis des infractions pénales aux termes de la Loi — Il est admis que l'objet des interrogatoires est d'obtenir des renseignements au sujet des accusations pénales — Lorsqu'un individu ou une personne morale est accusé et que des personnes doivent être interrogées dans une «procédure parallèle» afin de fournir des renseignements, cet individu ou cette personne morale peut être irrémédiablement lésé ou sérieuse-

Judges and courts — Application to set aside ex parte orders requiring individuals to appear for examination on matters relevant to Competition Act, s. 10 inquiry — Judicial review unavailable as neither decision to issue orders nor decision to apply therefor decision of federal board, commission or tribunal — Only F.C. Judge can vary orders — Teitelbaum J. having jurisdiction as Judge who issued orders, Judge of Court issuing orders.

These were applications to set aside or vary *ex parte* orders made by Teitelbaum J. requiring certain individuals to attend for examination on matters relevant to an inquiry under *Competition Act*, section 10 into the sale and supply of pool car freight forwarding and related services. A formal inquiry pursuant to section 8 (now section 10) into the applicants' activities was commenced in 1987, based on allegations that the applicants had entered into an agreement not to undercut each other's prices. Paragraph 45(1)(c) renders it an indictable offence to conspire to prevent or lessen competition unduly in the transportation or supply of a product. In 1989 the Director of Investigation and Research recommended to the Attorney General that charges be laid against the applicants under section 45. In September 1990 and July 1992 charges were laid against the applicants under paragraph 45(1)(c). After a preliminary inquiry, the applicants were committed to stand trial. The *ex parte* application was made and granted thereafter. Under *Federal Court Rule 330* the Court may rescind any *ex parte* order.

The Director argued that the applicants did not have standing because they were not directly affected by the decision to seek *ex parte* orders which, he submitted, could only affect the persons ordered to be examined under oath. The applicants, who are the accused in the criminal proceedings, submitted that they could be adversely affected by the outcome of the examinations of the persons for whom the *ex parte* orders issued because the matters as to which the witnesses would be examined went directly to the Crown's case at the criminal trial.

The issues were whether the Court could entertain the motions to set aside the *ex parte* orders under Rule 330 or the inherent jurisdiction of the Court; whether the applicants, who were not subject to the section 11 examinations, had standing to bring an application pursuant to Rule 330; whether there was an ongoing "inquiry" commenced pursuant to *Competition Act*, section 10 when the *ex parte* orders were issued; and,

ment touché par les interrogatoires — Cet individu ou cette personne morale a donc le statut nécessaire pour présenter une demande fondée sur la Règle 330 en vue de faire réviser les ordonnances ex parte.

Juges et tribunaux — Demande en vue d'annuler des ordonnances ex parte enjoignant à certaines personnes de comparaître pour être interrogées sur toute question pertinente quant à une enquête fondée sur l'art. 10 de la Loi sur la concurrence — Le contrôle judiciaire n'est pas un recours disponible, parce que la délivrance des ordonnances et la présentation de la demande en vue de les obtenir ne découlent pas de décisions rendues par un office fédéral — Seul un juge de la C.F. peut modifier des ordonnances — Le juge Teitelbaum a compétence tant comme juge qui a prononcé les ordonnances que comme juge de la Cour qui les a rendues.

Il s'agit de demandes en vue d'annuler des ordonnances *ex parte* par lesquelles le juge Teitelbaum a enjoint à certaines personnes de comparaître pour être interrogées sur toute question pertinente quant à une enquête fondée sur l'article 10 de la *Loi sur la concurrence* au sujet de la vente et la fourniture de services de groupement de marchandises et de services connexes. Une enquête officielle a été entreprise conformément à l'article 8 (maintenant l'article 10) au sujet des activités des requérants, sur la foi d'allégations selon lesquelles ceux-ci s'étaient entendus pour ne pas fixer des prix inférieurs à ceux que chacun d'eux exige. Selon l'alinéa 45(1)c), toute personne qui complotte avec une autre personne pour empêcher ou pour réduire indûment la concurrence dans le transport ou la fourniture d'un produit commet un acte criminel. En 1989, le directeur des enquêtes et recherches a recommandé au procureur général du Canada de porter des accusations contre les requérants sous le régime de l'article 45 de la *Loi*. En septembre 1990 et juillet 1992, des accusations fondées sur l'alinéa 45(1)c) ont été portées contre les requérants. Après l'enquête préliminaire, les requérants ont été renvoyés pour subir leur procès. La demande *ex parte* a été présentée et accordée par la suite. Selon la Règle 330 des *Règles de la Cour fédérale*, la Cour peut annuler toute ordonnance *ex parte*.

Le directeur a soutenu que les requérants n'avaient pas le statut nécessaire, parce qu'ils ne sont pas directement touchés par la décision par laquelle le directeur a demandé la délivrance des ordonnances *ex parte* qui, selon lui, peuvent toucher uniquement les personnes dont l'interrogatoire sous serment est ordonné. Les requérants, qui font l'objet d'accusations pénales, soutiennent qu'ils pourraient être directement touchés par le résultat des interrogatoires des personnes visées par les ordonnances *ex parte*, parce que les questions au sujet desquelles les témoins seraient interrogés concernent directement la preuve que Sa Majesté veut établir au procès criminel.

Les questions à trancher étaient celles de savoir si la Cour avait la compétence voulue pour examiner les requêtes en vue d'annuler les ordonnances *ex parte* en vertu de la Règle 330 ou de la compétence inhérente dont elle est investie, si les requérants, qui n'étaient pas visés par les interrogatoires prévus à l'article 11, avaient le statut nécessaire pour présenter une demande conformément à la Règle 330, si une enquête entre-

whether an inquiry commenced pursuant to section 10 continues after criminal charges have been brought by the Attorney General.

Held, the applications should be allowed.

Only a Judge of the Federal Court can vary or annul the *ex parte* orders. Teitelbaum J. had the jurisdiction to hear the applications both as the Judge who issued the orders under review, and as a Judge of the Court that issued the orders. The applicants could not proceed by way of judicial review in that the decision to issue the orders was not made by a federal board, commission or other tribunal, as required by *Federal Court Act*, subsection 18.1, but by a judge having superior court jurisdiction. Furthermore, neither the Director's application for the issuance of the *ex parte* orders nor the "decision" to make the application were "a decision" subject to judicial review as a "decision issued by a federal board, commission or other tribunal". The latter was an administrative act.

The applicants had standing to bring the application for review. It was admitted by the Director that the purpose of these section 11 examinations was to obtain information concerning the pending criminal charges, indictable offences which can have serious effects. When an individual or corporation is charged and persons are to be examined in a "parallel proceeding" to obtain information concerning those charges, that individual or corporation can be irreparably harmed, or at least could be seriously affected by, the examinations. Such an individual or corporation would have standing to bring a Rule 330 application for a review of *ex parte* orders issued by that Court. The persons to be examined are being called upon to give answers under oath about possible crimes committed by the applicants. The applicants have a direct interest in the section 11 examination and may be directly affected thereby.

When the *ex parte* orders were issued the Court did not have jurisdiction to make them as there was no ongoing inquiry pursuant to section 10. Under section 10, the Director is to cause an inquiry to be made whenever he believes, on reasonable grounds, that an offence under Part VI or VII has been or is about to be committed. The reason to "cause an inquiry to be made" is to determine whether an offence under section 45 has taken place. Once the Director causes an inquiry to be made, pursuant to section 11, he may make an *ex parte* application, affirming that an inquiry is being made under section 10, for an order requiring a person to attend for examination under oath regarding information that he may have that would be relevant to the inquiry. There must be an inquiry as a prerequisite to a section 11 examination.

prise aux termes de l'article 10 de la *Loi sur la concurrence* était menée lorsque les ordonnances *ex parte* ont été rendues et si l'enquête entreprise sous le régime de l'article 10 se poursuit une fois que des accusations pénales ont été portées par le procureur général.

Jugement: les demandes sont accueillies.

Seul un juge de la Cour fédérale peut modifier ou annuler les ordonnances *ex parte*. Le juge Teitelbaum avait la compétence voulue pour entendre les demandes, tant comme juge qui a prononcé les ordonnances devant être révisées que comme juge de la Cour qui a rendu les ordonnances. Les requérants ne pouvaient présenter une demande de contrôle judiciaire, car la décision de rendre les ordonnances n'a pas été prise par un office fédéral au sens du paragraphe 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, mais plutôt par un juge investi de la compétence d'un tribunal supérieur. En outre, ni la demande du directeur en vue d'obtenir la délivrance des ordonnances *ex parte* non plus que la «décision» de présenter la demande ne constituaient une «décision» assujettie au contrôle judiciaire à titre de «décision rendue par un office fédéral». Cette dernière décision était plutôt un acte administratif.

Les requérants avaient le statut nécessaire pour présenter la demande de révision. Le directeur a admis que l'objet des interrogatoires prévus à l'article 11 est d'obtenir des renseignements au sujet des accusations pénales actuellement en cours, lesquelles accusations concernent des actes criminels qui peuvent avoir des conséquences très graves. Lorsqu'un individu ou une personne morale est accusé et que des personnes doivent être interrogées dans une «procédure parallèle» afin de fournir des renseignements concernant ces accusations, cet individu ou cette personne morale peut être irrémédiablement lésé ou, à tout le moins, sérieusement touché par les interrogatoires. Cet individu ou cette personne morale aurait le statut nécessaire pour présenter une demande fondée sur la Règle 330 en vue de faire réviser les ordonnances *ex parte* rendues par cette Cour. Les personnes devant être interrogées sont appelées à répondre sous serment à des questions concernant des crimes que les requérants pourraient avoir commis. L'interrogatoire en question touche directement les requérants et peut avoir des conséquences directes pour eux.

Lorsque les ordonnances *ex parte* ont été prononcées, la Cour n'avait pas la compétence voulue pour les rendre, parce qu'aucune enquête visée par l'article 10 n'était menée. Selon l'article 10, le directeur doit demander la tenue d'une enquête lorsqu'il a des motifs raisonnables de croire qu'une infraction visée à la partie VI ou VII a été ou est sur le point d'être perpétrée. Le but de l'enquête est de savoir si une infraction visée à l'article 45 a été commise. Lorsque le directeur ordonne qu'une enquête soit menée, il peut, conformément à l'article 11, présenter une demande *ex parte* dans laquelle il atteste qu'une enquête est menée en application de l'article 10 et demande une ordonnance enjoignant à une personne de comparaître pour être interrogée sous serment afin de fournir les renseignements qu'elle pourrait avoir au sujet de l'enquête. Pour qu'un interrogatoire prévu à l'article 11 ait lieu, une enquête doit être menée.

An inquiry ends when the purpose of the inquiry has been attained i.e. when the Director has determined sufficient relevant facts to refer the matter to the Attorney General and the Attorney General brings charges against the individuals or corporations who were the subject of the section 10 inquiry pursuant to subsection 45(1). Here the "inquiry" ended when the Attorney General brought charges against the applicants. It does not continue until a conviction is obtained. The Director may continue the inquiry after referring the matter to the Attorney General in order to get additional evidence, but once criminal charges are brought, control of the proceedings, including, if necessary, further prosecutorial work is the responsibility of the Attorney General and it is the Attorney General who has carriage of the proceedings before the criminal court. Once criminal charges are brought, the Director's role continues in his capacity as an enforcement official. This does not include the power to hold hearings under section 11 nor to obtain warrants under section 15.

Une enquête prend fin lorsque son objet a été atteint, c'est-à-dire lorsque le directeur estime qu'il a déterminé les faits pertinents qui lui permettent de renvoyer l'affaire au procureur général et que celui-ci porte des accusations contre les individus ou personnes morales qui faisaient l'objet de l'enquête fondée sur l'article 10 conformément au paragraphe 45(1). L'«enquête» en l'espèce a pris fin lorsque le procureur général a porté des accusations contre les requérants. L'enquête ne se poursuit pas jusqu'à ce qu'une condamnation soit obtenue. Le directeur peut poursuivre l'enquête après avoir renvoyé l'affaire au procureur général afin d'obtenir des éléments de preuve supplémentaires; cependant, une fois que des accusations pénales sont portées, les fonctions que le directeur exerce sont des fonctions liées à l'exécution. Ces fonctions ne comprennent pas le pouvoir de tenir des audiences aux termes de l'article 11 ou d'obtenir des mandats en application de l'article 15.

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].

Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19), ss. 10 (as am. *idem*, s. 23), 11 (as am. *idem*, s. 24), 12 (as am. *idem*), 13 (as am. *idem*), 15 (as am. *idem*) 45 (as am. *idem*, s. 30).

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 324, 330 (as am. by SOR/79-58, s. 1).

LOIS ET RÈGLEMENTS

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

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19), art. 10 (mod., *idem*, art. 23), 11 (mod., *idem*, art. 24), 12 (mod., *idem*), 13 (mod., *idem*), 15 (mod., *idem*), 45 (mod., *idem*, art. 30).

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 324, 330 (mod. par DORS/79-58, art. 1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. v. R.J.S., [1995] S.C.J. No. 10 (QL); *Wilson v. R.*, [1983] 2 S.C.R. 594; (1983), 4 D.L.R. (4th) 577; [1984] 1 W.W.R. 481; 26 Man. R. (2d) 194; 9 C.C.C. (3d) 97; 37 C.R. (3d) 97; 51 N.R. 321.

REFERRED TO:

May and Baker (Canada) Ltd. v. The Oak, [1979] 1 F.C. 401; (1978), 89 D.L.R. (3d) 692; 22 N.R. 214 (C.A.).

APPLICATIONS to set aside *ex parte* orders requiring certain individuals to attend for examination on matters relevant to a *Competition Act*, section 10 inquiry made after the applicants had been charged with indictable offences under section 45. Applications allowed.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

R. c. R.J.S., [1995] A.C.S. n° 10 (QL); *Wilson c. R.*, [1983] 2 R.C.S. 594; (1983), 4 D.L.R. (4th) 577; [1984] 1 W.W.R. 481; 26 Man. R. (2d) 194; 9 C.C.C. (3d) 97; 37 C.R. (3d) 97; 51 N.R. 321.

DÉCISION CITÉE:

May and Baker (Canada) Ltée. c. L'Oak, [1979] 1 C.F. 401; (1978), 89 D.L.R. (3d) 692; 22 N.R. 214 (C.A.).

DEMANDES d'annulation d'ordonnances *ex parte* enjoignant à certaines personnes de comparaître pour être interrogées sur toute question pertinente quant à une enquête fondée sur l'article 10 de la *Loi sur la concurrence*. Ces ordonnances avaient été rendues après que les requérants ont été accusés d'avoir commis des actes criminels visés par l'article 45. Demandes accueillies.

COUNSEL:

John B. Laskin for applicant TNT Canada Inc.

Robyn M. Bell for applicant Consolidated Fastfrate Transport Inc.

Donald S. Affleck, Q.C. for applicants Cottrell Transport Inc., Larry Wilson and David Trudeau.

John M. Hovland and *Claire Kennedy* for applicant Northern Pool Express (Trans Western Express).

Michael R. Dambrot, Q.C. for respondents.

SOLICITORS:

Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto, for applicant TNT Canada Inc.

Davies, Ward & Beck, Toronto, for applicant Consolidated Fastfrate Transport Inc.

Kelley Affleck Greene, Toronto, for applicants Cottrell Transport Inc., Larry Wilson and David Trudeau.

Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto, for applicant Northern Pool Express (Trans Western Express).

Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for order rendered in English by

TEITELBAUM J.: These reasons shall apply to the case of *TNT Canada Inc. v. Director of Investigation and Research Appointed under the Competition Act and John A. Olah*, T-2531-94, to the case of *Consolidated Fastfrate Transport Inc. v. Director of Investigation and Research Appointed under the Competition Act and John A. Olah*, T-2581-94, to the case of *Cottrell Transport Inc., Larry J. Wilson and David L. Trudeau v. Director of Investigation and Research Appointed under the Competition Act and John A. Olah*, T-2600-94 and *Northern Pool Express Ltd. doing business as Trans Western Express v. Director of Investigation and Research Appointed under the Competition Act and John A. Olah*, T-2608-94.

On the 22nd of September 1994, pursuant to a Rule 324 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] *ex parte* application, I issued six orders for the attend-

AVOCATS:

John B. Laskin pour la requérante TNT Canada Inc.

Bobyn M. Bell pour la requérante Consolidated Fastfrate Transport Inc.

Donald S. Affleck, c.r. pour les requérants Cottrell Transport Inc., Larry Wilson et David Trudeau.

John M. Hovland et *Claire Kennedy* pour la requérante Northern Pool Express (Trans Western Express).

Michael R. Dambrot, c.r. pour les intimés.

PROCUREURS:

Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto, pour la requérante TNT Canada Inc.

Davies, Ward & Beck, Toronto, pour la requérante Consolidated Fastfrate Transport Inc.

Kelley Affleck Greene, Toronto, pour les requérants Cottrell Transport Inc., Larry Wilson et David Trudeau.

Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto, pour la requérante Northern Pool Express (Trans Western Express).

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 TEITELBAUM: Les présents motifs s'appliquent à l'affaire *TNT Canada Inc. c. Directeur des enquêtes et recherches nommé en vertu de la Loi sur la concurrence et John A. Olah*, T-2531-94, à l'affaire *Consolidated Fastfrate Transport Inc. c. Directeur des enquêtes et recherches nommé en vertu de la Loi sur la concurrence et John A. Olah*, T-2581-94, à l'affaire *Cottrell Transport Inc., Larry J. Wilson et David L. Trudeau c. Directeur des enquêtes et recherches nommé en vertu de la Loi sur la concurrence et John A. Olah*, T-2600-94 et à l'affaire *Northern Pool Express Ltd., faisant affaires sous le nom de Trans Western Express c. Directeur des enquêtes et recherches nommé en vertu de la Loi sur la concurrence et John A. Olah*, T-2608-94.

Le 22 septembre 1994, conformément à une demande *ex parte* fondée sur la Règle 324 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663], j'ai rendu six

ance and examination of Peter Dockalek, Robert Stanley, Danny Swail, Bryan Swail, Hank Russelle and Donald Clarke to attend before John A. Olah on October 3, 1994 “to be examined on oath or affirmation on any matters relevant to the above noted Inquiry.”

The “above noted Inquiry” refers to an inquiry under section 10 of the *Competition Act* [R.S.C., 1985, c. C-34 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.)), c. 19, ss. 19, 23] (Act), into the sale and supply of pool car freight forwarding and related services.

The orders were issued by me on the 22nd of September 1994 as I was satisfied, from the evidence that was placed before me, that the requirements of paragraph 11(1)(a) [as am. *idem*, s. 24] and subsection 13(1) [as am. *idem*] of the *Competition Act* had been satisfied and that an inquiry had been commenced in 1987 pursuant to section 10 of the Act.

As a result of my issuing the above orders for attendance and examination, the present applicants, TNT Canada Inc. (TNT), Consolidated Fastfrate Transport Inc. (Consolidated), Cottrell Transport Inc., Larry J. Wilson and David L. Trudeau (Cottrell) and Northern Pool Express Ltd. (Trans Western) filed originating notices of motion for the purpose of obtaining an order:

- (a) declaring s.s. 11(1)(a) of the *Competition Act* to be of no force or effect insofar as they purport to authorize the respondent the Director of Investigation and Research appointed under the *Competition Act* (the “Director”) to apply for orders requiring the attendance of persons to be examined before a presiding officer after charges have been laid against the person whose conduct is to be the subject of the examinations and after a preliminary inquiry has been held in respect of the charges and a committal for trial has been ordered;
- (b) declaring that the Director was without jurisdiction or authority to bring the application brought *ex parte* on September 19, 1994 for orders under s.s. 11(1)(a) and 13(1) of the *Competition Act* appointing a presiding officer and requiring the attendance of six persons to be examined before the presiding officer;

ordonnances enjoignant à Peter Dockalek, Robert Stanley, Danny Swail, Bryan Swail, Hank Russelle et Donald Clarke de se présenter devant John A. Olah le 3 octobre 1994 [TRADUCTION] «pour être interrogés sous serment ou affirmation solennelle sur toute question pertinente quant à l’enquête susmentionnée».

L’«enquête susmentionnée» renvoie à une enquête fondée sur l’article 10 de la *Loi sur la concurrence* [L.R.C. (1985), ch. C-34 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19, 23)] (Loi) au sujet de la vente et de la fourniture de services de groupement de marchandises et de services connexes.

J’ai rendu les ordonnances en question le 22 septembre 1994 parce que j’étais convaincu, sur la foi de la preuve dont j’étais saisi, que les exigences de l’alinéa 11(1)a [mod., *idem*, art. 24] et du paragraphe 13(1) [mod., *idem*] de la *Loi sur la concurrence* avaient été respectées et qu’une enquête avait été entreprise en 1987 conformément à l’article 10 de la Loi.

Par suite des ordonnances susmentionnées que j’ai rendues, les requérants en l’espèce, TNT Canada Inc. (TNT), Consolidated Fastfrate Transport Inc. (Consolidated), Cottrell Transport Inc., Larry J. Wilson et David L. Trudeau (Cottrell) ainsi que Northern Pool Express Ltd. (Trans Western) ont déposé des avis de requête introductive d’instance en vue d’obtenir une ordonnance:

- [TRADUCTION] a) déclarant l’alinéa 11(1)a de la *Loi sur la concurrence* nul et non avenue, dans la mesure où il autoriserait l’intimé, le directeur des enquêtes et recherches nommé en vertu de la *Loi sur la concurrence* (le «directeur»), à demander des ordonnances enjoignant à certaines personnes de comparaître afin d’être interrogées devant un fonctionnaire d’instruction après que des accusations ont été portées contre la personne dont la conduite doit faire l’objet des interrogatoires, qu’une enquête préliminaire a été tenue à l’égard des accusations et qu’un renvoi à procès a été ordonné;
- b) déclarant que le directeur n’avait pas la compétence ou l’autorisation nécessaire pour présenter la demande *ex parte* le 19 septembre 1994 en vue d’obtenir des ordonnances fondées sur l’alinéa 11(1)a et le paragraphe 13(1) de la *Loi sur la concurrence* afin de désigner un fonctionnaire d’instruction et d’exiger la présence de six personnes aux fins d’un interrogatoire devant le fonctionnaire en question;

- (c) restraining the respondent John A. Olah (Olah), who was appointed as a presiding officer by the *ex parte* orders issued by the Honourable Mr. Justice Teitelbaum on September 22, 1994 on the application of a representative of the Director (the "orders"), from proceeding with or conducting any examinations pursuant to the orders;
- (d) declaring that the conduct of examinations pursuant to the orders would infringe TNT's rights under s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the "Charter"); and
- (e) setting aside the orders;
- or such other order as may seem just.

The application is based on the following grounds, as stated in the TNT notice of motion:

- (a) that the conduct of examinations pursuant to ss. 11(1)(a) and 13(1) of the *Competition Act* after charges have been laid against the person whose conduct is to be the subject of the examinations and after a preliminary inquiry has been held in respect of the charges and a committal for trial has been ordered would be inconsistent with ss. 7 and 11(d) of the Charter;
- (b) that there was at the time the orders were applied for no inquiry being made under s. 10 of the *Competition Act* in respect of which an application for the orders could have been brought;
- (c) that the application for the orders was not made for a purpose authorized by the *Competition Act*, and constituted an abuse of process;
- (d) that, in his *ex parte* application for the orders and in his information on oath, the applicant for the orders failed to disclose material facts relevant to the exercise of the discretion of the Court whether to grant the orders;
- (e) that, if all relevant facts had been disclosed, there would have been no basis for the granting of the orders;
- (f) that the conduct of the examinations applied for by the Director would, having regard to the fact that the application for the orders was made:
- some four years after charges of conspiracy under s. 45 of the *Competition Act* were laid against TNT and four other corporations based on the conclusions of the inquiry in respect of which the application was ostensibly brought;
 - some four months after the corporations (together with five individuals charged subsequently) were committed for trial on these charges at the conclusion of the preliminary inquiry;
 - some three months after the arraignment on these charges; and
 - some three and one-half months before the trial of TNT and the corporations is scheduled to begin;

- c) interdisant à l'intimé John A. Olah (Olah), qui a été désigné dans les ordonnances *ex parte* rendues par l'honorable juge Teitelbaum le 22 septembre 1994 au sujet de la demande présentée par un représentant du directeur (les «ordonnances»), de mener ou de poursuivre des interrogatoires conformément aux ordonnances;
- d) déclarant que les interrogatoires qui seraient menés conformément aux ordonnances violeraient les droits de TNT qui sont prévus à l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la «Charte»);
- e) annulant les ordonnances;
- ou toute autre ordonnance appropriée.

La demande est fondée sur les motifs suivants, qui sont énoncés dans l'avis de requête de TNT:

- [TRADUCTION] a) Le déroulement des interrogatoires conformément à l'alinéa 11(1)a) et au paragraphe 13(1) de la *Loi sur la concurrence*, après que des accusations ont été portées contre la personne dont la conduite doit faire l'objet de l'interrogatoire, qu'une enquête préliminaire a été tenue au sujet des accusations et qu'un renvoi à procès a été ordonné, serait incompatible avec l'article 7 et l'alinéa 11d) de la Charte;
- b) à la date à laquelle les ordonnances ont été demandées, aucune enquête les concernant n'était menée en application de l'article 10 de la *Loi sur la concurrence*;
- c) la demande visant à obtenir les ordonnances n'a pas été présentée dans un but autorisé par la *Loi sur la concurrence* et constituait un recours abusif;
- d) dans sa demande *ex parte* visant à obtenir les ordonnances et dans sa déclaration sous serment, le requérant a omis de révéler des faits importants qui concernent l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour en ce qui a trait à l'octroi des ordonnances;
- e) si tous les faits pertinents avaient été révélés, aucun motif justifiant l'octroi des ordonnances n'aurait existé;
- f) la tenue des interrogatoires demandés par le directeur violerait les droits de TNT qui sont garantis par l'alinéa 11d) de la Charte, la demande visant à obtenir les ordonnances ayant été présentée
- environ quatre ans après que des accusations de complot sous le régime de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence* ont été portées contre TNT et quatre autres sociétés sur la foi des conclusions de l'enquête qui est manifestement visée par la demande;
 - environ quatre mois après que les sociétés (ainsi que cinq personnes subséquentement accusées) ont été renvoyées pour subir leur procès au sujet de ces accusations à la fin de l'enquête préliminaire;
 - environ trois mois après la lecture des accusations en question;
 - environ trois mois et demi avant la date à laquelle le procès de TNT et des sociétés doit débiter;

infringe TNT's rights guaranteed by s. 11(d) of the Charter; and

(g) such other grounds as counsel may advise;

When the *ex parte* Rule 324 application was placed before me on or about September 22, 1994, an affidavit of David M. Gilkes entitled "Information to obtain Orders for the Attendance and Examination of Certain Persons" dated September 19, 1994 accompanied the *ex parte* application (see Tab 5 of Application Record). David M. Gilkes is an authorized representative of the Director of Investigation & Research under the Act.

I do not intend to repeat in this decision what Mr. Gilkes gives as background information as the document contains 40 paragraphs and speaks for itself.

The "information document" speaks of "the inquiry" information that he (Gilkes) was able to obtain concerning the applicants, information concerning the Pool Car Freight Forwarding Industry and information concerning an "agreement" involving the applicants.

Mr. Gilkes also states, in the information document, that the persons to be examined, under oath, "have or are likely to have information relevant to this inquiry." "This inquiry" being the one hereinabove stated as having commenced in 1987 and as being pursuant to section 10 of the Act involving the sale and supply of pool car freight forwarding and related services.

It was as a result of the information given by Mr. Gilkes that I issued the *ex parte* orders. Mr. Gilkes informed me, as it relates to "the inquiry," in paragraphs 2 to 7 of his information document, the following:

2. On April 7, 1987, the Director of Investigation and Research (the "Director"), caused an inquiry to be made, pursuant to section 8 (now section 10), of the Act, into the activities of Clarke Transport Canada Inc., Consolidated Fastfrate Transport Inc., Cottrell Transport Inc., SSF Distribution Inc.—Distribution SSF Inc., TNT Canada Inc. doing business as TNT Railfast, Northern Pool Express Ltd. doing business as Trans Western Express, and Westway Forwarding Limited, based on reasonable grounds that an offence contrary to section 45(1)(c)

g) tout autre motif que l'avocat juge pertinent.

Lorsque j'ai été saisi de la demande *ex parte* fondée sur la Règle 324 vers le 22 septembre 1994, un affidavit de David M. Gilkes intitulé [TRADUCTION] «Document d'information en vue d'obtenir des ordonnances enjoignant à certaines personnes de comparaître pour être interrogées», en date du 19 septembre 1994, y était joint (voir l'onglet 5 du dossier de la demande). David M. Gilkes est un représentant autorisé du directeur des enquêtes et recherches aux termes de la Loi.

Je n'ai pas l'intention de répéter dans la présente décision les renseignements que M. Gilkes a fournis dans ce document, car celui-ci comporte 40 paragraphes et est clair en soi.

Le «document d'information» renferme des renseignements relatifs à «l'enquête» que Gilkes a pu obtenir au sujet des requérants, des renseignements concernant l'industrie du groupement de marchandises et des renseignements se rapportant à une entente touchant les requérants.

M. Gilkes déclare également dans le document d'information que les personnes devant être interrogées sous serment [TRADUCTION] «possèdent ou sont susceptibles de posséder des renseignements pertinents quant à la présente enquête». «La présente enquête» est celle qui est mentionnée ci-dessus, qui a débuté en 1987 et qui est fondée sur l'article 10 de la Loi; elle concerne la vente et la fourniture de services de groupement de marchandises et de services connexes.

C'est à la suite des renseignements fournis par M. Gilkes que j'ai rendu les ordonnances *ex parte*. Dans les paragraphes 2 à 7 de son document d'information, M. Gilkes m'a fourni les renseignements suivants au sujet de «l'enquête»:

2. Le 7 avril 1987, le directeur des enquêtes et recherches (le «directeur») a ordonné la tenue d'une enquête, conformément à l'article 8 (maintenant l'article 10) de la Loi, au sujet des activités de Clarke Transport Canada Inc., Consolidated Fastfrate Transport Inc., Cottrell Transport Inc., SSF Distribution Inc.—Distribution SSF Inc., TNT Canada Inc., faisant affaires sous le nom de TNT Railfast, Northern Pool Express Ltd., faisant affaires sous le nom de Trans Western Express, et Westway Forwarding Limited, ayant des motifs rai-

of the *Competition Act* has been committed by the pool car freight forwarding companies.

3. It was alleged that the companies named in paragraph 2 entered into an agreement in which they would not undercut each other's prices. This was facilitated through the exchange of rate information at regularly scheduled meetings.

4. On May 1, 1987 Mr. Justice Rosenberg of the Supreme Court of Ontario, as it was then known, issued warrants to search and seize pursuant to section 13 (now section 15) of the Act. Searches were conducted between May 5 and May 15, 1987, inclusive, and a total of 51,175 documents were seized from 14 premises.

5. On September 24, 1990, charges were laid under section 45(1)(c) of the *Competition Act* against Clarke Transport Canada Inc., Consolidated Fastfrate Transport Inc., Cottrell Transport Inc., Northern Pool Express Ltd. d/b/a Trans Western Express, and TNT Canada Inc. d/b/a TNT Railfast. A copy of the Information is attached hereto as Exhibit "A".

6. On July 16, 1992, charges under section 45(1)(c) of the Act were laid against Larry Wilson, David Trudeau, Graham Muirhead, Al Lajoie, Donald Freeman and Ed Pequenezza, in relation to the same matter. Mr. Pequenezza was diagnosed with terminal cancer and charges were withdrawn on May 31, 1993 (he passed away in October 1993). A copy of the Information is attached hereto as Exhibit "B".

7. The preliminary hearing for the ten accused commenced on February 7, 1994. On May 25, 1994 Mr. Justice Pickett of the Ontario Court (Provincial Division) committed all of the accused to stand trial. The accused were to be arraigned on June 24, 1994 and the trial against the corporate accused is scheduled to start on January 9, 1995.

It is important to note that the *ex parte* request made to me on or about September 22, 1994 was made after criminal charges had been filed against the applicants, after a preliminary inquiry had been held and after the applicants had been committed to trial. The trial on the criminal charges against the corporate applicants is scheduled to proceed in March 1995.

The issues to be determined can be gleaned from the grounds listed by the applicants in their application.

1) Can the Director conduct examinations pursuant to section 10, paragraph 11(1)(a) and subsection 13(1) of the Act after criminal charges have been proceeded with against the person(s) whose conduct is to

sonnables de croire qu'une infraction prévue à l'alinéa 45(1)c) de la *Loi sur la concurrence* avait été commise par les entreprises spécialisées en groupement de marchandises.

3. Les sociétés nommées au paragraphe 2 auraient conclu une entente par laquelle elles auraient convenu de ne pas abaisser leurs prix par rapport à ceux des autres parties à l'entente. Cette entente a été facilitée par l'échange de renseignements sur les taux au cours de réunions régulières.

4. Le 1^{er} mai 1987, le juge Rosenberg, de la Cour suprême de l'Ontario, a délivré des mandats de saisie et de perquisition conformément à l'article 13 (maintenant l'article 15) de la Loi. Des perquisitions ont été menées entre le 5 mai et le 15 mai 1987 inclusivement et un total de 51 175 documents ont été saisis à 14 endroits.

5. Le 24 septembre 1990, des accusations fondées sur l'alinéa 45(1)c) de la *Loi sur la concurrence* ont été portées contre Clarke Transport Canada Inc., Consolidated Fastfrate Transport Inc., Cottrell Transport Inc., Northern Pool Express Ltd., faisant affaires sous le nom de Trans Western Express, et TNT Canada Inc., faisant affaires sous le nom de TNT Railfast. Une copie de la dénonciation est jointe aux présentes comme pièce «A».

6. Le 16 juillet 1992, des accusations fondées sur l'alinéa 45(1)c) de la Loi ont été portées contre Larry Wilson, David Trudeau, Graham Muirhead, Al Lajoie, Donald Freeman et Ed Pequenezza à l'égard de la même affaire. Dans le cas de M. Pequenezza, un cancer en phase terminale a été diagnostiqué et les accusations portées contre lui ont été retirées le 31 mai 1993 (il est décédé en octobre 1993). Une copie de la dénonciation est jointe aux présentes comme pièce «B».

7. L'enquête préliminaire concernant les dix accusés a débuté le 7 février 1994. Le 25 mai de la même année, le juge Pickett, de la Cour de l'Ontario (Division provinciale), a ordonné un renvoi à procès à l'égard de tous les accusés. La lecture de l'acte d'accusation devait avoir lieu le 24 juin 1994 et le procès touchant les entreprises devait débiter le 9 janvier 1995.

Il importe de souligner que la demande *ex parte* dont j'ai été saisi vers le 22 septembre 1994 a été présentée après le dépôt d'accusations pénales portées contre les requérants, après la tenue d'une enquête préliminaire et après le renvoi à procès des requérants. Le procès concernant les accusations pénales portées contre les sociétés requérantes doit débiter en mars 1995.

Les questions à trancher découlent des motifs que les requérants ont énumérés dans leur demande:

1) Le directeur peut-il procéder à des interrogatoires fondés sur l'article 10, l'alinéa 11(1)a) et le paragraphe 13(1) de la Loi après que des accusations pénales ont été portées contre une personne dont la

be the subject of the examination and after a preliminary inquiry has been held in respect of the charges and a committal for trial has been ordered? This would be, according to the applicants, inconsistent with section 7 and 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]].

2) Was there an ongoing "inquiry" commenced pursuant to section 10 of the Act at the time when the *ex parte* orders were issued; and

3) Was there a failure on the part of the Director's representative, Mr. Gilkes, to disclose relevant and material facts when the Director applied for the *ex parte* orders?

In addition, there are a number of procedural issues to be determined. The applicants set out the issues as follows:

Substantive Issues

1. When the *ex parte* orders under s. 11(1)(a) of the *Competition Act* were applied for and granted, was the inquiry under s. 10 of the Act to which reference is made in paragraph 2 of the information of David M. Gilkes (Application Record, p. 20) being made, or was the inquiry concluded?

2. If the inquiry was being made, so that the *ex parte* orders could have been applied for and granted, was there a proper basis for granting the orders, having regard to the factors relevant to the exercise of the Court's discretion to grant the orders, the non-disclosure in the *ex parte* application for the orders and the evidence now before the Court?

3. If the inquiry was being made, so that the *ex parte* orders could have been applied for and granted, did the application for the orders, in the circumstances of this case, constitute an abuse of process?

4. If the inquiry was being made, so that the *ex parte* orders could have been applied for and granted, and the orders were otherwise properly granted, does the operation of s. 11(1)(a) of the *Competition Act* and the granting of the orders, in the circumstances of this case, infringe s. 7 or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

conduite doit faire l'objet de l'interrogatoire, qu'une enquête préliminaire a été tenue au sujet des accusations et qu'un renvoi à procès a été ordonné? Selon les requérants, cet interrogatoire irait à l'encontre de l'article 7 et 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, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]].

2) Y avait-il une «enquête» qui était menée, laquelle enquête avait débuté aux termes de l'article 10 de la Loi, lorsque les ordonnances *ex parte* ont été rendues?

3) Le représentant du directeur, M. Gilkes, a-t-il omis de révéler des faits pertinents et importants lorsque le directeur a demandé les ordonnances *ex parte*?

En outre, un certain nombre de questions de fond et de procédure doivent être tranchées. Les requérants les résumant comme suit:

Questions de fond

1. Lorsque les ordonnances *ex parte* fondées sur l'alinéa 11(1)a) de la *Loi sur la concurrence* ont été demandées et accordées, l'enquête visée par l'article 10 de la Loi et mentionnée au paragraphe 2 du document d'information de David M. Gilkes (dossier de la demande, p. 20) était-elle alors menée ou terminée?

2. Si l'enquête était alors menée, de sorte que les ordonnances *ex parte* auraient pu être demandées et accordées, l'octroi des ordonnances reposait-il sur un fondement approprié, compte tenu des facteurs pertinents quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour, des données qui n'ont pas été divulguées dans la demande *ex parte* et de la preuve dont la Cour est maintenant saisie?

3. Si l'enquête était alors menée, de sorte que les ordonnances *ex parte* auraient pu être demandées et accordées, la demande visant à obtenir les ordonnances en question constitue-t-elle un recours abusif dans les circonstances du présent litige?

4. Si l'enquête était alors menée, de sorte que les ordonnances *ex parte* auraient pu être demandées et accordées, et que les ordonnances ont par ailleurs été accordées en bonne et due forme, l'application de l'alinéa 11(1)a) de la *Loi sur la concurrence* et l'octroi des ordonnances dans les circonstances du présent litige vont-ils à l'encontre de l'article 7 ou de l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Procedural Issues

1. Does the Court have jurisdiction to entertain the motions to set aside the *ex parte* orders under Rule 330 or the inherent jurisdiction of the Court?
2. If so, do the applicants have standing to bring the motions?
3. Does the Court have jurisdiction to entertain the applications for judicial review under ss. 18 and 18.1 of the *Federal Court Act*?
4. If so, do the applicants have standing to bring the applications?
5. If so, and the applicants have made out a case for granting all or part of the relief sought in the applications, should the Court decline to grant relief in the exercise of its discretion?

If I am satisfied that, at the time of the issuance of my *ex parte* orders, there was no ongoing inquiry pursuant to section 10 of the Act, then, it is admitted, no *ex parte* order can issue pursuant to section 11 of the Act. In such a case, I would not be obligated to decide any of the other substantive issues raised by the present application. In fact, counsel for all applicants and counsel for the respondent Director asked me not to decide any of the other substantive issues should I conclude that there was no ongoing inquiry.

I believe it necessary to first decide the procedural issue of whether the Court has jurisdiction to entertain the motions to set aside the *ex parte* orders under Rule 330 [as am. by SOR/79-58, s. 1] or the inherent jurisdiction of the Court.

I am satisfied that the Court has the necessary jurisdiction to hear the present application to set aside or vary the *ex parte* orders I issued on September 22, 1994.

Federal Court Rule 330 states:

RULE 330. The Court may rescind

(a) any order that was made *ex parte*, or

(b) any order that was made in the absence of a party who had failed to appear through accident or mistake or by reason of insufficient notice of the application;

but no such rescission will affect the validity or character of anything done or not done before the rescinding order was

Questions de procédure

1. La Cour a-t-elle la compétence voulue pour examiner les requêtes en vue d'annuler les ordonnances *ex parte* en vertu de la Règle 330 ou de la compétence inhérente dont elle est investie?
2. Dans l'affirmative, les requérants ont-ils le statut nécessaire pour présenter les requêtes?
3. La Cour a-t-elle la compétence voulue pour statuer sur les demandes de contrôle judiciaire en vertu des articles 18 et 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*?
4. Dans l'affirmative, les requérants ont-ils le statut voulu pour présenter les demandes?
5. Dans l'affirmative, si les requérants ont présenté une preuve justifiant l'octroi, en tout ou en partie, de la réparation qu'ils demandent, la Cour devrait-elle refuser d'accorder cette réparation dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire?

Si je suis convaincu que, à la date de la délivrance de mes ordonnances *ex parte*, aucune enquête n'était menée aux termes de l'article 10 de la Loi, il est admis qu'aucune ordonnance *ex parte* ne pourra être rendue en application de l'article 11 de la Loi. En pareil cas, je ne serais pas tenu de trancher les autres questions de fond soulevées par la présente demande. En fait, les avocats de tous les requérants et l'avocat du directeur intimé m'ont demandé de ne trancher aucune des autres questions de fond si j'en arrive à la conclusion qu'aucune enquête n'était menée.

Il m'apparaît nécessaire de trancher d'abord la question de procédure qui consiste à savoir si la Cour a la compétence voulue pour examiner les requêtes visant à annuler les ordonnances *ex parte* en vertu de la Règle 330 [mod. par DORS/79-58, art. 1] ou de la compétence inhérente dont elle est investie.

À mon avis, la Cour a la compétence voulue pour entendre la présente demande visant à annuler ou à modifier les ordonnances *ex parte* que j'ai rendues le 22 septembre 1994.

Voici le texte de la Règle 330 des *Règles de la Cour fédérale*:

RÈGLE 330. La Cour peut annuler

a) toute ordonnance rendue *ex parte*, ou

b) toute ordonnance rendue en l'absence d'une partie qui a omis de comparaître par suite d'un événement fortuit ou d'une erreur ou à cause d'un avis de requête insuffisant;

mais une telle annulation n'affecte ni la validité ni la nature d'une action ou omission antérieure à l'ordonnance d'annula-

made except to the extent that the Court, in its discretion, by rescission order expressly provides.

Clearly, the orders which issued on September 22, 1994 at the request of the Director of Investigation and Research were *ex parte* orders. Thus, if I conclude after reviewing all of the evidence that I should not have granted the *ex parte* orders, I am satisfied I can vary or annul the issued orders. I am satisfied that only I, or another judge of the Federal Court can vary or annul the *ex parte* orders I issued. No judge of any other court would have the jurisdiction to vary or annul my *ex parte* order. Counsel for the Director made the suggestion that I leave the matter of whether to vary or annul the order to the judge hearing the criminal matter.

In the case at bar, I am satisfied that if I conclude that at the time I issued the *ex parte* orders there was no ongoing inquiry into the activity of the applicants by the Director pursuant to section 10 of the Act or there was material non-disclosure or misleading evidence, I have, pursuant to Rule 330 the jurisdiction to vary or annul the *ex parte* orders that I issued.

In the case of *Wilson v. R.*, [1983] 2 S.C.R. 594, it was held, *per* Laskin C.J., Estey J. and McIntyre J. [headnote, at pages 594-595]:

In the absence of the right of appeal from an authorization, and given the inapplicability of *certiorari*, any application for review of an authorization must be made to the court that made it. As it is not always practical or possible to apply for review to the same judge who made the order, another judge of the same court can review an *ex parte* order if: 1) he has the power to discharge the order, 2) he acts with the consent of, or in the event of the unavailability of, the judge who made the order, and 3) he hears the motion *de facto* as to both the facts and the law involved.

On page 607, Mr. Justice McIntyre states:

Since no right of appeal is given from the granting of an authorization and since prerogative relief by *certiorari* would not appear to be applicable (there being no question of jurisdiction), any application for review of an authorization must, in my opinion, be made to the court that made it. There is author-

tion sauf dans la mesure où la Cour, à sa discrétion, le prévoit expressément dans son ordonnance d'annulation.

Les ordonnances qui ont été rendues le 22 septembre 1994 à la demande du directeur des enquêtes et recherches étaient manifestement des ordonnances *ex parte*. Ainsi, si je conclus, après avoir examiné l'ensemble de la preuve, que je n'aurais pas dû accorder les ordonnances *ex parte*, je pourrai modifier ou annuler lesdites ordonnances. À mon avis, cette modification ou annulation ne pourra être ordonnée que par moi-même ou par un autre juge de la Cour fédérale. Aucun juge d'un autre tribunal n'aurait la compétence voulue pour modifier ou annuler les ordonnances *ex parte* que j'ai rendues. L'avocat du directeur m'a proposé de laisser au juge qui entendra l'affaire au pénal le soin de déterminer s'il y a lieu de modifier ou d'annuler l'ordonnance.

Dans le présent litige, j'estime que, si j'en viens à la conclusion qu'à la date à laquelle j'ai rendu les ordonnances *ex parte*, le directeur ne menait aucune enquête au sujet de l'activité des requérants aux termes de l'article 10 de la Loi, qu'un élément important n'a pas été divulgué ou qu'un élément de preuve trompeur a été présenté, je peux, conformément à la Règle 330, modifier ou annuler les ordonnances *ex parte* que j'ai rendues.

Dans l'arrêt *Wilson c. R.*, [1983] 2 R.C.S. 594, le juge en chef Laskin ainsi que les juges Estey et McIntyre ont décidé ce qui suit [sommaire, aux pages 594 et 595]:

En l'absence d'un droit d'appel contre une autorisation et vu l'inapplicabilité du *certiorari*, toute demande de révision d'une autorisation doit être adressée à la cour qui l'a accordée. Comme il n'est pas toujours pratique ni possible d'adresser une demande de révision au juge qui a rendu l'ordonnance, un autre juge de la même cour peut réviser une ordonnance rendue *ex parte*: (1) s'il a le pouvoir d'annuler l'ordonnance, (2) s'il agit avec le consentement du juge qui a rendu l'ordonnance ou si ce dernier ne peut siéger, et (3) s'il reprend au complet l'audition de la demande, à la fois sur le plan du droit et celui des faits en cause.

Voici comment le juge McIntyre s'exprime à la page 607:

Puisqu'il n'y a aucun droit d'appel contre l'octroi d'une autorisation et puisqu'il ne paraît pas y avoir lieu à *certiorari* (en l'absence d'une question de compétence), toute demande de révision d'une autorisation doit, selon moi, être adressée à la cour qui l'a accordée. Cette procédure est appuyée par la

ity for adopting this procedure. An authorization is granted on the basis of an *ex parte* application. In civil matters, there is a body of jurisprudence which deals with the review of *ex parte* orders. There is a widely recognized rule that an *ex parte* order may be reviewed by the judge who made it. In *Dickie v. Woodworth* (1883), 8 S.C.R. 192, Ritchie C.J. said, at p. 195:

‡

The judge having in the first instance made an *ex parte* order, it was quite competent for him to rescind that order, on its being shown to him that it ought not to have been granted, and when rescinded it was as if it had never been granted . . .

This view is reflected in the words of Mathers C.J.K.B. in the case of *Stewart v. Braum*, [1924] 3 D.L.R. 941 (Man. K.B.), at p. 945:

But it frequently happens that Judges and judicial officers are called upon to make orders *ex parte*, where only one side is represented and where the order granted is not the result of a deliberate judicial decision after a hearing and argument. An application to rescind or vary an *ex parte* order is neither an appeal nor an application in the nature of an appeal and therefore the Judge or officer by whom such an order has been made, has since the Judicature Act, as he had before, the right to rescind or vary it . . .

Also, see *May and Baker (Canada) Ltd. v. The Oak*, [1979] 1 F.C. 401 (C.A.).

I am also satisfied that the applicants could not proceed by way of judicial review in that my decision to issue the orders on September 22, 1994 is not a decision issued by “a federal board, commission or other tribunal” as that is understood in subsection 18.1 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)].

My decision to issue the *ex parte* orders was a decision of a judge having superior court jurisdiction. Thus, the applicants are not permitted to ask for a review of the *ex parte* orders issued by me by way of an application for judicial review.

Furthermore, neither the application made by the Director for the issuance of the *ex parte* orders nor the “decision” to make the application are what can be defined as “a decision” subject to judicial review as “a decision issued by a federal board, commission or other tribunal” as that is understood in subsection 18.1 of the *Federal Court Act*. The “decision” to ask for the issuance of the *ex parte* orders can only be considered as an administrative act and not a decision

jurisprudence. Une autorisation est accordée par suite d'une demande *ex parte*. Il existe en matière civile un corps de jurisprudence qui porte sur la révision d'ordonnances rendues *ex parte*. Suivant une règle généralement acceptée, une ordonnance *ex parte* peut faire l'objet d'une révision par le juge qui l'a rendue. Dans l'arrêt *Dickie v. Woodworth* (1883), 8 R.C.S. 192, le juge en chef Ritchie affirme, à la p. 195:

[TRADUCTION] Le juge de première instance ayant rendu une ordonnance *ex parte*, il avait pleinement compétence pour l'annuler du moment qu'on lui prouvait qu'elle n'aurait pas dû être accordée et, une fois annulée, c'était comme si elle n'avait jamais été accordée . . .

Ce point de vue se dégage des propos du juge en chef Mathers de la Cour du Banc du Roi dans l'arrêt *Stewart v. Braum*, [1924] 3 D.L.R. 941 (B.R. Man.), à la p. 945:

[TRADUCTION] Mais il arrive souvent que les juges et les officiers judiciaires soient appelés à rendre des ordonnances *ex parte*; dans ces cas, une seule partie est représentée et l'ordonnance ne résulte pas d'une décision judiciaire mûrement pesée et rendue à l'issue d'une audience et de débats. Une demande d'annulation ou de modification d'une ordonnance *ex parte* n'étant ni un appel ni l'équivalent d'un appel, le juge ou l'officier qui l'a rendue a, depuis l'adoption de The Judicature Act, tout comme il l'avait avant son adoption, le droit d'annuler ou de modifier ladite ordonnance . . .

Voir également l'arrêt *May and Baker (Canada) Ltée. c. L'Oak*, [1979] 1 C.F. 401 (C.A.).

De plus, les requérants ne pouvaient présenter une demande de contrôle judiciaire, car les ordonnances que j'ai rendues le 22 septembre 1994 ne constituent pas des décisions rendues par un «office fédéral» au sens du paragraphe 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (édité par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)].

Ma décision de rendre des ordonnances *ex parte* était une décision d'un juge investi de la compétence d'un tribunal supérieur. Les requérants ne sont donc pas autorisés à demander une révision des ordonnances *ex parte* que j'ai rendues au moyen d'une demande de contrôle judiciaire.

Par ailleurs, ni la demande du directeur en vue d'obtenir la délivrance des ordonnances *ex parte* non plus que la «décision» de présenter la demande ne constituent ce qu'on peut appeler une «décision» assujettie au contrôle judiciaire à titre de décision rendue par un office fédéral au sens du paragraphe 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*. La «décision» de demander la délivrance des ordonnances *ex parte* peut être considérée uniquement comme un acte

as contemplated in section 18.1 of the *Federal Court Act*.

The next procedural issue to be determined is, do the applicants who are not subject to the section 11 examinations have standing to bring an application pursuant to Rule 330 of the *Federal Court Rules*?

The position of the applicants, who it must be recalled are the accused in the criminal proceedings, is that they could be directly affected by the outcome of the examinations of the persons for which the *ex parte* orders issued.

Counsel for the applicants submits "There is plainly an effect that enables the accused (the present applicants) to come before the Court, and seek to set aside these orders." He submits that the applicants may be adversely affected by the issuance of the *ex parte* orders and thus have an interest in bringing the present application for review pursuant to Rule 330. Counsel submits that there are a number of reasons clearly indicating how the applicants are adversely affected. He lists the reasons as follows:

1) the applicants are accused "they are facing very serious criminal charges";

2) "the criminal trial is imminent." In fact the criminal trial for the present applicants is scheduled to commence in March 1995;

3) the matters as to which these witnesses (those ordered to be examined pursuant to the *ex parte* orders) would be examined go directly to the case that the Crown wishes to demonstrate at the trial (the criminal trial);

4) the Crown seeks to use these examinations for the purpose of securing the conviction of these applicants of a serious criminal offence;

5) the *Competition Act*, itself, specifically recognizes that the applicants are affected, adversely affected, by the taking of evidence under section 11.

administratif et non comme une décision visée par l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

La question de procédure que je dois ensuite trancher est celle de savoir si les requérants qui ne sont pas visés par les interrogatoires prévus à l'article 11 ont le statut nécessaire pour présenter une demande conformément à la Règle 330 des *Règles de la Cour fédérale*.

Les requérants, qui font l'objet d'accusations pénales, soutiennent qu'ils pourraient être directement touchés par le résultat des interrogatoires des personnes visées par les ordonnances *ex parte*.

Selon l'avocat des requérants [TRADUCTION] «Il existe manifestement une conséquence qui permet aux accusés (les requérants en l'espèce) de demander à la Cour fédérale d'annuler ces ordonnances». L'avocat ajoute que les requérants peuvent être lésés par la délivrance des ordonnances *ex parte* et qu'ils ont donc l'intérêt voulu pour présenter la demande de contrôle conformément à la Règle 330. Il énumère ensuite plusieurs raisons indiquant sans équivoque que les requérants sont lésés:

1) les requérants sont accusés: [TRADUCTION] «ils font face à des accusations pénales très sérieuses»;

2) [TRADUCTION] «le procès dans les poursuites pénales est imminent». En fait, le procès concernant les présents requérants doit débiter en mars 1995;

3) [TRADUCTION] les questions au sujet desquelles ces témoins (les personnes qui ont visées par les ordonnances *ex parte*) seraient interrogés concernent directement la preuve que Sa Majesté veut établir au procès (le procès dans les poursuites pénales);

4) [TRADUCTION] Sa Majesté cherche à utiliser ces interrogatoires pour faire en sorte que les requérants soient déclarés coupables d'une grave infraction pénale;

5) [TRADUCTION] La *Loi sur la concurrence* elle-même reconnaît explicitement que les requérants sont lésés par la présentation de la preuve aux termes de l'article 11.

Here counsel pointed to subsections 12(3) [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 24] and 12(4) [as am. *idem*] of the Act.

12. . . .

(3) A presiding officer shall permit a person who is being examined pursuant to an order under paragraph 11(1)(a) and any person whose conduct is being inquired into to be represented by counsel.

(4) Any person whose conduct is being inquired into at an examination pursuant to an order under paragraph 11(1)(a) and that person's counsel are entitled to attend the examination unless the Director or the authorized representative of the Director, or the person being examined or his employer, establishes to the satisfaction of the presiding officer that the presence of the person whose conduct is being inquired into would

(a) be prejudicial to the effective conduct of the examination or the inquiry; or

(b) result in the disclosure of confidential commercial information that relates to the business of the person being examined or his employer.

Counsel for the Director is of the view that the applicants should not be granted standing as the applicants are not directly affected by the decision of the Director to ask for the issuance of the *ex parte* orders. He submits that the *ex parte* orders can only affect the persons ordered to be examined under oath.

Counsel for the Director admitted to the Court that the purpose of the section 11 of the Act examinations is to obtain information concerning the criminal charges presently pending before the Ontario General Court against the applicants. The criminal charges pending are indictable offences which can have most serious effects.

I am satisfied that when an individual or corporation is charged and persons are to be examined in a "parallel proceeding" to obtain information concerning those charges that individual(s) or corporation(s) can be irreparably harmed or at least, could be seriously affected by the examinations. Thus, such an individual or corporation would have standing to bring a Rule 330 application to the Court for a review of the *ex parte* orders issued by that Court.

L'avocat cite ici les paragraphes 12(3) [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 24] et 12(4) [mod., *idem*] de la Loi:

12. . . .

(3) Un fonctionnaire d'instruction doit permettre que soit représentée par avocat toute personne interrogée aux termes d'une ordonnance rendue en application de l'alinéa 11(1)a) de même que toute personne dont la conduite fait l'objet d'une enquête.

(4) La personne dont la conduite fait l'objet d'une enquête lors d'un interrogatoire prévu à l'alinéa 11(1)a) et son avocat peuvent assister à cet interrogatoire à moins que le directeur, le représentant autorisé de ce dernier, la personne interrogée ou l'employeur de cette dernière ne convainque le fonctionnaire d'instruction que la présence de la personne dont la conduite fait l'objet d'une enquête:

a) entraverait le bon déroulement de l'interrogatoire ou de l'enquête;

b) entraînerait la divulgation de renseignements de nature commerciale confidentiels se rapportant à l'entreprise de la personne interrogée ou de son employeur.

L'avocat du directeur estime que les requérants ne devraient pas se voir accorder le statut, parce qu'ils ne sont pas directement touchés par la décision par laquelle le directeur a demandé la délivrance des ordonnances *ex parte*. Selon l'avocat, ces ordonnances peuvent toucher uniquement les personnes dont l'interrogatoire sous serment est ordonné.

L'avocat du directeur a admis devant la Cour que l'objet des interrogatoires prévus à l'article 11 de la Loi est d'obtenir des renseignements au sujet des accusations pénales actuellement en cours devant la Division générale de la Cour de justice de l'Ontario contre les requérants. Ces accusations pénales en cours concernent des actes criminels qui peuvent avoir des conséquences très graves.

Je suis convaincu que, lorsqu'un individu ou une personne morale est accusé et que des personnes doivent être interrogées dans une «procédure parallèle» afin de fournir des renseignements concernant ces accusations, cet individu ou cette personne morale peut être irrémédiablement lésé ou, à tout le moins, sérieusement touché par les interrogatoires. Cet individu ou cette personne morale aurait donc le statut nécessaire pour présenter à la Cour une demande fondée sur la Règle 330 en vue de faire réviser les ordonnances *ex parte* rendues par cette Cour.

Although the persons to be examined are not, at the present time, accused of any crime, they are being called upon to give answers under oath about a possible crime or crimes committed by the applicants.

I believe the statement of the Chief Justice of Canada in the case of *R. v. R.J.S.*, [1995] S.C.J. No. 10 (QL), File 23581, unreported, February 2, 1995, at pages 4 and 5 of his reasons are indicative as to how the present applicants may be affected by the Director using the section 11 examinations as a means to indirectly gather incriminating evidence against the applicants.

As an example of a situation where a judicial exemption from compellability would, in my view, be warranted, the following hypothetical case can be considered. Suppose that the members of a trade association in a particular industry met and agreed upon a scheme to fix the prices of the goods they produced, an indictable offence under s. 45(1)(c) of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34. Suppose further that the Director of Investigation and Research obtained documents clearly indicating the persons involved and the nature of their involvement—for example, an agreement to fix prices signed by the parties. If the Director commenced an inquiry and obtained subpoenas compelling the signatories to testify, it would, in my view, be open to the signatories to apply to the court for an exemption from compulsion to testify. In such a case, where the facts revealed that the Director had already concluded that an offence had been committed and had identified the parties to the offence, the court would be justified in concluding that forcing the suspects to testify would violate their s. 7 rights. In these circumstances, I believe the court would have the discretion to declare the subpoenas to be of no force and effect, thereby excusing the suspects from testifying.

Furthermore, upon a plain reading of subsections 12(3) and (4) of the Act, it is apparent Parliament was of the view that “[a]ny person whose conduct is being inquired into” may be present at the section 11 examination.

Surely, one can thus conclude that the applicants have a direct interest in the section 11 examination and may be directly affected by the said examinations.

I am satisfied that the present applicants have standing to bring the Rule 330 application for review and that I have the jurisdiction as both the Judge who

Même si les personnes devant être interrogées ne sont accusées d'aucun crime pour l'instant, elles sont appelées à répondre sous serment à des questions concernant un ou plusieurs crimes que les requérants pourraient avoir commis.

À mon avis, les commentaires que le juge en chef du Canada a formulés dans l'affaire *R. c. R.J.S.*, [1995] A.C.S. n° 10 (QL) (dossier 23581, décision non publiée en date du 2 février 1995), aux pages 4 et 5 de ses motifs, indique comment les requérants en l'espèce peuvent être touchés si le directeur utilise les interrogatoires prévus à l'article 11 pour obtenir indirectement une preuve incriminante contre eux:

Le cas hypothétique suivant est un exemple d'une situation où, à mon avis, une cour est justifiée d'exempter une personne de l'obligation de témoigner. Supposons que les membres d'une association professionnelle d'un secteur d'activité donné se réunissent et s'entendent sur un plan pour fixer les prix des marchandises qu'ils produisent, ce qui constitue un acte criminel visé à l'al. 45(1)c) de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34. Supposons également que le directeur des enquêtes et recherches obtienne des documents identifiant clairement les personnes impliquées et la nature de leur implication, par exemple un accord de fixation de prix signé par les parties. Si le directeur commençait une enquête et obtenait des assignations forçant les signataires à témoigner, ces derniers pourraient, à mon avis, demander à la cour une exemption de l'obligation de témoigner. Dans ce cas, où les faits révèlent que le directeur a déjà conclu qu'une infraction a été commise et a identifié les parties à l'infraction, la cour serait justifiée de conclure que contraindre les suspects à témoigner violerait les droits que leur garantit l'art. 7. Dans ces circonstances, je crois que la cour aurait le pouvoir discrétionnaire de déclarer les assignations inopérantes, dégageant ainsi les suspects de l'obligation de témoigner.

De plus, il appert d'une lecture des paragraphes 12(3) et (4) de la Loi que le Parlement estimait que «toute personne dont la conduite fait l'objet d'une enquête» peut être présente lors de l'interrogatoire prévu à l'article 11.

Il est donc possible de conclure que l'interrogatoire en question touche directement les requérants et qu'il peut avoir des conséquences directes pour eux.

À mon avis, les requérants en l'espèce ont le statut nécessaire pour présenter la demande de contrôle fondée sur la Règle 330 et j'ai la compétence voulue,

issued the orders to be reviewed and as a judge of the Court that issued the orders to review same.

At the start, I would state that as reviewing Judge of a number of *ex parte* orders pursuant to a Rule 330 application, I, in the circumstances of this case, should not discuss the issue of the constitutional validity of sections 10 and 11 of the Act.

In the circumstances of the case at bar, I am satisfied that I should restrict myself to determining whether or not there is an ongoing inquiry pursuant to section 10 of the Act and if the answer is yes, was there sufficient disclosure by the Director (or his representative) of all material facts so as to enable me to decide whether or not to issue the *ex parte* orders of September 22, 1994.

All parties to these proceedings agree that in order for the Director to ask for a section 11 examination, there must be an ongoing inquiry.

Sections 10 and 11 of the Act state:

10. (1) The Director shall

- (a) on application made under section 9,
- (b) whenever he believes on reasonable grounds that
 - (i) a person has contravened or failed to comply with an order made pursuant to section 32, 33 or 34, or Part VIII,
 - (ii) grounds exist for the making of an order under Part VIII, or
 - (iii) an offence under Part VI or VII has been or is about to be committed, or
- (c) whenever he is directed by the Minister to inquire whether any of the circumstances described in subparagraphs (b)(i) to (iii) exists,

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

(2) The Director shall, on the written request of any person whose conduct is being inquired into under this Act or any person who applies for an inquiry under section 9, inform that person or cause that person to be informed as to the progress of the inquiry.

(3) All inquiries under this section shall be conducted in private.

11. (1) Where, on the *ex parte* application of the Director or the authorized representative of the Director, a judge of a supe-

tant comme juge qui a prononcé les ordonnances devant être révisées que comme juge de la Cour qui a rendu les ordonnances, pour réviser celles-ci.

a Au départ, je dois dire que, comme juge appelé à réviser un certain nombre d'ordonnances *ex parte* dans le cadre d'une demande fondée sur la Règle 330, je ne devrais pas commenter la validité constitutionnelle des articles 10 et 11 de la Loi dans les circonstances du présent litige.

Compte tenu des faits de la présente affaire, je devrais me limiter à déterminer si une enquête est menée aux termes de l'article 10 de la Loi et, dans l'affirmative, si le directeur (ou son représentant) a communiqué suffisamment de renseignements au sujet de tous les faits pertinents pour me permettre de savoir s'il y a lieu de rendre les ordonnances *ex parte* en date du 22 septembre 1994.

d Toutes les parties au présent litige reconnaissent que, pour que le directeur demande un interrogatoire prévu à l'article 11, une enquête doit être menée.

e Voici le libellé des articles 10 et 11 de la Loi:

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

- a*) sur demande faite en vertu de l'article 9;
- f*) *b*) chaque fois qu'il a des motifs raisonnables de croire:
 - (i) soit qu'une personne a contrevenu ou manqué de se conformer à une ordonnance rendue en application de l'article 32, 33 ou 34, de la partie VIII,
 - (ii) soit qu'il existe des motifs justifiant une ordonnance en vertu de la partie VIII,
 - (iii) soit qu'une infraction visée à la partie VI ou VII a été perpétrée ou est sur le point de l'être;
- g*) *c*) chaque fois que le ministre lui ordonne de déterminer au moyen d'une enquête si l'un des faits visés aux sous-alinéas *b*)(i) à (iii) existe.
- h*

i (2) À la demande écrite d'une personne dont les activités font l'objet d'une enquête en application de la présente loi ou d'une personne qui a demandé une enquête conformément à l'article 9, le directeur instruit ou fait instruire cette personne de l'état du déroulement de l'enquête.

j (3) Les enquêtes visées au présent article sont conduites en privé.

11. (1) Sur demande *ex parte* du directeur ou de son représentant autorisé, un juge d'une cour supérieure, d'une cour de

rior or county court or of the Federal Court is satisfied by information on oath or solemn affirmation that an inquiry is being made under section 10 and that any person has or is likely to have information that is relevant to the inquiry, the judge may order that person to

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

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

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

(2) Where the person against whom an order is sought under paragraph (1)(b) in relation to an inquiry is a corporation and the judge to whom the application is made under subsection (1) is satisfied by information on oath or solemn affirmation that an affiliate of the corporation, whether the affiliate is located in Canada or outside Canada, has records that are relevant to the inquiry, the judge may order the corporation to produce the records. *e*

(3) No person shall be excused from complying with an order under subsection (1) or (2) on the ground that the testimony, record or other thing or return required of the person may tend to criminate the person or subject him to any proceeding or penalty, but no testimony given by an individual pursuant to an order made under paragraph (1)(a), or return made by an individual pursuant to an order made under paragraph (1)(c), shall be used or received against that individual in any criminal proceedings thereafter instituted against him, other than a prosecution under section 132 or 136 of the *Criminal Code*. *f*

(4) An order made under this section has effect anywhere in Canada.

Therefore, pursuant to section 10, the Director is to cause an inquiry to be made whenever he believes, on reasonable grounds, that an offence under Part VI or VII has been or is about to be committed. The reason to "cause an inquiry to be made" is with a "view of determining the facts" to determine, in the case at bar, if an offence in relation to competition, as *per*

comté ou de la Cour fédérale peut, lorsqu'il est convaincu d'après une dénonciation faite sous serment ou affirmation solennelle qu'une enquête est menée en application de l'article 10 et qu'une personne détient ou détient vraisemblablement des renseignements pertinents à l'enquête en question, ordonner à cette personne:

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

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

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

(2) Lorsque, en rapport avec une enquête, la personne contre qui une ordonnance est demandée en application de l'alinéa (1)b) est une personne morale et que le juge à qui la demande est faite aux termes du paragraphe (1) est convaincu, d'après une dénonciation faite sous serment ou affirmation solennelle, qu'une affiliée de cette personne morale a des documents qui sont pertinents à l'enquête, il peut, sans égard au fait que l'affiliée soit située au Canada ou ailleurs, ordonner à la personne morale de produire les documents en question. *f*

(3) Nul n'est dispensé de se conformer à une ordonnance visée au paragraphe (1) ou (2) au motif que le témoignage oral, le document, l'autre chose ou la déclaration qu'on exige de lui peut tendre à l'incriminer ou à l'exposer à quelque procédure ou pénalité, mais un témoignage oral qu'un individu a rendu conformément à une ordonnance prononcée en application de l'alinéa (1)a) ou une déclaration qu'il a faite en conformité avec une ordonnance prononcée en application de l'alinéa (1)c) ne peut être utilisé ou admis contre celui-ci dans le cadre de poursuites criminelles intentées contre lui par la suite sauf en ce qui concerne une poursuite prévue à l'article 132 ou 136 du *Code criminel*. *g*

(4) Une ordonnance rendue en application du présent article a effet partout au Canada. *h*

En conséquence, conformément à l'article 10, le directeur doit demander la tenue d'une enquête lorsqu'il a des motifs raisonnables de croire qu'une infraction visée à la partie VI ou VII a été ou est sur le point d'être perpétrée. L'enquête a pour but «de déterminer les faits», c'est-à-dire de savoir, en l'espèce, si une infraction liée à la concurrence, soit l'in-

subsection 45(1) [as am. by *idem*, s. 30], has taken place.

45. (1) Every one who conspires, combines, agrees or arranges with another person

(a) to limit unduly the facilities for transporting, producing, manufacturing, supplying, storing or dealing in any product, *b*

(b) to prevent, limit or lessen, unduly, the manufacture or production of a product or to enhance unreasonably the price thereof,

(c) to prevent or lessen, unduly, competition in the production, manufacture, purchase, barter, sale, storage, rental, transportation or supply of a product, or in the price of insurance on persons or property, or *c*

(d) to otherwise restrain or injure competition unduly, *d*

is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years or to a fine not exceeding ten million dollars or to both.

I wish to emphasize that my interpretation of section 10 of the Act in the circumstances of this case is that the Director had to have caused an inquiry to determine the facts to see if a conspiracy existed among a group of persons or corporations as stated in subsection 45(1) of the Act. *e*

Once the Director causes an inquiry to be made, pursuant to section 11, he may make an *ex parte* application to a judge of a superior court, or county court or Federal Court affirming that an inquiry is being made under section 10 to order a person or persons to attend to be examined under oath regarding information that that person or persons may have that would be relevant to the inquiry. *f*

In the case at bar, this would mean relevant to the criminal offence of conspiracy to lessen competition against the present applicants. *g*

Clearly, there must be an inquiry. In the case at bar, and as I have stated, it is admitted that if there is an ongoing inquiry it is the inquiry commenced by the Director which led to the referral to the Attorney *h*

fraction prévue à l'article 45, a été commise. Voici le texte du paragraphe 45(1) [mod., *idem*, art. 30] de la Loi:

45. (1) Commet un acte criminel et encourt un emprisonnement maximal de cinq ans et une amende maximale de dix millions de dollars, ou l'une de ces peines, quiconque complot, se coalise ou conclut un accord ou arrangement avec une autre personne: *a*

a soit pour limiter, indûment, les facilités de transport, de production, de fabrication, de fourniture, d'emménagement ou de négoce d'un produit quelconque;

b soit pour empêcher, limiter ou réduire, indûment, la fabrication ou production d'un produit ou pour en élever déraisonnablement le prix;

c soit pour empêcher ou réduire, indûment la concurrence dans la production, la fabrication, l'achat, le troc, la vente, l'entreposage, la location, le transport ou la fourniture d'un produit, ou dans le prix d'assurances sur les personnes ou les biens;

d soit, de toute autre façon, pour restreindre, indûment, la concurrence ou lui causer un préjudice indu.

Selon la façon dont j'interprète l'article 10 de la Loi en l'espèce, le directeur a demandé la tenue d'une enquête en l'espèce pour savoir si un complot avait été formé entre des individus ou des personnes morales au sens du paragraphe 45(1) de la Loi. *e*

Lorsque le directeur ordonne qu'une enquête soit menée, il peut, conformément à l'article 11, présenter une demande *ex parte* dans laquelle il atteste qu'une enquête est menée en application de l'article 10 et demande à un juge d'une cour supérieure, d'une cour de comté ou de la Cour fédérale d'ordonner à une ou plusieurs personnes de comparaître pour être interrogées sous serment afin de fournir les renseignements qu'elles pourraient avoir au sujet de l'enquête. *f*

Dans la présente affaire, il s'agirait de renseignements concernant l'existence d'un complot en vue de réduire la concurrence à l'encontre des présents requérants, lequel complot constitue une infraction pénale. *g*

Il est bien certain qu'il doit y avoir une enquête. Dans le présent litige, comme je l'ai mentionné, il est admis que, si une enquête est menée, c'est l'enquête qui a été entreprise par le directeur et qui a donné lieu *h*

General. This referral caused the Attorney General to bring criminal charges against the applicants.

Therefore, it is of the utmost importance to determine if, when I issued my *ex parte* orders on September 22, 1994 pursuant to section 11 of the Act, there was an ongoing inquiry. It is admitted that no new inquiry was caused to be made against the applicants pursuant to section 10 of the Act. The only inquiry that the Director caused to be made against the applicants is the one commenced on April 7, 1987.

All parties agree that had the Director caused a new inquiry to commence against the same applicants, there would be no doubt as to the validity of the *ex parte* orders issued by me provided the examinations related to the "new inquiry."

We now know how an "inquiry" commences. The issue is to determine how, if ever, an "inquiry" ends.

In a nutshell, the applicants say that an inquiry ends as against certain individuals or corporations the moment criminal charges are filed against the said individuals or corporations. The Director submits that the inquiry only ends when the Director so determines as there is nothing in the Act that states when an "inquiry" ends. The Director also submits that an inquiry would end upon a conviction.

I am satisfied that an "inquiry" does not end when the Director refers the "matter" to the Attorney General.

I am satisfied that an inquiry ends when the purpose of the inquiry has been attained. That is, when the Director is of the view that he has determined the relevant facts, sufficient for him to refer the matter to the Attorney General and the Attorney General brings charges against those certain individuals or corporations pursuant to subsection 45(1) of the Act. In the circumstances of the case at bar, what brings the "inquiry" to an end is the Attorney General bringing the charges against the applicants.

With the utmost respect for the Director's counsel, I cannot conclude that an inquiry only ends when the

au renvoi de l'affaire au procureur général. Ce renvoi a incité le procureur général à porter des accusations pénales contre les requérants.

Il est donc vital de déterminer si, lorsque j'ai rendu mes ordonnances *ex parte* le 22 septembre 1994 conformément à l'article 11 de la Loi, une enquête était menée. Il est admis qu'aucune nouvelle enquête n'a été demandée à l'encontre des requérants conformément à l'article 10 de la Loi. La seule enquête dont le directeur a demandé la tenue contre eux est celle qui a débuté le 7 avril 1987.

Toutes les parties reconnaissent que, si le directeur avait demandé la tenue d'une nouvelle enquête contre les mêmes requérants, la validité des ordonnances *ex parte* ne pourrait nullement être contestée, pourvu que les interrogatoires soient liés à la «nouvelle enquête».

Nous savons maintenant comment commence une «enquête». Cependant, la question qui se pose est celle de savoir quand une «enquête» prend fin, si cela se produit.

En résumé, les requérants font valoir qu'une enquête prend fin contre certains individus ou personnes morales dès que des accusations pénales sont portées contre eux. Le directeur soutient que l'enquête se termine uniquement lorsque lui-même en décide ainsi, car aucune disposition de la Loi ne précise quand une «enquête» prend fin. Il ajoute qu'une enquête prend fin lors d'une condamnation.

Je suis convaincu qu'une «enquête» ne prend pas fin lorsque le directeur renvoie l'affaire au procureur général.

À mon sens, une enquête prend fin lorsque son objet a été atteint, c'est-à-dire lorsque le directeur estime qu'il a déterminé les faits pertinents, lesquels faits lui permettent de renvoyer l'affaire au procureur général, et que celui-ci porte des accusations contre certains individus ou personnes morales conformément au paragraphe 45(1) de la Loi. Dans le présent litige, l'événement qui met fin à «l'enquête» est le dépôt par le procureur général des accusations contre les requérants.

Contrairement à ce que soutient l'avocat du directeur, je ne puis conclure qu'une enquête prend fin

Director so decides or in the circumstances of the present case, when a conviction is obtained.

It is not the purpose nor the objective of the Act nor is it the purpose or the objective of the Director to obtain "a conviction." One of the main purposes and objectives of the Director is to gather all of the necessary information to determine whether there exist sufficient facts to recommend to the Attorney General to bring criminal charges. This is part of the Director's law enforcement function.

It must, of course, be clearly understood that I am only speaking of a section 10 inquiry.

Having said this, I believe it necessary to better understand how I have come to the above conclusions to start with giving a resumé of the relevant facts.

On April 17, 1987, the Director commenced a formal inquiry pursuant to section 8 [R.S.C. 1970, c. C-23] (now section 10) of the Act into the activities of the applicants. The "inquiry" was based on allegations that the applicants had entered into an agreement not to undercut each other's prices, contrary to paragraph 32(1)(c), now paragraph 45(1)(c), of the Act. Paragraph 45(1)(c) renders it an indictable offence punishable by up to five years imprisonment and a fine of up to \$10 million dollars to conspire to prevent or lessen competition unduly in the transportation or supply of a product. Following the commencement of the inquiry, searches were conducted in May 1987 pursuant to warrants issued under section 13 (now section 15) of the Act. More than 51,000 documents were seized.

In November 1989, the Director, as a result of the "1987 inquiry" recommended to the Attorney General of Canada that charges be laid under section 45 of the Act against the applicants. There is no evidence before me of anything done by the Director to continue the inquiry after the matter was remitted to the Attorney General for consideration of prosecution. The Director agrees (paragraph 3, page 2 of his memorandum of argument) that after the matter was

uniquement lorsque le directeur en décide ainsi ou, dans les circonstances de la présente affaire, lorsqu'une condamnation est obtenue.

Le but de la Loi et celui du directeur ne consistent pas à obtenir «une condamnation». L'un des principaux objectifs du directeur consiste à réunir tous les renseignements nécessaires pour déterminer s'il existe une preuve factuelle suffisante pour recommander au procureur général d'intenter des poursuites pénales. Cette tâche fait partie des fonctions du directeur qui sont liées à l'exécution de la Loi.

Bien entendu, mes commentaires concernent uniquement l'enquête visée par l'article 10.

Par ailleurs, afin de permettre aux parties de mieux comprendre comment j'en suis arrivé aux conclusions qui précèdent, il m'apparaît utile de résumer les faits pertinents.

Le 17 avril 1987, le directeur a entrepris une enquête officielle conformément à l'article 8 [S.R.C. 1970, ch. C-23] (maintenant l'article 10) de la Loi au sujet des activités des requérants. L'«enquête» était fondée sur des allégations selon lesquelles les requérants s'étaient entendus pour ne pas fixer des prix inférieurs à ceux que chacun d'eux exige, contrairement à l'alinéa 32(1)c), maintenant l'alinéa 45(1)c), de la Loi. Selon cette dernière disposition, toute personne qui comploté avec une autre personne pour empêcher ou pour réduire indûment la concurrence dans le transport ou la fourniture d'un produit commet un acte criminel et encourt un emprisonnement maximal de cinq ans et une amende maximale de 10 000 000 \$. Après le début de l'enquête, des perquisitions ont été menées en mai 1987 conformément à des mandats délivrés en application de l'article 13 (maintenant l'article 15) de la Loi. Plus de 51 000 documents ont été saisis.

En novembre 1989, par suite de l'«enquête de 1987», le directeur a recommandé au procureur général du Canada de porter des accusations contre les requérants sous le régime de l'article 45 de la Loi. La preuve n'indique nullement que le directeur a fait quoi que ce soit pour poursuivre l'enquête après avoir renvoyé l'affaire au procureur général afin que celui-ci intente des poursuites. Le directeur reconnaît (paragraphe 3, à la page 2 de son mémoire) qu'après

remitted to the Attorney General and until the *ex parte* application to me, “the Director did not use any formal powers (by which is meant statutory powers requiring judicial sanction) in the course of this inquiry.”

From the evidence before me, or as a result of a total lack of evidence before me, I am satisfied that the Director took no steps pursuant to the Act to continue the inquiry after he submitted what evidence he had gathered to the Attorney General and this is particularly so from the time the Attorney General laid charges against the applicants. If any investigation did in fact take place, it was under the direction of the Attorney General.

On September 24, 1990, charges were laid under paragraph 45(1)(c) of the Act against Clarke Transport, Consolidated, Cottrell, TNT and Trans Western. On July 16, 1992, charges were laid against Wilson, Trudeau, Lajoie, Pequenezza, Freeman and Muirhead. The charges were withdrawn as against Pequenezza. The information alleged that the accused (the present applicants) had committed the offence between February 1976 and May 1987.

The preliminary inquiry under the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] in respect of the charges against the applicants and accused individuals began on February 7, 1994 in the Ontario Court (Provincial Division).

On May 25, 1994, at the conclusion of the preliminary inquiry, all accused (the applicants) were ordered to stand trial.

Some four months after the accused (the applicants) were sent to trial, on September 19, 1994, Gilkes brought an *ex parte* application to the Federal Court on behalf of the Director for orders under paragraph 11(1)(a) and subsection 13(1) of the Act appointing a presiding officer and requiring that six individuals, Robert Stanley, Danny Swail, Bryan Swail, Hank Russelle, Peter Dockalek and Donald Clarke appear before the presiding officer in Toronto on October 3, 1994 to be examined under oath or affirmation.

avoir renvoyé l'affaire au procureur général et jusqu'à ce qu'il présente la demande *ex parte* devant moi, [TRADUCTION] «il n'a utilisé aucun pouvoir officiel (c'est-à-dire un pouvoir d'origine législative nécessitant l'approbation judiciaire) au cours de cette enquête».

Compte tenu de la preuve présentée devant moi ou plutôt de l'absence totale de preuve, je suis convaincu que le directeur n'a pris aucune mesure conformément à la Loi pour poursuivre l'enquête après avoir soumis au procureur général les éléments de preuve qu'il avait réunis, surtout à compter de la date à laquelle celui-ci a porté des accusations contre les requérants. Si une enquête a eu lieu, elle a été dirigée par le procureur général.

Le 24 septembre 1990, des accusations ont été portées sous le régime de l'alinéa 45(1)(c) de la Loi contre Clarke Transport, Consolidated, Cottrell, TNT et Trans Western. Le 16 juillet 1992, des accusations ont également été portées contre Wilson, Trudeau, Lajoie, Pequenezza, Freeman et Muirhead. Les accusations ont été retirées contre Pequenezza. Selon la dénonciation, les accusés (les requérants en l'espèce) auraient commis l'infraction entre février 1976 et mai 1987.

L'enquête préliminaire tenue sous le régime du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] au sujet des accusations portées contre les requérants et les autres personnes accusées a débuté le 7 février 1994 devant la Cour de l'Ontario (Division provinciale).

Le 25 mai 1994, à la fin de l'enquête préliminaire, tous les accusés (les requérants) ont été renvoyés pour subir leur procès.

Environ quatre mois après ce renvoi, le 19 septembre 1994, Gilkes a présenté à la Cour fédérale, au nom du directeur, une demande *ex parte* en vue d'obtenir, conformément à l'alinéa 11(1)a) et au paragraphe 13(1) de la Loi, des ordonnances désignant un fonctionnaire d'instruction et enjoignant à six personnes, soit Robert Stanley, Danny Swail, Bryan Swail, Hank Russelle, Peter Dockalek et Donald Clarke, de comparaître devant le fonctionnaire à Toronto le 3 octobre 1994 pour être interrogées sous serment ou affirmation solennelle.

I granted, as has been previously said, the said orders requested on September 22, 1994.

The present applicants and the accused individuals were notified of the *ex parte* orders made on September 22, 1994 and of the examinations to be held on October 3, 1994 by letters from Gilkes to their counsel dated September 27, 1994. Notice was provided on the basis that each of the accused corporations and individuals to whose counsel a letter was sent is "the subject to the extent permitted by subsection 12(4) of the Act."

The counsel who would have carriage of the examinations are the counsel who are prosecuting the criminal charges on behalf of the Attorney General. Counsel for the Attorney General confirmed that the Crown had no intention of seeking to introduce transcripts of the evidence taken from the examinations at the criminal trial of the applicants but that this did not preclude either the Crown or the defence (the applicants) seeking to use the transcripts to refresh the memory of the witnesses or to impeach their testimony if called at trial.

Following the presentation of the present applications before me, the section 11 examinations have been adjourned *sine die*.

Therefore, as stated, the issue is to determine whether an inquiry into the acts of certain individuals or corporations commenced by the Director pursuant to section 10 of the Act continues after criminal charges have been brought by the Attorney General, the said criminal charges being brought by the Attorney General upon the recommendation to do so by the Director.

As I have hereinabove stated, I am satisfied that the inquiry ends when the purpose of the inquiry has been attained and that is when the Attorney General brings criminal charges against those persons or corporations the activities of which were the subject of the section 10 inquiry. I cannot and do not accept the principle that the Act allows the Director to carry on an inquiry into the activities of individuals and corporations who have been the subject of an inquiry and who have been charged under the *Competition Act* by the Attorney General as a result of the find-

Comme je l'ai déjà mentionné, j'ai accordé lesdites ordonnances demandées le 22 septembre 1994.

Les requérants en l'espèce et les individus accusés ont été avisés des ordonnances *ex parte* qui ont été rendues le 22 septembre 1994 et des interrogatoires qui devaient être tenus le 3 octobre de la même année dans une lettre que Gilkes a fait parvenir à leurs avocats le 27 septembre 1994. Un avis a été remis, compte tenu du fait que chacune des personnes et entreprises accusées dont l'avocat recevait une lettre était visée par l'interrogatoire dans la mesure permise par le paragraphe 12(4) de la Loi.

Les avocats qui auraient mené l'interrogatoire sont ceux qui s'occupent des poursuites pénales au nom du procureur général. L'avocat de celui-ci a confirmé que Sa Majesté n'avait nullement l'intention de déposer au procès des requérants des transcriptions de la preuve obtenue lors des interrogatoires, mais que ce fait n'empêchait pas Sa Majesté ou la défense (les requérants) d'utiliser les transcriptions pour rafraîchir la mémoire des témoins ou pour contredire leur témoignage, s'ils étaient appelés à témoigner au procès.

Après la présentation des demandes en l'espèce devant moi, les interrogatoires prévus à l'article 11 ont été ajournés *sine die*.

En conséquence, comme je l'ai déjà mentionné, la question à trancher est celle de savoir si une enquête entreprise par le directeur conformément à l'article 10 de la Loi au sujet des actes de certains individus ou personnes morales se poursuit une fois que des accusations pénales ont été portées par le procureur général suivant la recommandation du directeur.

Comme je l'ai déjà mentionné, je suis convaincu que l'enquête se termine lorsque le but de l'enquête a été atteint, c'est-à-dire lorsque le procureur général porte des accusations pénales contre les individus ou les personnes morales dont les activités faisaient l'objet de l'enquête prévue à l'article 10. Je ne puis admettre que la Loi permet au directeur de mener une enquête concernant les activités d'individus et de personnes morales qui ont fait l'objet d'une enquête et qui ont été inculpés par le procureur général sous le régime de la *Loi sur la concurrence* par suite des con-

ings made by the Director pursuant to an inquiry. This, of course, does not mean that further prosecutorial work in preparation for the trial may not be required with the assistance of the Director but, if required, it would be under the jurisdiction of the Attorney General pursuant to his prosecutorial responsibilities. As I have previously stated, nothing in the Act prevents the Director from continuing his inquiry after referring the matter to the Attorney General in order to enable the Director to get additional evidence but once criminal charges are brought, control of the proceedings, including, if necessary, further prosecutorial work is the responsibility of the Attorney General and it is the Attorney General who has carriage of the proceedings before the criminal court.

So long as no charges are brought by the Attorney General against individuals or corporations as a result of facts gathered pursuant to a section 10 inquiry, the Director, pursuant to the Act can continue with an inquiry to gather facts by holding section 11 examinations or of making section 15 [as am. *idem*, s. 24] searches and seizures. In order to hold a section 11 examination or to obtain a section 15 warrant, the Director must be involved in an ongoing inquiry. An ongoing inquiry for what purpose? To gather evidence to submit to the Attorney General so that a decision may be made by the Attorney General as to whether or not to lay criminal charges, as in this case, pursuant to paragraph 45(1)(c) of the Act. This does not, before charges are laid, preclude the Attorney General from referring the matter back to the Director for further investigation.

I am satisfied that once the Director has submitted sufficient evidence to the Attorney General such that criminal charges are brought, the Director's role continues in his capacity as an enforcement official. However, this does not include the power to hold hearings under section 11 of the Act nor to obtain warrants under section 15 of the Act once criminal charges have been brought.

clusions que le directeur a tirées dans le cadre de l'enquête. Bien entendu, cela ne signifie pas que l'aide du directeur ne sera pas requise lors des travaux préparatoires au procès que mènera la poursuite; cependant, cette aide serait fournie sous la surveillance du procureur général, qui dirigerait les travaux dans le cadre des responsabilités dont il est investi en matière de poursuites. Comme je l'ai déjà indiqué, aucune disposition de la Loi n'empêche le directeur de poursuivre son enquête après avoir renvoyé l'affaire au procureur général afin d'obtenir des éléments de preuve supplémentaires; cependant, une fois que des accusations pénales sont portées, le contrôle des procédures, y compris les travaux supplémentaires liés à la poursuite, s'ils sont nécessaires, relève du procureur général et c'est lui qui est responsable du déroulement des poursuites pénales.

Tant et aussi longtemps que le procureur général ne porte pas d'accusations contre des individus ou des personnes morales sur la foi des éléments de preuve obtenus lors d'une enquête fondée sur l'article 10, le directeur peut, conformément à la Loi, poursuivre une enquête afin de réunir des éléments de preuve en tenant des interrogatoires prévus à l'article 11 ou en faisant des saisies et des perquisitions fondées sur l'article 15 [mod., *idem*, art. 24]. Pour tenir un interrogatoire prévu à l'article 11 ou pour obtenir un mandat prévu à l'article 15, le directeur doit mener une enquête. Dans quel but? Dans le but de réunir des éléments de preuve à soumettre au procureur général pour que celui-ci détermine s'il y a lieu de porter des accusations pénales conformément à un article de la Loi, en l'occurrence, l'alinéa 45(1)c). Cela n'empêche pas le procureur général de renvoyer l'affaire au directeur pour que celui-ci mène une enquête supplémentaire avant que des accusations soient portées.

Une fois que le directeur a présenté au procureur général suffisamment d'éléments de preuve pour que celui-ci tente des poursuites pénales, il continue à exercer des fonctions liées à l'exécution. Cependant, ces fonctions ne comprennent pas le pouvoir de tenir des audiences aux termes de l'article 11 de la Loi ou d'obtenir des mandats en application de l'article 15 de la Loi une fois que des accusations pénales ont été portées.

Thus, I am satisfied that when I issued the *ex parte* orders on September 22, 1994, I did not have jurisdiction to make such orders as no inquiry, pursuant to section 10 of the Act, was ongoing.

As stated, I was asked not to decide any of the alternative issues should I conclude that there was no ongoing inquiry. I do not intend to decide any of the other issues other than to say that I am satisfied there was no material non-disclosure of relevant facts by the Director's representative when he asked for the *ex parte* orders.

The applications of the applicants are allowed with costs. In that only one application was argued as a representative application, there shall only be one set of costs for the argument portion.

Je suis donc convaincu que, lorsque j'ai rendu les ordonnances *ex parte* le 22 septembre 1994, je n'avais pas la compétence voulue pour le faire, parce qu'aucune enquête visée par l'article 10 de la Loi n'était menée.

Comme je l'ai mentionné, les avocats m'ont demandé de ne pas trancher les autres questions soulevées, si j'en venais à la conclusion qu'aucune enquête n'était menée. Je n'ai pas l'intention de trancher les autres questions et je me bornerai à dire qu'à mon avis, le représentant du directeur n'a pas omis de divulguer un fait pertinent et important lorsqu'il a demandé les ordonnances *ex parte*.

Les demandes des requérants sont accueillies avec dépens. Étant donné qu'une seule demande a été débattue à titre de demande type, un seul groupe de dépens seront accordés pour la partie des plaidoiries.

T-1206-94

T-1206-94

Attorney General of Canada (*Applicant*)Procureur général du Canada (*requérant*)

v.

c.

Julius H. E. Uzoaba and Canadian Human Rights Commission (*Respondents*)^a Julius H. E. Uzoaba et Commission canadienne des droits de la personne (*intimés*)*INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. UZOABA (T.D.)**RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. UZOABA (1^{re} INST.)*

Trial Division, Rothstein J.—Ottawa, April 21, 1995.

Section de première instance, juge Rothstein—Ottawa, 21 avril 1995.

Human rights — Judicial review of HRT decision performance appraisal, employment references taking into account convicts' racist attitudes, and placing racially motivated petition on personnel file discriminatory practices — HRT ordering reinstatement at higher level under CHRA, s. 53(2)(b) — CSC not liable for convicts' racist beliefs but for discrimination by management in relying on racially motivated acts, statements or petitions — Sufficient if discrimination a basis for employer's decision — If conflict between CHRA, s. 53(2)(b) and Public Service Employment Act, CHRA paramount.

Public Service — Selection process — Merit principle — Under CHRA, s. 53(2)(b) HRT may order provision of rights, opportunities, privileges, on first reasonable occasion, as were denied discrimination victim — HRT ordering reinstatement of complainant at higher level, after finding employer guilty of discriminatory practices — Government's right to promote according to merit under PSEA not overriding CHRA — CHRA paramount — As some evidence upon which HRT could base decision, Court lacking jurisdiction.

Penitentiaries — CSC manager taking convicts' racist attitudes into account in complainant's performance appraisal — Placing racially motivated petition on personnel file — HRT correctly finding discriminatory practices, not for convicts' racist beliefs, but because management's reliance on racially motivated conduct itself discrimination.

This was an application for judicial review of a Human Rights Tribunal's decision that Correctional Service Canada (CSC) had contravened the *Canadian Human Rights Act* (CHRA). The complainant's 1980 performance appraisal referred to a relatively large number of inmates' transfer requests for removal from his caseload due to a language diffi-

Droits de la personne — Contrôle judiciaire de la décision d'un tribunal des droits de la personne suivant lequel l'évaluation du rendement, les références où l'on a tenu compte des attitudes racistes de prisonniers et le dépôt dans un dossier personnel d'une pétition motivée par le racisme constituent des actes discriminatoires — Le Tribunal a ordonné le rétablissement à un poste de niveau supérieur en vertu de l'art. 53(2)(b) de la LCDP — Le SCC ne doit pas répondre des croyances racistes de détenus mais de la discrimination exercée par la direction qui s'est fondée sur des actes, des déclarations ou des pétitions racistes — Il suffit que la discrimination soit un facteur qui a motivé la décision de l'employeur — En cas de conflit entre l'art. 53(2)(b) de la LCDP et la Loi sur l'emploi dans la fonction publique, la LCDP a préséance.

Fonction publique — Processus de sélection — Principe du mérite — En vertu de l'art. 53(2)(b) de la LCDP, un tribunal des droits de la personne peut ordonner d'accorder à la victime d'un acte discriminatoire, dès que les circonstances le permettent, les droits, chances ou avantages dont l'acte l'a privée — Le Tribunal des droits de la personne a ordonné le rétablissement du plaignant à un poste supérieur après avoir conclu que l'employeur avait commis des actes discriminatoires — Le droit d'accorder des promotions suivant le principe du mérite qui est conféré au gouvernement par la Loi sur l'emploi dans la fonction publique ne l'emporte pas sur la LCDP — La LCDP a préséance — Étant donné qu'il existait certains éléments de preuve sur lesquels le Tribunal pouvait fonder sa décision, la Cour n'a pas compétence.

Pénitenciers — Un gestionnaire du SCC a tenu compte des attitudes racistes de détenus dans l'évaluation du rendement du plaignant — Il a déposé dans le dossier personnel une pétition motivée par le racisme — Le Tribunal a conclu avec raison à l'existence d'actes discriminatoires non pas en raison des croyances racistes des détenus mais parce qu'en se fondant sur des comportements motivés par le racisme, la direction a elle-même exercé une discrimination.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un tribunal des droits de la personne a conclu que le Service correctionnel du Canada (SCC) avait violé la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (LCDP). Il était question dans l'évaluation du rendement du plaignant qui avait été effectuée en 1980 d'un nombre assez important de détenus qui

culty, mannerisms or attitude. Several prisoners were “bikers” who were known to be racists. The Tribunal held that such unquestioning acceptance of the inmates’ views of the complainant’s performance, knowing that at least some of those views were tainted by racism, amounted to racial discrimination by CSC. It held that this discrimination was perpetuated in employment references containing negative comments based upon the inmates’ actions. Placing a prisoners’ petition which was at least partially motivated by racism, on respondent’s personnel file, and then exacting an agreement that he not work with inmates in exchange for removing it, was also found to be a discriminatory practice. The Attorney General argued that CSC should not be held liable for the conduct of inmates and that CSC’s actions were motivated by legitimate, not discriminatory, reasons.

The Tribunal ordered CSC to reinstate the complainant at a higher level than the position he had held when his rights were violated. CHRA, paragraph 53(2)(b) permits a Tribunal to order that the victim of a discriminatory practice be provided, on the first reasonable occasion, such rights, opportunities or privileges as were denied him due to the practice. The Attorney General argued that a Human Rights Tribunal cannot overrule the scheme established by the *Public Service Employment Act* (PSEA) whereby promotions are to be based on merit.

Held, the application should be dismissed.

The Tribunal did not err in finding the employer liable for discrimination in respect of the complainant’s performance appraisal. Based on the supervisor’s own admission, it was not unreasonable to conclude that inmates’ views, based on racial attitudes, were considered in the performance appraisal, and that this was discrimination based on race. There was also evidence before the Tribunal that the inmate petition was motivated at least in part by racism of some of the convicts. The Tribunal did not err in concluding that attaching such a petition to an employee’s file, which could then be used for disciplinary or removal purposes and which was used as a bargaining tool with the employee, was discrimination.

CSC was not liable because of the convicts’ racist beliefs or actions. But when management, in its dealings with an employee, relies on acts, statements or petitions of prisoners which are racially motivated, it is itself discriminating against the employee. Even if the complainant’s difficulties with the inmates went beyond those associated with race, it is sufficient that discrimination is a basis for the employer’s decision.

Even if the power of a Human Rights Tribunal to order a promotion in the Public Service indirectly conflicts with the PSEA, the provisions of the CHRA must prevail. Any other

avaient demandé de ne plus relever de ce dernier en raison d’un problème de langage ou encore d’une attitude affectée ou autrement répréhensible. Plusieurs des prisonniers étaient des motards dont le racisme était bien connu. Le Tribunal a statué que l’acceptation aveugle des opinions des détenus au sujet du rendement du plaignant, alors qu’on savait que certaines de ces opinions étaient empreintes de racisme, équivalait à de la discrimination fondée sur la race de la part du SCC. Il a jugé que cette discrimination s’est poursuivie dans les références renfermant des commentaires négatifs fondés sur les actes des détenus. Il a également considéré que le dépôt dans le dossier personnel de l’intimé d’une pétition des prisonniers qui était motivée en partie par leur racisme et que le fait de l’obliger à signer une entente en vertu de laquelle la pétition serait retirée s’il acceptait de ne pas travailler avec des détenus constituait des actes discriminatoires. Le procureur général a soutenu que le SCC ne saurait être tenu responsable des actes des détenus et que les mesures prises par le SCC étaient légitimes et ne reposaient pas sur des motifs discriminatoires.

Le Tribunal a ordonné au SCC de rétablir le plaignant à un poste de niveau supérieur à celui qu’il occupait lorsque ses droits ont été violés. L’alinéa 53(2)(b) de la LCDP autorise un tribunal à ordonner d’accorder à la victime d’un acte discriminatoire, dès que les circonstances le permettent, les droits, chances ou avantages dont l’acte l’a privée. Le procureur général a soutenu qu’un tribunal des droits de la personne ne peut passer outre au système de promotion accordée en vertu du principe du mérite que prévoit la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*.

Jugement: la demande doit être rejetée.

Le Tribunal n’a pas commis d’erreur en statuant que l’employeur a exercé de la discrimination en ce qui concerne l’évaluation du rendement du plaignant. Compte tenu de l’aveu même du superviseur, il n’était pas déraisonnable de conclure qu’on avait tenu compte dans l’évaluation du rendement d’opinions de détenus qui reposaient sur des attitudes racistes et qu’il s’agissait de discrimination fondée sur la race. La preuve dont avait été saisi le Tribunal indiquait aussi que la pétition des détenus était motivée, en partie du moins, par le racisme de certains des détenus. Le Tribunal n’a pas commis d’erreur en concluant que le dépôt dans le dossier d’un employé d’une telle pétition, qui pourrait ensuite servir à des fins disciplinaires ou au renvoi de l’employé, et qui a été utilisée pour marchandier avec ce dernier, constitue de la discrimination de la part de l’employeur.

Le SCC ne doit pas répondre des actes ou des croyances racistes des prisonniers. Toutefois, lorsque, dans ses rapports avec un employé, la direction se fonde sur des actes, des déclarations ou des pétitions racistes de prisonniers, elle exerce une discrimination contre l’employé. Même si le plaignant avait d’autres problèmes avec les détenus que ceux liés à sa race, il suffit que la discrimination soit un facteur qui a motivé la décision de l’employeur.

Même si le pouvoir d’un tribunal des droits de la personne d’ordonner qu’une promotion soit accordée à un fonctionnaire entre indirectement en conflit avec la *Loi sur l’emploi dans la*

conclusion would minimize the rights in the CHRA and enfeeble their proper impact. If the CHRA was not paramount, the jurisdiction of a Tribunal to order reinstatement at a higher level would apply to non-government federal positions where the Act is applicable, but not to government positions, an anomaly not envisaged by Parliament.

The principles of mitigation, remoteness and foreseeability apply to an award of damages, but in terms of reinstatement, the question is one of sufficiency of evidence. As there was some evidence upon which the HRT could base its decision that the complainant should be reinstated at the higher level, the matter was beyond the Court's jurisdiction.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 53(2)(b), 54(2).

Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 41.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Action Travail des Femmes v. Canadian National Railway Co., [1987] 1 S.C.R. 1114; (1987), 40 D.L.R. (4th) 193; 27 Admin. L.R. 172; 87 CLLC 17,022; 76 N.R. 161; *Kelso v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 199; (1981), 120 D.L.R. (3d) 1; 35 N.R. 19.

REFERRED TO:

Marylou Bueckert v. Base-Fort Patrol Ltd. (1982), 3 C.H.R.R. D/804 (Bd. of Inquiry); *Holden v. Canadian National Railway* (1990), 14 C.H.R.R. D/12; 91 CLLC 17,028; 112 N.R. 395 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Morgan*, [1992] 2 F.C. 401; (1991), 85 D.L.R. (4th) 473; 92 CLLC 17,002; 135 N.R. 27 (C.A.).

APPLICATION for judicial review of a Human Rights Tribunal decision that Correctional Service Canada was guilty of discriminatory practices contrary to the *Canadian Human Rights Act* by taking account of convicts' racist attitudes in an employee's performance appraisal and employment references and in placing a prisoners' petition against the employee on his personnel file (*Uzoaba v. Canada (Correctional Services)*, [1994] C.H.R.D. No. 7 (QL)). Application dismissed.

COUNSEL:

Ian McCowan for applicant.

fonction publique, les dispositions de la LCDP doivent avoir préséance. Toute autre conclusion minimiserait ou diminuerait l'effet des droits garantis par la LCDP. Si la LCDP n'avait pas préséance, le pouvoir d'un tribunal d'ordonner le rétablissement à un niveau supérieur s'appliquerait à des postes non gouvernementaux lorsque la Loi est applicable, mais non à des postes gouvernementaux, une anomalie que le législateur ne peut avoir envisagé de créer.

Les principes de la limitation, du caractère indirect et de la prévisibilité du préjudice s'appliquent à l'octroi de dommages-intérêts, mais en ce qui concerne le rétablissement à un poste, il s'agit plutôt d'une question de suffisance de la preuve. Comme certains éléments de preuve permettaient au Tribunal de conclure que le plaignant devait être rétabli à un poste de niveau supérieur, la Cour ne peut pas intervenir en l'espèce.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 53(2)b), 54(2).

Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 41.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Action Travail des Femmes c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, [1987] 1 R.C.S. 1114; (1987), 40 D.L.R. (4th) 193; 27 Admin. L.R. 172; 87 CLLC 17,022; 76 N.R. 161; *Kelso c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 199; (1981), 120 D.L.R. (3d) 1; 35 N.R. 19.

DÉCISIONS CITÉES:

Marylou Bueckert v. Base-Fort Patrol Ltd. (1982), 3 C.H.R.R. D/804 (Commission d'enquête); *Holden c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada* (1990), 14 C.H.R.R. D/12; 91 CLLC 17,028; 112 N.R. 395 (C.A.F.); *Canada (Procureur général) c. Morgan*, [1992] 2 C.F. 401; (1991), 85 D.L.R. (4th) 473; 92 CLLC 17,002; 135 N.R. 27 (C.A.).

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision d'un tribunal des droits de la personne portant que le Service correctionnel du Canada s'était rendu coupable de pratiques discriminatoires en violation de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* en tenant compte des attitudes racistes de détenus dans l'évaluation de rendement d'un employé et dans les références d'un supérieur et en déposant dans le dossier personnel de l'employé une pétition de prisonniers (*Uzoaba c. Canada (Service Correctionnel)*, [1994] D.C.D.P. n° 7 (QL)). Demande rejetée.

AVOCATS:

Ian McCowan pour le requérant.

Andrew J. Raven and David Yazbeck for respondent Julius Uzoaba.

Peter Engelmann and Michael Gottheil for respondent Canadian Human Rights Commission.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.

Raven, Jewitt & Allen, Ottawa, for respondent Julius Uzoaba.

Caroline Engelmann & Gottheil, Ottawa, for respondent Canadian Human Rights Commission.

The following are the reasons for order delivered orally in English by

ROTHSTEIN J.: This is an application for judicial review of a decision of a Human Rights Tribunal (Tribunal) dated April 28, 1994 [[1994] C.H.R.D. No. 7 (QL)]. The Tribunal found that Dr. Julius Uzoaba's rights under the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (Act) had been contravened. Amongst other things, the Tribunal ordered that Correctional Service Canada, the employer, at the first reasonable opportunity, offer Dr. Uzoaba a position at the WP-5 level without inmate contact.

The Attorney General, in this application before me, submits that the Tribunal's decision should be set aside and that the matter be remitted to the Tribunal with direction that Dr. Uzoaba's complaint be dismissed. The Attorney General says the Tribunal erred in finding Correctional Service Canada violated the Act. Further, the Attorney General says that even if there had been a violation of the Act, the Tribunal erred by ordering Correctional Service Canada to reinstate Dr. Uzoaba at the WP-5 level which would constitute a promotion from the WP-3 classification officer position he held at the time his rights were violated.

The Attorney General essentially makes two submissions in respect of liability. The first is that Correctional Service Canada should not be held liable for the actions of inmates at a prison. The second is that the actions taken by Correctional Service Canada

Andrew J. Raven et David Yazbeck pour l'intimé Julius Uzoaba.

Peter Engelmann et Michael Gottheil pour l'intimée la Commission canadienne des droits de la personne.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour le requérant.

Raven, Jewitt & Allen, Ottawa, pour l'intimé Julius Uzoaba.

Caroline Engelmann & Gottheil, Ottawa, pour l'intimée la Commission canadienne des droits de la personne.

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

LE JUGE ROTHSTEIN: Il s'agit en l'espèce d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue le 28 avril 1994 par un tribunal des droits de la personne (le Tribunal) [[1994] D.C.D.P. n° 7 (QL)]. Le Tribunal a conclu que les droits garantis à M. Julius Uzoaba par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (la Loi), avaient été violés. Il a notamment ordonné à l'employeur, le Service correctionnel du Canada, d'offrir à M. Uzoaba, à la première occasion raisonnable, un poste au niveau WP-5 qui n'exige aucun contact avec les détenus.

Dans la demande qu'il m'a présentée, le procureur général soutient que la Cour devrait annuler la décision du Tribunal et lui renvoyer l'affaire en lui indiquant que la plainte de M. Uzoaba doit être rejetée. Le procureur général affirme que le Tribunal a commis une erreur en concluant que le Service correctionnel du Canada a violé la Loi. Il ajoute que même si la Loi avait été violée, le Tribunal aurait commis une erreur en ordonnant au Service correctionnel du Canada de rétablir M. Uzoaba à un poste de niveau WP-5 ce qui constituerait une promotion par rapport au poste d'agent de classification de niveau WP-3 qu'il occupait au moment où ses droits ont été violés.

Le procureur général avance essentiellement deux arguments en ce qui concerne la responsabilité. Il soutient premièrement que le Service correctionnel du Canada ne saurait être tenu responsable des actes des détenus dans une prison. Deuxièmement, il

were motivated by legitimate as opposed to discriminatory reasons.

The discriminatory acts of Correctional Service Canada found by the Tribunal and to which counsel made reference involved:

(1) A performance appraisal of Dr. Uzoaba which took into account racist attitudes of prisoners.

(2) Employment references by Dr. Uzoaba's superior which took into account racist attitudes of prisoners.

(3) The placing of a prisoners' petition against Dr. Uzoaba, which was motivated in part by racism, on Dr. Uzoaba's personnel file, which could then be used for disciplinary or removal purposes and which was used to require Dr. Uzoaba to sign a memorandum acknowledging that he would not work with inmates in exchange for taking the petition off his personnel file.

Counsel for the Attorney General acknowledges that third parties can be a source of discrimination by employers such as in customer preference cases. See for example, *Marylou Bueckert v. Base-Fort Patrol Ltd.* (1982), 3 C.H.R.R. D/804 (Bd. of Inquiry). But he says that extension of the third party input principle to prisons is improper. He does, however, concede that if prison management discriminated against an employee by acceding to the racist demands or actions of inmates, this would constitute a violation of the Act by the employer.

At pages 157 and 158 of its decision, the Tribunal states:

Similarly, in this case, Mr. Markowski's unquestioning acceptance of the inmates' views of Dr. Uzoaba's performance, knowing as he did that at least some of these views were tainted by racism, amounts to racial discrimination by CSC.

This discrimination was perpetuated when Mr. Markowski provided employment references containing negative comments based upon the inmates' actions.

Similarly, Mr. Trono's actions, following on the receipt of the inmate petition, also constitute discrimination against Dr. Uzoaba by reason of his race and colour.

affirme que les mesures prises par le Service correctionnel du Canada étaient légitimes et ne reposaient pas sur des motifs discriminatoires.

Les actes discriminatoires du Service correctionnel du Canada à l'existence desquels le Tribunal a conclu et auxquels l'avocat s'est reporté sont les suivants:

1) Une évaluation du rendement de M. Uzoaba qui tenait compte des attitudes racistes de prisonniers.

2) Les références d'un supérieur de M. Uzoaba qui a tenu compte des attitudes racistes de prisonniers.

3) Le dépôt dans le dossier personnel de M. Uzoaba d'une pétition des prisonniers qui était motivée en partie par leur racisme et qui pourrait servir à des fins disciplinaires ou de renvoi, et qui a été utilisée pour obliger M. Uzoaba à signer une entente en vertu de laquelle la pétition serait retirée de son dossier personnel pourvu qu'il accepte de ne pas travailler avec des détenus.

L'avocat du procureur général reconnaît que des tiers peuvent être à l'origine de la discrimination exercée par des employeurs comme c'est le cas dans les causes sur l'importance primordiale du client. Voir, par exemple, *Marylou Bueckert v. Base-Fort Patrol Ltd.* (1982), 3 C.H.R.R. D/804 (Commission d'enquête). Il affirme toutefois qu'il ne convient pas d'étendre aux prisons le principe de l'intervention de tiers. Il reconnaît néanmoins que si la direction d'une prison exerçait de la discrimination contre un employé en accédant aux actes ou exigences racistes des détenus, l'employeur violerait la Loi.

Aux pages 165 et 166, le Tribunal dit ce qui suit:

De la même façon, dans le cas qui nous occupe, l'acceptation sans question de M. Markowski des opinions des détenus au sujet du rendement de M. Uzoaba, alors qu'il savait que certaines de ces opinions étaient empreintes de racisme, équivaut à de la discrimination fondée sur la race de la part du SCC.

Cette attitude discriminatoire s'est poursuivie lorsque M. Markowski a fourni des références renfermant des commentaires négatifs en se fondant sur les actions des détenus.

De la même façon, les mesures que M. Trono a adoptées après avoir reçu la pétition des détenus constituent aussi une conduite discriminatoire fondée sur la race et sur la couleur de peau de M. Uzoaba.

In my view, there was evidence before the Tribunal that permitted such conclusions. In Dr. Uzoaba's performance appraisal for 1980, his supervisor, Mr. Markowski, in giving reasons why he found there was room for improvement in Dr. Uzoaba's ability to work successfully with inmates, states:

Over the past year a relatively large number of inmates have made official requests for removal from Mr. Uzoaba's caseload due either to a language difficulty, mannerisms or attitude.

According to the Tribunal, there was some evidence that Dr. Uzoaba had a problem in relating to inmates that was not racially related. Even if those difficulties explain the reference in the performance appraisal to "attitude" this is not a possible explanation for the references to language difficulties and mannerisms.

Several prisoners were "bikers" who were known to be racists. Dr. Uzoaba was advised not to allow prisoners to repair his automobile because it was feared they would damage the automobile because of racist attitudes they held towards Dr. Uzoaba. Mr. Markowski acknowledged that he gave credence to prisoners' feedback regarding Dr. Uzoaba and their transfer requests, some of which he admitted were motivated by racism, in his consideration of Dr. Uzoaba's performance appraisal. It was therefore not unreasonable for the Tribunal to conclude that inmates' views, based on racial attitudes, were considered in Dr. Uzoaba's performance appraisal and that this amounted to discrimination by the employer based on race.

Having concluded that the Tribunal was not in error in finding the employer liable for discrimination in respect of the performance appraisal of Dr. Uzoaba, I do not find it necessary to deal with the matter of employment references or the inmate petition. Suffice it to say that there was evidence before the Tribunal that the inmate petition was motivated, at least in part, by the racism of some prisoners. The Tribunal did not err in concluding that to attach such a petition to an employee's file, which could then be used for disciplinary or removal purposes, and was

À mon avis, la preuve dont avait été saisi le Tribunal lui permettait de tirer de telles conclusions. Dans l'évaluation du rendement de M. Uzoaba qui a été faite en 1980, son superviseur, M. Markowski, dit pour expliquer pourquoi il a conclu qu'il y avait place à amélioration dans les rapports de M. Uzoaba avec les détenus:

[TRADUCTION] Au cours de la dernière année, un nombre assez important de détenus ont demandé officiellement de ne plus relever de M. Uzoaba, en raison d'un problème de langage ou encore d'une attitude affectée ou autrement répréhensible.

Suivant le Tribunal, la preuve indiquait que M. Uzoaba avait dans ses rapports avec les détenus des problèmes qui n'étaient pas liés à sa race. Même si ces difficultés expliquent pourquoi il est question de son «attitude» dans son évaluation du rendement, cela ne peut pas raisonnablement expliquer la mention d'un problème de langage ou d'une attitude affectée.

Plusieurs des prisonniers étaient des «motards» dont le racisme était bien connu. M. Uzoaba a été avisé de ne pas permettre aux prisonniers de réparer sa voiture parce qu'on craignait qu'ils n'endommagent celle-ci parce qu'ils avaient une attitude raciste envers M. Uzoaba. M. Markowski a reconnu que, dans son évaluation du rendement de M. Uzoaba, il a tenu compte des réactions des prisonniers à l'égard de M. Uzoaba et de leurs demandes de transfèrement dont certaines, a-t-il admis, étaient motivées par le racisme. Par conséquent, le Tribunal pouvait en toute logique conclure qu'on avait tenu compte dans l'évaluation du rendement de M. Uzoaba d'opinions de détenus qui reposaient sur des attitudes racistes, et que cela équivalait de la part de l'employeur à de la discrimination fondée sur la race.

Ayant conclu que le Tribunal n'a pas commis d'erreur en statuant que l'employeur a exercé de la discrimination en ce qui concerne l'évaluation du rendement de M. Uzoaba, je ne crois pas qu'il soit nécessaire d'examiner la question des références ou de la pétition des détenus. Il suffit de dire que la preuve dont a été saisi le Tribunal indiquait que la pétition des détenus était motivée, en partie du moins, par le racisme de certains des détenus. Le Tribunal n'a pas commis d'erreur en concluant que le dépôt dans le dossier d'un employé d'une telle pétition, qui

used as bargaining tool with the employee, constitutes discrimination by the employer.

The findings and evidence to which I have referred are not to the effect that Correctional Service Canada is liable because of the racist beliefs or actions of prisoners. They do, however, indicate that when management, in its dealings with an employee, relies on acts, statements or petitions of prisoners which are racially motivated, it is itself discriminating against the employee, contrary to the Act.

Counsel for the Attorney General says there was evidence of Dr. Uzoaba having difficulties with inmates beyond those associated with race and that the actions of Correctional Service Canada were with regard to this information. The simple answer, as pointed out by counsel for the Canadian Human Rights Commission, is that it is sufficient that discrimination is a basis for the employer's decision. See *Holden v. Canadian National Railway* (1990), 14 C.H.R.R. D/12 (F.C.A.), at pages D/14 and D/15. As noted, there was evidence before the Tribunal that discrimination was a basis for the employer's actions at least with respect to the performance appraisal and the petition. That is sufficient to put the employer in violation of the Act.

I turn now to whether it was proper for the Tribunal to order Correctional Service Canada to reinstate Dr. Uzoaba to a WP-5 position which, in effect, constitutes a promotion from the WP-3 classification officer position he held.

Counsel for the Attorney General argues that the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, establishes a scheme whereby promotions are to be based on merit. He says the scheme for promotion is elaborately set forth in the *Public Service Employment Act* and that this cannot be overruled by a Human Rights Tribunal. He says the jurisdiction of the Tribunal is limited to referring the matter back to Correctional Service Canada, in order for it to request an exclusion under section 41 of the *Public*

pourrait ensuite servir à des fins disciplinaires ou au renvoi de l'employé, et qui a été utilisée pour marchandier avec ce dernier, constitue de la discrimination de la part de l'employeur.

^a Les conclusions et les éléments de preuve que j'ai mentionnés ne signifient pas que le Service correctionnel du Canada doit répondre des actes ou des croyances racistes de prisonniers. Ils indiquent toutefois que lorsque, dans ses rapports avec un employé, la direction se fonde sur les actes, les déclarations ou les pétitions racistes de prisonniers, elle exerce une discrimination contre l'employé, en violation de la Loi.

^c L'avocat du procureur général affirme que la preuve indiquait que M. Uzoaba avait d'autres problèmes avec les détenus que ceux liés à sa race et que le Service correctionnel du Canada a pris des mesures en fonction de ce renseignement. Comme l'a souligné l'avocat de la Commission des droits de la personne, il suffit simplement que la discrimination soit un facteur qui a motivé la décision de l'employeur. Voir *Holden c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada* (1990), 14 C.H.R.R. D/12 (C.A.F.), aux pages D/14 et D/15. Comme nous l'avons déjà signalé, la preuve dont avait été saisi le Tribunal indiquait que la discrimination était un facteur qui avait motivé les mesures prises par l'employeur, du moins en ce qui concerne l'évaluation du rendement et la pétition. C'est suffisant pour que l'employeur ait violé la Loi.

^g Examinons maintenant s'il convenait pour le Tribunal d'ordonner au Service correctionnel du Canada de rétablir M. Uzoaba à un poste de niveau WP-5 ce qui, en fait, constitue une promotion par rapport au poste d'agent de classification de niveau WP-3 qu'il occupait auparavant.

ⁱ L'avocat du procureur général soutient que suivant la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33, les promotions doivent être accordées au mérite. Il affirme que ce système de promotion est exposé en détail dans la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, et qu'un tribunal des droits de la personne ne peut y passer outre. Il prétend que le pouvoir du Tribunal se limite à renvoyer l'affaire devant le Service correctionnel du Canada pour que celui-ci présente une demande d'exemption en vertu

Service Employment Act, making a declaration that Dr. Uzoaba was entitled to a WP-5 position or perhaps ordering that Dr. Uzoaba be entitled to compete for a WP-5 position.

When there is a conflict between the Act and another Act of Parliament, the question is which is paramount. The relevant provision of the Act at issue here is paragraph 53(2)(b) which provides:

53. . . .

(2) If, at the conclusion of its inquiry, a Tribunal finds that the complaint to which the inquiry relates is substantiated, it may, subject to subsection (4) and section 54, make an order against the person found to be engaging or to have engaged in the discriminatory practice and include in that order any of the following terms that it considers appropriate:

(b) that the person make available to the victim of the discriminatory practice, on the first reasonable occasion, such rights, opportunities or privileges as, in the opinion of the Tribunal, are being or were denied the victim as a result of the practice;

The relevant provision of the Tribunal's order in this case tracks the words of paragraph 53(2)(b) and provides [at page 180]:

2. That the respondent, at the first reasonable opportunity, offer Dr. Uzoaba a position at the WP-5 level, without inmate contact;

On its face, the Tribunal's order appears to fall squarely within the jurisdiction of a Tribunal under paragraph 53(2)(b) of the Act.

The law is clear and counsel for the Attorney General agrees that in the case of a direct conflict, the Act will apply. However, he argues the conflict here is not direct. It is not clear to me how this argument assists counsel. Indeed, counsel for Dr. Uzoaba submits there is no real conflict between the Act and the *Public Service Employment Act*. He says that the promotion on merit provisions of the *Public Service Employment Act* apply in the normal, day-to-day administration of the Public Service and that the Act does not purport to displace the *Public Service Employment Act* in that respect. In practical terms I agree with this submission.

de l'article 41 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, et déclare que M. Uzoaba avait droit à un poste de niveau WP-5 ou encore, ordonne que M. Uzoaba a le droit de se présenter à un concours pour un poste de niveau WP-5.

Lorsqu'il y a conflit entre une disposition de la Loi et une disposition d'une autre loi adoptée par le Parlement, il faut se demander laquelle a préséance. En l'espèce, la disposition pertinente de la Loi est l'alinéa 53(2)(b) qui prévoit ce qui suit:

53. . . .

(2) À l'issue de son enquête, le tribunal qui juge la plainte fondée peut, sous réserve du paragraphe (4) et de l'article 54, ordonner, selon les circonstances, à la personne trouvée coupable d'un acte discriminatoire:

b) d'accorder à la victime, dès que les circonstances le permettent, les droits, chances ou avantages dont, de l'avis du tribunal, l'acte l'a privé;

La disposition pertinente de l'ordonnance du Tribunal suit les termes de l'alinéa 53(2)(b) et prévoit ce qui suit [à la page 190]:

(ii) à l'intimé d'offrir à M. Uzoaba, à la première occasion raisonnable, un poste au niveau WP-5 qui n'exige aucun contact avec les détenus;

À première vue, l'ordonnance du Tribunal semble respecter tout à fait la compétence accordée à un tribunal par l'alinéa 53(2)(b) de la Loi.

Le droit est clair et l'avocat du procureur général reconnaît qu'en cas de conflit direct, la Loi s'appliquera. Il soutient toutefois qu'il ne s'agit pas d'un conflit direct en l'espèce. Je ne vois pas comment cet argument peut être utile à l'avocat. En fait, l'avocat de M. Uzoaba prétend qu'il n'y a aucun conflit réel entre la Loi et la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*. Il affirme que les dispositions de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* relatives à la promotion suivant le principe du mérite s'appliquent dans l'administration quotidienne et normale de la fonction publique et que la Loi n'est pas censée supplanter la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* à cet égard. D'un point de vue pratique, je suis d'accord avec cet argument.

However, even if the power of a Human Rights Tribunal to order a promotion in the Public Service conflicts with the *Public Service Employment Act*, I am satisfied that the provisions of the Act must prevail.

In *Action Travail des Femmes v. Canadian National Railway Co.*, [1987] 1 S.C.R. 1114 (the *Action Travail des Femmes* case), Chief Justice Dickson stated at pages 1135 and 1136:

The first comprehensive judicial statement of the correct attitude towards the interpretation of human rights legislation can be found in *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145, at p. 158, where Lamer J. emphasized that a human rights code "is not to be treated as another ordinary law of general application. It should be recognized for what it is, a fundamental law". This principle of interpretation was further articulated by McIntyre J., for a unanimous Court, in *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150, at p. 156:

Human rights legislation is of a special nature and declares public policy regarding matters of general concern. It is not constitutional in nature in the sense that it may not be altered, amended, or repealed by the Legislature. It is, however, of such nature that it may not be altered, amended, or repealed, nor may exceptions be created to its provisions, save by clear legislative pronouncement.

The emphasis upon the "special nature" of human rights enactments was a strong indication of the Court's general attitude to the interpretation of such legislation.

I think this principle of paramountcy must apply in this case to enable a Human Rights Tribunal to order a promotion which it has found has been denied for reasons of discrimination, contrary to the Act. In other words, the jurisdiction of the Public Service Commission and the process respecting promotions within the Public Service must give way in those rare exceptions where promotions have been denied based on discriminatory reasons and where a Tribunal, acting within its jurisdiction under the Act, orders a promotion in order to remedy the results of discriminatory action taken by the employer. In this respect, I adopt the approach of Dickson J., as he then was, in *Kelso v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 199 where he stated at page 207:

Cependant, même si le pouvoir d'un tribunal des droits de la personne d'ordonner qu'une promotion soit accordée à un fonctionnaire entre en conflit avec la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, je suis convaincu que les dispositions de la Loi doivent avoir préséance.

Dans l'arrêt *Action Travail des Femmes c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1114 (l'arrêt *Action Travail des Femmes*), le juge en chef Dickson dit aux pages 1135 et 1136:

Le premier énoncé judiciaire complet de l'attitude à adopter au sujet de l'interprétation de la législation sur les droits de la personne se retrouve dans l'arrêt *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, à la p. 158, où le juge Lamer souligne qu'un code des droits de la personne ne doit pas être considéré «comme n'importe quelle autre loi d'application générale, il faut le reconnaître pour ce qu'il est, c'est-à-dire une loi fondamentale.» Ce principe d'interprétation a été précisé davantage par le juge McIntyre, au nom d'une Cour unanime, dans l'arrêt *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150, à la p. 156:

Une loi sur les droits de la personne est de nature spéciale et énonce une politique générale applicable à des questions d'intérêt général. Elle n'est pas de nature constitutionnelle, en ce sens qu'elle ne peut pas être modifiée, révisée ou abrogée par la législature. Elle est cependant d'une nature telle que seule une déclaration législative claire peut permettre de la modifier, de la réviser ou de l'abroger, ou encore de créer des exceptions à ses dispositions.

L'accent mis sur la «nature spéciale» des textes législatifs portant sur les droits de la personne constituait une forte indication de l'attitude générale que prendrait la Cour au sujet de l'interprétation de tels textes.

Je pense que le principe de la préséance doit s'appliquer en l'espèce pour permettre à un tribunal des droits de la personne d'ordonner l'octroi d'une promotion qui, selon lui, a été refusée pour des motifs discriminatoires, en violation de la Loi. En d'autres termes, la compétence de la Commission de la fonction publique et la procédure qui doit normalement être suivie pour l'octroi des promotions au sein de la fonction publique n'ont pas préséance dans ces rares cas où des promotions ont été refusées pour des motifs discriminatoires et où un tribunal, exerçant la compétence qui lui est conférée par la Loi, ordonne qu'une promotion soit accordée à une personne afin de corriger les effets de l'acte discriminatoire de l'employeur. À cet égard, je fais mienne l'interprétation du juge Dickson, alors juge puîné, dans l'arrêt

No one is challenging the general right of the Government to allocate resources and manpower as it sees fit. But this right is not unlimited. It must be exercised according to law. The government's right to allocate resources cannot override a statute such as the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33, or a regulation such as the *Exclusion Order*.

As counsel for Dr. Uzoaba pointed out, it would be easy, and correct, in this case, to paraphrase Dickson J. with the words: "No one is challenging the general right of the Government to promote according to the merit principle. But this right is not unlimited. It must be exercised according to law. The government's right to promote according to merit cannot override a statute such as the *Canadian Human Rights Act*."

Any other conclusion would, as put by Chief Justice Dickson in *Action Travail des Femmes*, minimize the rights contained in the Act and enfeeble their proper impact. See page 1134.

Further, as counsel for the Human Rights Commission pointed out, if the Act was not paramount in a case such as this, the jurisdiction of a Tribunal to order reinstatement at a higher level would apply to non-government federal positions where the Act is applicable but not to government positions. Such an anomaly could not have been envisaged by Parliament.

It is important to note the Act provides in a case such as this for relief to be granted "on the first reasonable occasion." That indeed is what the Tribunal provided for in its order. While an order of reinstatement at a higher level is an extraordinary remedy, it is, in my view, recognized by the Act, provided the order is circumscribed by the limitation "on the first reasonable occasion" and by other limitations in the Act. See for example subsection 54(2).

Counsel for the Attorney General argues that the principles of mitigation, remoteness and foreseeability preclude the reinstatement of Dr. Uzoaba at this late date to a WP-5 level position. Clearly, these are

Kelso c. La Reine, [1981] 1 R.C.S. 199, où il a dit à la page 207:

Personne ne conteste le droit général du gouvernement de répartir les ressources et les effectifs comme il le juge approprié. Mais ce droit n'est pas illimité. Son exercice doit respecter la loi. Le droit du gouvernement de répartir les ressources ne peut l'emporter sur une loi telle que la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33, ou sur un règlement tel que le *Décret d'exclusion*.

Comme l'a souligné l'avocat de M. Uzoaba, il serait facile, et correct, en l'espèce de reformuler ce qu'a dit le juge Dickson de la manière suivante: «Personne ne conteste le droit général du gouvernement d'accorder des promotions en fonction du principe du mérite. Mais ce droit n'est pas illimité. Son exercice doit respecter la loi. Le droit du gouvernement d'accorder des promotions en fonction du mérite ne peut l'emporter sur une loi telle que la *Loi canadienne sur les droits de la personne*».

Comme l'a dit le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Action Travail des Femmes*, toute autre conclusion minimiserait ou diminuerait l'effet des droits garantis par la Loi. Voir à la page 1134.

De plus, comme l'a fait remarquer l'avocat de la Commission des droits de la personne, si la Loi n'avait pas préséance dans un cas comme l'espèce, le pouvoir d'un tribunal d'ordonner le rétablissement à un niveau supérieur s'appliquerait à des postes non gouvernementaux lorsque la Loi est applicable, mais non à des postes gouvernementaux. Le législateur ne peut pas avoir envisagé de créer une telle anomalie.

Il est important de souligner que la Loi prévoit dans un cas comme l'espèce qu'une réparation doit être accordée «dès que les circonstances le permettent». C'est en réalité ce qu'a prévu le Tribunal dans son ordonnance. Bien qu'une ordonnance de rétablissement à un niveau supérieur constitue une réparation extraordinaire, elle est, à mon avis, permise par la Loi à condition que l'ordonnance respecte la limite créée par l'expression «dès que les circonstances le permettent» ainsi que les autres limites prévues dans la Loi. Voir, par exemple, le paragraphe 54(2).

L'avocat du procureur général soutient que les principes de la limitation, du caractère indirect et de la prévisibilité du préjudice empêchent le rétablissement de M. Uzoaba à un poste de niveau WP-5 à ce

principles which apply to an award of damages and were taken into account by the Tribunal in that context. But in terms of reinstatement, the question is one of the sufficiency of evidence. If Dr. Uzoaba had been reinstated at a higher position in the absence of evidence showing the promotion was reasonably foreseeable then the Tribunal would have erred. But that is not the case here. There was some evidence indicating a serious possibility Dr. Uzoaba would have attained the level of WP-5 by the time of the Tribunal's decision. For the "serious possibility" test, see *Canada (Attorney General) v. Morgan*, [1992] 2 F.C. 401 (C.A.), at page 411 *per* Marceau J.A.

At page 171, the Tribunal stated:

In the January 1980 performance appraisal prepared by Mr. Markowski, Mr. Markowski confirmed that Dr. Uzoaba could expect a promotion within one to two years if he were able to rectify the weakness identified in the appraisal. While it inevitably involves a certain amount of crystal ball gazing, the Tribunal is satisfied that, had Dr. Uzoaba remained working within CSC, in an environment less tainted by racial discrimination and racial harassment, he could reasonably have anticipated a promotion to the WP-4 level within approximately three years. The evidence suggests that positions at that level would have likely been more suited to someone with Dr. Uzoaba's particular skill set, and the Tribunal is satisfied that, without the stresses of constant inmate contact, Dr. Uzoaba would have likely succeeded in that position, enjoying further promotion at some future date. We are, therefore, satisfied that it would be appropriate to reinstate Dr. Uzoaba at the WP-5 level.

There was evidence before the Tribunal of the promotion of some of Dr. Uzoaba's colleagues and the reference, in his performance appraisal of 1980, that he would be ready for advancement to the WP-4 level within one to two years given a rectification of certain weaknesses. The Tribunal concluded it was reasonable to anticipate that he would have advanced to the WP-4 level in three years and that over the next ten to twelve years in an environment less tainted by racism, advancement to the WP-5 level was a reasonable likelihood. While stronger evidence might have been desirable, there was some evidence upon which the Tribunal could base its decision that Dr. Uzoaba should be reinstated at the WP-5 level. That puts the matter beyond the reach of this Court.

moment-ci. Certes, il s'agit de principes qui s'appliquent à l'octroi de dommages-intérêts et dont le Tribunal a tenu compte dans ce contexte. Mais en ce qui concerne le rétablissement de l'employé, il s'agit plutôt d'une question de suffisance de la preuve. Si M. Uzoaba avait été rétabli à un poste de niveau supérieur en l'absence d'éléments de preuve indiquant que la promotion était raisonnablement prévisible, le Tribunal aurait alors commis une erreur. Mais ce n'est pas le cas en l'espèce. Certains éléments de preuve indiquaient qu'il existait une possibilité sérieuse que M. Uzoaba aurait atteint le niveau WP-5 au moment de la décision du Tribunal. Pour le critère de la «possibilité sérieuse», voir l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Morgan*, [1992] 2 C.F. 401 (C.A.), à la page 411, le juge Marceau.

Aux pages 179 et 180, le Tribunal a dit:

Lors de l'évaluation de rendement qu'il a préparée en janvier 1980, M. Markowski a confirmé que M. Uzoaba était en droit de s'attendre à une promotion d'ici une année ou deux, s'il pouvait corriger les faiblesses indiquées dans l'évaluation. Bien qu'il soit difficile de le dire avec certitude, le Tribunal est d'avis que, si M. Uzoaba avait continué à travailler au SCC, dans un milieu moins empreint de racisme, il aurait pu s'attendre à être promu à un poste de niveau WP-4 dans un délai d'environ trois ans. Il appert de la preuve que les postes de ce niveau auraient probablement convenu davantage à une personne ayant les aptitudes de M. Uzoaba et le Tribunal est convaincu que, sans le stress qui découle des contacts constants avec les détenus, M. Uzoaba se serait probablement bien acquitté de ses fonctions et aurait obtenu une autre promotion plus tard. Nous sommes donc d'avis qu'il conviendrait de rétablir M. Uzoaba à un poste de niveau WP-5.

La preuve dont le Tribunal a été saisi indiquait que certains collègues de M. Uzoaba avaient obtenu des promotions et que, suivant l'évaluation du rendement qui avait été effectuée en 1980, il serait prêt à être promu à un poste de niveau WP-4 dans un an ou deux s'il pouvait corriger certaines faiblesses. Le Tribunal a conclu qu'il était raisonnable de croire qu'il aurait obtenu un poste de niveau WP-4 dans un délai de trois ans et qu'après une dizaine ou une douzaine d'années dans un milieu moins empreint de racisme, il pourrait vraisemblablement obtenir un poste de niveau WP-5. Même si des éléments de preuve plus convaincants auraient été souhaitables, certains de ceux-ci permettaient néanmoins au Tribunal de conclure que M. Uzoaba devait être rétabli à un poste de

niveau WP-5. C'est pourquoi notre Cour ne peut intervenir en l'espèce.

This application for judicial review is dismissed.

La présente demande de contrôle judiciaire est rejetée.

A-641-94

A-641-94

The Canadian Egg Marketing Agency (*Appellant*)
(*Respondent*)

L'Office canadien de commercialisation des œufs
(*appelant*) (*intimé*)

v.

a c.

Villetard's Eggs Ltd. (*Respondent*) (*Applicant*)

Villetard's Eggs Ltd. (*intimée*) (*requérante*)

INDEXED AS: VILLETARD'S EGGS LTD. v. CANADA (EGG MARKETING AGENCY) (C.A.)

RÉPERTORIÉ: VILLETARD'S EGGS LTD. c. CANADA (OFFICE DE COMMERCIALISATION DES ŒUFS) (C.A.)

Court of Appeal, Stone, Décary and Robertson JJ.A.
—Ottawa, April 12 and 20, 1995.

Cour d'appel, juges Stone, Décary et Robertson,
J.C.A.—Ottawa, 12 et 20 avril 1995.

Administrative law — Increasing opposition to attempts to import into administrative law corporate veil theory from corporation law — Whether as non-application of or exception to corporate veil doctrine, regulatory agency justified in enquiring into relationship between licence applicant and third party to determine whether attempt to circumvent Regulations.

Droit administratif — Opposition croissante aux tentatives visant à introduire dans le droit administratif le principe du voile corporatif, établi dans le domaine du droit des sociétés — Que l'on parle de non-application du principe du voile corporatif, ou d'exception à ce principe, l'organisme de réglementation était fondé à examiner le lien entre la requérante et un tiers pour savoir si la demande constituait une tentative de contourner la réglementation.

Agriculture — Egg marketing licences — CEMA justified in considering whether licence applications by corporation controlled by persons whose licences recently revoked attempt to circumvent Regulations.

Agriculture — Permis de commercialisation des œufs — L'OCCO est fondé à examiner si les demandes de permis faites par une personne morale contrôlée par des personnes dont les permis ont été récemment annulés visent à contourner la réglementation.

Villetard's Eggs was a family partnership in Alberta which carried on business as a producer, grading station and wholesale dealer in eggs. In 1992, its licences were revoked by the Canadian Egg Marketing Agency for having, in violation of the conditions of licence contained in the *Canadian Egg Licensing Regulations, 1987*, purchased eggs from producer in the Northwest Territories, knowing that it did not have a federal quota.

Villetard's Eggs était une entreprise familiale de l'Alberta qui faisait le commerce des œufs (production, calibrage et vente en gros). En 1992, ses permis ont été annulés par l'Office canadien de commercialisation des œufs parce que, en contravention des conditions du permis contenues dans le *Règlement de 1987 sur l'octroi de permis visant les œufs du Canada*, la société avait acheté des œufs à un producteur des Territoires du Nord-Ouest, en sachant que ce producteur n'avait pas de contingent fédéral.

In January 1993, the Agency received applications for buyer's and seller's licences from a corporation called Villetard's Eggs Ltd. Its address and telephone number were identical to those of the partnership and the applications were signed by a partner as manager of the respondent.

En janvier 1993, l'Office recevait d'une personne morale appelée Villetard's Eggs Ltd. des demandes de permis d'acheteur et de vendeur. Son adresse et son numéro de téléphone étaient identiques à ceux de la Société, et les demandes étaient signées par un associé de la Société en qualité de directeur de l'intimée.

After a show cause hearing, the Agency, based on the Federal Court of Appeal decision in *Wight v. Canadian Egg Marketing Agency*, [1978] 2 F.C. 260 (C.A.), denied the applications on the basis that they were colourable and that they were in fact the same as if they had been made by the partnership.

Après une audience de justification, l'Office, sur le fondement de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale *Wight c. Office canadien de commercialisation des œufs*, [1978] 2 C.F. 260 (C.A.), rejetait les demandes pour le motif qu'elles étaient illicites et qu'elles n'étaient en réalité ni plus ni moins que des demandes faites par la Société.

The Motions Judge allowed an application for judicial review, ruling that the *Wight* case was distinguishable since, *inter alia*, it was decided before the Charter came into effect, that the Agency was not empowered to lift the corporate veil of the respondent, that the Agency could refuse applications in this kind of situation only if it were to find actual *mala fides* or some kind of fraud and that since the issue of whether an

Le juge des requêtes a accueilli une demande de contrôle judiciaire, pour les motifs suivants: l'arrêt *Wight* n'était pas applicable parce que, notamment, cette décision avait été rendue avant que la Charte n'entre en vigueur; l'Office n'avait pas le pouvoir de lever le voile corporatif de l'intimée; l'Office ne peut, dans ce genre de situation, refuser une demande que dans les cas où il constaterait l'existence de mauvaise foi ou de

application was colourable was a question of jurisdiction or of law, no deference was owed to the findings of the Agency on that issue.

This was an appeal from that decision.

Held, the appeal should be allowed.

The issue was whether the Agency had the authority, prior to issuing a licence, to look into the practical relationship between an applicant and third persons and, in the affirmative, whether the Agency had the authority to deny the licence on the basis that the application had been made with the intention of circumventing the Agency's regulations.

(1) *Wight* was applicable. It stood for the proposition that, implicit in the licensing power of the Agency was its ability to enquire into the conduct of an applicant and to refuse to issue a licence to an applicant whose application was in reality an attempt to circumvent the Regulations. It was impossible to imagine a licensing authority invested with such a duty not being capable of denying a licence where it had good grounds to believe that the issuance of the licence would be detrimental to the interests of the public. This followed from the Supreme Court of Canada's invitation in *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada* to interpret statutory legislation in such a realistic way as to allow administrative agencies to function effectively.

Whether or not the Agency had the power to deny a licence to a *mala fides* applicant was not an issue that could be related to the Charter.

The interrelationship between the respondent and the partnership was a proper and, in the circumstances, essential consideration for the Agency to take into account in deciding whether or not to grant the licences.

(2) Attempts to import into modern administrative law the theory of the corporate veil developed a century ago in the area of corporate law have been facing increasing opposition: some decisions were based on findings that what was done was not lifting the corporate veil, others, that to do so was justified in the particular circumstances. Whether this was a case of non-application of, or exception to, the corporate veil doctrine, the Agency was justified in enquiring into the relationship between the applicant and a third party to determine whether the application was an attempt to circumvent the regulations.

(3) The Motions Judge's view that the Agency was required to issue a licence unless the conduct of an applicant was akin to criminal conduct was not supported by any authority. The question the Agency was entitled to ask was whether the respondent's application was colourable, in the sense that it was made by a corporation controlled by persons whose licences had been very recently revoked. If the Agency had good grounds to find, on a balance of probabilities, that it was, it could then in its discretion decide not to issue the licence.

fraude; et la question de savoir si une demande est illicite est une question de compétence ou de droit, et en conséquence le principe de la retenue judiciaire n'était pas applicable dans ce cas aux conclusions de l'Office.

a Il s'agit d'un appel interjeté contre cette décision.

Arrêt: l'appel doit être accueilli.

La question soulevée était de savoir si l'Office avait le pouvoir, avant de délivrer un permis, de considérer la relation pratique existant entre un requérant et des tiers. Dans l'affirmative, l'Office avait-il le pouvoir de refuser le permis pour le motif que la demande avait été faite dans l'intention de contourner la réglementation de l'Office?

b

(1) L'arrêt *Wight* était applicable. Il établit le principe selon lequel le pouvoir de l'Office de délivrer des permis lui donne implicitement le droit d'examiner la conduite d'un requérant et de refuser de délivrer un permis à un requérant dont la demande est en réalité une tentative de contourner le Règlement. Il était impossible d'imaginer qu'un organisme de réglementation investi d'une telle obligation ne puisse refuser un permis lorsqu'il a de bonnes raisons de croire que la délivrance du permis serait préjudiciable aux intérêts du public. Cette proposition découle de l'invitation de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Maple Lodge Farms c. Gouvernement du Canada*, pour qui les lois doivent être interprétées d'une manière aussi réaliste qu'il est nécessaire pour permettre aux organismes administratifs de fonctionner efficacement.

c

d

e

Que l'Office ait ou non le pouvoir de refuser un permis à un requérant de mauvaise foi, cela n'est pas un aspect présentant un quelconque rapport avec la Charte.

f

La relation entre l'intimée et la Société était un facteur dont l'Office pouvait, et, vu les circonstances, devait, tenir compte avant de décider de délivrer ou non les permis demandés.

g

h

(2) Les tentatives visant à introduire dans le droit administratif moderne le principe du voile corporatif, principe établi il y a un siècle dans le domaine du droit des sociétés, connaissent une opposition croissante: certaines décisions procèdent de la conclusion selon laquelle ce qui a été fait n'équivaut pas à lever le voile corporatif, d'autres de la conclusion selon laquelle le fait de lever le voile corporatif est justifié dans les circonstances de l'affaire considérée. Que l'on parle de non-application du principe du voile corporatif, ou d'exception à ce principe, l'Office était fondé à examiner le lien entre la requérante et un tiers pour savoir si la demande de permis constituait une tentative de contourner la réglementation.

i

j

(3) La conclusion du juge des requêtes selon laquelle l'Office était tenu de délivrer un permis à moins que la conduite d'un requérant ressemble à une conduite criminelle n'est appuyée par aucun précédent. La question que l'Office avait le droit de se poser était la suivante: la demande de l'intimée était-elle teintée de duplicité, pour le motif qu'elle était faite par une personne morale contrôlée par des personnes dont les permis avaient été très récemment annulés? Si l'Office avait de bonnes raisons de juger, selon une prépondérance des probabi-

(4) Whether or not an application is colourable and whether or not a corporation is to be treated as distinct from other related persons or entities are to a large degree factual issues, and the Agency should be accorded curial deference in this regard. There was here ample evidence upon which the Agency could find that the application was colourable.

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].
Canadian Egg Licensing Regulations, 1987, SOR/87-242, ss. 5, 8, 9.
Farm Products Marketing Agencies Act, R.S.C., 1985, c. F-4, s. 21(b).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Wight v. Canadian Egg Marketing Agency, [1978] 2 F.C. 260; (1977), 19 N.R. 529 (C.A.); *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2; (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; 44 N.R. 354; *Gray v. Canadian Egg Marketing Agency*, [1977] 1 F.C. 620 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 149 N.R. 1.

REFERRED TO:

Pineview Poultry Products Ltd. et al. v. Canadian Egg Marketing Agency et al. (1993), 151 N.R. 195 (F.C.A.); *Syntex Pharmaceuticals International Ltd. v. Medichem Inc.*, [1990] 2 F.C. 499; (1990), 28 C.P.R. (3d) 1; 105 N.R. 49 (C.A.); *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22 (H.L.); *CIBM-FM Mont Bleu Ltée v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission and CION-FM Inc.* (1990), 123 N.R. 226 (F.C.A.); *B.G. Preeco I (Pacific Coast) Ltd. v. Bon Street Developments Ltd.* (1989), 60 D.L.R. (4th) 30; 37 B.C.L.R. (2d) 258; 43 B.L.R. 67; 4 R.P.R. (2d) 74 (B.C.C.A.).

APPEAL from the Trial Division's decision (*Villetard's Eggs Ltd. v. Canadian Egg Marketing Agency* (1994), 86 F.T.R. 215) allowing the application for judicial review of the Canadian Egg Marketing Agency's decision denying the respondent's application for buyer's and seller's licences. Appeal allowed.

lités, que la demande de l'intimée était ainsi teintée, alors il pouvait décider de ne pas délivrer le permis.

(4) Qu'une demande soit ou non teintée de duplicité et qu'une personne morale doive ou non être considérée comme distincte d'autres personnes ou entités apparentées, il s'agit là en réalité de questions factuelles, et les tribunaux se doivent ici de déférer aux conclusions de l'Office. Dans la présente espèce, une preuve abondante autorisait l'Office à conclure que la demande était teintée.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].
Loi sur les offices de commercialisation des produits de ferme, L.R.C., (1985), ch. F-4, art. 21b).
Règlement de 1987 sur l'octroi de permis visant les œufs du Canada, DORS/87-242, art. 5, 8, 9.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Wight c. Office canadien de commercialisation des œufs, [1978] 2 C.F. 260; (1977), 19 N.R. 529 (C.A.); *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; 44 N.R. 354; *Gray c. Office canadien de commercialisation des œufs*, [1977] 1 C.F. 620 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 149 N.R. 1.

DÉCISIONS CITÉES:

Pineview Poultry Products Ltd. et autres c. Office canadien de commercialisation des œufs et autre (1993), 151 N.R. 195 (C.A.F.); *Syntex Pharmaceuticals International Ltd. c. Medichem Inc.*, [1990] 2 C.F. 499; (1990), 28 C.P.R. (3d) 1; 105 N.R. 49 (C.A.); *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22 (H.L.); *CIBM-FM Mont Bleu Ltée c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes et CION-FM Inc.* (1990), 123 N.R. 226 (C.A.F.); *B.G. Preeco I (Pacific Coast) Ltd. c. Bon Street Developments Ltd.* (1989), 60 D.L.R. (4th) 30; 37 B.C.L.R. (2d) 258; 43 B.L.R. 67; 4 R.P.R. (2d) 74 (C.A.C.-B.).

APPEL contre le jugement de la Section de première instance (*Villetard's Eggs Ltd. c. Office canadien de commercialisation des œufs* (1994), 86 F.T.R. 215), qui avait fait droit à la demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'Office canadien de commercialisation des œufs avait rejeté la demande faite par l'intimée en vue d'obtenir des permis d'acheteur et de vendeur. Appel accueilli.

COUNSEL:

François Lemieux and David K. Wilson for appellant (respondent).
R. Graham McLennan for respondent (applicant).

SOLICITORS:

Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa, for appellant (respondent).
McLennan Ross, Edmonton, for respondent (applicant).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

DÉCARY J.A.: The issue, in this appeal, is whether the Canadian Egg Marketing Agency (the Agency) has the authority, prior to issuing a licence, to look into the practical relationship between an applicant and third persons and, in the affirmative, whether the Agency has the authority to deny the licence on the basis that the application had been made with the intention of circumventing the Agency's regulations.

One would have expected this issue to have been settled by the decision of this Court in *Wight v. Canadian Egg Marketing Agency*,¹ but the respondent and the Motions Judge were not of that view.

The factual background is fairly simple and uncontested. I shall limit myself to those general facts that are relevant to the very issue outlined above. The debate so far in the proceedings has been for all practical purposes restricted to that issue irrespective of the merits of the application which was before the Agency, and it will remain so in this Court.

Villetard's Eggs (the Partnership) is a family partnership which resides and carries on business as a producer, grading station and wholesale dealer in eggs operating in Beaumont, Alberta. The partners are the father, Robert Villetard, and his three sons, Gary, Larry and Randy Villetard.

On May 1, 1992, the Agency issued an inter-provincial buyer's licence and an interprovincial seller's licence to the Partnership.

¹ [1978] 2 F.C. 260 (C.A.).

AVOCATS:

François Lemieux et David K. Wilson, pour l'appelant (intimé).
R. Graham McLennan, pour l'intimée (requérante).

PROCUREURS:

Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa, pour l'appelant (intimé).
McLennan Ross, Edmonton, pour l'intimée (requérante).

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

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: La question soulevée par le présent appel est de savoir si l'Office canadien de commercialisation des œufs (l'Office) a le pouvoir, avant de délivrer un permis, de considérer la relation pratique existant entre un requérant et des tiers. Dans l'affirmative, l'Office a-t-il le pouvoir de refuser le permis pour le motif que la demande a été faite dans l'intention de contourner la réglementation de l'Office?

On aurait pu croire que cette question avait trouvé sa solution dans l'arrêt *Wight c. Office canadien de commercialisation des œufs*¹, décidé par la Cour d'appel fédérale, mais ce ne fut pas l'avis de l'intimée et du juge des requêtes.

Le contexte factuel est plutôt simple, et non contesté. La Cour se limitera aux faits généraux qui intéressent la question elle-même énoncée ci-dessus. Jusqu'à maintenant durant les procédures, le débat s'est limité à toutes fins utiles à cette question, sans égard au bien-fondé de la demande dont l'Office avait été saisi, et il n'en ira pas différemment ici.

Villetard's Eggs (la Société) est une entreprise familiale qui fait le commerce des œufs (production, calibrage et vente en gros) à Beaumont, en Alberta. Les associés sont le père, Robert Villetard, et ses trois fils, Gary, Larry et Randy Villetard.

Le 1^{er} mai 1992, l'Office délivrait à la Société un permis d'acheteur interprovincial et un permis de vendeur interprovincial.

¹ [1978] 2 C.F. 260 (C.A.).

Sometime in the summer of 1992, the Agency sent a notice of its intention to suspend or revoke the licences of the partnership on the grounds that the partnership had violated the conditions of licence contained in the *Canadian Egg Licensing Regulations, 1987*² (the Regulations), namely that the partnership had purchased in interprovincial trade from Pineview Poultry Products Ltd. (Pineview Poultry), an egg producer located in the Northwest Territories, knowing that Pineview Poultry did not have a federal quota. The show cause hearing was to take place on August 10, 1992.

Prior to the hearing of the show cause hearing, Gary Villetard, the partnership and Pineview Poultry filed a statement of claim in the Federal Court in which they sought a declaration of invalidity of some sections of the *Farm Products Marketing Agencies Act*³ (the Act) and the Regulations. They also sought an order from the Federal Court to prohibit members of the Agency from holding the show cause hearing pending disposition of the declaratory action. The prohibition order was denied on August 7, 1992 but the Motions Judge stayed prospectively the effect of any decision to cancel the licences as a result of the show cause hearing. The Agency appealed that order.

On August 10, 1992, the show cause hearing took place and the Agency revoked the licences of the partnership.

On January 28, 1993, just one week before the hearing in this Court of the appeal filed by the Agency, the Agency received applications for buyer's and seller's licences from a corporation, Villetard's Eggs Ltd. (the respondent). The address and telephone number of the respondent were identical to those of the partnership. The licence applications were signed by Randy Villetard, a partner in the partnership, as "Manager" of the respondent.

On February 3, 1993, this Court allowed the appeal of the Agency and quashed the stay order. In the

Au cours de l'été 1992, l'Office a envoyé un avis de son intention de suspendre ou d'annuler les permis de la Société pour le motif que la Société avait contrevenu aux conditions du permis énoncées dans le *Règlement de 1987 sur l'octroi de permis visant les œufs du Canada*² (ci-après le Règlement). Plus précisément, la Société avait, dans le commerce interprovincial, acheté des œufs à Pineview Poultry Products Ltd. (Pineview Poultry), un producteur d'œufs ayant son siège dans les Territoires du Nord-Ouest, en sachant que Pineview Poultry n'avait pas de contingent fédéral. L'audience de justification devait être tenue le 10 août 1992.

Avant l'audience de justification, Gary Villetard, la Société et Pineview Poultry ont déposé devant la Cour fédérale une déclaration dans laquelle ils demandaient que soient déclarés invalides certains articles de la *Loi sur les offices de commercialisation des produits de ferme*³ (la Loi) et du Règlement. Ils demandaient aussi à la Cour fédérale de rendre une ordonnance interdisant aux membres de l'Office de tenir l'audience de justification jusqu'à ce qu'il soit disposé de l'action déclaratoire. La demande d'ordonnance d'interdiction fut rejetée le 7 août 1992, mais le juge des requêtes a suspendu pour l'avenir l'effet de toute décision d'annuler les permis par suite de l'audience de justification. L'Office a interjeté appel de cette ordonnance.

Le 10 août 1992, l'audience de justification a été tenue et l'Office a annulé les permis de la Société.

Le 28 janvier 1993, exactement une semaine avant l'instruction, devant la Cour d'appel fédérale, de l'appel interjeté par l'Office, celui-ci recevait d'une personne morale, Villetard's Eggs Ltd. (l'intimée), des demandes de permis d'acheteur et de vendeur. L'adresse et le numéro de téléphone de l'intimée étaient identiques à ceux de la Société. Les demandes de permis étaient signées par Randy Villetard, un associé de la Société, en qualité de «directeur» de l'intimée.

Le 3 février 1993, la Cour d'appel fédérale accueillait l'appel de l'Office et annulait l'ordonnance de

² SOR/87-242, 24 April 1987.

³ R.S.C., 1985, c. F-4.

² DORS/87-242, le 24 avril 1987.

³ L.R.C. (1985), ch. F-4.

course of its oral reasons, the Court said the following:⁴

... [the Motions Judge] failed to consider that by granting the stay, he was allowing the respondents to continue to break the law, as they had done knowingly and wilfully until then, without regard to the effect of this on other egg producers and on the scheme as a whole.

In subsequent exchanges of correspondence, the Agency sought to clarify the status of the respondent and the relationship between it and the partnership.

On May 27, 1993, acting pursuant to section 9 of the Regulations, the Agency issued a notice to the respondent to show cause why the Agency should issue the licence. As grounds, the show cause notice expressed the concern of the Agency that the direction and control of the respondent resided in the Villetard family which controls the partnership, that the Villetard family has a financial interest in Pineview Poultry and Northern Poultry, two non-federal quota egg production facilities in the Northwest Territories and that the Villetard family directed the flow of eggs from Pineview Poultry to the grading station facility of the partnership in Beaumont, Alberta, knowing that such marketings were in breach of the Regulations.

The show cause hearing was held on July 15, 1993. Following the presentation of evidence and submissions by counsel, the Agency denied the applications on the following basis:

It was the submission of the Agency's lawyer that based upon a decision of the Appeal Division of the Federal Court, *White (sic) vs CEMA* (1978) 2 F.C. that the Application by Villetard's Eggs Ltd. was really the same as Villetard's Eggs, the partnership. The argument presented was that the relationship of all parties was so interwoven that in effect, the Application by Villetard's Egg Ltd. was merely an Application for renewal by Villetard's Eggs, the partnership. The *White (sic)* case provided precedent that where a course of conduct was shown which was intended to enable an applicant to do indirectly what if could not do directly, that the conduct is colourable. The case dealt with whether or not the Application might be considered as less than a bona fide Application, with the applicant acting in less than good faith.

⁴ *Pineview Poultry Products Ltd. et al. v. Canadian Egg Marketing Agency et al.* (1993), 151 N.R. 195 (F.C.A.), at p. 197.

suspension. Dans ses motifs prononcés à l'audience, la Cour s'est exprimée ainsi⁴:

[Le juge des requêtes] n'a pas tenu compte du fait qu'en accordant la suspension des procédures, il permettait aux intimés de continuer à ne pas respecter la loi, comme ils l'avaient fait sciemment et délibérément jusqu'alors, sans égard aux conséquences pour les autres producteurs d'œufs et pour l'économie de la loi dans son ensemble.

Par la suite, dans des échanges de correspondance, l'Office a cherché à clarifier le statut de l'intimée et la relation entre l'intimée et la Société.

Le 27 mai 1993, s'autorisant de l'article 9 du Règlement, l'Office délivrait à l'intimée un avis qui l'invitait à exposer les raisons pour lesquelles l'Office devait délivrer les permis. À titre de motifs, l'avis faisait état des préoccupations suivantes de l'Office: la direction et le contrôle de l'intimée étaient entre les mains de la famille Villetard, qui contrôle la Société, la famille Villetard détient un intérêt financier dans Pineview Poultry et Northern Poultry, deux producteurs d'œufs des Territoires du Nord-Ouest qui n'ont pas de contingents fédéraux, enfin la famille Villetard faisait envoyer les œufs du producteur Pineview Poultry vers les installations de calibrage de la Société à Beaumont, en Alberta, en sachant qu'une telle opération était contraire au Règlement.

L'audience de justification a eu lieu le 15 juillet 1993. Après la présentation de la preuve et les conclusions des avocats, l'Office a rejeté les demandes pour les motifs suivants:

[TRADUCTION] L'avocat de l'Office a prétendu que, compte tenu d'une décision de la Section d'appel de la Cour fédérale, l'arrêt *White (sic) c. OCCO* (1978) 2 C.F., la demande de Villetard's Eggs Ltd. était en réalité la demande de Villetard's Eggs, la Société. L'argument présenté était le suivant: les parties étaient toutes si étroitement liées que, en réalité, la demande de Villetard's Eggs Ltd. n'était rien de plus qu'une demande de renouvellement faite par Villetard's Eggs, la Société. Selon l'arrêt *White (sic)*, un précédent en la matière, lorsqu'une manière de faire est démontrée dont l'objet est de permettre à un requérant de faire indirectement ce qu'il ne peut faire directement, alors cette manière de faire devient illicite. Dans ce précédent, il s'agissait de savoir si la demande pouvait ou non être considérée comme une demande de bonne foi, puisque le requérant n'était pas lui-même de bonne foi.

⁴ *Pineview Poultry Products Ltd. et autres c. Office canadien de commercialisation des œufs et autre* (1993), 151 N.R. 195 (C.A.F.), à la p. 197.

It is my view that the Application by Villetard's Eggs Ltd. is colourable application and that its application is in fact the same as if it had been made by Villetard's Eggs, the partnership.

Had the present application been made by Villetard's Eggs, the partnership, and been accompanied by a clear intention to comply with the rules and law relating to interprovincial trade, then the Application would have been received in a different light. However, the Application appears to be an attempt to obtain a License while at the same time information presented at the Hearing indicated that for the "immediate Future", the applicant would not be in violation of the rules and regulations but might well decide to do so at some future time. This is not acceptable and accordingly, no license should be granted to the applicant for either a Buyer or Seller's license at this time. At such time as there is clear indication that Villetard's Eggs Ltd. or Villetard's Eggs, the partnership, is prepared to comply with the regulations, any application for licenses might received favourable consideration. However, to grant a license in the current circumstances will be very difficult to do. [Appeal Book, at pages 188-189.]

On August 19, 1993, the respondent applied for judicial review of the Agency's decision and on November 4, 1994, the Motions Judge allowed the application, set aside the Agency's decision and referred the respondent's application back to the Agency for determination on the basis that the Agency process such application "without regard to any conduct or activities of any person, firm or corporation, except the applicant's."⁵

The reasons of the Motions Judge can be summarized as follows:

1) The decision of this Court in *Wight* is distinguishable for the following reasons: it was decided before 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) came into effect; it involved an element of "conspiracy, stealth and deliberate defiance"⁶ which is not present in the instant case; and the Regulations have since been amended in a manner that narrows the scope of the Agency's discretion;

Je suis d'avis que la demande de Villetard's Eggs Ltd. est illécite et que cette demande est en réalité ni plus ni moins que la demande de Villetard's Eggs, la Société.

a Si la demande actuelle avait été faite par Villetard's Eggs, la Société, et si elle avait été accompagnée d'une intention claire de se conformer aux règles juridiques régissant le commerce interprovincial, alors la demande aurait été examinée sous un jour différent. Toutefois, la demande semble être une tentative d'obtenir un permis et, simultanément, selon l'information présentée lors de l'audience, le requérant ne contreviendrait pas pour l'«avenir immédiat» aux règles et aux règlements, mais pourrait bien décider d'y contrevenir ultérieurement. Cela n'est pas acceptable et en conséquence, aucun permis ne devrait être accordé au requérant pour le moment, qu'il s'agisse d'un permis d'acheteur ou d'un permis de vendeur. Lorsqu'on aura la certitude que Villetard's Eggs Ltd. ou Villetard's Eggs, la Société, est disposée à se plier aux règlements, alors une demande de permis pourra être considérée favorablement. Cependant, il sera très difficile de délivrer un permis dans les circonstances actuelles. [Dossier d'appel, aux pages 188 et 189.]

Le 19 août 1993, l'intimée présentait une demande de contrôle judiciaire de la décision de l'Office et, le 4 novembre 1994, le juge des requêtes accueillait la demande, annulait la décision de l'Office et renvoyait à l'Office la demande de l'intimée en lui ordonnant de considérer cette demande «en faisant abstraction de la conduite ou des agissements de quelque personne physique, entreprise ou personne morale que ce soit, excepté la requérante»⁵.

Les motifs du juge des requêtes peuvent être résumés ainsi:

g 1) La décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Wight* n'est pas applicable, et cela pour les raisons suivantes: elle a été rendue avant que la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte) n'entre en vigueur; elle comportait un élément de «complot, de manœuvre subreptice ou de mépris»⁶, ce qui n'est pas le cas de la présente affaire; et le Règlement a depuis été modifié d'une manière qui réduit le pouvoir d'appréciation de l'Office;

⁵ (1994), 86 F.T.R. 215 (F.C.T.D.), at p. 228.

⁶ *Ibid.*, at p. 224.

⁵ (1994), 86 F.T.R. 215 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 228.

⁶ *Ibid.*, à la p. 224.

2) The Agency was not empowered "to lift the corporate veil" of the respondent "without proof of [its] own fraud, if at all";⁷

3) The only situation in which a licence could be refused in this kind of situation would be if:⁸

... the agency [were to] find on fair adjudication, on a high degree of probability, actual mala fides, colourable conduct, sham, conspiracy, fraud, stealth, deception and/or defiance of the law on the applicant's part in regard to the agency's or the applicant's activities in, with and about egg marketing.

4) In the context of judicial review application, the Agency is "not relieved from coming to a legally and factually correct decision"⁹ and the issue of whether an application is colourable is a question of jurisdiction or of law, no deference being therefore owed to the findings of the Agency on that issue.

I beg to differ, with respect, on all four grounds.

The Wight decision

The "sole issue before the Court" in *Wight* was the following:¹⁰

... whether the [Agency] was entitled to consider the relationship between the applicants and [third parties] in relation to the marketing of eggs in interprovincial trade on the application of the applicants for an interprovincial licence and whether on the evidence before it, it was entitled to conclude that the application of the applicants was not made in good faith, if issued, such licence would only have been a device to enable [the third parties] to circumvent order and regulations of the respondent ...

Counsel for the applicant had conceded that the Agency, in granting a licence, did so in the exercise of a discretion and was entitled to examine the *bona fides* of an applicant as part of the exercise of that discretion. Counsel was arguing however that the relationship between the third parties and the applicant were "extraneous matters" which the Agency

⁷ *Ibid.*, at p. 229.

⁸ *Ibid.*, at p. 229.

⁹ *Ibid.*, at p. 228.

¹⁰ *Wight, supra*, note 1, at p. 263.

2) L'Office n'avait pas le pouvoir de «soulever le voile d'anonymat de la personne morale» de l'intimée «en l'absence de preuve d'une fraude, si fraude il y a, commise par la requérante»⁷;

^a 3) Le seul cas où un permis doit être refusé dans une situation de ce genre serait le cas où⁸:

... l'Office ne conclue, à partir d'une décision équitable fondée sur un degré élevé de probabilité, à la mauvaise foi, à une conduite déguisée, au trompe-l'œil, au complot, à la fraude, à une manœuvre subreptice, à la tromperie ou au mépris de la loi de la part de la requérante en ce qui concerne les activités de l'Office ou de la requérante en matière de commercialisation des œufs.

^c 4) En ce qui a trait à une demande de contrôle judiciaire, l'Office n'est pas [...] «décharg[é]e [...] de l'obligation de parvenir à une décision exacte quant aux faits et au droit⁹» et la question de savoir si une demande est illicite est une question de compétence ou de droit, et en conséquence le principe de la retenue judiciaire n'est pas applicable dans ce cas aux conclusions de l'Office.

^e Je me vois dans l'obligation d'exprimer un avis contraire sur chacun des quatre motifs.

L'arrêt Wight

^f Le «seul litige que devait trancher la Cour» dans l'affaire *Wight* était le suivant¹⁰:

... l'[Office] avait le droit, tenant compte des relations entre les requérants et [les tiers], en ce qui concerne la demande des requérants pour un permis de commercialisation interprovinciale et d'exportation des œufs, et tenant compte aussi des preuves produites, de conclure que la demande des requérants n'a pas été faite de bonne foi, mais dans le seul but de fournir [aux tiers] un stratagème pour tourner les ordres et règlements de l'intimé ...

^h L'avocat de la requérante avait admis que, lorsque l'Office délivre un permis, il exerce un pouvoir discrétionnaire et a le droit d'examiner la bonne foi d'un requérant dans l'exercice de ce pouvoir. L'avocat soutenait cependant que les relations entre les tiers et la requérante étaient des «matières étrangères» dont l'Office ne pouvait «tenir compte ... [pour trancher]

⁷ *Ibid.*, à la p. 229.

⁸ *Ibid.*, à la p. 229.

⁹ *Ibid.*, à la p. 228.

¹⁰ *Wight, supra*, note 1, à la p. 263.

could not “take into account . . . in the determination of the *bona fides*”.¹¹ Urie J.A., for the Court, held that such relationship was not an extraneous matter and concluded that:¹²

The inquiry by the Agency to ascertain the applicants' *bona fides* did not involve an inquiry into extraneous matters but was encompassed by the duty imposed on the respondent in respect of the issuance of licences under the *Canadian Egg Licensing Regulations*.

The proposition for which *Wight* stands, in my respectful view, is that implicit in the licensing power of the Agency is its ability to enquire into the conduct of an applicant and to refuse to issue a licence to an applicant whose application is in reality an attempt to circumvent the Regulations. That ability does not stem from a specific provision in the Regulations; it stems, rather, from the very duty imposed by Parliament on the Agency “to have due regard to the interests of producers and consumers of the regulated product or products”.¹³

I simply cannot imagine a licensing authority invested with such a duty, not being capable of denying a licence where it has good grounds to believe that the issuance of the licence would be detrimental to the interests of the public.

In making this proposition I am only responding to the invitation made by the Supreme Court of Canada in *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*¹⁴ to interpret statutes—and, I would add, regulations—such as the ones at issue here in such a realistic way as to allow administrative agencies to function effectively.¹⁵

In construing statutes such as those under consideration in this appeal [the *Export and Import Permits Act*], which provide for far-reaching and frequently complicated administrative schemes, the judicial approach should be to endeavour within the scope of the legislation to give effect to its provisions so that the administrative agencies created may function effectively, as the legislation intended. In my view, in dealing with legislation of this nature, the courts should, wherever possible, avoid a narrow, technical construction, and endeavour to make

la question de la bonne foi»¹¹. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Urie, J.C.A. a estimé que cette relation n'était pas une matière étrangère. Voici ses propos¹²:

a L'enquête conduite par l'Office pour vérifier leur sincérité n'est pas relative à des matières étrangères à la cause; elle est une suite nécessaire de l'obligation imposée à l'intimé par le *Règlement sur l'octroi de permis visant les œufs du Canada*, pour la délivrance des permis.

b Le principe de l'arrêt *Wight* est, à mon avis, que le pouvoir de l'Office de délivrer des permis lui donne implicitement le droit d'examiner la conduite d'un requérant et de refuser de délivrer un permis à un requérant dont la demande est en réalité une tentative de contourner le Règlement. Ce droit de l'Office ne dérive pas d'une disposition précise du Règlement; il vient plutôt de l'obligation même imposée par le Parlement à l'Office «de veiller aux intérêts tant des producteurs que des consommateurs du ou des produits réglementés»¹³.

e Je ne puis tout simplement pas imaginer qu'un organisme de réglementation investi d'une telle obligation ne puisse refuser un permis lorsqu'il a de bonnes raisons de croire que la délivrance du permis serait préjudiciable aux intérêts du public.

f Par cette affirmation, je ne fais que répondre à l'invitation de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*¹⁴, pour qui les lois—et, j'ajouterais, les règlements—telles que celles dont il s'agit ici doivent être interprétées d'une manière aussi réaliste qu'il est nécessaire pour permettre aux organismes administratifs de fonctionner efficacement¹⁵:

h En interprétant des lois semblables à celles qui sont visées en l'espèce [la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*] et qui mettent en place des arrangements administratifs souvent compliqués et importants, les tribunaux devraient, pour autant que les textes législatifs le permettent, donner effet à ces dispositions de manière à permettre aux organismes administratifs ainsi créés de fonctionner efficacement comme les textes le veulent. À mon avis, lorsqu'elles examinent des textes de ce genre, les cours devraient, si c'est possible, éviter

¹¹ *Ibid.*, at p. 266.

¹² *Ibid.*, at p. 267.

¹³ S. 21(b) of the Act.

¹⁴ [1982] 2 S.C.R. 2.

¹⁵ *Ibid.*, at p. 7, McIntyre J.

¹¹ *Ibid.*, à la p. 266.

¹² *Ibid.*, à la p. 267.

¹³ Art. 21b) de la Loi.

¹⁴ [1982] 2 R.C.S. 2.

¹⁵ *Ibid.*, à la p. 7, le juge McIntyre.

effective the legislative intent as applied to the administrative scheme involved.

The Regulations at issue in *Wight* were admittedly different from those in the present case, but nothing in my view turns on these differences. The combined drafting of sections 5 and 8 of the actual Regulations:¹⁶

5. Subject to section 8, the Agency shall, on receipt of an application for a licence and payment of the fee set out in Column II of an item of Schedule I, issue the licence.

8. The Agency may refuse to issue or renew a licence or may suspend or revoke a licence where the applicant or holder of the licence

(a) has failed to observe any condition of the licence; or

(b) is in contravention of any order, regulation or directive made pursuant to a provincial egg marketing plan established under the "Federal-Provincial Agreement in respect of the revision and consolidation of the Comprehensive Marketing Program for the purpose of regulating the marketing of Eggs in Canada", authorized by Order in Council P.C. 1976-1979. (Not published in the *Canada Gazette* Part II.)

is not particularly happy, to the extent that it may give the impression that a licence has to be issued once the two conditions set out in section 8 have been met. As these two conditions are more relevant to the renewal than to the issuance of a licence and as the respondent was not itself in breach of them, the respondent had strenuously argued—it was indeed its only argument—before the Agency that the latter had absolutely no discretion and that a licence should be issued as of right. That argument was not seriously pursued before us, and with good reasons. Such a "narrow, technical construction," to use the words of McIntyre J. in *Maple Lodge*,¹⁷ would deny the Agency the means to accomplish its mission in cases, for example, such as the present where persons whose licences have just been revoked because of non-compliance with the Regulations, reapply immediately as a corporate entity.

¹⁶ *Supra*, note 2.

¹⁷ *Supra*, note 14, at p. 7.

les interprétations strictes et formalistes et essayer de donner effet à l'intention du législateur appliquée à l'arrangement administratif en cause.

Le Règlement dont il s'agissait dans l'arrêt *Wight* était, de l'aveu général, différent de celui dont il s'agit ici, mais cette différence ne change rien à l'affaire. Les articles 5 et 8 du Règlement sont reproduits ci-après¹⁶:

5. Sous réserve de l'article 8, l'Office délivre un permis à toute personne qui en fait la demande et paye les droits prévus à la colonne II de l'annexe I.

8. L'Office peut refuser de délivrer ou de renouveler un permis, le suspendre ou l'annuler lorsque le demandeur ou le titulaire du permis:

a) n'a pas respecté l'une des conditions du permis;

b) ne se conforme pas aux ordonnances, règlements ou directives pris en vertu d'un plan provincial de commercialisation des œufs établi conformément à l'«Accord fédéral-provincial relatif à la révision et à la consolidation du système global de commercialisation pour la réglementation de la commercialisation des œufs au Canada», autorisé par le décret C.P. 1976-1979. (Non publié dans la *Gazette du Canada*, Partie II.)

Cette formulation n'est pas très heureuse, dans la mesure où elle peut donner l'impression qu'un permis doit être délivré lorsque les deux conditions énoncées à l'article 8 sont remplies. Comme ces deux conditions intéressent davantage le renouvellement que la délivrance d'un permis et comme l'intimée n'a elle-même contrevenu à aucune d'entre elles, l'intimée a soutenu énergiquement—c'était en fait son seul argument—devant l'Office que celui-ci n'avait absolument aucune latitude et qu'un permis devait obligatoirement être délivré. Cet argument n'a pas été défendu avec vigueur dans la présente instance, et pour cause. Une telle «interprétation [...] stricte [...] et formaliste [...]», pour utiliser les mots du juge McIntyre dans l'affaire *Maple Lodge*¹⁷, équivaudrait à enlever à l'Office les moyens d'accomplir sa mission dans les cas, comme celui dont il s'agit ici, où une personne dont les permis viennent d'être annulés pour cause d'inobservation du Règlement fait immédiatement, en tant que personne morale, une nouvelle demande.

¹⁶ *Supra*, note 2.

¹⁷ *Supra*, note 14, à la p. 7.

As regards the facts in the *Wight* case, they were also, as suggested by the respondent, of a different nature. The effect, however, should there be one, of these differences would be reflected not on the proposition as set out by Urie J.A., but on its application to the facts of the case at bar. I shall return to these facts later.

The last source of distinction retained by the Motions Judge, i.e. the advent of the Charter, was not pressed upon us by counsel and is clearly irrelevant. Whether or not the Agency has the power to deny a licence to a *mala fides* applicant is not an issue that can be related to the Charter.

The Motions Judge, therefore, erred in deciding that the question of law and jurisdiction put to the Court in this case could receive a different answer from that given in *Wight*. I note further that this Court, prior to its decision in *Wight* and without discussing the issue, had already reached a somehow similar conclusion: in *Gray v. Canadian Egg Marketing Agency*,¹⁸ Urie J.A. had held as follows:

The failure of the company, of which the applicant was the president and the owner of 94% of its shares, to comply with the requirements of the law respecting the levy was certainly a relevant consideration as to whether he personally should be granted a licence.

For these reasons I have taken the view that the interrelationship between the respondent and the partnership was a proper and, in the circumstances, essential consideration for the Agency to take into account in deciding whether or not to grant the licences applied for. Indeed, had the Agency failed to take that interrelationship into account, that failure might well have constituted a reversible error.¹⁹

¹⁸ [1977] 1 F.C. 620 (C.A.), at p. 621.

¹⁹ See: *Syntex Pharmaceuticals International Ltd. v. Medichem Inc.*, [1990] 2 F.C. 499 (C.A.), where a project officer with the Commissioner for Patents had failed to have regard to the close relationship between the applicant for a compulsory licence and a corporation with a poor record of discharging licence obligations.

En ce qui a trait aux faits de l'arrêt *Wight*, ils étaient eux aussi, comme l'intimée l'a affirmé, d'une nature différente. L'effet de cette différence cependant, si tant est qu'il y en ait un, se refléterait non sur le principe énoncé par le juge Urie, J.C.A., mais sur l'application de ce principe aux faits de la présente espèce. Je reviendrai sur ces faits plus tard.

L'avocat de la requérante n'a pas insisté devant nous sur la dernière distinction retenue par le juge des requêtes, savoir la présence aujourd'hui de la Charte. C'est une distinction manifestement hors de propos. Que l'Office ait ou non le pouvoir de refuser un permis à un requérant de mauvaise foi, cela n'est pas un aspect présentant un quelconque rapport avec la Charte.

Le juge des requêtes a donc commis une erreur lorsqu'il a conclu que la question de droit et de juridiction soumise à la Cour en l'espèce pouvait être tranchée différemment de la question posée dans l'affaire *Wight*. Je note par ailleurs que notre Cour était déjà, avant sa décision dans l'arrêt *Wight* et sans discuter le point soulevé, arrivée à une conclusion quelque peu semblable: dans l'affaire *Gray c. L'Office canadien de commercialisation des œufs*¹⁸, le juge Urie, J.C.A. avait tenu les propos suivants:

L'omission par la compagnie, dont le requérant était président et dans laquelle il détenait 94% des actions, de se conformer aux exigences de la Loi à l'égard des redevances était assurément un point dont il fallait tenir compte avant de se prononcer sur l'octroi du permis.

Pour ces motifs, je suis d'avis que la relation entre l'intimée et la Société était un facteur dont l'Office pouvait, et, vu les circonstances, devait, tenir compte avant de décider de délivrer ou non les permis demandés. Qui plus est, si l'Office n'avait pas tenu compte de cette relation, son manquement aurait pu constituer une erreur révisable¹⁹.

¹⁸ [1977] 1 C.F. 620 (C.A.), à la p. 621.

¹⁹ Voir *Syntex Pharmaceuticals International Ltd. c. Medichem Inc.*, [1990] 2 C.F. 499 (C.A.); dans cette affaire, un agent de projet auprès du commissaire des brevets n'avait pas tenu compte du lien étroit existant entre le requérant d'une licence obligatoire et une personne morale qui souvent ne respectait pas ses obligations de licencié.

Lifting the corporate veil

Attempts to import into modern administrative law the theory of the corporate veil developed a century ago by the House of Lords²⁰ in the area of corporate law have been facing increasing opposition.

That opposition has come either through findings that what was done by a licensing authority was not piercing the corporate veil²¹ or through findings that the corporate veil may be lifted where the corporation is under the control of another person or entity to such an extent that they constitute a common unit, or where one company is in fact the agent or puppet of the other or is being used as a cloak for the actions of the other²² or, more generally, where fraud or improper conduct is alleged.²³

Whether we characterize it as a case of non-application of, or exception to, the doctrine of corporate veil, what the Agency did in the instant case, i.e. enquire into the relationship of an applicant with a third party for the purpose of determining whether the application in the circumstances constituted an attempt to circumvent the regulations, was permissible.

Actual mala fides etc... on a high degree of probability

The conclusion by the Motions Judge that the Agency was required to issue a licence unless it found "on a high degree of probability, actual mala fides, colourable conduct, sham, conspiracy, fraud, stealth, deception and/or defiance of the law on the

²⁰ See: *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22 (H.L.).

²¹ See: *CIBM-FM Mont-Bleu Ltée v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission and CION-FM Inc.* (1990), 123 N.R. 226 (F.C.A.), at p. 233, where this Court held that the CRTC was not lifting the corporate veil in "[i]nquiring into the identity of a corporation's shareholders, or even of the shareholders of corporate shareholders".

²² See: *Syntex Pharmaceuticals*, *supra*, note 19, at pp. 516ff.

²³ See: *B.G. Preeco I (Pacific Coast) Ltd. v. Bon Street Developments Ltd.* (1989), 60 D.L.R. (4th) 30 (B.C.C.A.), at p. 38.

Le voile corporatif

Les tentatives visant à introduire dans le droit administratif moderne le principe du voile corporatif, un principe établi il y a un siècle par la Chambre des lords²⁰ dans le domaine du droit des sociétés, connaissent une opposition croissante.

Cette opposition se manifeste à la faveur de deux genres de constatations: d'abord, ce que fait un organisme de réglementation n'équivaut pas à lever le voile corporatif²¹, ensuite, l'idée selon laquelle la mise à l'écart du principe peut s'imposer lorsque la personne morale est sous le contrôle d'une autre personne ou entité au point que l'une et l'autre constituent une seule unité, ou lorsqu'une entreprise est en réalité le mandataire ou la marionnette de l'autre ou est utilisée pour camoufler les actions de l'autre²² ou, plus généralement, lorsqu'une fraude ou un manquement est allégué²³.

Qu'elle soit perçue comme un exemple de non-application du principe du voile corporatif, ou d'exception à ce principe, la manière de faire de l'Office dans la présente espèce était licite: l'Office a examiné le lien entre un demandeur de permis et un tiers pour savoir si la demande constituait dans les circonstances une tentative de contourner la réglementation.

Existence presque indubitable d'un acte de mauvaise foi

La conclusion du juge des requêtes selon laquelle l'Office était tenu de délivrer un permis à moins qu'il ne conclue «sur un degré élevé de probabilité, à une mauvaise foi, à une conduite déguisée, au trompement, au complot, à la fraude, à une manœuvre

²⁰ Voir *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22 (H.L.).

²¹ Voir *CIBM-FM Mont-Bleu Ltée c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes et CION-FM Inc.* (1990), 123 N.R. 226 (C.A.F.), à la p. 233; dans cette affaire, la Cour d'appel fédérale a jugé que «[c]e n'est pas lever le voile corporatif que de s'enquérir de l'identité des actionnaires d'une corporation, ni encore des actionnaires des actionnaires corporatifs».

²² Voir *Syntex Pharmaceuticals*, *supra*, note 19, aux p. 516 et suivantes.

²³ Voir *B.G. Preeco I (Pacific Coast) Ltd. v. Bon Street Developments Ltd.* (1989), 60 D.L.R. (4th) 30 (C.A.C.-B.), à la p. 38.

applicant's part"²⁴ is, with respect, an overstatement of the law.

The Motions Judge's view that the conduct of an applicant must be akin to criminal conduct—hence, the “high degree of probability” criterion—is not supported by any authority. The *Wight* case²⁵ on which he appears to rely contains no such statement and none can be inferred from the reasons of Urie J.A. It may be, as suggested by the respondent, that the actions of the applicant in *Wight* were more akin to fraud and cannot be compared with the actions of the respondent whose true identity was at no time concealed to the Agency, but that does not help the respondent much because an improper course of conduct short of a fraud may yet be offensive enough to justify a denial of the application.

The question the Agency was entitled to ask itself was whether respondent's application was colourable, in the sense that it was made by a corporation controlled by persons whose licences had been very recently revoked. If the Agency had good grounds to find, on a balance of probabilities, that it was, it could then in its discretion decide not to issue the licence.

Standard of review

Whether or not an application is colourable and whether or not a corporation is to be treated as distinct from other related persons or entities are to a large degree factual issues. The courts have long recognized the need to accord curial defence to boards and tribunals on findings of fact, even in respect of tribunals which are not protected by a privative clause.²⁶

In the instant case, there was ample evidence upon which the Agency could find, as it did, that the application was colourable.

²⁴ *Supra*, note 5, at p. 229.

²⁵ *Supra*, note 1.

²⁶ *Sec: Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554.

subreptice, à la tromperie ou au mépris de la loi de la part de la requérante²⁴» est, la Cour regrette de le dire, une exagération du droit applicable.

a L'opinion du juge des requêtes selon laquelle la conduite d'un requérant doit ressembler à une conduite criminelle—d'où le critère de «l'existence presque indubitable»—n'est appuyée par aucun précédent. L'arrêt *Wight*²⁵ sur laquelle il semble se fonder *b* ne renferme aucun énoncé du genre, et aucun ne peut être déduit des motifs du juge Urie, J.C.A. Il se peut, comme l'a laissé entendre l'intimée, que les actions du requérant dans l'arrêt *Wight* fussent davantage *c* apparentées à la fraude et ne puissent être comparées aux actions de l'intimée, dont la véritable identité n'a jamais été dissimulée à l'Office, mais cette observation ne vient guère en aide à l'intimée, et cela parce *d* qu'une manière de faire peut, sans être une fraude, être quand même suffisamment blâmable pour justifier un rejet de la demande.

La question que l'Office avait le droit de se poser était la suivante: la demande de l'intimée était-elle *e* teintée de duplicité, pour le motif qu'elle était faite par une personne morale contrôlée par des personnes dont les permis avaient été très récemment annulés. Si l'Office avait de bonnes raisons de juger, selon une prépondérance des probabilités, que la demande de l'intimée était ainsi teintée, alors il pouvait décider *f* de ne pas délivrer le permis.

Norme de contrôle

g Qu'une demande soit ou non teintée de duplicité et qu'une personne morale doive ou non être considérée comme distincte d'autres personnes ou entités apparentées, il s'agit là en réalité de questions factuelles. *h* Les tribunaux judiciaires reconnaissent depuis longtemps la nécessité de déférer aux conclusions de fait des organismes administratifs, quand bien même ils ne seraient pas protégés par une clause privative²⁶.

i Dans la présente espèce, une preuve abondante autorisait l'Office à conclure que la demande était teintée.

²⁴ *Supra*, note 5, à la p. 229.

²⁵ *Supra*, note 1.

²⁶ Voir: *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554.

I wish to add, in closing, that nothing in these reasons should be interpreted as preventing the respondent, or the partnership, as the case may be, from filing a new application or as excusing the Agency from considering afresh any new application thus submitted. Indeed, I read the last paragraph of the reasons of the Agency²⁷ as a clear indication that the Agency would welcome a new application and would look at it favourably once it has been satisfied that the application has been filed by the "real" applicant and that this "real" applicant has every intention in the immediate and distant future to comply with the Regulations.

I would allow the appeal, set aside the order of the Motions Judge dated November 4, 1994, and reinstate the decision of the Agency. The appellant not having asked for costs, there should be no order as to costs.

STONE J.A.: I agree.

ROBERTSON J.A.: I agree.

Je voudrais ajouter, pour conclure, que les présents motifs ne prétendent nullement empêcher l'intimée, ou la Société, selon le cas, de présenter une nouvelle demande, ni dispenser l'Office de considérer de nouveau la nouvelle demande qui lui serait ainsi présentée. Je vois même dans le dernier paragraphe des motifs de l'Office²⁷ une indication très nette que l'Office serait disposé à recevoir une nouvelle demande et à l'examiner favorablement, après qu'il aura eu l'assurance que la demande a été déposée par le requérant «véritable» et que ce requérant «véritable» manifeste l'intention, dans l'immédiat et pour l'avenir, de se plier au Règlement.

J'accueillerais l'appel, annulerais l'ordonnance du juge des requêtes en date du 4 novembre 1994 et rétablirais la décision de l'Office. Comme l'appellant n'a pas demandé de dépens, il n'y aura pas d'ordonnance quant aux dépens.

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

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

²⁷ *Supra.*

²⁷ *Supra.*

A-442-94

A-442-94

The Minister of Employment and Immigration
(Appellant)

Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration
(appellant)

v.

a c.

Hooshang Attar Jafari (Respondent)

Hooshang Attar Jafari (intimé)

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

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

Court of Appeal, Strayer, Robertson J.J.A. and Chevalier D.J.—Ottawa, March 29 and April 11, 1995.

Cour d'appel, juges Strayer et Robertson, J.C.A. et juge suppléant Chevalier—Ottawa, 29 mars et 11 avril 1995.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Appeal from F.C.T.D. decision declaring ultra vires Refugee Claimants Designated Class Regulations, s. 3(2)(f) — Claimant absent from Canada for more than seven days after coming into force of Regulations — Not eligible for backlog program — Immigration Act, ss. 6(2), 114(1)(e) authorizing Regulations — S. 3(2)(f) made for proper administration of Act — Not ultra vires — No denial of fundamental justice.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Appel interjeté contre une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale déclarant ultra vires l'art. 3(2)f) du Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié — Le demandeur s'est absenté du Canada durant plus de sept jours après l'entrée en vigueur du Règlement — Il n'était pas admissible au programme d'élimination de l'arriéré — Les art. 6(2) et 114(1)e) de la Loi sur l'immigration autorisent le Règlement — L'art. 3(2)f) a été rédigé pour la bonne administration de la Loi — Il n'est pas ultra vires — Il n'y a eu aucun déni des principes de justice fondamentale.

Administrative law — F.C.T.D. declaring provision in regulation concerning refugee claimants ultra vires, ordering Minister to process permanent residence application — Trial Judge holding provision serving no legitimate purpose considering Canada's humanitarian tradition — Not for court to determine wisdom of delegated legislation or to assess validity based on court's policy preferences — Court to decide whether statutory grant of authority permitting particular delegated legislation — Regulation must be related to purpose of Act but court can't review as to necessity, wisdom, effectiveness — Regulation-making power may not be used for irrelevant purpose but up to attacking party to show illicit purpose.

Droit administratif — La Section de première instance de la Cour fédérale a déclaré ultra vires une disposition d'un règlement concernant les demandeurs du statut de réfugié et a enjoint au ministre de traiter la demande de résidence permanente — Le juge de première instance a conclu que la disposition ne servait aucune fin légitime compte tenu de la tradition humanitaire suivie par le Canada — Il n'appartient pas à un tribunal de juger de la sagesse de la législation par délégation ni d'en apprécier la validité en se fondant sur ses préférences en matière de politique — Le tribunal doit décider si le pouvoir conféré par la loi permet cette législation par délégation particulière — Le règlement doit être relié à l'objet de la Loi, mais un tribunal ne peut pas en faire l'examen pour constater s'il est nécessaire, sage et efficace — Un pouvoir de réglementation ne peut pas être utilisé à une fin étrangère, mais il appartient à la partie qui conteste le règlement de démontrer ce que pourrait être cette fin illicite.

Judges and Courts — Whether regulation ultra vires — Not for Court to determine wisdom of delegated legislation or to assess validity based on Court's policy preferences — Question for court: does statutory grant of authority permit this delegated legislation?

Juges et tribunaux — Le règlement est-il ultra vires? — Il n'appartient pas à un tribunal de juger de la sagesse de la législation par délégation ni d'en apprécier la validité en se fondant sur ses préférences en matière de politique — La question que le tribunal doit se poser est la suivante: le pouvoir conféré par la loi permet-il cette législation par délégation?

This was an appeal from a Trial Division decision declaring ultra vires paragraph 3(2)(f) of the *Refugee Claimants Designated Class Regulations* and ordering the Minister to process the respondent's application for permanent residence without reference to that paragraph. The respondent, who arrived in Canada in 1986, stayed in the United States for twelve days in

Il s'agissait d'un appel interjeté contre une décision de la Section de première instance qui déclarait ultra vires l'alinéa 3(2)f) du *Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié* et qui enjoignait au ministre de traiter la demande de résidence permanente de l'intimé sans tenir compte dudit alinéa. L'intimé, qui est arrivé au Canada en

1990 to be available for an appointment at a U.S. immigration office. Since paragraph 3(2)(f) of the Regulations excludes a person who left Canada after the coming into force of said Regulations, that is December 27, 1989, and remained outside Canada for more than seven days, the respondent was found ineligible for the backlog program which was intended to be an accelerated process for dealing with a large backlog of unresolved refugee claims. The Trial Judge held that paragraph 3(2)(f) serves no legitimate purpose in accordance with Canada's humanitarian tradition with respect to the displaced and the persecuted and concluded that it goes beyond the authority granted to the Governor in Council by subsection 6(2) and paragraphs 114(1)(d) and (e) of the *Immigration Act*. The main issue on appeal was whether that paragraph is *ultra vires*.

Held, the appeal should be allowed.

It is not for a court to determine the wisdom of delegated legislation or to assess its validity on the basis of the court's policy preferences. The essential question for the court is whether the statutory grant of authority permits this particular delegated legislation. One must therefore look to the statutory basis for the regulation in question. Subsection 6(2) of the *Immigration Act*, combined with paragraph 114(1)(e) of that Act, authorizes regulations which classify refugee claimants in some way, and which may exempt some of those classes from some of the requirements of some of the regulations. There is nothing mandatory in these provisions. The regulations must of course be seen as in some way related to the purpose of the Act but this does not mean that a court can review them to see if they are necessary, wise or effective in practice. Paragraph 3(2)(f) was made for the proper administration of the Act and there was no basis for holding it invalid just because not everyone who arrived before January 1, 1989 was given the same gratuitous advantage over those who arrived after that date. There is nothing in these Regulations which is inconsistent with Canada's humanitarian tradition with respect to the displaced and the persecuted. Paragraph 3(2)(f) of the Regulations is not *ultra vires*. There was no denial of the principles of fundamental justice in requiring the respondent to have his claim determined, not conclusively in a credible basis hearing, but after full hearing by the Immigration and Refugee Board.

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.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 6(1),(2), 114(1)(d),(e).
Refugee Claimants Designated Class Regulations, SOR/90-40, s. 3(2)(f).

1986, est demeuré aux États-Unis pendant douze jours en 1990 pour se présenter à une entrevue réalisée à un bureau de l'immigration américaine. Comme l'alinéa 3(2)f) du Règlement exclut une personne qui a quitté le Canada après l'entrée en vigueur dudit Règlement, soit le 27 décembre 1989, et est resté à l'extérieur du Canada pendant plus de sept jours, l'intimé a été considéré comme non admissible au programme d'élimination de l'arriéré, qui devait être un processus accéléré de traitement d'un arriéré considérable de revendications non résolues du statut de réfugié. Le juge de première instance a conclu que l'alinéa 3(2)f) ne sert aucune fin légitime qui soit conforme à la tradition humanitaire suivie par le Canada à l'égard des personnes déplacées ou persécutées et outrepassé le pouvoir conféré au gouverneur en conseil par le paragraphe 6(2) et les alinéas 114(1)d) et e) de la *Loi sur l'immigration*. En appel, la question principale était de savoir si cet alinéa est *ultra vires*.

Arrêt: l'appel doit être accueilli.

Il n'appartient pas à un tribunal de juger de la sagesse de la législation par délégation ni d'en apprécier la validité en se fondant sur ses préférences en matière de politique. La question essentielle que doit se poser le tribunal est la suivante: le pouvoir conféré par la loi permet-il cette législation par délégation particulière? On doit donc rechercher le fondement législatif du règlement en question. Le paragraphe 6(2) de la *Loi sur l'immigration*, combiné à l'alinéa 114(1)e) de cette Loi, autorise des règlements qui rangent les demandeurs du statut de réfugié dans des catégories et qui peuvent exempter quelques-unes de ces catégories de certaines des exigences de quelques-uns des règlements. Il n'y a rien d'impératif dans ces dispositions. Le règlement doit, bien sûr, apparaître comme étant relié de quelque façon à l'objet de la Loi, mais cela ne signifie pas qu'un tribunal peut en faire l'examen pour constater s'il est nécessaire, sage et efficace dans la pratique. L'alinéa 3(2)f) a été rédigé aux fins de la bonne administration de la Loi, et il n'y a aucune raison de le juger invalide simplement parce que ceux qui sont arrivés au Canada avant le premier janvier 1989 n'ont pas tous eu le même avantage gratuit par rapport à ceux qui sont arrivés après cette date. Il n'y a rien dans ce Règlement qui soit contraire à la tradition humanitaire suivie par le Canada à l'égard des personnes déplacées ou persécutées. L'alinéa 3(2)f) du Règlement n'est pas *ultra vires*. Il n'y a eu aucun déni des principes de justice fondamentale lorsqu'on a contraint l'intimé à faire juger sa revendication, non de façon décisive dans le cadre d'une audition sur le minimum de fondement, mais à la suite d'une instruction approfondie par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 6(1),(2), 114(1)d),e).
Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié, DORS/90-40, art. 3(2)f).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

REFERRED TO:

Haig v. Canada; Haig v. Canada (Chief Electoral Officer), [1993] 2 S.C.R. 995; (1993), 105 D.L.R. (4th) 577; 156 N.R. 81; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 247; (1994), 17 Admin. L.R. (2d) 121 (C.A.).

APPEAL from a Trial Division decision ([1995] 1 F.C. 284; (1994), 82 F.T.R. 164) declaring *ultra vires* paragraph 3(2)(f) of the *Refugee Claimants Designated Class Regulations* and ordering the Minister to process the respondent's application for permanent residence without reference to that paragraph. Appeal allowed.

COUNSEL:

Donald A. MacIntosh and Neelam Jolly for appellant.
Barbara L. Jackman for respondent.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Jackman & Associates, Toronto, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STRAYER J.A.:

Relief Requested

This is an appeal from a decision of the Trial Division of August 22, 1994 [[1995] 1 F.C. 284] in which paragraph 3(2)(f) of the *Refugee Claimants Designated Class Regulations*¹ was declared *ultra vires* of the Governor in Council and *mandamus* was issued ordering the Minister and his officials to process and consider the present respondent's application for permanent residence without reference to that paragraph. The learned Trial Judge also certified two questions of general importance as follows [at pages 304-305]:

¹ SOR/90-40.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS CITÉES:

Haig c. Canada; Haig c. Canada (Directeur général des élections), [1993] 2 R.C.S. 995; (1993), 105 D.L.R. (4th) 577; 156 N.R. 81; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *Assoc. canadienne des importateurs réglementés c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 247; (1994), 17 Admin. L.R. (2d) 121 (C.A.).

APPEL d'une décision de la Section de première instance ([1995] 1 C.F. 284; (1994), 82 F.T.R. 164) qui a déclaré *ultra vires* l'alinéa 3(2)(f) du *Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié* et enjoint au ministre de traiter la demande de résidence permanente de l'intimé sans tenir compte dudit alinéa. Appel accueilli.

AVOCATS:

Donald A. MacIntosh et Neelam Jolly pour l'appelant.
Barbara L. Jackman pour l'intimé.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelant.
Jackman & Associates, Toronto, pour l'intimé.

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

LE JUGE STRAYER, J.C.A.:

La réparation demandée

Il s'agit d'un appel interjeté contre la décision de la Section de première instance, en date du 22 août 1994 [[1995] 1 C.F. 284], qui déclarait que l'alinéa 3(2)(f) du *Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié*¹, allait au-delà des pouvoirs de réglementation du gouverneur en conseil et qui délivrait un bref de *mandamus* enjoignant au ministre et à ses fonctionnaires de traiter et d'examiner la demande de résidence permanente de l'intimé sans tenir compte dudit alinéa. Le juge de première instance a aussi certifié les deux questions de portée générale que voici [aux pages 304 et 305]:

¹ DORS/90-40.

1. Is paragraph 3(2)(f) of the Regulations *ultra vires* the statutory regulatory powers of the Governor in Council under section 114 of the [Immigration Act], as a regulation governing landing in Canada which excludes a class of persons on fixed criteria, unrelated to the need for protection in Canada or the ability of the person to successfully establish in Canada; and

2. Is paragraph 3(2)(f) of the Regulations contrary to the principles of fundamental justice under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in that it establishes a fixed criterion unrelated to the circumstances of the individual applicant, to the intention of the applicant, to the need for protection in Canada and to the ability of a person to successfully establish in Canada.

At the hearing in the Trial Division, the learned Trial Judge in effect answered question 1 in the affirmative and question 2 in the negative. The appellant Minister argues that both questions should be answered in the negative and the respondent argues that they should both be answered in the affirmative.

Facts

The respondent is a citizen of Iran who arrived in Canada on November 16, 1986. He immediately claimed refugee status. His claim had not been dealt with when the *Refugee Claimants Designated Class Regulations* were brought into effect on December 27, 1989. These so-called "Backlog Regulations" provided what was intended to be an accelerated process for dealing with a large backlog of unresolved refugee claims. To be eligible for the backlog program a claimant was required, *inter alia*, to have been in Canada on January 1, 1989 and to have signified before that date an intention to make a refugee claim. As part of section 3 of the Regulations which designated the class to which they applied, paragraph 3(2)(f) provided that:

3. . . .

(2) The Refugee Claimants Designated Class shall not include a person who

. . . .

(f) left Canada after the coming into force of these Regulations and remained outside Canada for more than seven days;

1. L'alinéa 3(2)f) du Règlement est-il *ultra vires* des pouvoirs de réglementation que l'article 114 de la *Loi sur l'immigration* confère au gouverneur en conseil du fait que ledit règlement sur le droit d'établissement au Canada exclut une catégorie de personnes sur la base de critères factices qui sont sans rapport avec la nécessité pour l'intéressé d'obtenir la protection du Canada ou avec son aptitude à réussir son installation au Canada?

2. L'alinéa 3(2)f) du Règlement viole-t-il les principes de justice fondamentale consacrés par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* du fait qu'il établit un critère factice qui est sans rapport avec les circonstances de l'intéressé, avec son intention, avec la nécessité pour lui d'obtenir la protection du Canada et avec son aptitude à réussir son installation au Canada?

À l'audience, le juge de première instance a de fait répondu par l'affirmative à la première question et par la négative à la seconde question. Le ministre appelant soutient qu'il faut répondre par la négative aux deux questions alors que l'intimé affirme que l'on doit répondre aux deux questions par l'affirmative.

Les faits

L'intimé, citoyen iranien, est arrivé au Canada le 16 novembre 1986, où il a immédiatement revendiqué le statut de réfugié. Son cas n'avait pas encore été traité au moment de l'entrée en vigueur du *Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié*, le 27 décembre 1989. Ce règlement appelé [TRADUCTION] «Règlement sur l'élimination de l'arriéré» a offert ce qui devait être un processus accéléré de traitement d'un arriéré considérable de revendications non résolues du statut de réfugié. Pour être admissible au programme, le demandeur de statut devait, notamment, avoir été au Canada le premier janvier 1989, et avoir signifié avant cette date son intention de revendiquer le statut de réfugié. L'alinéa 3(2)f), partie de l'article 3 du Règlement qui désigne la catégorie à laquelle il s'applique, prévoyait ce qui suit:

3. . . .

(2) Les personnes suivantes ne peuvent faire partie de la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié:

. . . .

f) celles qui ont quitté le Canada après l'entrée en vigueur du présent règlement et qui sont demeurées hors du Canada pendant plus de sept jours;

In July, 1990 the claimant attempted to cross into the United States surreptitiously. He was apprehended and because of his method of entry it was necessary for him to stay in the United States some twelve days to be available for an appointment at a U.S. immigration office in Buffalo. He then returned to Canada, his absence having been noted.

On October 4, 1991 he was called in to attend a meeting at a Canada Employment and Immigration office in Toronto. He was advised that he was not entitled to be dealt with under the Backlog Regulations as he had absented himself from Canada for more than seven days. His file was transferred to the office dealing with regular refugee claims.

The practical effect of the Backlog Regulations was that those who fell within the designated class as defined in section 3 of the Regulations could, where found to have a credible basis for their claim, apply for landing. Previously such persons would have had to go through a further process of a hearing before the Immigration and Refugee Board and succeed there before applying for landing.

Those who had not been in Canada and/or had not signified an intention to apply for refugee status prior to January 1, 1989 would clearly not be eligible for what was thought to be the accelerated process of the backlog program but would proceed to a hearing before the Immigration and Refugee Board under the new regular claim process.

As the respondent had been found not to be eligible for the backlog program, his file was transferred to the immigration office dealing with regular refugee claims. He was subsequently told that the Minister's representative conceded that there was a credible basis for his claim but no hearing has ever been held by the Immigration and Refugee Board on his application. It is not clear to the Court why this matter has never been disposed of by the Board, although recent delays may be related to the fact that the respondent has had proceedings going on in the Federal Court

En juillet 1990, le demandeur de statut a tenté d'aller aux États-Unis clandestinement. Il a été appréhendé et, vu sa façon d'entrer dans ce pays, il a dû y rester environ douze jours pour se présenter à une entrevue réalisée à un bureau de l'immigration américaine à Buffalo. Il est ensuite rentré au Canada, où son absence avait été notée.

Le 4 octobre 1991, il a été convoqué à une entrevue à un bureau d'Emploi et Immigration Canada à Toronto. On l'a avisé que sa demande ne pouvait être traitée en vertu du Règlement sur l'élimination de l'arriéré parce qu'il s'était absenté du Canada plus de sept jours, et son dossier a été envoyé au bureau qui s'occupait des revendications ordinaires du statut de réfugié.

Le Règlement sur l'élimination de l'arriéré avait pour conséquence pratique de permettre aux demandeurs de statut relevant de la catégorie définie à l'article 3 du Règlement, dont la revendication était considérée comme ayant un minimum de fondement, de demander le droit d'établissement. Antérieurement, ces personnes auraient été astreintes à une autre formalité, soit l'issue favorable d'une audition devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, avant de pouvoir demander le droit d'établissement.

Ceux qui n'étaient pas au Canada et/ou qui n'avaient pas signifié leur intention de demander le statut de réfugié avant le premier janvier 1989 n'étaient clairement pas admissibles à participer à ce que l'on croyait être le processus accéléré du programme d'élimination de l'arriéré, mais ils devaient se présenter à une audition devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié sous le régime du nouveau processus ordinaire de revendication du statut de réfugié.

Comme l'intimé avait été jugé non admissible au programme d'élimination de l'arriéré, son dossier a été adressé au bureau de l'Immigration chargé des revendications ordinaires du statut de réfugié. On lui a dit plus tard que le représentant du ministre avait concédé que sa revendication avait un minimum de fondement, mais la Commission de l'immigration et du statut de réfugié n'a jamais tenu d'audience à l'égard de sa demande. La Cour ne voit pas clairement pourquoi la Commission n'a jamais traité cette affaire, mais les retards récents peuvent être reliés au

since April 8, 1993 for judicial review seeking *mandamus* to require the Minister to process his application under the Backlog Regulations.

When this matter was argued before the learned Trial Judge the respondent's claim to *mandamus* was based on the proposition that paragraph 3(2)(f) of those Regulations is invalid because: (1) it goes beyond the regulation-making powers of the Governor in Council conferred by subsection 6(2) and paragraphs 114(1)(d) and (e) of the *Immigration Act*;² and (2) it is inconsistent with section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] which makes invalid any law which deprives an individual of security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice. The learned Trial Judge rejected a further argument based on implied limits to regulation-making in subsection 6(1), and this matter was not argued on appeal.

The relevant statutory provisions are as follows:

6. . . .

(2) Any Convention refugee and any person who is a member of a class designated by the Governor in Council as a class, the admission of members of which would be in accordance with Canada's humanitarian tradition with respect to the displaced and the persecuted, may be granted admission subject to such regulations as may be established with respect thereto and notwithstanding any other regulations made under this Act.

114. (1) The Governor in Council may make regulations

(d) designating classes of persons for the purposes of subsection 6(2);

(e) exempting Convention refugees and classes of persons designated pursuant to paragraph (d) from any of the requirements of the regulations and prescribing, in substitution for those regulations, special regulations relating to the admission of Convention refugees and those classes of persons;

With respect to the first issue the learned Trial Judge held paragraph 3(2)(f) of the Regulations to go

² R.S.C., 1985, c. I-2.

fait que l'intimé a engagé des procédures de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale depuis le 8 avril 1993, en vue d'obtenir un bref de *mandamus* enjoignant au ministre de traiter sa demande conformément au Règlement sur l'élimination de l'arriéré.

Lorsque l'affaire a été plaidée devant le juge de première instance, l'intimé a conclu à un bref de *mandamus* en disant que l'alinéa 3(2)(f) du Règlement était sans effet parce que: (1) il va au-delà des pouvoirs de réglementation que le paragraphe 6(2) et les alinéas 114(1)(d) et (e) de la *Loi sur l'immigration*² confèrent au gouverneur en conseil; (2) il enfreint 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, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] qui rend nulle et non avenue toute mesure législative qui prive un individu de la sécurité de sa personne sauf conformément aux principes de justice fondamentale. Le juge de première instance a rejeté un autre argument fondé sur les limites implicites imposées au pouvoir de réglementation au paragraphe 6(1), et ce point n'a pas été soulevé en appel.

Les dispositions pertinentes de la Loi sont les suivantes:

6. . . .

(2) Les réfugiés au sens de la Convention et les personnes appartenant à une catégorie déclarée admissible par le gouverneur en conseil conformément à la tradition humanitaire suivie par le Canada à l'égard des personnes déplacées ou persécutées peuvent être admis, sous réserve des règlements pris à cette fin et par dérogation aux règlements d'application générale.

114. (1) Le gouverneur en conseil peut, par règlement:

d) définir les catégories de personnes visées au paragraphe 6(2);

e) dispenser les réfugiés au sens de la Convention et les catégories de personnes visées à l'alinéa d) des exigences réglementaires d'application générale et prendre des mesures spéciales quant à leur admission;

En ce qui concerne la première question litigieuse, le juge de première instance a conclu que l'alinéa

² L.R.C. (1985), ch. I-2.

beyond the authority granted to the Governor in Council. In rejecting the relevance of subsection 6(1) he confined the pertinent limitation on the powers of the Governor in Council to subsection 6(2) stating as follows [at page 295]:

In my opinion, the wording of the Act only supports necessary adherence to the purpose of respecting Canada's humanitarian tradition toward the displaced and the persecuted in creating exempted classes.

He went on to say [at pages 295-297, 300]:

There is no doubt in my mind that subsection 3(2)(f) serves no purpose in accordance with Canada's humanitarian tradition with respect to the displaced and the persecuted; indeed, it is difficult to find any legitimate purpose that the provision serves. None of the alleged purposes of subsection 3(2)(f), as described in the affidavit of Brian Dougall, a member of the team that developed the Regulations, is particularly convincing.

The question that must be answered is thus whether this Court has the power to strike subsection 3(2)(f) of the Regulations because it is arbitrary and accomplishes no purpose in accordance with the Act. In light of the legal authority presented by both parties, I am of the opinion that subsection 3(2)(f) can and must be struck.

The Governor in Council similarly enjoys a broad power, in the present case, to create regulations exempting "classes" for the purposes of subsection 6(2), subject to the caveat in subsection 6(2), that the composition of such classes must be in accordance with Canada's humanitarian tradition toward the displaced and the persecuted. To exclude people from the backlog group merely for leaving Canada for more than seven days, regardless of reason for departure is not, in my opinion, consistent with this stated purpose for which exempted classes are to be created.

He thus concluded the regulation in question was not authorized because subsection 6(2) only allows the Governor in Council to designate classes of refugees or classes of persons whose admission

6. . . .

(2) . . . would be in accordance with Canada's humanitarian tradition with respect to the displaced and the persecuted, . . .

With respect to the argument based on section 7 of the Charter, the learned Trial Judge concluded as follows [at page 302]:

It is well accepted, in light of the Supreme Court of Canada's decision in the case of *Singh et al. v. Minister of*

3(2)f) du Règlement excède les pouvoirs conférés au gouverneur en conseil. En rejetant l'applicabilité du paragraphe 6(1), il a restreint la limitation pertinente des pouvoirs du gouverneur en conseil au paragraphe 6(2), et il a déclaré ce qui suit [à la page 295]:

À mon avis, le texte de la Loi appuie seulement, dans l'établissement de catégories exemptées, le respect nécessaire de la fin relative à la tradition humanitaire suivie par le Canada à l'égard des personnes déplacées ou persécutées.

Il a ajouté [aux pages 295 à 297, 300]:

Il n'y a aucun doute dans mon esprit que l'alinéa 3(2)f) ne vise aucun but qui soit conforme à la tradition humanitaire suivie par le Canada à l'égard des personnes déplacées ou persécutées; en effet, il est difficile de trouver un quelconque but légitime visé par cette disposition. Aucune des prétendues fins visées par l'alinéa 3(2)f), et exposées dans l'affidavit de M. Brian Dougall, membre de l'équipe qui a mis au point le Règlement, n'est particulièrement convaincante.

Ainsi, la question qui se pose est de savoir si cette Cour est habilitée à invalider l'alinéa 3(2)f) du Règlement parce qu'il est arbitraire et qu'il ne vise aucune fin qui soit conforme à la Loi. À la lumière des sources de droit présentées par les deux parties, je suis d'avis que cet alinéa peut et doit être invalidé.

En l'espèce, le gouverneur en conseil jouit de même d'un pouvoir étendu de prendre des règlements, pour l'application du paragraphe 6(2), accordant une dispense à certaines «catégories» à la condition, énoncée dans le paragraphe 6(2), que la composition de ces catégories soit conforme à la tradition humanitaire suivie par le Canada à l'égard des personnes déplacées ou persécutées. À mon avis, l'exclusion de certaines personnes du groupe de l'arrière simplement parce qu'elles ont quitté le Canada pendant plus de sept jours, et ce, sans égard au motif de leur absence, n'est pas conforme au but déclaré de la création des catégories exemptées.

Il a donc conclu que le règlement en question était *ultra vires* parce que le paragraphe 6(2) permet seulement au gouverneur en conseil de désigner des catégories de réfugiés ou de personnes dont l'admission serait

6. . . .

(2) . . . conformément à la tradition humanitaire suivie par le Canada à l'égard des personnes déplacées ou persécutées . . .

Quant au moyen fondé sur l'article 7 de la Charte, le juge de première instance a conclu ce qui suit [à la page 302]:

Il est bien établi, compte tenu de l'arrêt *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177

Employment and Immigration, [1985] 1 S.C.R. 177, that Convention refugee claimants are protected by section 7 of the Charter and that deportation of such claimants infringes their right to security of the person. Where I cannot agree with the applicant is with respect to the premise that merely subjecting him to the regular refugee determination process—which, by all indications, will be in accordance with fundamental justice—constitutes an infringement of his right to security of the person.

Analysis

Is the Regulation *Ultra Vires*?

I respectfully agree with the learned Trial Judge as to the general principles governing a determination as to whether delegated legislation is within the authority granted by statute. I feel unable, however, to agree with his application of those principles to this situation.

It goes without saying that it is not for a court to determine the wisdom of delegated legislation or to assess its validity on the basis of the court's policy preferences.³ The essential question for the court always is: does the statutory grant of authority permit this particular delegated legislation? In looking at the statutory source of authority one must seek all possible *indicia* as to the purpose and scope of permitted delegated legislation. Any limitations, express or implied, on the exercise of that power must be taken into account. One must then look to the regulation itself to see whether it conforms and where it is argued that the regulation was not made for the purposes authorized by the statute one must try to identify one or more of those purposes for which the regulation was adopted. It is accepted that a broad discretionary power,⁴ including a regulation-making power may not be used for a completely irrelevant purpose but it is up to the party attacking the regulation to demonstrate what that illicit purpose might be.

We must therefore look to the statutory basis for the regulation in question. It seems to be common

³ *Haig v. Canada; Haig v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [1993] 2 S.C.R. 995, at p. 1046.

⁴ *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 140.

que les demandeurs du statut de réfugié au sens de la Convention sont protégés par la Charte et que leur expulsion viole leur droit à la sécurité de leur personne. Là où je ne suis pas d'accord avec le requérant, c'est à propos de la prémisse selon laquelle le simple fait de l'assujettir à la procédure normale de détermination du statut de réfugié, une procédure qui, selon toute apparence, est en conformité avec les principes de justice fondamentale, constitue une violation de son droit à la sécurité de sa personne.

b Analyse

Le Règlement est-il *ultra vires*?

Je suis respectueusement d'accord avec le juge de première instance en ce qui concerne les principes généraux à appliquer pour décider si la législation par délégation se trouve dans les limites du pouvoir conféré par la loi. Je me trouve cependant incapable d'être en accord avec son application des principes en question à la présente situation.

Il va sans dire qu'il n'appartient pas à un tribunal de juger de la sagesse de la législation par délégation ni d'en apprécier la validité en se fondant sur ses préférences en matière de politique³. La question essentielle que doit toujours se poser le tribunal est la suivante: le pouvoir conféré par la loi permet-il cette législation par délégation particulière? On doit rechercher dans la mesure législative attributive du pouvoir en cause tous les indices possibles de l'objet et de l'étendue de la législation par délégation autorisée. Il faut tenir compte de toute limitation, expresse ou implicite, de l'exercice de ce pouvoir. Il faut ensuite examiner le règlement lui-même pour s'assurer de sa conformité, et s'il est contesté au motif qu'il n'a pas été pris pour des fins autorisées par sa loi habilitante, on doit alors tenter de reconnaître une ou plusieurs des fins pour lesquelles le règlement a été adopté. Il est reconnu qu'un vaste pouvoir discrétionnaire⁴, y compris un pouvoir de réglementation, ne peut être exercé pour poursuivre une fin totalement étrangère, mais il appartient à la partie qui conteste le règlement de démontrer ce que pourrait être cette fin illicite.

Nous devons donc rechercher le fondement législatif du règlement en question. Il ne semble pas con-

³ *Haig c. Canada; Haig c. Canada (Directeur général des élections)*, [1993] 2 R.C.S. 995, à la p. 1046.

⁴ *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, à la p. 140.

ground that the relevant powers are in paragraphs 114(1)(d) and (e) which are to be exercised for the purposes of subsection 6(2), quoted above. The respondent relies on the limitations found in subsection 6(2) as conditioning regulations such as those in question here. As I read subsection 6(2) it authorizes the Governor in Council to designate classes of persons (other than those already found to be Convention refugees) for purposes of admission. But, put at its highest, it simply requires that those classes be designated to include persons whose admission

6. . . .

(2) . . . would be in accordance with Canada's humanitarian tradition with respect to the displaced and the persecuted, . . .

This does not mean, contrary to the arguments of respondent's counsel, that every regulation must facilitate the admission of more refugee claimants. In my view the subsection, combined with paragraph 114(1)(e), authorizes regulations which classify such persons in some way, and which may exempt some of those classes from some of the requirements of some of the regulations. I see nothing mandatory in subsection 6(2) or paragraphs 114(1)(d) and (e).

It is the core of the respondent's position, apparently adopted by the Trial Judge, that paragraph 3(2)(f) of the Regulations advances no purpose recognized in subsection 6(2) and indeed is contrary to Canada's "humanitarian tradition."

With respect, I disagree. Putting aside the humanitarian question for the moment, I take subsection 6(2), and paragraphs 114(1)(d) and (e), to authorize systems of classification of, *inter alia* refugee claimants, and the provision of preferential treatment for some or all of those so classified. On their face the statutory provisions would appear to authorize the Governor in Council to make no classifications of refugee claimants, or to classify them in any way thought suitable. Thus, for example, the Backlog Regulations might have excluded from the backlog anyone who had not remained constantly in Canada since making his claim. Similarly, the Governor in Council could under these provisions provide exemp-

testé que les pouvoirs pertinents se trouvent aux alinéas 114(1)d) et e), qui doivent être exercés aux fins du paragraphe 6(2), précité. L'intimé compte que les limites contenues au paragraphe 6(2) ont une incidence sur les règlements tels que ceux en l'espèce. Selon mon interprétation du paragraphe 6(2), il autorise le gouverneur en conseil à désigner des catégories de personnes (autres que celles qui sont déjà reconnues comme étant des réfugiés au sens de la Convention) à des fins d'admission. Mais, tout au plus, il exige simplement que ces catégories soient désignées pour comprendre des personnes dont l'admission

c 6. . . .

(2) . . . serait conformément à la tradition humanitaire suivie par le Canada à l'égard des personnes déplacées ou persécutées . . .

d Cela ne signifie pas, contrairement à ce qu'a soutenu l'avocat de l'intimé, que chaque règlement doit faciliter l'admission de plus nombreux demandeurs du statut de réfugié. À mon avis, le paragraphe 6(2), combiné à l'alinéa 114(1)e), autorise des règlements qui rangent ces personnes dans des catégories, et qui peuvent exempter quelques-unes de ces catégories de certaines des exigences de quelques-uns des règlements. Je ne vois rien d'impératif au paragraphe 6(2) ou aux alinéas 114(1)d) et e).

g Selon la position de l'intimé, apparemment adoptée par le juge de première instance, l'alinéa 3(2)f) du Règlement ne sert aucune fin reconnue au paragraphe 6(2) et il est même contraire à la «tradition humanitaire» du Canada.

h En toute déférence, je ne suis pas de cet avis. Mettant de côté pour l'instant la question humanitaire, j'estime que le paragraphe 6(2), et les alinéas 114(1)d) et e), autorisent notamment les systèmes de classification de demandeurs de statut et un traitement préférentiel à l'égard de certains ou de tous ceux qui font partie de ces catégories. À première vue, les dispositions législatives sembleraient autoriser le gouverneur en conseil à ne pas établir de catégorie de demandeurs du statut de réfugié ou à les classer de n'importe quelle façon jugée convenable. Ainsi, par exemple, le Règlement sur l'élimination de l'arriéré aurait pu exclure de l'arriéré tous ceux qui n'étaient pas demeurés constamment au Canada après

tions for such persons, if classified, from all or none of the regulations. There is nothing to compel the making of a regulation to grant any particular exemption to any particular person or class of persons. The regulations must of course be seen as in some way related to the purpose of the Act but this does not mean that a court can review them to see if they are necessary, wise, or effective in practice.⁵ In the present case there was evidence on behalf of the appellant as to the purpose of the Regulations in question. While I agree with the Trial Judge that some of the reasons advanced were not compelling and may in some measure have been misconceived, I do not think we can say they were completely unrelated to the purposes of the statute. For example the deponent Dougall, former director of the Refugee Backlog Clearance Program, stated that one of the purposes was to clarify in what circumstances a claimant who had been outside Canada since making his claim could continue it. Consistently with this evidence, I understood it to be agreed in argument that adjudicators who might be seized of the case of such a backlog applicant—one who had been out of Canada at some time since his refugee claim was filed — could have to determine at a subsequent hearing whether the applicant had by leaving the country abandoned his refugee claim. Different adjudicators could take different views on this matter. It is conceivable that some could take the view that any absence would be an abandonment of the claim. Paragraph 3(2)(f) of the Regulations would have the advantage of clarifying the situation both for the claimant and for the adjudicator: it would be beyond dispute that such a claimant would have the right to absent himself from Canada for up to seven days without the continuation of his claim being brought into question, but after that period he would not be treated as a backlog claimant. This use of it alone allows a court to recognize that paragraph 3(2)(f) was made for purposes of the administration of the *Immigration Act*.

⁵ *Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 247 (C.A.), at p. 257.

avoir fait leur demande. De la même façon, le gouverneur en conseil pourrait, conformément à ces dispositions, dispenser ces personnes, si elles étaient rangées dans des catégories, de l'application de la totalité ou d'aucun des règlements. Rien n'oblige à faire des règlements pour accorder une dispense particulière à une personne ou à une classe de personnes particulières. Le règlement doit, bien sûr, apparaître comme étant relié de quelque façon à l'objet de la Loi, mais cela ne signifie pas qu'un tribunal peut en faire l'examen pour constater s'il est nécessaire, sage et efficace dans la pratique⁵. En l'espèce, on a soumis pour le compte de l'appelant des éléments de preuve relatifs à l'objet du Règlement en cause. Bien que je sois d'accord avec le juge de première instance pour dire que certains des motifs avancés n'étaient guère convaincants et pouvaient, dans une certaine mesure, être erronés, je ne crois pas que nous puissions les considérer comme étant complètement étrangers aux objets de la loi. Ainsi, le déposant M. Dougall, ancien directeur du programme d'élimination de l'arriéré des revendications du statut de réfugié, a déclaré que l'un des objets était de clarifier dans quelles circonstances un demandeur de statut qui avait été à l'étranger depuis qu'il avait fait sa revendication pouvait la continuer. Conformément à cet élément de preuve, j'ai cru que l'on avait convenu dans les plaidoiries que les arbitres saisis de l'affaire d'un tel requérant faisant partie de l'arriéré—requérant qui s'est absenté du Canada après avoir déposé sa revendication du statut de réfugié—pourraient avoir à décider au cours d'une audience subséquente si le requérant avait, en s'absentant du pays, renoncé à sa revendication du statut de réfugié. Les opinions à cet égard pourraient différer d'un arbitre à l'autre. Il est concevable que certains d'entre eux pourraient estimer que toute absence constitue un abandon de la revendication. L'alinéa 3(2)(f) du Règlement aurait l'avantage de clarifier la situation aussi bien pour le demandeur de statut que pour l'arbitre: il serait incontestable qu'un tel demandeur aurait le droit de s'absenter du Canada jusqu'à sept jours sans compromettre la poursuite de sa revendication, mais au delà de cette période, il ne serait pas considéré comme un demandeur de statut faisant partie de l'arriéré. Ce seul usage de l'alinéa

⁵ *Assoc. canadienne des importateurs réglementés c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 247 (C.A.), à la p. 257.

permet à un tribunal de reconnaître que l'alinéa 3(2)f) a été rédigé aux fins de l'administration de la *Loi sur l'immigration*.

Further, it is not possible to divorce the distinction which is made by these Regulations from its overall consequence. That consequence is merely to require such a person to have his claim dealt with under the regular refugee determination process which applies to anyone who arrived in Canada on or after January 1, 1989. If the Governor in Council had passed no Backlog Regulations, the respondent would be in exactly the same position as the appellant says he is in today, namely as a claimant under the regular refugee determination process which involves a fair hearing before the Immigration and Refugee Board which in turn is subject to judicial review. The persons assigned to the backlog program received a special advantage, at the discretion of the Governor in Council, and it was an advantage which was granted subject to certain conditions, one of them being that the claimant not leave Canada for more than seven days until his refugee claim was determined. As long as this distinction can be seen to have some connection with the proper administration of the Act there is no basis for holding it invalid just because not everyone who arrived before January 1, 1989 was given the same gratuitous advantage over those who arrived after that date.

It would be otherwise if it could be shown that whatever modest rationale there might be for the Regulations, its main purpose was to achieve some improper and unauthorized purpose. The respondent has suggested no such improper purpose being served by the Regulations in question.

Assuming then that paragraph 3(2)f) of the Regulations is *prima facie* authorized by the statute, one must consider whether it is contrary to some condition imposed on the exercise of the regulation-making power. All that subsection 6(2) requires is that regulations establishing classes of persons should be consistent with Canada's "humanitarian tradition with respect to the displaced and the persecuted." I

De plus, il n'est pas possible d'isoler la distinction établie par ce Règlement de sa conséquence dans l'ensemble, qui est simplement d'exiger que la revendication de la personne visée soit traitée conformément au processus ordinaire de règlement des revendications des réfugiés applicable à tous ceux qui sont arrivés au Canada le premier janvier 1989 ou après cette date. Si le gouverneur en conseil n'avait pas établi le Règlement sur l'élimination de l'arriéré, l'intimé serait exactement dans la position dans laquelle l'appelant dit qu'il se trouve actuellement, c'est-à-dire celle d'un demandeur de statut assujéti au processus ordinaire de règlement des revendications du statut de réfugié, qui comprend une audition équitable devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, l'issue de cette audition étant susceptible de contrôle judiciaire. Les personnes admises à participer au programme d'élimination de l'arriéré ont reçu un avantage particulier, à la discrétion du gouverneur en conseil, avantage qui était conféré à certaines conditions, notamment l'obligation faite au demandeur de statut de ne pas quitter le Canada plus de sept jours jusqu'au règlement de sa revendication. Pourvu que l'on puisse rattacher cette distinction à la bonne administration de la Loi, il n'y a aucune raison de la juger invalide simplement parce que ceux qui sont arrivés avant le premier janvier 1989 n'ont pas tous eu le même avantage gratuit par rapport à ceux qui sont arrivés après cette date.

Il en serait autrement si l'on pouvait démontrer que quelle que soit la modeste justification que puisse avoir le Règlement, il visait principalement à atteindre un objectif irrégulier et non autorisé. L'intimé n'a pas laissé entendre que tel était le cas en l'espèce.

Présumant donc que l'alinéa 3(2)f) du Règlement est de prime abord autorisé par la Loi, il faut se demander s'il est contraire à une condition quelconque imposée à l'exercice du pouvoir de réglementation. Le paragraphe 6(2) exige tout simplement que les règlements établissant des catégories de personnes soient conformes à «la tradition humanitaire suivie par le Canada à l'égard des personnes déplacées ou

can see nothing in these Regulations which is inconsistent with that "tradition." That tradition is to offer a fair process to all who come to Canada claiming refugee status, such process being for the purpose of determining whether the claimants are truly Convention refugees as interpreted by Canadian law. That is precisely what the respondent is entitled to, if he and the Board will only proceed to have his case heard by the regular refugee determination process. The fact that he might, but for his absence in the United States, have been able to take advantage of the lower threshold credible basis review allowed to backlog claimants to enable them to obtain landing does not in my view turn the fair hearing, which he is entitled to from the Board under the regular determination process, into an inhumane procedure without regard to the displaced and the persecuted.

I am therefore unable to say that paragraph 3(2)(f) of the Regulations is *ultra vires* the Governor in Council.

Does the Regulation Violate Section 7 of the Charter?

At the hearing of this appeal we felt it unnecessary to hear from the appellant on this issue, the burden being on the respondent to demonstrate that the learned Trial Judge had wrongly concluded that there was no conflict with section 7.

For the reasons stated by the learned Trial Judge, and for the reasons stated above with respect to question number 1, I conclude that there is no denial of the principles of fundamental justice in requiring the respondent to have his claim determined, not conclusively in a credible basis hearing, but after full hearing by the Immigration and Refugee Board.

Disposition

The appeal will therefore be allowed and the order of the learned Trial Judge set aside. Questions 1 and 2 will be answered in the negative.

persécutées». Je ne vois rien dans ce Règlement qui soit contraire à cette «tradition». Celle-ci consiste à offrir un processus équitable à tous ceux qui viennent au Canada en revendiquant le statut de réfugié, le processus en cause visant à déterminer si les demandeurs de statut sont d'authentiques réfugiés au sens de la Convention selon la définition que donne à cette expression la loi canadienne. C'est précisément ce à quoi a droit l'intimé si lui et la Commission engagent son affaire dans le processus ordinaire du règlement des revendications du statut de réfugié. Le fait qu'il aurait pu, n'était-ce son séjour aux États-Unis, profiter du critère moins exigeant de l'examen du minimum de fondement des revendications applicable aux demandeurs qui font partie de l'arrière pour leur permettre d'obtenir le droit d'établissement ne transforme pas, à mon avis, l'audition équitable à laquelle il a droit de la part de la Commission en vertu du processus normal de règlement des revendications, en une procédure inhumaine dépourvue d'égards pour les personnes déplacées ou persécutées.

Je suis donc incapable de conclure que l'alinéa 3(2)f) du Règlement va au-delà des pouvoirs du gouverneur en conseil.

Le Règlement viole-t-il l'article 7 de la Charte?

À l'audition de cet appel, nous n'avons pas jugé nécessaire d'entendre l'appellant sur ce sujet, l'obligation appartenant à l'intimé de démontrer que le juge de première instance avait conclu à tort qu'il n'y avait aucune violation de l'article 7.

Pour les motifs énoncés par le juge de première instance, et pour les motifs énoncés précédemment à l'égard de la première question, je conclus qu'il n'y a aucun déni des principes de justice fondamentale lorsque l'on contraint le requérant à faire juger sa revendication, non de façon décisive dans le cadre d'une audition sur le minimum de fondement, mais à la suite d'une instruction approfondie par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié.

Dispositif

L'appel sera donc accueilli et l'ordonnance du juge de première instance sera annulée. Il sera répondu par la négative aux questions 1 et 2.

ROBERTSON J.A.: I agree.

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

CHEVALIER D.J.: I agree.

LE JUGE SUPPLÉANT CHEVALIER: Je souscris à ces
a motifs.

DIGESTS

Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format.

A copy of the full text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

ARMED FORCES

Judicial review of decision to release applicant from service in Canadian Armed Forces—Queen's Regulations and Orders, art. 15.36 providing when commanding officer proposing to recommend release, shall prepare notice of intent, including reasons for recommendation—CFAO 15-2, s. 2(13) providing "Normally, a notice of intent to recommend release . . . shall not be given until counselling has been initiated in accordance with CFAO 26-17 . . . and the counselling has not been successful"—CFAO 26-17 providing recorded warning (RW) or counselling and probation (C&P) shall not be ordered twice for same or related shortcomings—RW or C&P may be ordered for performance or personal deficiencies, drugs, indebtedness—Respondents complying with requirements in CFAO 15-2 and CFAO 26-17—Applicant most recently provided with C&P on July 24, 1991 indicating being formally counselled and placed on probation for conduct unbecoming member of CF; lackadaisical work habits, lack of motivation and need for direct supervision, being administrative burden on system—That report ordered following convictions under Excise Act for possession of still suitable for manufacturing spirits—July 1991 C&P, coupled with applicant's total career RWs (3), past C&P, along with continuous personal and financial counselling until 1993 release establishing applicant having every opportunity to address, through RW and C&P, matters adversely affecting performance—QR&O, art. 15.36(8) providing when Chief of Defence Staff receiving reply from non-commissioned member to whom notice to recommend release delivered, non-commissioned member shall be advised of reasons that recommendation for release will proceed despite objections—Art. 15.36(8) not requiring provision of written reasons for release; not indicating particular form for reasons; no indication how reasons should be communicated—Purpose of reasons to provide notice of decision as well as notification reasons for recommendation accepted despite applicant's objections—Telex memorandum indicating Chief of Defence agreeing with recommendation to release, oral reasons provided by acting Station Warrant Officer, written reasons contained in notice of intent to recommend release, interview and discussion with commander Lieutenant Colonel Smith and written representations submitted in opposition to release constituting sufficient compliance with art. 15.36—Considering overall scheme, purpose of regulations, art. 15.36(8) characterized as both mandatory and directory—Compliance with art. 15.36(8) mandatory in that requires reasons "shall" be given, but direc-

ARMED FORCES—Concluded

tory in so far as precise compliance—Respondents substantially complied with art. 15.36(8)—Applicant provided with reasons for release—Failure to provide specific written reasons by Chief of Defence Staff not breach of duty of fairness—Once advised Chief of Defence Staff approved release, despite objections, reasons for release already substantially known to him—No prejudice to applicant as result of failure to disclose specific written reasons—That provided further written objections as part of grievance of Chief of Defence Staff's decision demonstrating applicant aware of reasons for recommendation for release—Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (1968 Revision), arts. 15.01, 15.36(1),(2),(6),(8)—National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, s. 23(1)—Excise Act, R.S.C., 1985, c. E-14, ss. 158(1)(e), 163(1)(a).

LECOUPE V. CANADA (CHIEF OF DEFENCE STAFF)
(T-1650-93, Wetston J., order dated 21/12/94, 16 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Application for order staying execution of removal order pending judicial review of Minister's decision refusing processing of applicant's permanent residence application from within Canada on grounds of humanitarian and compassionate considerations—Following rejection of refugee status claim, Nicaraguan applicant developing relationship with Convention refugee who later obtained permanent resident status—Two children born of relationship—Applicant marrying father of children and applying for exemption pursuant to Act, s. 114(2) from normal requirement permanent residence application be made from outside Canada—Application refused as (1) husband convicted of possession and trafficking of narcotics; (2) no real establishment of family in Canada, couple being on welfare; and (3) applicant not facing severe sanctions upon return to Nicaragua—Application for judicial review of refusal dismissed—Officer conducting review of dismissal of second humanitarian and compassionate application stating applicant's husband not able to sponsor applicant—Permanent resident husband who has not been ordered removed from Canada could not be denied right to file application for sponsorship of applicant even if presently incarcerated—Respondent submit-

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

ting erroneous statement made by officer may be ignored because decision was purely discretionary and official under no legal obligation to give reasons (*Syed Shay v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 3 F.C. D-41 (C.A.))—Although officer conducting humanitarian and compassionate review not required to give reasons for rejection, where officer's notes submitted and one factor considered clearly erroneous, Court may conclude officer based decision on erroneous fact and quash decision—To obtain stay of removal order, applicant must convince court (1) arguable case; (2) will suffer irreparable harm; (3) balance of convenience in his favour—Erroneous statement with regard to sponsorship satisfying arguable case criteria—Facts of case not satisfying irreparable harm criteria—Although abandonment by mother may cause irreparable psychological harm to children, irreparable harm not with regard to applicant; applicant having option of taking children with her thus ensuring no irreparable harm to children—Upon release from prison, inquiry should determine whether husband danger to society—Dealing with narcotics creating danger to public thus husband should be removed from Canada and returned to Iran—Stay of removal order denied—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 114(2) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 102).

MARENCO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4709-94, Teitelbaum, J., order dated 15/11/94, 13 pp.)

Immigration Inquiry Process

Judicial review of denial of applicant's request to be exempted from Immigration Act, s. 9(1) visa requirements requiring application for permanent residence be made from outside Canada—Applicant's son, Canadian citizen born two months after family's arrival in Canada, requiring extensive reconstructive surgery—Due to complexity of procedure, operations available only in very few medical centres in North America—Application dismissed—No obligation under Immigration Act, s. 114(2) to conduct interview—Negative s. 114 decision not directly affecting rights, legal status of applicant's son who is Canadian citizen, having right to remain in Canada—Although applicant required to leave Canada, whether son leaves parental decision—Applicant's Charter rights personally infringed neither by discretionary decision nor potential separation of family unit—International obligations not enforceable under Canadian law unless those obligations specifically adopted as part of domestic law—Immigration Act amended in 1992 after Canada ratifying all of international human rights instruments to which applicant referred—Specifically s. 114(2) recognizing under certain circumstances, where sufficient humanitarian and compassionate reasons exist, applicant may be permitted to apply for landing from within Canada if undue hardship demonstrated—Immigration officials given broad discretion to determine whether individual's particular circumstances warranting recommendation of exemption from Immigration Act requirements—Immigration officer not satisfied applicant's particular circumstances warranting exemption—Absent evidence s. 114(2) inconsistent with Canada's international obligations, or that these instruments specifically made part of Canada's domestic law and violated, immigration official not violating any Charter provision—Application dis-

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

missed—Following question certified: are liberty and security of person interests in Charter, s. 7 engaged by decision-making process in respect of application for favourable discretion under Immigration Act, s. 114(2) where applicants are parents of Canadian child with physical and mental disabilities?—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 9(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 4), 114(2) (as am. *idem*, s. 102)—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 12.

CHARRAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3041-94, Wetston J., order dated 10/2/95, 8 pp.)

Inadmissible Persons

Application for judicial review of adjudicator's finding of reasonable grounds for belief applicant committing offences under U.S. law pursuant to Act, s. 19(1)(c.1)(ii)—Applicant, citizen of U.S. marrying Canadian citizen and admitted to Canada as visitor—Application for extradition on ground applicant committed fraud in U.S. dismissed by Superior Court of Quebec—U.S. grand jury returning true bill of indictment for conspiracy to commit wire and mail fraud, fraud, falsely making bill of lading and use of fictitious names—Application for permanent resident status in Canada for applicant refused—Inquiry directed and subsequently adjourned without any evidence adduced—Second inquiry directed pursuant to amended Act during which Minister tendered in evidence certified copy of U.S. warrant for arrest and indictment—No questions with respect to allegations asked of appellant other than amount of alleged fraud—In basing decision solely on allegations in indictment returned by grand jury, adjudicator finding reasonable grounds to believe applicant committed offences—Reasonable grounds creating lower standard of proof than balance of probabilities—Grand jury entitled to return true bill of indictment after hearing sworn evidence and determining existence of probable cause to believe crime committed—Contents of warrant for arrest and indictment not constituting evidence of commission of alleged offenses—Adjudicator erred in law in finding, on basis of documents, existence of reasonable grounds applicant committed offenses—Adjudicator erred in law by failing to make independent determination on basis of evidence—Termination of inquiry and commencement of new proceedings under amended Act not constituting abuse of process—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1)(c.1)(ii) (as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 11).

LEGAULT V. CANADA (SECRETARY OF STATE) (IMM-7485-93, McGillis J., order dated 17/1/95, 9 pp.)

Removal of Visitors

Application to stay deportation order so that may commence judicial review proceedings of refusal to allow applicant to apply for permanent residence from within Canada on humanitarian, compassionate grounds—Applicant, Portuguese citizen, overstaying visitor authorization by more than five years—Convicted of assault causing bodily harm in Canada—Married common law spouse six days after receipt of deportation order

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

—Baby born four months later—Based on criminal conviction, placing applicant in inadmissible class, immigration officer refused humanitarian, compassionate application—Application dismissed—Court lacking jurisdiction to entertain request: *Ali v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 92-T-1647, Strayer J., judgment dated 17/11/92, F.C.T.D.; *Paul et al. v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 61 F.T.R. 111 (F.C.T.D.)—Also no serious issue—Immigration officer's decision re: humanitarian, compassionate grounds discretionary—Absent bad faith, nothing to warrant Court's intervention—No bad faith, discretion properly exercised—Departmental Guidelines providing notwithstanding existence of genuine marriage, officers under no obligation to deal favourably with inadmissible spouses—Where applicant convicted of criminal offence in Canada, balance of convenience weighing heavily in favour of respondent—Applicant's conviction outweighing emotional devastation of applicant's family—Balance of convenience favouring respondent—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(1)(c), 114(2) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 102)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.2 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

GOMES V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-224-95, McKeown J., order dated 1/2/95, 4 pp.)

IMMIGRATION PRACTICE

Motion to strike out two paragraphs, three exhibits of applicant's affidavit on ground applicant seeking to rely on grounds not before Refugee Division when made decision—Affidavit referring to letters created after Refugee Division's hearing (September 1993), but before decision rendered (January 1994), and to articles published after decision rendered—Leave to take judicial review proceedings specifically permitting further affidavits to be filed, served—Ordinarily matter in litigation completely past event and that which goes before Court on judicial review only that which was before board, tribunal—But refugee claims prospective in that claimant at risk of return to country as dangerous, or more so, than when departed—Countries producing genuine refugee claimants often extremely volatile in regard to social conditions, persecution of minorities—Further affidavits in support of each side permitted after Court granting leave because refugee claims based on past and prospective possible events—Such dispensation not suggested in ordinary judicial review of IRB's decisions—Introduction of genuinely relevant material within time between Refugee Division hearing and judicial review hearing in matter continuously prospective in nature should be permitted on judicial review.

GAHUNGU V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-284-94, Muldoon J., order dated 6/1/95, 5 pp.)

Applicants seeking stay of inquiry until decisions rendered with respect to applications for leave to commence applications for judicial review against continuation of Immigration Act, s. 19(1)(b) inquiry, and against decision rendered by

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

immigration officer leading to inquiry—Applicant, citizen of Guatemala—Recommendation applicant be granted landing from within Canada on humanitarian and compassionate grounds—Subsequent application for permanent residence indicating (1) common-law husband, minor applicant and two Canadian-born children as dependants; (2) applicant unemployed since arrival in Canada—Applicant separating from common-law husband and receiving welfare payments—Immigration officer concluding applicant unable to work or to support herself on basis of having four children, possessing no marketable skills, not having taken any upgrading courses and not having family in Canada to help financially—As result of officer's decision, inquiry directed to determine whether applicant member of inadmissible class of persons pursuant to Act, 19(1)(b)—Stay of inquiry requiring: (1) serious issue; (2) irreparable harm; (3) balance of convenience favouring applicant: *Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R., (2d) 123 (F.C.A.)—Applicant's submission Adjudication Division of Immigration and Refugee Board lacking jurisdiction to determine inquiry should be made before adjudicator—Applicant attempting to preempt adjudicator's jurisdiction by seeking writ of prohibition preventing continuation of inquiry—Belief adjudicator will make unfavourable decision not sufficient to prohibit continuation of inquiry—No basis to applicant's submission of legitimate expectations based on alleged promise made by officer with respect to issuance of Minister's permit constituting serious issue—Doctrine of legitimate expectations not creating substantive rights—Adverse finding of serious issue—Applicant raising Charter, s. 15 challenge with respect to s. 19(1)(b) on ground refusal of landing under backlog programme constituting exclusion from benefits accorded to able-bodied persons not burdened with family responsibilities—Lower threshold for granting of stay with respect to Charter challenge—No factual basis for Charter breach as officer's decision not preventing applicant from applying for landing—If discriminatory, s. 19(1)(b) discriminating against all persons, male and female, who are unable to support themselves and their dependants, irrespective of cause thereof—Argument s. 19(1)(b) discriminatory on ground of marital status frivolous as applicant's status as single mother questionable—Argument s. 19(1)(b) discriminatory on ground of income rejected as income neither analogous to Charter, s. 15 grounds nor constituting immutable characteristic—Applicant's condition result of own volition: applicant deciding to have four children knowing lack of sufficient income to meet needs; applicant's marital status own responsibility—Charter issue frivolous and thus not meeting test for stay—No irreparable harm will result from permitting inquiry to proceed—Motions to stay immigration inquiry dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1)(b) (as am. by S.C., 1992, c. 49, s. 11)—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 15.

ARIAS V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3685-94, IMM-3706-94, Nadon J., order dated 30/11/94, 19 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

STATUS IN CANADA

Citizens

Appeals from refusal of citizenship for failure to meet residence requirements—Appellants, children, citizens of Bangladesh, admitted to Canada as permanent residents August 1, 1988—Son enrolled in school—Appellant seeking employment in public service, but accepted position with United Nations in Rome in September—Returned to Canada yearly—Wife continuously residing in Canada since 1992 when daughter enrolled in school—Appellants purchasing two homes, filing Canadian income tax returns, paying property taxes, opening bank accounts, obtaining OHIP coverage, financing children's post-secondary education in Canada—Owning nothing in Bangladesh—Appellant physically present in Canada 127 days in four years preceding citizenship application; wife present 141 days—Citizenship Judge not satisfied appellants centralized mode of living in Canada or established residence in Canada prior to prolonged periods of absence—Appeals dismissed—Court must be able to infer from indicia of connection to Canada, intention to reside in Canada and that residence established in Canada prior to extended absences therefrom, and that residence maintained—Appellants not establishing residence from August to September 1988—While having requisite intention, mere intention not enough to establish residence—Having failed to establish residence prior to prolonged periods of absence, physical absences not considered in calculation of three years of residence—No indication absences temporary—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(c).

FAISAL (RE) (T-3029-93, Wetston J., judgment dated 13/2/95, 6 pp.)

Convention Refugees

Judicial review of CRDD decision applicants, Peruvian citizens, not Convention refugees—In 1988 terrorist group shooting at male applicant, former police officer, threatening him in 1989—Incidents reported to police, but applicant not specifically requesting private protection—No action taken to protect him after incidents—Not leaving Peru for two years, during which time no further incidents—Evidence showing many police officers killed in Peru—Board holding presumption state able to protect claimant, except in situations of complete breakdown of state apparatus—Holding Government of Peru in effective control of territory; and situations of war, invasion or total collapse of internal order normally required to support contention of inability to seek protection—Applicants alleging state unable to offer protection; evidence only most senior police officers given individual protection—Applications dismissed—State not obliged to provide private protection in all instances—Person should request private protection before such unusual treatment considered by Board—As to whether applicant unable to avail himself of protection of country of nationality, Board holding claimant should seek protection of Government of Peru—Applicants not Convention refugees merely because many police officers killed in Peru—Following question certified: "May evidence satisfy the threshold test of 'clear and convincing confirmation' of a state's inability to protect the refugee claimant where: (1) there is no state of civil

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

war, invasion or total collapse of internal order, and where (2) the government is otherwise in effective control of its territory, has military, police and civil authority in place, and has made serious efforts to protect its citizens?"—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1).

VELARDE-ALVAREZ V. CANADA (SECRETARY OF STATE) (IMM-194-94, McKeown J., order dated 9/2/95, 7 pp.)

Judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee—Applicant, Chinese citizen, claiming persecution based on political opinion, membership in particular social group (Chen clan)—Majority of population in home village members of Ho clan—Ho family strong supporters of communist government, with many family members holding positions in Public Security Bureau (PSB)—Chen family Rightist because previous generations not joining Communist Party—In 1990 applicant refusing to give to Ho clan family member one of his three parcels of land—Next day arrested, detained, beaten—Arrested, beaten in 1991 when resisting destruction of home by PSB officials, Ho family member, for refusing to pay fine for alleged breach of China's population control policy—CRDD determining applicant's fear of persecution not well-founded because result of personal vendetta, not political opinion, membership in particular social group—Further, disputes over private property not constituting persecution—Finally, applicant not demonstrating state unable to protect him or unwilling to seek its protection—CRDD's finding applicant believed problems might not have occurred had he surrendered land reasonably open to it—Not asking itself wrong question when considered evidence—Proper test for determining whether fear of persecution well-founded set out in *Adjei v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 680 (C.A.): whether applicant establishing "good grounds" or "reasonable chance" for fearing persecution—Refugee Division determining not good grounds for fearing persecution because being forced to give up land not persecution, but unfairness—Within CRDD's expertise to determine harassment result of personal vendetta, not for one of Convention refugee definition reasons—Although CRDD erred in application of test in *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, error not fatal to decision—According to *Ward*, Board may presume fear of persecution well-founded if applicant providing clear and convincing confirmation of state's inability to protect—Operation of presumption predicated upon finding applicant having legitimate fear within meaning of definition—Given CRDD's conclusion applicant's fear not based on any of grounds set out in definition but personal vendetta based on financial interest, presumption applicant's fear well-founded not applicable—Application dismissed.

CHEN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-487-94, Richard J., judgment dated 30/1/95, 5 pp.)

Judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee—Applicant alleging fear of persecution in Ukraine for political views and because Jewish—Persecution taking form of military conscription, being forced to work in Chernobyl, high radiation area—Board noting fundamental changes in

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

Ukraine since independence to address prevailing anti-semitism—Characterizing acts of anti-semitism suffered as discrimination, not persecution—Holding no credible, trustworthy evidence evading military service—Respondent arguing Board's decision must be found "patently unreasonable" before can be quashed—Deference given to decisions of specialized tribunals, particularly when dealing with complex technical or social policy matters—Closer tribunal's decision is to ordinary work of court, less deferential reviewing court likely to be—Almost no deference shown in questions of law since Court's competence in this area often equal to, if not greater than, that of tribunal—Deference increasing when question of mixed fact and law or mixed social policy and law—Likely to be even greater when question one of pure technical fact—"Patently" added to test of unreasonableness to signal rules of deference apply—"Patently" meaning "plain" or "obvious"—Tribunal's decision should not be overturned as unreasonable unless unreasonableness plain or obvious—Board neither ignoring nor misconstruing evidence of anti-semitism—Board questioning applicant's credibility—Argument Board failed to consider whether applicant refugee *sur place* undercut by Board's conclusion did not believe applicant's evidence relating to military call-up—No breach of natural justice as Board not referring to statements in first PIF but deleted from second—Question as to appropriate standard of review for assessing Board's decision i.e. unreasonable or patently unreasonable, not certified as answer to question not determinative of appeal.

EFREMOV V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-834-94, Reed J., order dated 2/2/95, 7 pp.)

Applicant, citizen of Guyana, arriving in Canada May 16, 1987, claiming Convention refugee status—Becoming member of backlog when amendments to Immigration Act coming into force January 1, 1989—Found to have credible basis for claim—Applied for landing pursuant to Refugee Claimants Designated Class Regulations, s. 3(1)—On June 26, 1991 found inadmissible pursuant to Immigration Act, s. 19(2)(b) because of criminal convictions for offences committed in Canada—On July 23, 1992 application for permanent residence refused—Leave granted for judicial review of decision—Before judgment could issue to set aside decision, applicant attending interview for review of humanitarian, compassionate grounds for facilitating admission—Immigration officer rejecting application—On April 18, 1994 original application dismissed, but leave granted to file application for judicial review of failure to apply Refugee Backlog Regulation to applicant—Judicial review of three decisions: (1) determining applicant inadmissible pursuant to s. 19(2)(b); (2) rejecting application for landing based on criminal inadmissibility; (3) rejecting application for landing based on insufficient humanitarian, compassionate grounds—Leave for judicial review granted only on grounds of applicability of admissibility provisions in Act, s. 19 to individuals governed by Backlog Regulations and authority of immigration officers to render decision on basis of those provisions—No jurisdiction to review exercise of discretion under s. 114(2) (whether to exempt applicant from requirements of Act, regulations based on humanitarian, compassionate grounds)—Issues: (1) whether statutory duty under Backlog Regulations

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

to grant landing to applicant; (2) whether immigration officers had jurisdiction to determine whether applicant inadmissible; (3) whether immigration officers had jurisdiction to refer applicant to Refugee Division for determination of Convention refugee claim; (4) whether Refugee Division had jurisdiction to determine applicant's Convention refugee claim—Applicant maintaining Court of Appeal in *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Mayers*, [1993] 1 F.C. 154 held positive credible basis finding conclusive and entitling applicant to admission to Canada—Backlog Regulations, s. 4 only granting right to person in designated class created by s. 3 to apply for landing, not to be granted landing, but only if applicant meeting further conditions set out in Act, regulations as specified by s. 6(1)—Statement in *Mayers obiter* and no evidence Court therein asked to consider point raised in this application—*Kaisersingh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 2 F.C. 20 (T.D.), examining substantially same arguments regarding first three issues and arriving at same conclusion, applied—Applicant properly found to be inadmissible, refused landing and referred to Refugee Division for determination of Convention refugee claim—Because immigration officers' decisions in accordance with Act, Backlog Regulations, and applicant referred to Refugee Division pursuant to s. 46.03(5), Refugee Division had jurisdiction to determine well-foundedness of applicant's Convention refugee claim pursuant to Act, s. 69.1—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(2)(b), 46.01(6) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14), 46.03(5) as enacted *idem*, 69.1(1) (as enacted *idem*, s. 18), 114(2)—Refugee Claimants Designated Class Regulations, SOR/90-40, ss. 3, 4, 6.

ALI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2359-94, Richard J., judgment dated 8/2/95, 8 pp.)

Application for judicial review of Convention Refugee Determination Division (CRDD) refusal to grant applicant Convention refugee status—Applicant, citizen of Afghanistan, member of Afghani secret police (Khad)—Applicant fleeing to Canada following government overthrow—CRDD excluding applicant from Convention refugee definition on grounds applicant committing crime against peace, war crime or crime against humanity pursuant to Convention, s. 1(F)(a) by reason of membership in Khad—Applicant claiming mere membership in Khad not sufficient to justify CRDD finding—Complicity in commission of international offence requiring: (1) membership in organization committing offences as continuous and regular part of operation; (2) personal and knowing participation; (3) failure to dissociate from organization at earliest safe opportunity—Uncontradicted evidence showing Khad routinely using physical and psychological torture and extra-judicial killing as accepted practice—Applicant having requisite knowledge of Khad actions—Sufficient evidence for CRDD to reasonably conclude applicant remaining with Khad despite available opportunities to dissociate—Application dismissed—United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1 (F)(a).

ZADEH V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3077-94, Wetston J., order dated 2/1/95, 5 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

Judicial review of CRDD decision—Applicant alleging breach of natural justice as panel members read prejudicial notes reporting applicant's statements, conduct when first entered Canada before commencement of hearing—Also arguing finding of lack of credibility based on minor matters not connected to essence of applicant's claim—Breach of natural justice argument based on Training Manual for Refugee Hearing Officers and *Khakh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 548 (T.D.)—Manual providing potentially damaging material should be entered as evidence on date of hearing unless counsel or claimant consenting to prior filing—Fact prejudicial notes pre-filed, read by panel members expressly brought to "counsel's" attention at hearing—Applicant's representative assistant from law firm—*Khakh* holding no waiver of right to object to hearing before panel based on apprehension of bias—Applicant arguing decision based on fact applicant's representative not legally trained—Application dismissed—Direction in Training Manual included to avoid unnecessary adjournments, not because absolute requirement flowing from rules of natural justice prejudicial material not be pre-filed—Prior consent given to material being pre-filed, made part of record—Also express waiver of right to object to pre-filing of prejudicial material given at hearing—Consent having been given, not now credible to argue breach of natural justice—Reasonable to assume assistant at law firm discussed case with someone at firm who had legal training—Applicants before many tribunals, including refugee hearing tribunals, having choice as to whether self-represented, represented by legal counsel, or non-legally trained representative—*Khakh* not setting out rule claimant who chooses non-legally trained representative or who appears for himself in more advantageous position when it comes to asserting no waiver occurred in course of hearing than person who elects to be represented by counsel—Individuals appearing before courts or tribunals who choose not to be legally represented, generally expected to know law—May be circumstances when lack of such knowledge leading to finding insufficient awareness of right so as to vitiate implied waiver—Court not prepared to assume applicant's representative unaware of requirement objections based on alleged lack of natural justice must be made expeditiously because lacked formal credentials of barrister, solicitor—Also consented to pre-filing—While some aspects fall within insignificant category, cumulative effect of inconsistencies supporting Board's decision as to credibility.

JOHPILLAI V. CANADA (SECRETARY OF STATE) (IMM-3651-94, Reed J., order dated 31/1/95, 7 pp.)

Application for judicial review of Immigration and Refugee Board decision denying applicant Convention refugee status—Applicant, citizen of Ghana and member of Akan tribe by birth, alleging breaches of natural justice on ground of bias—Test to determine whether decision reviewable on basis of reasonable apprehension of bias: could informed bystander reasonably perceive bias on part of adjudicator (*Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623)—Allegation of personal bias against particular board member outlined in three affidavits sworn to by Ghanaian refugees—Affidavits stating, as founding member of non-profit Ghanaian organization, member opposing suggestion

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

organization provide help and assistance to Ghanaian refugees; and, member stating publicly belief genuine refugees from Ghana non-existent and such claimants actually economic migrants (assertion)—Assertion not unworthy of trust as affidavits specific as to time, place and context—Counsel for respondent not cross-examining affiants but rather attempting to rebut evidence by referring to reasons given by member to support decision not to recuse himself (reasons)—Reasons not in evidence in present proceedings; assertions made in one proceeding must be introduced in another proceeding by normal means so as to allow cross-examination—Reasons establishing member refused to recuse himself in prior proceeding in face of same allegations as those now before Board, but those reasons not on record in present proceeding as not maintained on record of prior proceedings—Sworn statements alleging member expressing view to effect Ghana not producing legitimate refugees uncontradicted—Assertion giving rise to reasonable apprehension of bias as informed person confronted with affiants' evidence thinking it more likely than not member might decide issue unfairly—Applicant normally having obligation to raise matter of bias during hearing, however, as counsel acting for applicant during Board hearing not counsel acting for applicant in present proceedings, and, as no evidence suggesting applicant or then counsel aware of grounds now advanced at relevant time, applicant not having waived right to raise allegation of bias in instant proceedings—Application allowed.

TEKYI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-932-92, Noël J., order dated 14/2/95, 8 pp.)

Application to set aside Convention Refugee Determination Division (CRDD) decision rejecting claim for Convention refugee status—Applicants, citizens of Zaire, claiming Convention refugee status on basis of well-founded fear of persecution by reason of political opinion and membership in political social group following sexual assault and resulting pregnancy during incarceration—CRDD finding sexual assault of political detainees by government agents constituting acts of private violence and thus not amounting to persecution (finding)—Finding requiring evidence government not tolerating such abuse and diligently prosecuting perpetrators—Documentary evidence before CRDD revealing: (1) no mechanism in place to discourage such acts of abuse; and, (2) agents of government actively engaging in perpetration of human rights abuses towards political opponents—CRDD decision direct result of misinterpretation of Convention refugee definition and its improper application—No evidence supporting CRDD finding applicants not likely to be apprehended upon return to Zaire by reason of their escape from prison—Evidence Mobutu regime condoning human rights abuse towards political dissidents contradicting CRDD conclusion applicant not facing reasonable chance of persecution in hands of authorities—Application allowed.

NJOKO V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-1698-92, Jerome A.C.J., order dated 25/1/95, 3 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Concluded

Permanent Residents

Judicial review of visa officer's decision denying applicant permanent residence without conducting interview—Applicant, citizen of Pakistan, submitting application for "assisted relative" immigrant category to Canadian High Commission in Islamabad—Applicant not checking off French language ability on relevant section of application form but adding notation to effect he completed primary course with Alliance Française—Visa officer not awarding any units for French language ability and not conducting interview as applicant not obtaining required number of units to proceed to interview—Visa officer not committing error in not awarding points for French language—Completion of primary French course number of years ago not necessarily leading to assumption applicant speaking, reading or writing French at even lowest level for award of points—Visa officer according applicant maximum points for knowledge of English and, as applicant electing not to indicate level of French language ability on application, visa officer within discretion in not awarding further points for French—No obligation resting with visa officer to call in applicant for interview to clarify reference to his ambiguous notation regarding ability in French—No principle of natural justice requiring decision-maker to call in applicant for interview where no doubts existing with respect to decision.

MOHAMMAD V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-1358-94, Rothstein J., order dated 30/1/95, 4 pp.)

Judicial review of Immigration and Refugee Board, Appeal Division's decision adoption ceremony proven and refusal to approve application for landing not in accordance with law—Visa officer refusing respondent's application to sponsor adopted daughter for landing in Canada as member of family class—Stating adoption contravening Indian adoption legislation in that child not actually given in adoption—On appeal, Appeal Division stating intent to transfer irrelevant, whereupon no further cross-examination on matter—Reasons stating intent to transfer child important consideration since adoption legislation not requiring actual physical giving and taking—Concluding adoption ceremony proven—Application allowed—As Appeal Division's decision rested on very issue which was subject of questioning, applicant not having full opportunity to make case—Curtailing of cross-examination resulting in breach of rules of natural justice—Denial of fair hearing rendering decision invalid—Furthermore Appeal Division addressing wrong issue—Issue not whether valid adoption in accordance with laws of India, but whether adoption in accordance with laws of India properly recognized under Canadian Immigration legislation, Regulations.

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. PATEL (IMM-6059-93, Cullen J., order dated 26/1/95, 5 pp.)

CROWN

PREROGATIVES

Appeal from Trial Judge decision ([1994] 1 F.C. 102) dismissing application: (1) to quash two decisions made by Governor in Council approving visits of nuclear carrying vessels and nuclear-propelled vessels to Canadian ports; and (2) to require respondents to conduct environmental screening under Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order (EARPGO)—In adopting impugned orders permitting passage of U.S. and British nuclear vessels into Canadian ports, Governor in Council acting within authority conferred by royal prerogative in fields of national defence and external affairs—Adoption by Parliament of: (1) Atomic Energy Control Act; (2) Canada Shipping Act; and (3) Canadian Environmental Protection Act (statutes at issue) not intending to limit authority and discretion of Governor in Council regarding respective fields—Statutes at issue not having effect of limiting authority and discretion of Governor in Council regarding respective fields—EARPGO not applying to Orders in Council (*Angus v. Canada*, [1990] 3 F.C. 410 (F.C.A.))—Appellant's claim Department of National Defence report too flawed to be effort performed in good faith not adequate basis for declaring invalid Governor in Council actions—Atomic Energy Control Act, R.S.C., 1985, c. A-16—Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9—Canadian Environmental Protection Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 16—Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467.

VANCOUVER ISLAND PEACE SOCIETY V. CANADA (A-447-93, Marceau J.A., judgment dated 9/1/95, 3 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE

CUSTOMS ACT

Application for leave to appeal CITT decision—Applicant not establishing arguable ground on which appeal might succeed—No basis for argument Tribunal erred in failing to read into Customs Act, s. 48 residency requirement—Residency concept totally foreign to determination of value for duty—Neither referred to explicitly nor read into Act by implication—S. 48 referring to establishment of transaction value by reference to goods "sold for export to Canada"—Nothing preventing goods from being "sold for export to Canada" to purchaser not residing in Canada—S. 164(1)(e) regulation-making power specifically envisaging occurrence—Finding respondent purchaser of goods "sold for export into Canada" finding of fact not subject of appeal—Revenue Canada's policy preference to assert claim for value on subsequent transaction of no assistance in face of statute clearly and unambiguously allowing different result—Tariff Board's recommendations clearly announcing situs of purchaser not condition precedent to qualification of transaction for purposes of determining value for duty—Application dismissed—Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, ss. 48, 164(1)(e).

DEPUTY M.N.R. V. HARBOUR SALES (WINDSOR) Inc. (95-T-5, Noël J., order dated 2/2/95, 3 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE—Concluded**EXCISE ACT**

Application for order declaring applicant's interest in vehicle seized pursuant to Act, s. 69—Applicant lending vehicle to allow neighbour to visit elderly mother—Applicant's vehicle seized for containing contraband cigarettes and manufactured tobacco improperly packaged and not bearing required marking—Applicant claiming no knowledge of or involvement in neighbour's illegal activities—S. 69 allowing certain persons to apply for order declaring interest not affected by seizure upon satisfaction of three-part test: (1) person having interest in goods seized; (2) person innocent of any complicity in offence resulting in seizure; (3) person exercising all reasonable care to satisfy self vehicle not likely to be used in manner contrary to Act—Very heavy burden on applicant to prove she exercised reasonable care with respect to part three of test—Burden requiring applicant to demonstrate "positive and specific inquiry" to determine whether reasons existing to suspect neighbour using vehicle for improper or illegal purposes—Applicant not verifying whether: (1) neighbour's car indeed undergoing repairs; (2) neighbour's lifestyle conforming to status of welfare recipient; (3) neighbour associated with dubious characters—Judge not accepting applicant's claim purpose of previous Ottawa journey with neighbour to assure herself neighbour's mother indeed sick and elderly and living in Ottawa—Applicant failing to discharge burden—Excise Act, R.S.C., 1985, c. E-14, s. 69.

LÉVILLE v. CANADA (T-2387-94, Nadon J., order dated 13/1/95, 9 pp.)

HEALTH AND WELFARE

Application to set aside Review Committee dismissal of appeal of Minister's decision denying Old Age Security benefits during period at issue—After obtaining permanent resident status, applicant returning to India to dispose of business assets—High Commission in New Delhi denying applicant Returning Residence Permit (permit) on basis he had ceased to be permanent resident—Applicant reapplying for permanent residence and returning to Canada three years later—Three-year delay in eligibility for Old Age Security benefits as absence from Canada not included in residence calculation—Review Committee confirming Minister's decision—Act, s. 28(1) privative clause requiring patently unreasonable standard of review—Decision patently unreasonable if Review Committee decision unsustainable on any reasonable interpretation of facts or law—Applicant submitting basis of Review Committee decision, High Commission's refusal to issue permit, illegal—If High Commission erred, incumbent upon applicant to challenge decision at time; not open to applicant to use present judicial review to revisit High Commission's decision—Residence question of fact to be determined in circumstances—As applicant absent from Canada for three-year period following denial of permit, and as applicant not appealing refusal of permit, Review Committee decision sustainable by reasonable interpretation of facts—Application dismissed—Old Age Security Act, R.S.C., 1985, c. O-9, s. 28(1).

KUTHIALA v. CANADA (HEALTH AND WELFARE) (T-296-94, Tremblay-Lamer J., decision dated 30/1/95, 7 pp.)

HUMAN RIGHTS

Application for judicial review of Canadian Human Rights Commission's decision dismissing applicant's complaint of discrimination on basis of colour and national or ethnic origin against employer CIDA—Applicant hired by CIDA under Visible Minorities Program as program manager with one-year probationary period—First performance appraisal noting improvement in three specific areas required—Second appraisal noting applicant's performance barely satisfactory and applicant rejected on probation—CIDA Employment Equity Officer reviewing basis of applicant's rejection and recommending supervisor reconsider decision—Decision standing—Applicant filing complaint with Commission—Applicant's complaint part of project to reduce Commission backlog—Designated investigator replaced several times during course of investigation—Report recommending dismissal of complaint on ground applicant's allegations unfounded—Upon applicant's charge investigation flawed, second investigation conducted resulting in recommendation conciliator be appointed for settlement of complaint—Commission dismissing complaint and closing file—Applicant submitting Commission having no reasonable grounds for rejecting recommendation to appoint conciliator; Commission failing to examine important part of evidence; and Commission acting outside jurisdiction in finding insufficient evidence to continue proceedings—General duty of "procedural fairness", applying to all administrative decision-making processes, requiring neutrality and thoroughness (*Slattery v. Canada*, [1994] 2 F.C. 574 (T.D.))—Although Commission's statutory mandate to determine if appointment of tribunal "warranted" increases discretion vested upon Commission in rendering decision, discretion not allowing Commission to completely divorce such decision from merits of complaint—Commission, as master of own procedure, having what it considered most relevant information before it—Commission not failing to thoroughly consider complaint—Commission acting within jurisdiction when examining evidence and dismissing complaint—Applicant provided with all reports and submissions and given opportunity of reply—No evidence Commission acting unfairly—Application for judicial review denied.

BOAHENE-AGBO v. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) (T-101-94, Teitelbaum J., order dated 31/10/94, 31 pp.)

INCOME TAX**CORPORATIONS**

Appeal from trial judgment allowing appeal from Tax Court's dismissal of appeal from Minister's disallowance of \$100,000 Scientific Research Tax Credit (SRTC)—In 1983, introduction of programme to stimulate funding of scientific research by enabling corporation to transfer right to SRTC to investor—Respondent invested in Acadia Saw Mills' project for mobile saw, for which respondent to receive SRTC—On May 31, 1984 Acadia received \$200,000 from respondent in return for debenture in amount of \$114,000—Contract requiring Acadia to designate \$200,000 for purposes of SRTC thereby creating tax credit of \$100,000—Debenture redeemed June 1, 1984 at par—"Quick flip" resulted in respondent purchasing \$100,000 tax credit for \$86,000 while Acadia

INCOME TAX—Continued

retaining \$100,000 refundable tax liability—Under Income Tax Act, s. 194(7), designation form to be filed on or before June 30, 1984—Documents to permit designation of tax credit not filed on time—Following October 15, 1985 inquiry by Revenue Canada, solicitor for Acadia Saw Mills forwarding misplaced documents same day—On December 23, 1985 Acadia Saw Mills forwarding to solicitor letter dated November 18, 1985 from Revenue Canada signed by member of Part VIII Group responsible for processing forms supplied by research companies—November 18 letter returning designation because of late filing, while indicating if forms resubmitted and late filing penalty paid within 30 days, designation would be accepted as having been timely filed—Acadia Saw Mills not forwarding letter until after time allowed lapsed—Solicitor concluding on basis of s. 194(7), Acadia Saw Mills having ninety days to comply—On January 15, 1986 resubmitting form, \$8,000 penalty—Moratorium placed on programme on October 10, 1984 partly because of “quick flip” and fact such transactions perfectly valid—November 18 letter premised on June 28 internal memorandum setting out procedure for dealing with late filing of designation forms, collection of penalties—By July 29, 1985 under covering inter-departmental memorandum, drafts of “Minister’s notice” letters circulated with instructions for preparation, signature by Assistant Deputy Minister and for sending by double registered mail—No letter modelled on draft, and no letter signed by Assistant Deputy Minister ever sent to Acadia Saw Mills—Acadia Saw Mills failed to make eligible research expenditures—In February 1987 Department determining if monies not expended on research late designation not to be accepted—Trial Judge concluding (1) timely filing of information returns not condition precedent to late filing of designation as provided for in s. 194(7), provided Minister giving notice designation, payment of penalty must be made on or before 90 days after mailing of notice; (2) November 18 letter constituting notice by Minister within s. 194(7)—Appeal allowed—(1) Timely filing of information returns not condition precedent to late filing of designation forms where Minister giving notice under s. 194(7)—In absence of exception clause, timely filing of information return condition precedent to making late designation—Provisions of Act governing SRTCs intended to encourage otherwise risky private investment in research, development projects—S. 194(7) curative provision intended to provide relief against forfeiture of intended tax benefits—Without legislative mechanism for allowing late filing, designating company and investor may forfeit right to create, purchase tax credit respectively—Narrow interpretation not furthering legislative aim as such construction reducing possibility of investors and designating companies obtaining relief from forfeiture—Liberal construction giving Minister discretion to develop policies taking into account competing interests of Canadian taxpayers and innocent investors and to refuse to send notice where interests of former should prevail over latter—Filing of information returns not critical to administration of s. 194(7)—Act not specifying need or time for filing information returns, matter dealt with by regulation—Designating company’s failure to file required information returns not undermining Minister’s ability to exercise powers under s. 194(7)—(2) November 18 letter not Minister’s notice within s. 194(7)—No one in Part VIII Group had express statutory authority to issue Minister’s notice under s. 194(7)—Common law doctrine of implied dele-

INCOME TAX—Continued

gation inapplicable—June 28 internal memorandum expressly negating authority of Part VIII Group to deal with cases in which both designation, information returns not filed on time—Memorandum requiring attached draft letter forwarded to delinquent corporation requiring compliance and outlining action to be taken in event letter not resulting in compliance within 30 days—Expressly contemplating Minister’s notice to be sent if no response to 30-day letter received—November 18 letter merely 30-day notice, mistakenly sent pursuant to departmental policy, seeking payment of penalty arising from late filing of designation form—Trial Judge apparently perceived issue in terms of whether letter purported to be Minister’s notice and acted upon accordingly and therefore should be treated as one—Failed to determine whether anyone in Part VIII Groups authorized to issue Minister’s notices—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 194(7) (as enacted by S.C. 1984, c. 1, s. 95).

UNITED EQUITIES LTD. v. CANADA (A-1466-92, Robertson J.A., judgment dated 21/12/94, 25 pp.)

INCOME CALCULATION

Deductions

Appeal from Tax Court decision allowing taxpayer’s appeal against Minister’s assessment—Income Tax incentives at issue designed to encourage production of Canadian manufactured and processed goods placed on domestic and foreign markets in competition with foreign manufacturers—Defendant running commercial bookbinding business—Issue whether defendant manufactures or processes goods for sale thus entitling business to tax incentives or merely sells labour and material—In determining incentive entitlement, Federal Court of Appeal adopting *Crown Tire Service Ltd. v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 219 (T.D.) approach, requiring (1) distinction between contract for sale of goods and contract for work and materials; and (2) interpretation of words “goods for sale or lease” according to general law of sale or lease (*Canada v. Coopers & Lybrand Ltd.*, [1995] 1 F.C. 830 (C.A.))—Distinction between contract for work and materials and contract for sale of goods: under contract for work and materials, property in material affixed to customer’s property and passing by accession; under contract for sale of goods, article sold to customer with subsidiary and incidental agreement to affix it to customer’s property—Case at bar constituting contract for work and materials as: (1) defendant’s price list not distinguishing between goods and labour; and (2) defendant’s invoices not suggesting sale of goods—Distinction between repair and non-repair cases not relevant where contracts for work and material—Payment of provincial or federal tax not determining factor—Designations used by accountant in financial statements not determining factor—Assumption of risk associated with selling according to price list not converting contract for work and materials to contract for sale of goods—Reference to word “product” in warranty not determining factor—Bookbinding business not constituting sale of goods—Parliament intending to exclude certain types of manufacturing and processing from incentives by using words “goods for sale or lease”—Judge bound by *Coopers & Lybrand* decision—Appeal allowed.

CANADA v. LEHMANN BOOKBINDING LTD. (T-1543-92, Rothstein J., judgment dated 1/12/94, 12 pp.)

INCOME TAX—Continued

Appeal from reassessments for 1986, 1987—Plaintiff purchasing 1.769% and 1.613% interest respectively in two condominium properties, chattel pertaining thereto for purpose of gaining rental income—Financed acquisition costs through mortgages—Default, foreclosure, Court ordered sale, deficiency judgment—Plaintiff's share of sale price of properties \$31,824 and \$33,564 respectively—Plaintiff's share of amounts adjudged owing \$76,965 and \$40,117.02 respectively—Reassessment applying Income Tax Act, s. 79(c) providing where mortgagee acquiring beneficial ownership in consequence of failure to pay amount owing, proceeds of disposition including principal amount of taxpayers's claim plus all amounts each of which is principal amount of any debt owing, to extent extinguished by virtue of acquisition—Whether proceeds of disposition \$31,824 and \$33,564 respectively or \$76,965 and \$40,117.02 respectively—Ss. 13(21)(d), 54(h) defining proceeds of disposition of depreciable property, capital property respectively—Plaintiff relying on provision (i): proceeds of disposition including sale price of property sold, or (vii): proceeds of disposition including amount by which taxpayer's liability to mortgagee reduced as result of sale of mortgaged property under mortgage, plus any amount received by taxpayer out of proceeds of sale—Defendant submitting proceeds of disposition properly calculated pursuant to s. 79(c) as directed by provision (viii): proceeds of disposition including amount included in computing taxpayer's proceeds of disposition under s. 79(c)—Plaintiff submitting under s. 79(c) proceeds of disposition would be equal to amount by which liability of plaintiff reduced or extinguished by virtue of acquisition of mortgage—Appeal allowed in part—S. 79(c) not requiring "principal amount of taxpayer's claim" be "extinguished by virtue of the acquisition [of mortgaged property by taxpayer]"—Requirement of extinguishment applies to principal amounts referred to in line of s. 79(c) following word "plus"—"It" in phrase "to the extent that it has been extinguished by virtue of the acquisition" referring only to "principal amount" in immediately preceding clause in third line of paragraph commencing with word "plus"—Otherwise legislator would have used "they"—As no apparent contradiction between English, French versions of s. 79(c), and given clarity of French version, Parliament clearly expressed intention in words used in statute and therefore no need for further construction—S. 79(c) contemplating situation herein where, in both cases, beneficial ownership of plaintiff's property acquired by mortgagee in consequence of plaintiff's failure to pay amount owing by him to mortgagee—Plaintiff's proceeds of disposition of property including principal amount of mortgagee's claim i.e. \$76,965, \$40,117.02—MNR justified in reassessment for 1987 on basis plaintiff's proceeds of disposition of property included full amount of plaintiff's principal indebtedness to mortgagees when acquired properties pursuant to Court orders—Situation herein involving "sale price of property that has been sold" (provision (i)), and even possibly "amount by which the liability of a taxpayer to a mortgagee is reduced as a result of the sale of mortgaged property under a provision of the mortgage", (provision (i)) also involving "sale price of property that has been sold" (provision (i))—But nothing in s. 13(21)(d) or 54(h) expressly giving precedence to any of the subparagraphs or paragraphs over others—Under such circumstances specific must prevail over general—Provision (viii) more specific than (i) or (vii)—Plaintiff's proceeds of

INCOME TAX—Continued

disposition \$76,965 and \$40,117.02 respectively—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 13(21)(d) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 6), 54(h) (as am. by s. S.C. 1977-78, c. 1, s. 22; 1980-81-82-83, c. 48, s. 23; c. 140, s. 23; 1986, c. 6, s. 27), 79(c) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 42).

BRILL v. CANADA (T-3252-90, Pinard J., judgment dated 26/1/95, 14 pp.)

REASSESSMENT

Applicant reporting large capital loss and seeking to carry back portions of loss to reduce taxable income in preceding three years—Following Minister's inaction, applicant obtaining court order directing Minister to reassess applicant's tax for years in issue pursuant to Income Tax Act, s. 152(6)—Minister issuing reassessments of taxes but disallowing capital loss—Issue whether s. 152(6) words "Minister shall reassess ... to take into account deductions claimed" requiring Minister to allow deduction claimed or merely to consider deduction claimed and to allow only those which he assesses to be appropriate—Reassessments issued by Minister constituting decisions made by federal board in course of its proceedings and may not be reviewed or otherwise dealt with except in accordance with Act of Parliament pursuant to Federal Court Act, s. 18.5—S. 18.5, in conjunction with Income Tax Act, ss. 165(1) and 169(1), allowing only Minister and Tax Court to review or otherwise deal with assessments—Statutory appeal to Tax Court applicant's only recourse—No jurisdiction in Federal Court to entertain application—Jurisdiction problem aside, judge finding Minister's assessments complying with order—Words "take into account" in s. 152(6) not compelling Minister to allow deduction, only requiring Minister to consider deductions—Parliament not intending to oblige Minister to reassess by allowing deduction claimed where deduction not supported by relevant information—Parliament intending to confer on both Minister and taxpayer recourse from deduction claimed: Minister not compelled to allow deduction and taxpayer provided with statutory appeal of Minister's decision—Application dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.5 (as enacted by R.S.C., 1990, c. 8, s. 5)—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 152(6) (as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 84; c. 45, s. 59; 1986, c. 55, s. 59; 1988, c. 55, s. 136; 1990, c. 39, s. 38), 165(1) (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 138), 169(1) (as am. *idem*, s. 140).

GREENE v. M.N.R. (T-1056-94, Rothstein J., judgment dated 13/1/95, 13 pp.)

SEIZURES

Application for summary judgment—Plaintiff alleging unlawful seizure of Canada Pension Plan monies—Seizures originally effected to recover debt owed for 1986 to 1991 for unpaid income taxes—Parties agreed no income tax monies owing for that period as plaintiff not resident of Canada during period—Whether Canada Pension Plan monies should apply to income tax allegedly owing from 1970's genuine issue for trial—Plaintiff's Canada Pension Plan payments retained based on Income Tax Act, s. 224.1 providing where person indebted to Her Majesty, Minister may require retention of amount by way of deduction or set-off—Plaintiff alleging Canada Pension Plan payments insulated from seizure action by virtue of

INCOME TAX—Concluded

Canada Pension Plan, s. 65 providing any transaction purporting to attach benefit void, and s. 108(3) providing shall be paid out of Consolidated Revenue Fund and charged to Canada Pension Plan Account all amounts payable under Act as benefits—Deduction or set-off under ITA, s. 224.1 between Her Majesty and recipient of monies from Her—Assignment, charge, attachment or security envisaged by CPP, s. 65(1) to be given or exercised by third party, pertaining to monies payable by Her Majesty as benefit under Canada Pension Plan to recipient thereof—S. 65(1) not affecting right of deduction or set-off in ITA, s. 224.1—Amounts payable in respect of Canada Pension Plan may be retained by way of deduction or set-off by Minister under s. 224.1—Plaintiff's arguments based on ss. 65(1), 108(3)(a) without merit—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 224.1—Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, ss. 65, 108(3)(a).

MINTZER V. CANADA (T-1768-94, Rothstein J., order dated 1/2/95, 4 pp.)

PAROLE

Application for judicial review of National Parole Board (Board) decision ordering applicant's detention in custody until expiration of sentence on grounds of likelihood to re-offend pursuant to Act, s. 129(3)(a)—Board terminating applicant's day parole as suspect in investigation with respect to other sexual assaults—Certain sensitive issue reports and letter from police withheld from applicant at request of police—Psychiatric assessment made without personal interview with applicant due to applicant's refusal to participate—Applicant refusing to participate in detention review hearing following Board's rejection of applicant's objections at outset of hearing—Disclosure of psychiatric assessment on day of hearing respecting "as soon as practicable" statutory disclosure requirement as assessment prepared on "extremely urgent basis" and results immediately forwarded to applicant upon receipt—Assessment but one factor considered by Board and Board's decision justified even in absence of assessment—Failure to disclose police letter of no consequence as applicant informed of essence of allegations within prescribed notice period and not suffering any prejudice by reason of non-disclosure—Act requiring Board to maintain record of proceedings only where review conducted by way of hearing—Applicant's refusal to attend hearing enabling Board to determine case by review of file as opposed to by holding hearing thus excluding proceeding from record requirement—Failure to provide transcript of hearing of no consequence—Alternatively, record requirement not imposing on Board obligation to produce verbatim recording of proceedings and Board's detailed reasons for decision addressing both objections raised and final ruling satisfying statutory requirement—Rejection of appellant's Charter, s. 11(d) challenge Board's consideration of alleged criminal offence charges infringing applicant's right to be presumed innocent—Charter, s. 11 procedural safeguard affording protection in context of prosecution of public offences involving punitive sanctions and not applicable to administrative proceedings before Board—Existence of criminal charges for alleged sexual offenses committed by applicant highly relevant factor requiring Board's consideration—Charter, s. 11 protec-

PAROLE—Concluded

tion limited to prosecution of these outstanding criminal charges and not extending to consideration of charges by Board—Application dismissed—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 129(3)(a)—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 11.

GIROUX V. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD) (T-458-94, McGillis J., order dated 24/11/94, 10 pp.)

PENITENTIARIES

Motion to strike out statement of claim on basis not disclosing reasonable cause of action—Action alleging penitentiary manager's improper denial of visiting rights to see husband infringing plaintiffs' Charter, ss. 7 and 15 rights—Mother bringing action on behalf of herself and infant daughters—Visiting privileges curtailed as security information indicating daughters directly involved in smuggling contraband drug into institution—Decision by penitentiary authorities constituting judicial act involving exercise of discretion or judgment as opposed to ministerial act involving mere obedience to instructions—As such, institution not liable for error in exercise of discretion in absence of malice—Express pleading of malice not required: plaintiffs not using word "malice" to describe denial of visiting privileges but use of other words sufficiently describing malicious state of mind—Pleading may only be struck out where plain and obvious action cannot succeed—Case not satisfying test—Infant plaintiffs must be represented in manner appropriate in province where they reside: Alberta law requiring non-party to lawsuit bring action on infant's behalf (next friend) and lawyer to represent infants before Court—Proceedings stayed until appropriate next friend properly designated and solicitor appointed to act for infants—Motion to strike out plaintiffs' statement of claim dismissed.

HANSON V. CANADA (T-2331-94, Hargrave P., order dated 20/2/95, 9 pp.)

Judicial review of decision with respect to serious disciplinary offence allegedly committed while applicant inmate at federal penitentiary—Applicant's lawyer absent from hearing as wrong date given—Chairperson proceeding in order to accommodate shift schedule of officers—Corrections and Conditional Release Regulations, ss. 25, 31(2) imposing on Correctional Service of Canada obligation to inform inmate of time, place, date of disciplinary hearing, allowing inmate to retain, instruct legal counsel, and allowing counsel to fully participate in hearing—Although s. 31(2) not imposing obligation on Service to directly notify counsel of hearing date, if Service schedules hearing and assumes responsibility for notifying counsel, information given to counsel must be accurate—Inferred from evidence Service undertaking obligation to notify counsel and incorrect information given—On balance of probabilities Service not ensuring applicant's counsel permitted to participate in proceedings to same extent as applicant as required by s. 31(2)—Condition precedent not having been met, hearing not properly constituted and decision quashed—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 40—Corrections and Conditional Release Regulations,

PENITENTIARIES—Concluded

SOR/92-620, ss. 25, 31—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.

JACKSON V. STONY MOUNTAIN INSTITUTION (T-2590-93, Rothstein J., order dated 6/2/95, 7 pp.)

PRACTICE**AFFIDAVITS**

Applications for leave to file affidavits to which attached as exhibits cross-examination, draft affidavits of Novopharm representatives—Purpose of affidavits to introduce into record statements made by representatives of Novopharm casting doubt over, or contradicting statements by respondent Apotex in notice of allegations—Applications dismissed—As not made on interlocutory motion, affidavits should be limited to facts within deponents' personal knowledge—Affidavits constituting hearsay—S.C.C. enunciating exception to hearsay rule in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531—Governing principles for admission of hearsay evidence reliability of evidence, necessity: *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915—No evidence applicants, prior to making present application, made any attempt to obtain from representative of Novopharm affidavit which could be introduced in present record—Necessary to demonstrate reliability, necessity of hearsay evidence because whenever hearsay admitted into evidence other side effectively deprived of right to cross-examine—Admitting affidavits into record highly prejudicial to Apotex since applicants not demonstrating necessity—Necessity component of hearsay exception not demonstrated—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 332(1).

MERCK FROSST CANADA INC. V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T-1306-93, Nadon J., order dated 31/1/95, 5 pp.)

COSTS

Motion to strike statement of defence, for show cause hearing, costs—Defendant destroying document showing name of Hong Kong supplier of goods when matter subject to litigation—Application to strike defence dismissed—Drastic to remove defendant's capability to defend action before Court—Under circumstances not clear how destruction of document justifying striking statement of defence—While destroyed information may be irrelevant to present proceeding, going to issue of liability regarding passing off action or quantum with respect to matter of damages—Absent contrary evidence, Court accepting destruction in good faith without intention to frustrate administration of justice—Document destroyed prior to motion—Court not ordering show cause as not satisfied *prima facie* case made out—As to first hearing before prothonotary, order for costs in the cause varied to party and party costs payable forthwith—Prothonotary's decision, dealing explicitly with provision of documents, appealed to Tremblay-Lamer J. whose order upholding decision to provide documents issued three months after destruction of document—In order to recognize seriousness of defendant's actions, short of show cause

PRACTICE—Continued

hearing for contempt, defendant ordered to pay plaintiff's costs on solicitor and client basis forthwith—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1733.

SAMSONITE CANADA INC. V. ENTREPRISES NATIONAL DIONITE INC. (T-2738-93, Wetston J., judgment dated 26/1/95, 6 pp.)

PLEADINGS*Amendments*

Motions for leave to amend defences—R. 402(4) providing where any ground of defence arising after defence filed, defendant may, by leave of Court file further defence—Plaintiff claiming benefit by descent of 1921 treaty under which Crown agreeing to provide such assistance as is deemed necessary for Indian signatories to follow agricultural pursuits—In 1990 plaintiff proposing ginseng farming project—Applied under Treaty for substantial government assistance—When funding not forthcoming plaintiff commenced action claiming loss of Treaty benefits—Defendant filed statement of defence—In 1993 plaintiff commencing action for reimbursement of legal expenses, exemplary damages—Under Comprehensive Land Claim Agreement made September 6, 1993, signatories gave up rights under agricultural assistance provision in Treaty—Amendments seek to plead Comprehensive Land Claim Agreement, approved, given effect and declared valid by Parliament in Sahtu Dene and Metis Land Claims Settlement Act, under which plaintiff allegedly ceded any rights arising out of Treaty—Plaintiff opposing amendments as (1) substantially expanding number, complexity of issues including authority, capacity of signatories to Land Claim Agreement to bind plaintiff and whether plaintiff Sahtu Dene or Metis; (2) no jurisdiction in Federal Court to decide whether plaintiff member of Sahtu Dene or Metis as Federal Court Act, s. 17(6) providing where Act of Parliament conferring jurisdiction on provincial court, no jurisdiction in Trial Division and Agreement conferring jurisdiction as to disputes arising out of Agreement on Supreme Court of Northwest Territories; (3) amendments premature, speculative until status of plaintiff defined by competent court—General principles governing amendments: all necessary amendments ought to be allowed to determine real question in controversy between parties to any proceedings; defects in framing case ought to be corrected if possible to do without injustice; amendment ought to be allowed if raises real, substantial issue between parties—As release in Land Claim Agreement may be most important part of Crown's case, and notwithstanding amendment will introduce number of complex, time consuming issues, amendment ought to be allowed—Proceedings not progressed beyond filing of defences—Amendments arguable, although to test them there ought to be complete evidence on which to make argument—So long as amendments requested in timely fashion, in good faith and fall within general principles above, Motions Judge ought not to consider whether proposed amendment will be successful at trial—Nothing in Sahtu Dene and Metis Land Claims Settlement Act compelling conclusion Parliament conferring statutory force upon Land Claim Agreement—As Agreement not Act of Parliament, s. 17(6) not bar to jurisdiction—Alternatively privative provision only with respect to judicial review of arbitration proceedings—Reinforced by pro-

PRACTICE—Continued

vision “nothing in this chapter limits the jurisdiction of any court”—Jurisdiction in Federal Court for purpose of action to determine if plaintiff able to benefit from Treaty and whether plaintiff bound by release of Treaty obligation—Amendments allowed as no good reason to deny them and every reason to allow them to deal with new, real, and substantial issues, which may well be essential to Crown’s case—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 324, 402(4)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-10, s. 17(6) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3)—Sattu Dene and Metis Land Claims Settlement Act, S.C. 1994, c. 27.

BEATTIE V. CANADA (T-2216-91, T-361-93, Hargrave P., order dated 26/1/95, 12 pp.)

Motion to Strike

Statements of claim as scandalous, frivolous or vexatious—Members of plaintiff ordering ten 57-foot houseboats from defendant—Director of plaintiff also director, officer, shareholder of builder, and owner of agency selling time shares—Builder claiming to have delivered three vessels—Following change of executive, plaintiff discovering paid for three vessels, but had received only two—Third vessel, on builder’s assembly line, about to disappear over border to American buyer—Plaintiff, as recorded owner and mortgagor arresting vessel based on newly discovered contract signed on its behalf by director with many hats—Agreement, conditional sales contract, providing Society obtaining no title to vessels until all ten paid for—Defendant alleging statements of claim scandalous, frivolous, vexatious, abuse of process based on affidavit of President of Society deposing Society believing conditional sales agreement invalid or void, and not reflecting actual contract—To strike out pleadings as disclosing no reasonable cause of action under R. 419(1)(a) must be plain, obvious and beyond doubt—Test under R. 419(1)(c), (f) as or more stringent than test under R. 419(1)(a)—Must be obvious plaintiff’s action so clearly futile not slightest chance of succeeding—In first action plaintiff pleading agreement which in subsequent affidavit denied as void or invalid—Motion to strike out first action, T-96-95, and to release vessel from arrest in that action granted—In second action facts surrounding contract between Society and builder may be best known to director with many hats, raising question of policy, fairness since appears Builder knows more about facts surrounding contract than do present directors, members of Society—Motion to strike second action denied—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419(1).

PACIFIC LAKE YACHT SOCIETY V. NIMCO BIOSYSTEMS INC. (T-96-95, Hargrave P., order dated 26/1/95, 6 pp.)

Particulars

Appeal from order directing plaintiffs to provide particulars of certain allegations in amended statement of claim—Astra AB owner of trade marks and registrations in Canada, used in Canada by Astra Canada under license, in association with marketing, sale of healthcare products—Statement of claim alleging defendants using trade marks in Canada associated with biotechnology products and services and trade names associated with business that develops, manufactures markets and sells biotechnology products, to persons involved in biotechnology—Also alleging defendants using trade marks in association with business that develops processes, products to

PRACTICE—Concluded

be used in research, development of pharmaceuticals—Alleging confusion, depreciation of value of goodwill attached to Astra trade marks—Appeal dismissed—Purpose of particulars to require party to clarify issues—No answer to say matters should be within defendants’ knowledge—Where pleadings inadequate, that defendants may or must know true facts not valid objection to order for particulars—Defendants entitled to know nature of case against them and have all facts necessary to plead intelligently—While prayer for relief claiming injunctive relief, including declaration defendants’ activities contravening Trade-marks Act, s. 7(b) and damages or accounting of profits, word “biotechnology” absent—Alleging defendants using “biotechnology” in connection with passing off activities, committing actionable wrong or that constituting infringement—No indication in pleadings why wrong or how connected to trade marks at issue—Bald declaration of infringement not setting out basis for infringement, falling short of standard required by R. 408—Biotechnology not yet appearing to have well-defined boundaries—In *Pioneer Hi-Bred Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, [1989] 1 S.C.R. 1623, S.C.C. in addressing issue of patentability of life form found it necessary to define type of biotechnological processes considering—Court recognizing implicitly if going to render decision on that issue, obligation to define term’s limitations—Similarly to narrow or define issues and permit defendants to adequately plead in defence, appropriate here for plaintiffs to either leave offending material out of amended statement of claim or provide particulars of “biotechnology” each time used in accordance with order—No error of law or misapprehension of facts in order—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 336(5), 407, 408, 409, 415—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 7(b).

ASTRA AKTIEBOLAG V. AASTRA CORP. (T-2560-94, Jerome A.C.J., order dated 3/2/95, 8 pp.)

PUBLIC SERVICE

APPEALS

Application for judicial review of Public Service Commission Appeal Board (Board) refusal to render decision on ground it lacked jurisdiction—Applicant appealing appointment of position following closed competition—Appellant notified of right to appeal decision and of deadline to advise Public Service Commission (Commission) of intention to appeal—Deadline falling on Monday following New Year’s Day which in turn fell on Saturday—Applicant advising Commission of intention to appeal by fax on Tuesday—Board holding appeal untimely and thus Board lacked jurisdiction—Board correct in finding holiday provision of Ontario Rules of Civil Procedure inapplicable to present proceedings—Time for appeals pursuant to Act, s. 20 to be strictly interpreted: Court can neither extend nor shorten appeal period—In normal circumstances applicant required to file appeal by Monday, however administrative decision to close Commission’s offices on Monday to observe Saturday’s New Year’s Day holiday making filing of appeal notice impossible, in effect shortening applicant’s appeal period—Court must allow appeal to ensure applicant getting full fourteen-day appeal period as required by

PUBLIC SERVICE—Continued

regulation—Where New Year's Day falling on weekend, holiday may be provided on either Friday before weekend or following Monday; if closure on Friday, appeal period running to Monday; if closure on Monday, appeal period running to Tuesday—Notice informing potential appellant of appeal period length should specify day of deadline—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 20.

NOWACZEK V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1230-94, Tremblay-Lamer J., decision dated 17/2/95, 5 pp.)

JURISDICTION

Application to set aside Public Service Commission Appeal Board decision declining to hear merits of applicants' appeal—Applicants employed with Canada Employment and Immigration Commission—Eligibility list for position of Expulsion Officer established by closed competition—Appeal against selections for appointment, based on Selection Board improperly including items in expected answer to "knowledge" question allowed—After revision of marking of question, applicants no longer qualified—Department taking corrective measures to remove applicants' names from eligibility list—As applicants performing duties on acting basis, status altered significantly—Applicants, intervenors in first appeal, appealing revised appointments—Board holding Public Service Employment Act, s. 21(4) limiting appeal brought after corrective measures taken to issues on merit—Since issues raised in second appeal could have been raised in first, holding doctrine of issue estoppel applied to bar Appeal Board's jurisdiction to make determination on merits—Application allowed—No issue estoppel—(1) Question posed in second appeal not same as in first—Issue in first appeal whether "knowledge" question properly scored—Issue in second appeal whether merit principle contravened by improper grading of applicants on individual basis resulting in removal of names from list—Applicants not obliged to raise that issue in first appeal as issue not arising until corrective measures taken by Department, resulting in removal of applicants' names from list—No negligence, inadvertence, accident, or failure to exercise due diligence in failure to raise issue in first appeal—(2) Judicial decision said to create estoppel not final—Final decision of first Appeal Board that knowledge question incorrectly marked—Corrective measures, taken in accordance with PSEA, s. 21(3), result of exercise of Commission's discretion, not of Appeal Board's final decision—Even if s. 21(4) applied, Appeal Board had jurisdiction to hear second appeal based on ground corrective measures taken by Commission following first appeal and subsequent removal of applicants from eligibility list contravened merit principle—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 21 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 16).

ALONGI-PELUSO V. CANADA (TREASURY BOARD) (T-2909-93, Rouleau J., order dated 20/1/95, 7 pp.)

LABOUR RELATIONS

Judicial review of PSSRB's denial of grievance—As Canadian Coast Guard employee, applicant serving on vessel operating on "lay-day operational manning system", terms and conditions of which set out in collective agreement—Worked 28 days from November 27 to December 24, 1991—During 28

PUBLIC SERVICE—Continued

scheduled lay-days off from December 25, 1991 to January 22, 1992 called in to work last 14 days—Next 28 days taken off as lay-days ashore—Received regular bi-weekly pay for period from December 25, 1991 to January 22, 1992 and cash equivalent of three lay-days for each day worked from January 8 to 22—With respect to each lay-day worked, lay-day deducted and none credited so that on January 22 had no lay-days left in bank—Applicant submitting compensation for working on lay-days should be same as for other days worked i.e. one lay-day plus three days' pay—Equivalent to overtime at double time and a half rather than time and a half as employer interpreted it—Presented evidence of negotiation history of relevant provisions—Applicant submitting lack of reasons in adjudicator's decision for disregarding that evidence demonstrating failure to consider negotiating history—Submitting adjudicator erred in law (1) by failing to consider negotiating history; (2) in considering grievor's claim constituting "pyramiding" of benefits—Application dismissed—PSSRB Regulations and Rules of Procedure, s. 80 setting out four elements to be contained in adjudicator's decision—So long as reasons read as whole make clear grievor's arguments, legal principles, method applied by adjudicator, and adjudicator's findings against applicant, requirements of provision fulfilled—Adjudicator's reasons not to be read microscopically in judicial review application hearing—Adjudicator's reasons substantially complying with requirements of s. 80 i.e. reviewing background of grievance, summarizing evidence—That not expressly addressing testimony not evidence Adjudicator ignored that evidence even if ultimately not given great weight—Adjudicator not erring by failing to have regard to totality of evidence before him—Applicant not meeting onus of establishing adjudicator's interpretation of collective agreement patently unreasonable, clearly irrational—Considering provision every day, including lay-day considered "working day" and that officer paid his regular pay for entire cycle of 28 days on board and 28 lay-days, applicant correctly paid regular pay and additional cash equivalent of three lay-days for each day worked during scheduled lay-days—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, ss. 92, 101—P.S.S.R.B. Regulations and Rules of Procedure, SOR/90-771, s. 80.

BANTON V. CANADA (TREASURY BOARD) (T-1181-93, MacKay J., order dated 25/1/95, 11 pp.)

Application to set aside Public Service Staff Relations Board (Board) decision denying applicant grievance regarding respondent's failure to maintain work environment free from sexual discrimination and harassment (declaration)—Applicant alleging supervisor criticizing her work habits and performance; making embarrassing comments about her; intimidating her; and making sexually explicit comments to her—Supervisor denying all allegations—Investigator unable to substantiate allegations—In dismissing grievance, Board adjudicator characterizing applicant's evidence as contradictory—Adjudicator making no specific findings regarding uncontradicted evidence of four incidents and whether amounting to sexual harassment or discrimination—Although need not comment on all evidence, adjudicator must assess relevant evidence, decide on its appropriate weight and make evidentiary findings in context of particular allegations—Uncontradicted facts clearly relevant—Adjudicator erred in failing to consider evidence of four rele-

PUBLIC SERVICE—Continued

vant incidents—Application allowed—Matter referred back for reconsideration by different adjudicator.

RIBECA V. CANADA (TREASURY BOARD) (T-2776-93, Weston, J., order dated 14/11/95, 9 pp.)

PENSIONS

Plaintiff seeking declaratory relief, pursuant to Act, s. 42(10) and Regulations, s. 17(1), permitting him to purchase prior Australian public service on ground not informed of right to make such election—Plaintiff worked twenty years with Australian Atomic Energy Commission prior to career with Atomic Energy Canada Limited (AECL)—Plaintiff enrolled in federal superannuation plans of Australia and Canada—Applicant taking return of Australian plan contributions in lump sum upon departure—Upon commencement of work with AECL, plaintiff provided with Act, screening form and booklet regarding Canadian plan, and met with plan administration officer—Plaintiff claiming review of material and meeting with staffing officer leaving him with clear understanding not entitled to elect credits for Australian service—Purpose of Act, s. 42(10) and Regulations, s. 17(1) clearly remedial, however s. 17(1) clearly requiring failure to make election be based on erroneous advice—Although circumstances may exist where insufficient advice constituting erroneous advice, present circumstances, whereby information provided to plaintiff put him on notice to make enquiries regarding Australian service, not constituting erroneous advice—Impression left with plaintiff regarding ability to elect buy-back not constituting erroneous advice—Erroneous advice requiring positive misstatement or inference of positive misstatement—No erroneous advice—Alternatively plaintiff seeking damages for negligent misrepresentation—Negligent misrepresentation tort now constituting established principle of Canadian tort law—Claim requiring: (1) duty of care based on “special relationship”; (2) untrue, inaccurate or misleading representation; (3) negligence in making misrepresentation; (4) reliance by representee on negligent misrepresentation; and (5) damages resulting from reliance—Adverse finding of reliance—In present case, no abstract duty imposed on staffing officer to enquire and advise plaintiff with respect to election in particular case—Where government booklet specifically instructing employee to make enquiry, voluntary assumption of responsibilities by staffing officer not applicable in absence of employee enquiry—No evidence staffing officer holding out Australian service as not countable—Adverse finding of duty of care—Adverse finding of misleading representation by AECL or staffing officer—Reasonable person would have made enquiries—Plaintiff claiming *res ipsa loquitur* principle applicable—No precedent for *res ipsa loquitur* application outside accident cases: authorities referring to “thing that inflicts damage” which can only contemplate physical objects; all examples illustrating physical and personal damage caused by chattels—Doctrine requiring: (1) something normally not occurring without negligence; and (2) exclusive knowledge of facts resting with defendant—*Res ipsa loquitur* not applicable to present case—Adverse finding of negligent misrepresentation—Action dismissed—Public Service Superannuation Act, R.S.C., 1985, c. P-36, s. 42(10)—Public Service Superannuation Regulations, c. 1358, s. 17(1).

SINKS V. CANADA (T-2473-91, McKeown J., judgment dated 16/1/95, 16 pp.)

PUBLIC SERVICE—Concluded**SELECTION PROCESS***Merit Principle*

Application to set aside Appeal Board's dismissal of appeal against Department's decision not to promote applicant—In response to Department's call, applicant applying for promotion in all three classes of incumbent-oriented positions for research scientists—Promotion committee approving promotions but not filling quota established for each class—Refusal to evaluate applicant's application on grounds of form overruled and applicant's promotion to SE-RES-03 level recommended—Applicant appealing promotions to SE-RES-04 and 05 positions—Sought to demonstrate his qualifications met or exceeded those of scientists promoted—Not contending successful candidates not qualified for promotions—Appeal Board concluding lacking jurisdiction to entertain appeal as complaint not within Public Service Employment Act, s. 21—Held purpose of appeal under s. 21 to prevent appointments that should not be made—Application allowed—Merit always relevant issue in s. 21 review—In context of incumbent based promotion, successful candidate must first meet prerequisite qualifications attached to promotion, and then demonstrate he is best qualified amongst those who meet prerequisite qualifications—When two qualified persons seek same promotion, position ultimately only attributed by reference to their respective merit—Board misconstrued complaint in holding not challenging promotion of successful candidates—Fact applicant conceded successful candidates possessed required qualifications for promotion irrelevant—Fact complaint framed on basis applicant's qualification exceeded those of successful candidates relevant—*Leckie v. Canada*, [1993] 2 F.C. 473 (C.A.) distinguished as there appellants not leading any evidence showing best persons not selected—Board failed to satisfy self best persons possible appointed by declining jurisdiction based on misapprehension of complaint—Merit principle applicable regardless of whether quotas filled—While cannot compel employer to extend quotas, can challenge appointments made within quota by reference to merit principle—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 21 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 16).

PEET V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-788-94, Noël J., order dated 8/2/95, 5 pp.)

TELECOMMUNICATIONS

Appeal from Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) decision finding certain affiliated companies “integral” to basic telephone service and thus treating income therefrom as appellant's income for rate-making purposes—Privatization of Albertan Crown agent, resulting in regulated corporation and several affiliated companies—Directory related assets and activities, historically owned and carried on by Crown agent, transferred to unregulated affiliated companies—CRTC issuing order for disclosure of affiliated companies' financial information for consideration in fixing appellant's telephone rates pursuant to Railway Act, s. 340(1)—Power to treat income of non-regulated companies affiliated to regular telephone company as income of latter company for

TELECOMMUNICATIONS—Concluded

purposes of setting its tariff (integrality power) not expressly provided for in CRTC's enabling statute—Appellant submitting CRTC's integrality power existing by necessary implication only in circumstances where regulated company arranging operations in way as to avoid including significant profits in its revenue—*Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722 holding that fixing of just and reasonable tolls and tariffs necessarily involves regulation of revenues of regulated entity—CRTC unable to discharge s. 340(1) obligation without authority to consider and determine (1) what assets constitute utility's rate base; (2) utility investors' entitlement to return; (3) utility's operating expenses and existing sources of revenue—Practical necessity requiring CRTC to possess power to cross corporate boundaries and deem net income of affiliated companies, relating to services and operations integral to telephone business of regulated company, as revenue of latter company for regulatory purposes—Integrality power necessarily implied from nature and purpose of CRTC's regulatory authority—Fact Parliament has granted express power in one case implying it has not granted it in another case in absence of express grant (implied exclusion principle) must be applied with caution and should be ignored in circumstances where subsequent amendment to earlier enabling statute—Within CRTC's jurisdiction to make order—Appeal dismissed—Railway Act, R.S.C., 1985, c. R-3, s. 340(1).

AGT LTD. V. CANADA (RADIO-TELEVISION AND TELECOMMUNICATIONS COMMISSION) (A-1376-92, Décaré J.A., judgment dated 21/12/94, 12 pp.)

TRADE MARKS**EXPUNGEMENT**

Appeal from Registrar's decision to expunge trade mark for lack of use following issuance of s. 45 notice—Appellant owning trade mark for design and stylized words "Central Transport" registered for use in association with "furnishing transportation of freight by road, rail, sea and air, on a periodic basis"—Only "road" transportation at issue—S. 45 designed to clear "dead wood" from register and, although registrant not having to show use of trade marks by evidentiary overkill, test requiring more than bald assertion of use—Appellant's statement of use mere bald statement of use—Accompanying photographs showing only appearance of trade marks on trucks at registrant's Windsor location—Invoice and shipping documents not providing information connecting them to trucks—Use test requiring appellant to establish at least small connection between trucks shown in photographs, services performed and invoices—Some evidence of nexus necessary—Appellant could have provided sufficient facts showing use of trade mark during relevant period but did not—Adverse finding of trade mark use during relevant period—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 45 (as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 232).

CENTRAL TRANSPORT INC. V. MANTHA & ASSOCIÉS/ASSOCIATES (T-1113-94, Tremblay-Lamer J., decision dated 25/1/95, 4 pp.)

TRADE MARKS—Continued**INFRINGEMENT**

Application for interlocutory injunction to prevent infringement of Fednav's trade mark pending trial judgment—Fednav's trade mark geometric shapes, rectangles, forming red-coloured "F" with "squar-ish" geometrically stylized quarter red-coloured maple leaf imposed behind upper left side of F—Fortunair's trade mark upper case italicized dark blue-coloured "F" with half red-coloured classical maple leaf imposed behind upper left side of "F"—Fednav one of North America's largest shipping companies with large array of subsidiaries, sister companies—F & Design prominently displayed internally and around world—Fortunair new airline company with only one airplane—Prominently displaying F & Leaf on airplane, ticket offices in Mirabel Airport, baggage tickets, in advertising, promotion of airline chartering services—Fortunair using allegedly confusing trade mark on wares, services—As both companies in transport business, some basis in fact parties operating in same area—High likelihood of confusion if two designs considered from perspective of average consumer having vague or imperfect recollection of first trade mark—Differences between designs not significant—Principal offices of both companies in Montréal, increasing likelihood consumer would think airline carrier, cargo shipper affiliated—Plaintiff's claims designs used in association with businesses in same area and likelihood consumers would be led to believe both services offered by same person not frivolous, vexatious—Serious question raised—Fednav alleging Fortunair's use of its confusing trade mark while undergoing well-publicized financial difficulties harming Fednav's reputation—Even if harms complained of compensable by way of damages, irreparable by virtue of fact Fortunair fledgling, financially unstable company unlikely to be in position to pay damage award against it—Even where, theoretically, damages could furnish adequate compensation, if Court of opinion defendant will not be able to meet damage award, then harm will prove to be irreparable—Unlikely Fortunair would be able to pay award of damages should it be found liable to plaintiff—Uncompensated harm irreparable—Plaintiff's undertaking to pay any damages should defendant eventually succeed not in issue—Defendant unable to provide such undertaking—Balance of convenience favouring issuance of injunction—Delay of ninety days extended on consent to allow defendant to comply with injunction if granted.

FEDNAV LTD. V. FORTUNAIR CANADA INC. (T-1717-94, Noël J., order dated 22/12/94, 10 pp.)

Application for interlocutory injunction—Plaintiff and defendant launching air freshener products in North American market under names "Neutra-fresh" and "Neutra air" respectively—Plaintiff buying rights and goodwill for "Neutra-fresh" mark in Canada from smaller company (Belmar) previously operating in Canadian market—Plaintiff aborting Canadian launch of product due to U.S. interlocutory injunction obtained by defendant prohibiting plaintiff's American launch of product—No legal impediment to plaintiff's use of mark in Canadian market—Abortion of Canadian launch purely business decision resulting from U.S. injunction—Basis for U.S. injunction questionable; appeal pending—Plaintiff seeking injunction to protect "Neutra-fresh" mark from suffering loss of distinctiveness due to "Neutra air's" sole presence in Canadian

TRADE MARKS—Continued

market—Plaintiff's decision to abort Canadian launch reasonable business decision thus not disentitling it to injunctive relief—As injunction dispositive of litigation from both parties' perspective, "Woods exception" applicable and plaintiff must demonstrate *prima facie* case on merits—Plaintiff having to establish, at time public attention first directed to defendant's product: (1) "Neutra-fresh" mark having reputation in mind of general public with respect to air fresheners; and, (2) "Neutra-fresh" recognized as distinctive of one source—When trade mark not new and used in association with retail product, distinctiveness must be examined from perspective of retail purchaser—Although plaintiff poised for entry and on brink of establishing significant reputation of "Neutra-fresh" mark, plaintiff's action not creating sufficient reputation for mark with public to support *prima facie* case for passing-off—However, Belmar's "Neutra-fresh" air freshener actively promoted to public and achieving meaningful retail exposure thus "Neutra-fresh" distinctive of Belmar's air freshener and public viewing Belmar as sole supplier of product—Necessary goodwill existing in "Neutra-fresh" mark and deception of public inevitable as two trade marks admittedly confusing—As present owner of Belmar's rights in "Neutra-fresh" mark, plaintiff satisfying *prima facie* test for passing-off—Plaintiff establishing irreparable harm necessary to support application—Balance of convenience favouring plaintiff—Injunction granted.

S.C. JOHNSON & SON, INC. v. RECKITT & COLMAN (OVERSEAS) Ltd. (T-2397-94, Simpson J., order dated 13/1/95, 15 pp.)

REGISTRATION

Appeal from dismissal of appeal from Opposition Board's dismissal of application for registration of trade marks "Automax", "Automax and Design"—Based on reasonable risk of confusion with respondent's already registered mark Board dismissing applications for registration pertaining to wares and services connected with automobile components and accessories, but accepting those pertaining to sporting, hardware, gardening, cooking, camping items—Appeal with respect to wares discontinued—Cross-appeal maintaining Board not having power to sever applications for registration—Appeal dismissed; cross-appeal annulled—Outcome of appeal not depending on date adopted for determination of whether confusion between marks—Opposition to registration under Trade-marks Act, s. 12(1)(d) requiring determination of confusion between mark proposed for registration and registered mark—Trial Judge erred in determining existence of confusion in relation to mark used rather than registered mark—Registered design gradually abandoned commencing in 1986, replaced by stylized "A"—Admitting registered mark not used since 1992; evidence indicating not used since 1987—Appellant using its mark in association with services offered by it since May 1986—Trial Judge's final conclusions not vitiated by error—Possible, without expressly saying so, Trial Judge saw only minimal differences between mark used and mark registered, which did not affect identity, recognizability of respondent's registered mark—S. 6(1) to (4) stating trade mark creating confusion with another trade mark if use of both in same area would be likely to lead consumer to conclude wares or services associated therewith offered by same person—S. 6(5) setting out circumstances to be considered in determining

TRADE MARKS—Concluded

confusion—Absence of use of mark for extended period consideration in determining confusion, but not alone justifying conclusion no confusion—May permit inference unlikely mark allowed to fall into disuse for extended period of time will be used in future—Extended lack of use of registered mark, when for corresponding period constant use made by competitor of proposed mark may lead to conclusion, depending on circumstances, that proposed mark now so well established that average consumer with imperfect recollection would not be confused and would be fully able to distinguish them if registered mark again to be used—Opposition Board, Trial Judge holding limited visual resemblance between disputed marks, but that resemblance especially obvious phonetically—Also finding overlap between wares, services associated with automobile, possibility of confusion in this area as to kind of business operated by parties—Such findings of fact fully supported by evidence—Ideas expressed by two marks identical—Appellant, claiming right of registration, not showing, on balance of probabilities, trade mark seeking to register creating no reasonable risk of confusion with one already registered—Trial Judge correctly assessing circumstances required to consider in determining whether confusion between two trade marks—Undertook detailed analysis of evidence, arguments, before drawing own conclusions—By cross-appeal respondent arguing Board lacked jurisdiction to sever trade mark registration application, allowing it in part—S. 56 requiring argument be raised as appeal—As not before Trial Judge, not properly before Court of Appeal—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 6, 12(1)(d), 16, 56.

U.A.P. INC. v. AUTOMAXI S.A. (A-244-93, Létourneau J.A., judgment dated 15/12/94, 16 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Appeal from Umpire's decision upholding Board of Referees' finding certain monies paid to claimant pursuant to Alberta Workers' Compensation legislation not constituting earnings for purposes of U.I. application—Following industrial accident injury, claimant paid sum of money in full satisfaction of Workers' Compensation Board obligations and signing release to same effect—Money spent by claimant for purposes of retraining—Upon application for U.I. benefits, Commission ruling sum of money constituting earning—Board of Referees allowing appeal on grounds sum of money constituting "permanent settlement workers' compensation payment" and thus excluded from earnings pursuant to Regulation, s. 57(3)(a)—Umpire upholding Board of Referees' decision—Attorney General alleging error of law in interpretation of words "permanent settlement workers' compensation payment": expression implicitly containing word "injury" and should be read as "permanent injury settlement workers' compensation payment"—No reason to conclude word "permanent" modifying any other word than "settlement" appearing immediately following it—Plain reading of English version and common English syntax strengthening this conclusion—In French version, word "*règlement*" clearly modified by adjective "*définitif*"—Difficult to avoid conclusion sum of money constituting "permanent settlement" having regard to terms of release—Application dismissed—Unemployment Insurance

UNEMPLOYMENT INSURANCE— Continued

Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 57(3)(a) (as am. by SOR/86-58, s. 1).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. RUTHERFORD (A-241-94, Strayer J.A., judgment dated 1/3/95, 5 pp.)

Judicial review of Umpire's decision reinstating respondent's right to receive benefits—On loss of employment as flight engineer in April 1992 respondent receiving unemployment insurance benefits—In July investing large sum of money to purchase lawn care business—Spending 50 hours per week running business, intending it to eventually be principal means of livelihood—Commission, Board of Referees holding disentitled to benefits because self-employed—Umpire holding Board not having regard to: (1) efforts to seek employment as aircraft mechanic; (2) seasonal nature of business which did not generate sufficient cash to allow respondent to draw income first season; (3) respondent only spending time managing business because little else to do—Unemployment Insurance Act, s. 10 defining week of unemployment as week in which not working full working week—Unemployment Insur-

UNEMPLOYMENT INSURANCE— Concluded

ance Regulations, s. 43(1)(a) providing person engaged in operation of business on own account regarded as working full working week—S. 43(2) providing where employment so minor in extent that person would not normally follow it as principal means of livelihood, shall not be regarded as working full working week—Application allowed—S. 43(2) exemption not applicable—Whether employment "so minor in extent" requiring consideration of time spent, capital and resources invested, financial success or failure of enterprise, continuity of business, nature of employment, willingness of claimant to accept other employment—Time spent most important, most relevant and only basic factor to be taken into account—Claimant spending 50 hours per week on own business, unable to invoke s. 43(2) exception—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1 ss. 8, 10—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 43.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. JOUAN (A-366-94, Marceau J.A., judgment dated 23/1/95, 7 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

ASSURANCE-CHÔMAGE

Appel de la décision par laquelle le juge-arbitre avait confirmé une décision d'un conseil d'arbitrage selon laquelle certaines sommes qui avaient été versées au prestataire en vertu de la loi albertaine sur les accidents de travail ne constituaient pas une rémunération aux fins de l'assurance-chômage—À la suite d'un accident de travail, le prestataire a reçu une somme destinée à satisfaire à toutes les obligations de la Workers' Compensation Board et a signé une libération à cet effet—Le prestataire a dépensé la somme afin de se recycler—Il a présenté une demande aux fins de l'assurance-chômage, et la Commission a décidé que la somme devait être considérée comme une rémunération—Le conseil d'arbitrage a accueilli l'appel pour le motif que la somme en question constituait un [TRADUCTION] «règlement définitif d'indemnités d'accident du travail» et qu'elle ne devait donc pas être considérée comme une rémunération conformément à l'art. 57(3)a) du Règlement—Le juge-arbitre a confirmé la décision du conseil d'arbitrage—Le procureur général a allégué que le juge-arbitre avait commis une erreur de droit en interprétant les mots «règlement définitif d'indemnités d'accident du travail»: l'expression figurant dans la version anglaise «*permanent settlement workers' compensation payment*» devrait être interprétée comme contenant implicitement le mot anglais «*injury*» «blessure» de façon à être ainsi libellée: «*permanent injury settlement workers' compensation payment*»—Il n'y a pas lieu de conclure que le mot anglais «*permanent*» se rapporte à un autre mot que celui qui le suit immédiatement, soit le mot «*settlement*»—La lecture de la version anglaise et la syntaxe anglaise renforcent cette conclusion—Dans la version française le mot «*définitif*» se rapporte clairement au mot «*règlement*»—Compte tenu des conditions de la libération, il est difficile de ne pas conclure que le montant a été versé dans le cadre d'un «*règlement définitif*»—Demande rejetée—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., ch. 1576, art. 57(3)a) (mod. par DORS/86-58, art. 1).

CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) C. RUTHERFORD (A-241-94, juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 1-3-95, 5 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un juge-arbitre a rétabli l'intimé dans son droit aux prestations—Après la perte de son emploi à titre de mécanicien-navigant en avril 1992, l'intimé a touché des prestations d'assurance-chômage—En juillet, il a investi des sommes considérables

ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

pour faire l'acquisition d'une entreprise d'entretien des pelouses—Il consacrait chaque semaine 50 heures à la gestion de son entreprise et voulait qu'elle devienne, un jour, son principal moyen de subsistance—La Commission et le conseil arbitral ont jugé qu'il n'avait pas droit aux prestations car il était travailleur indépendant—Le juge-arbitre a estimé que le conseil arbitral n'avait pas tenu compte du fait (1) que le requérant avait cherché un emploi de mécanicien d'aviation; (2) que son entreprise ne pouvait fonctionner qu'en été et que celle-ci, dans sa première saison sous la direction du prestataire, n'avait pas eu des rentrées suffisantes pour assurer à son propriétaire un revenu; (3) que le requérant avait consacré lui-même du temps à la gestion de l'entreprise simplement parce qu'il n'avait pas grand-chose d'autre à faire—L'art. 10 de la Loi sur l'assurance-chômage définit une semaine de chômage, pour un prestataire, comme étant une semaine pendant laquelle il n'effectue pas une semaine entière de travail—L'art. 43(1)a) du Règlement sur l'assurance-chômage prévoit que, lorsque le prestataire exploite une entreprise à son compte, il est censé travailler une semaine entière—L'art. 43(2) prévoit que, lorsque le prestataire consacre si peu de temps à son emploi qu'il ne saurait normalement compter sur cet emploi comme principal moyen de subsistance, il n'est pas censé travailler une semaine entière—Demande accueillie—L'exception prévue à l'art. 43(2) n'était pas applicable—Pour dire s'il y consacre si peu de temps [à l'emploi en question], il faut tenir compte de divers facteurs, à savoir le temps effectivement consacré, le capital et autres ressources investis, la réussite ou l'échec financier de l'entreprise, la durée de l'entreprise, la nature de l'emploi en question, la volonté, chez le prestataire, d'accepter un autre emploi—Le facteur le plus important, le plus pertinent, et qui est aussi le seul facteur essentiel à entrer en ligne de compte, doit être le temps qui est consacré à l'entreprise—Le prestataire qui, chaque semaine, consacre 50 heures aux activités de sa propre entreprise ne saurait se prévaloir de l'exception prévue à l'art. 43(2)—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 8, 10—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., ch. 1576, art. 43.

CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) C. JOUAN (A-366-94, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 23-1-95, 7 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

EXCLUSION ET RENVOI

Demande visant à obtenir une ordonnance de sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi pendant le contrôle judiciaire de la décision par laquelle le ministre a refusé que la demande de résidence permanente déposée par la requérante soit traitée au Canada pour des raisons d'ordre humanitaire—Après le rejet de sa revendication du statut de réfugié, la requérante, qui est citoyenne du Nicaragua, a commencé à entretenir une relation amoureuse avec un réfugié au sens de la Convention qui a plus tard obtenu le statut de résident permanent—Deux enfants sont nés de cette relation amoureuse—La requérante a épousé le père de ses enfants et elle a demandé, conformément à l'art. 114(2), une dispense de l'application de l'exigence normale suivant laquelle la demande de résidence permanente au Canada doit être faite à l'extérieur du pays—La demande a été rejetée pour les motifs suivants: (1) le mari de la requérante avait été reconnu coupable de possession et de trafic de stupéfiants, (2) la famille ne s'était pas réellement établie au Canada, le couple recevant de l'aide sociale, et (3) la requérante ne ferait l'objet d'aucune sanction sévère si elle retournait au Nicaragua—Rejet de la demande de contrôle judiciaire du refus—L'agent qui a examiné le rejet de la deuxième demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire a déclaré que le mari de la requérante ne pouvait pas la parrainer—On ne pouvait pas empêcher le mari, qui était résident permanent et qui n'avait pas fait l'objet d'une mesure de renvoi du Canada, de déposer une demande de parrainage de la requérante, même s'il était alors incarcéré—L'intimé a soutenu qu'il était possible de ne pas tenir compte de l'énoncé erroné de l'agent parce que la décision était purement discrétionnaire et que l'agent n'était pas légalement tenue d'en fournir les motifs (*Syed Shay c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 3 C.F. F-41 (C.A.))—Bien que l'agent qui examine les raisons d'ordre humanitaire n'a pas à donner les motifs pour lesquels il rend une décision défavorable, lorsque les notes de l'agent sont produites et que l'un des facteurs dont elle a tenu compte est erroné, la Cour peut conclure que l'agent a fondé sa décision sur un fait erroné et annuler la décision—Pour obtenir un sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi, un requérant doit convaincre la Cour (1) qu'il justifie d'une cause défendable; (2) qu'il subira un préjudice irréparable; (3) que la prépondérance des inconvénients penche en sa faveur—La déclaration erronée au sujet du parrainage satisfait au critère de la cause défendable—Les faits de l'espèce ne satisfont pas au critère du préjudice irréparable—Bien que l'abandon des enfants par leur mère pourrait leur causer un traumatisme psychologique irréparable, le préjudice irréparable ne concerne pas la requérante; celle-ci a le choix d'emmener ses enfants avec elle et de s'assurer qu'ils ne subiront aucun préjudice irréparable—À la sortie de prison du mari, une enquête devrait déterminer s'il constitue un danger pour la société—Le trafic de stupéfiants crée un danger pour le public et le mari devrait donc être renvoyé du Canada et retourner en Iran—Rejet de la demande de sursis à l'exécution de la mesure de renvoi—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 114(2) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 102).

MARENCO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4709-94, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 15-11-94, 15 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—
Suite*Personnes non admissibles*

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un arbitre a conclu qu'il avait des motifs raisonnables de croire que le requérant avait commis des actes qui, aux États-Unis, constituaient des infractions au sens de l'art. 19(1)c.1(ii) de la Loi—Le requérant, citoyen des États-Unis d'Amérique, a épousé une citoyenne canadienne et a été admis au Canada à titre de visiteur—Une demande d'extradition pour le motif que le requérant avait commis une fraude aux États-Unis a été rejetée par la Cour supérieure du Québec—Un *grand jury* des États-Unis a déclaré fondés les chefs d'accusation retenus à l'encontre du requérant pour complot en vue d'une fraude téléphonique et postale, pour fraude, pour faux en matière de contrat de transport de marchandises et pour utilisation de fausses identités—Il y a eu rejet de la demande de résidence permanente au Canada présentée par le requérant—On a mené une enquête, mais elle a été ajournée par la suite sans qu'aucune preuve n'ait été produite—Il a été procédé à une deuxième enquête conformément à la Loi modifiée, enquête durant laquelle le ministre a déposé en preuve une copie certifiée d'un mandat d'arrestation et d'un acte d'accusation délivrés par les États-Unis—On n'a posé au requérant aucune question concernant les allégations contenues dans l'acte d'accusation, si ce n'est au sujet des sommes qu'on lui reprochait d'avoir escroquées—En fondant sa décision uniquement sur les allégations figurant dans l'acte d'accusation délivré par le *grand jury*, l'arbitre a conclu qu'il avait des motifs raisonnables de croire que le requérant avait commis les infractions reprochées—L'arbitre a décidé que l'expression «motifs raisonnables de croire» correspondait à un critère de preuve moins exigeant que celui de la prépondérance des probabilités—Le *grand jury* a le pouvoir de déclarer fondés les chefs d'accusation après avoir recueilli les témoignages faits sous serment et décidé qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'un acte criminel a été commis—La teneur du mandat d'arrestation et de l'acte d'accusation ne constitue pas une preuve que les présumées infractions auraient été commises—L'arbitre a commis une erreur de droit en concluant, au vu de ces documents, qu'il avait des motifs raisonnables de croire que le requérant avait commis les infractions présumées—L'arbitre a commis une erreur de droit puisqu'il ne s'est pas prononcé de manière indépendante en fonction de la preuve soumise—La conclusion de l'enquête et l'engagement de nouvelles procédures en vertu des dispositions modifiées de la Loi ne constituaient pas un abus de procédure—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)c.1(ii) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11).

LEGAULT C. CANADA (SECRÉTAIRE D'ÉTAT) (IMM-7485-93, juge McGillis, ordonnance en date du 17-1-95, 9 p.)

Processus d'enquête en matière d'immigration

Contrôle judiciaire du rejet de la requête, présentée par le requérant, en exemption des exigences relatives aux visas prévues à l'art. 9(1) selon lesquelles la demande de résidence permanente doit être faite à l'extérieur du Canada—Le fils du requérant, né citoyen canadien deux mois après l'arrivée de la

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

famille au Canada, avait besoin d'une intervention chirurgicale majeure en vue de la reconstruction—En raison de la complexité de l'intervention, les opérations ne sont disponibles que dans très peu de centres médicaux en Amérique du Nord—Demande rejetée—Aucune obligation de tenir une entrevue sous le régime de l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration—La décision défavorable fondée sur l'art. 114 ne touche pas directement les droits et le statut légal du fils du requérant, qui est citoyen canadien et qui a le droit de demeurer au Canada—Bien que le requérant soit tenu de quitter le Canada, la question de savoir si son fils doit partir est une décision parentale—Les droits que le requérant tient de la Charte n'ont été personnellement violés ni par la décision discrétionnaire ni par la séparation éventuelle de la cellule familiale—Les obligations internationales ne sont exécutoires en droit canadien que si elles ont expressément été adoptées pour faire partie du droit interne—La Loi sur l'immigration a été modifiée en 1992 après que le Canada eut ratifié tous les instruments internationaux en matière de droits de la personne dont le requérant a fait mention—Particulièrement, l'art. 114(2) reconnaît que, dans certaines circonstances, lorsqu'il existe suffisamment de considérations humanitaires, un requérant peut être autorisé à demander, au Canada, le droit d'établissement si des difficultés indues sont démontrées—Les agents d'immigration disposent d'un large pouvoir discrétionnaire pour déterminer si les circonstances particulières d'un individu justifient qu'il soit recommandé d'exempter cet individu des exigences de la Loi sur l'immigration—L'agente d'immigration n'était pas convaincue que les circonstances particulières du requérant justifiaient une telle exemption—En l'absence de la preuve que l'art. 114(2) est incompatible avec les obligations internationales du Canada, ou que ces instruments ont fait partie du droit interne par suite d'une adoption expresse et ont été violés, l'agente d'immigration n'a violé aucune des dispositions de la Charte—Demande rejetée—La question suivante a été certifiée: La liberté et la sécurité de la personne, garantis par l'art. 7 de la Charte, entrent-ils en ligne de compte à l'occasion du processus décisionnel relatif à une demande visant à l'exercice favorable du pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 114(2) de la Loi lorsque les requérants sont les parents d'un enfant canadien ayant des incapacités physiques et mentales?—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 9(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 4), 114(2) (mod., *idem*, art. 102)—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur la Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 12.

CHARRAN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3041-94, juge Wetston, ordonnance en date du 10-2-95, 11 p.)

Renvoi de visiteurs

Le requérant demande de surseoir à l'exécution de la mesure d'expulsion pour qu'il puisse tenter des procédures de contrôle judiciaire contre le refus de lui permettre de demander, pour des raisons d'ordre humanitaire, la résidence permanente à partir du Canada—Le requérant est un citoyen du Portugal qui a prolongé sans autorisation son séjour pour plus de cinq ans—Il a été reconnu coupable au Canada de voies de fait

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

infligeant des lésions corporelles—Il s'est marié avec sa conjointe de fait six jours après avoir reçu la mesure d'expulsion—Un enfant est né de leur union quatre mois plus tard—En se fondant sur la condamnation criminelle qui plaçait le requérant dans une catégorie inadmissible, l'agent d'immigration a refusé la demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire—La demande est rejetée—La Cour n'a pas la compétence pour connaître de la demande: *Ali c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 92-T-1647, juge Strayer, jugement en date du 17-11-92, C.F. 1^{re} inst.; *Paul et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 61 F.T.R. 111 (C.F. 1^{re} inst.)—De plus, aucune question grave n'est soulevée en l'espèce—La décision de l'agent d'immigration relativement aux raisons d'ordre humanitaire relève de son pouvoir discrétionnaire—En l'absence de mauvaise foi, rien ne justifie l'intervention de la Cour—S'il n'y avait pas de mauvaise foi, le pouvoir discrétionnaire a été régulièrement exercé—Même si le mariage est véritable, les lignes directrices du Ministère prévoient que les agents ne sont pas tenus d'examiner favorablement les demandes présentées par des conjoints inadmissibles—Lorsque le requérant a été reconnu coupable d'un acte criminel au Canada, la prépondérance des inconvénients penche énormément en faveur de l'intimé—La condamnation du requérant l'emporte sur le grave choc émotif infligé à sa famille—La répartition des inconvénients favorise l'intimé—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)c), 114(2) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 102)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.2 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

GOMES C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-224-95, juge McKeown, ordonnance en date du 1-2-95, 4 p.)

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Requête en radiation de deux paragraphes et de trois pièces de l'affidavit du requérant pour le motif que celui-ci tentait de se fonder sur des moyens qui n'avaient pas été portés à la connaissance de la section du statut de réfugié au moment où elle a rendu sa décision—L'affidavit renvoyait à des lettres écrites après que la section du statut eut entendu l'affaire (septembre 1993), mais avant qu'elle rende sa décision (janvier 1994), et à des articles publiés après qu'elle eut rendu sa décision—Il y a eu signification d'une autorisation d'introduire une demande de contrôle judiciaire permettant précisément le dépôt d'affidavits supplémentaires—En temps normal, l'affaire en litige concerne un événement passé et seuls les éléments qui ont été soumis à la commission ou au tribunal pour fins de contrôle judiciaire sont portés à la connaissance de la Cour—Mais chaque revendication du statut de réfugié concerne l'avenir puisque le demandeur est susceptible d'être retourné dans un pays qui risque d'être pour lui tout aussi dangereux, sinon plus qu'il ne l'était lorsqu'il l'a quitté—Les pays d'où proviennent de véritables réfugiés sont extrêmement instables sur le plan des conditions sociales et de la persécution des minorités—Comme les revendications du statut de réfugié sont fondées sur des événements passés et des événements susceptibles de se produire dans l'avenir, chaque partie est autorisée à déposer des affidavits supplémentaires une fois que la Cour a accordé l'autorisation—La Cour ne suggère pas que cela se fasse dans

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

le cadre d'un contrôle judiciaire ordinaire des décisions de la CISR—La Cour devrait permettre, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, l'introduction de documents véritablement pertinents entre le moment où la section du statut a tenu l'audition et celui où il y a audition sur le contrôle judiciaire, lorsqu'il s'agit d'une affaire prospective.

GAHUNGU C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-284-94, juge Muldoon, ordonnance en date du 6-1-95, 5 p.)

Les requérants demandent la suspension d'une enquête jusqu'à ce qu'il ait été statué sur les demandes d'autorisation de présenter des demandes de contrôle judiciaire visant à empêcher la poursuite de l'enquête fondée sur l'art. 19(1)b) de la Loi sur l'immigration et à attaquer une décision rendue par un agent d'immigration et qui a conduit à l'enquête—La requérante est citoyenne guatémaltèque—Il a été recommandé qu'elle obtienne le droit d'établissement au Canada pour des raisons d'ordre humanitaire—La demande ultérieure de résidence permanente indique 1) qu'elle a comme personnes à charge un conjoint de fait, un fils (requérant mineur) et deux enfants nés au Canada; 2) que la requérante est sans emploi depuis son arrivée au Canada—La requérante s'est séparée de son conjoint de fait et elle touchait des prestations d'aide sociale—L'agent d'immigration a conclu qu'elle n'avait pas la capacité de travailler ni de subvenir à ses propres besoins, conclusion fondée sur le fait qu'elle avait quatre enfants, ne possédait aucune compétence monnayable, n'avait suivi aucun cours de recyclage et n'avait au Canada aucune parenté qui eût pu la secourir financièrement—En conséquence de la décision de l'agent, il a été ordonné la tenue d'une enquête pour décider si la requérante appartenait à une catégorie non admissible de personnes en application de l'art. 19(1)b) de la Loi—La suspension d'une enquête exige 1) qu'il existe une question sérieuse; 2) qu'il y ait un préjudice irréparable; 3) que la prépondérance des inconvénients joue en faveur de la requérante: *Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R., (2d) 123 (C.A.F.)—La requérante soutient que la section de l'arbitrage de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié n'a pas compétence pour décider qu'une enquête devrait être menée devant l'arbitre—La requérante tente d'écarter la compétence de l'arbitre en demandant un bref de prohibition pour empêcher la poursuite de l'enquête—Le fait qu'elle croit que l'arbitre rendra une décision défavorable ne suffit pas à faire interdire la poursuite de l'enquête—N'est pas fondé l'argument de la requérante selon lequel les attentes légitimes fondées sur la promesse qu'aurait faite l'agent relativement à la délivrance d'un permis ministériel constituent une question sérieuse—La doctrine des attentes légitimes ne peut faire naître des droits substantiels—Conclusion défavorable quant à l'existence d'une question sérieuse—La requérante soulève une question fondée sur l'art. 15 de la Charte relativement à l'art. 19(1)b), alléguant que le refus d'accorder le droit d'établissement en vertu du programme d'élimination de l'arriéré constitue une exclusion des avantages accordés aux personnes valides qui n'ont pas d'obligations familiales—Critère préliminaire peu sévère pour l'octroi d'une suspension relativement à une contestation fondée sur la Charte—La violation de la Charte ne repose sur aucun fondement factuel, puisque la décision de l'agent n'empêchait

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

pas la requérante de demander le droit d'établissement—Si l'art. 19(1)b) constitue de la discrimination, celle-ci touche tous ceux, hommes et femmes, qui se trouvent dans l'incapacité de subvenir à leurs besoins et à ceux des personnes à leur charge, indépendamment de la cause de cet état de choses—L'argument selon lequel l'art. 19(1)b) constitue de la discrimination fondée sur l'état civil est futile, puisque l'état de mère célibataire de la requérante est douteux—L'argument selon lequel l'art. 19(1)b) constitue de la discrimination fondée sur le revenu est rejeté, puisque le revenu n'est pas analogue aux motifs énumérés à l'art. 15 de la Charte, ni ne constitue une caractéristique immuable—La requérante est l'auteur de son propre malheur: elle a choisi d'avoir quatre enfants, sachant très bien qu'elle n'avait pas un revenu suffisant pour subvenir à leurs besoins; pour ce qui est de son état civil, c'est elle qui en est responsable—La question fondée sur la Charte est futile et ne satisfait pas au critère de la suspension—Aucun préjudice irréparable ne découlera de la permission de procéder à l'enquête—Requêtes en suspension de l'enquête en matière d'immigration rejetées—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)b) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11)—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11, (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 15.

ARIAS C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3685-94, juge Nadon, ordonnance en date du 30-11-94, 24 p.)

STATUT AU CANADA

Citoyens

Appels du refus d'attribuer la citoyenneté pour le motif que les conditions de résidence n'étaient pas remplies—Les appelants et leurs enfants, qui sont citoyens du Bangladesh, ont été admis au Canada à titre de résidents permanents le 1^{er} août 1988—Ils ont inscrit leur fils à l'école—L'appelant a cherché un emploi auprès de la fonction publique, mais il a accepté un emploi aux Nations Unies, à Rome, en septembre—Les appelants sont revenus au Canada chaque année—La femme a continuellement résidé au Canada depuis 1992, lorsque la fille s'est inscrite à l'école—Les appelants ont acheté deux maisons, ils ont produit des déclarations de revenus canadiennes, ils ont payé des impôts fonciers, ont ouvert des comptes bancaires, se sont inscrits au régime d'assurance-maladie, ont financé les études postsecondaires de leurs enfants au Canada—Ils ne possèdent rien au Bangladesh—L'appelant a été physiquement présent au Canada pendant 127 jours dans les quatre ans qui ont précédé la date de la demande de citoyenneté; la femme a été présente pendant 141 jours—Le juge de la citoyenneté n'était pas convaincu que les appelants aient centralisé leur mode d'existence au Canada ou qu'ils aient établi une résidence au Canada avant leurs périodes d'absences prolongées—Appels rejetés—À partir des indices d'attache avec le Canada, la Cour doit être en mesure d'inférer que les appelants avaient l'intention de résider au Canada, qu'ils ont établi une résidence au Canada avant de s'absenter pendant des périodes prolongées, et que la résidence a été maintenue—Du mois d'août au mois de septembre 1988, les appelants n'ont

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

pas établi leur résidence au Canada—Ils avaient l'intention requise d'établir leur résidence au Canada mais la simple intention ne suffit pas—Puisqu'ils ont omis d'établir une résidence au Canada avant de s'absenter pendant des périodes prolongées, leur absence physique ne peut pas être prise en considération dans le calcul des trois années de résidence—Rien ne montre que les absences sont temporaires—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1)c).

FAISAL (RE) (T-3029-93, juge Wetston, jugement en date du 13-2-95, 6 p.)

Réfugiés au sens de la Convention

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la SSR a statué que les requérants, des citoyens du Pérou, n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention—En 1988, un groupe terroriste a tiré sur le requérant, qui est un ancien agent de police; il l'a menacé en 1989—Le requérant a rapporté ces incidents aux policiers, mais il ne leur a pas demandé expressément de le protéger personnellement—Aucune mesure n'a été prise pour le protéger après ces incidents—Le requérant n'a pas quitté le Pérou dans les deux ans qui ont suivi, au cours desquels aucun incident ne s'est produit—La preuve établit que de nombreux anciens policiers ont été tués au Pérou—La commission a statué que l'État était présumé capable de protéger le revendicateur, sauf dans le cas d'un effondrement complet de l'appareil étatique—Il a conclu que le gouvernement du Pérou avait le contrôle efficient de son territoire; pour étayer une allégation d'impossibilité d'obtenir la protection de l'État, il faut normalement établir l'existence d'une guerre, d'une invasion ou d'un effondrement total de l'ordre au pays—Les requérants ont fait valoir que l'État n'était pas en mesure de les protéger: la preuve révélait que seuls les agents de police supérieurs pouvaient obtenir une protection personnelle—Demandes rejetées—L'État n'est pas tenu de fournir une protection personnelle dans tous les cas—La personne visée doit demander ce traitement inhabituel pour qu'une Commission se prononce à son égard—Quant à la question de savoir si le demandeur était incapable de se réclamer de la protection de son pays d'origine, la Commission a décidé qu'il devait demander la protection du gouvernement de la République du Pérou—Les requérants ne sont pas des réfugiés au sens de la Convention simplement parce que de nombreux agents de police ont été tués au Pérou—La question suivante a été certifiée: «La preuve peut-elle satisfaire au critère préliminaire de la "confirmation claire et convaincante" de l'incapacité de l'État de protéger le demandeur du statut de réfugié lorsque 1) d'une part, il n'existe ni guerre civile, ni invasion, ni effondrement total de l'ordre au pays, 2) d'autre part, le gouvernement a par ailleurs le contrôle efficient de son territoire, possède des autorités militaires et civiles et une force policière établies et fait des efforts sérieux pour protéger ses citoyens?»—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.) ch. 28, art. 1).

VELARDE-ALVAREZ C. CANADA (SECRÉTAIRE D'ÉTAT) (IMM-194-94, juge McKeown, ordonnance du 9-2-95, 7 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la section du statut de réfugié (SSR) a jugé que le requérant n'est pas un réfugié au sens de la Convention—Le requérant est citoyen chinois et affirme avoir été persécuté du fait de son opinion politique et de son appartenance à un groupe social (le clan Chen)—Dans son village d'origine, la majorité de la population appartient au clan Ho—La famille Ho a fermement appuyé le gouvernement communiste—En 1990, le requérant a refusé de donner à un membre du clan Ho l'un des trois terrains qu'il possédait—Le jour suivant, le requérant a été arrêté, détenu et battu—Il a été arrêté et battu en 1991 pour avoir résisté au saccage de sa demeure par un membre du clan Ho et des représentants du BSP et avoir refusé de payer une amende pour avoir soi-disant violé la loi chinoise de planification familiale—La SSR a jugé que le requérant n'avait pas raison de craindre d'être persécuté et que ses épreuves étaient le résultat non pas de ses opinions politiques ou de son appartenance à un groupe social, mais d'une vengeance personnelle—De plus, les querelles relatives à des biens privés ne constituent pas de la persécution—Finalement, le requérant n'a pas établi que l'État était incapable de le protéger ou n'a pas expliqué pourquoi il ne voulait pas se réclamer de sa protection—Il était raisonnablement loisible à la SSR de conclure que le requérant croyait qu'il n'aurait peut-être pas eu de problèmes s'il avait donné le terrain—Ce n'est pas sans pertinence que la SSR a examiné cette preuve—Le critère servant à déterminer si la crainte de persécution est bien fondée a été exposé dans l'arrêt *Adjei c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 680 (C.A.), à savoir: le requérant a-t-il établi qu'il «[craint] avec raison» la persécution ou qu'il y a une «possibilité raisonnable» qu'il soit persécuté—La section du statut a jugé que le requérant n'avait pas raison de craindre d'être persécuté s'il devait retourner en Chine, parce que ce qu'il craint, c'est d'être forcé de donner le terrain, une situation qui n'équivaut pas à de la persécution, mais à de l'injustice—Il relève tout à fait de la compétence de la SSR de statuer que le harcèlement était le résultat d'une vengeance personnelle et n'était pas lié à l'un des motifs énoncés dans la définition—Bien que la SSR ait commis une erreur dans l'application qu'elle a faite du critère établi dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, cette erreur n'est pas fatale à sa décision—Selon l'arrêt *Ward*, la Commission peut présumer qu'un demandeur du statut de réfugié craint avec raison d'être persécuté s'il fournit des éléments de preuve clairs et convaincants de l'incapacité de l'État à le protéger—L'établissement de cette présomption dépend de la conclusion selon laquelle le demandeur a une crainte légitime d'être persécuté aux termes de la définition—Étant donné la conclusion de la SSR selon laquelle la crainte du requérant n'est liée à aucun des motifs énoncés dans la définition, mais à une vengeance personnelle causée par des intérêts financiers, on ne peut pas présumer que le requérant craint avec raison d'être persécuté—Demande rejetée.

CHEN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-487-94, juge Richard, jugement en date du 30-1-95, 6 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la SSR a statué que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le requérant faisait valoir sa crainte d'être persécuté en Ukraine en raison de ses opinions politiques et du fait qu'il est Juif—Cette persécution se manifestait par sa conscription militaire et l'obligation qui lui serait imposée de travailler à Chernobyl, une zone fortement radioactive—La Commission a souligné des changements fondamentaux effectués depuis l'accession à l'indépendance de l'Ukraine afin de régler le problème de l'antisémitisme—Les actes antisémites ont été qualifiés de discrimination plutôt que de persécution—La Commission a conclu qu'aucune preuve crédible ou digne de foi n'établissait que le requérant avait fui le service militaire—L'intimé soutenait que la décision de la Commission ne peut être annulée que si elle est «manifestement déraisonnable»—Il doit y avoir retenue à l'égard des décisions de tribunaux administratifs spécialisés, plus particulièrement lorsqu'ils tranchent des questions complexes qui ressortissent à la politique sociale ou à un domaine technique—Plus la décision d'un tribunal administratif s'apparente au travail habituel d'un tribunal judiciaire, moins grande sera la retenue dont fera preuve la cour saisie d'une demande de contrôle—Lorsque des questions de droit sont en cause, la retenue judiciaire est pratiquement inexistante car la compétence de la cour dans ce domaine est souvent égale, sinon supérieure, à celle du tribunal administratif—Lorsqu'il s'agit d'une question mixte de fait et de droit ou d'une question mixte de politique sociale et de droit, la retenue augmente—Lorsque la question visée est une question de fait purement technique, il est probable que la retenue sera encore plus grande—Le terme «manifestement» ajouté au critère du caractère déraisonnable signifie simplement que les règles de la retenue judiciaire s'appliquent—Le terme «manifestement» signifie «clair» ou «évident»—La décision du tribunal ne doit pas être infirmée parce qu'elle est déraisonnable à moins que son caractère déraisonnable ne soit clair et évident—La Commission n'a ni omis de tenir compte de la preuve de l'antisémitisme, ni mal interprété cette preuve—La Commission a mis en doute la crédibilité du requérant—La conclusion de la Commission portant qu'elle ne croit pas le témoignage du requérant en ce qui a trait à son appel à servir dans l'armée fait échec à son argument selon lequel la Commission n'aurait pas examiné la question de savoir s'il était un réfugié sur place—Il n'y a pas eu violation d'un principe de justice naturelle, car la Commission n'a pas fait mention des déclarations qui figurent dans le premier formulaire de renseignements personnels et qui ont été omises dans le deuxième—La question de la norme de contrôle de la décision de la Commission, soit celle du caractère déraisonnable ou manifestement déraisonnable, ne peut être certifiée car la réponse à la question n'est pas déterminante quant à l'appel.

EFREMOV C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-834-94, juge Reed, ordonnance en date du 2-2-95, 7 p.)

Le requérant, un citoyen du Guyana, est arrivé au Canada le 16 mai 1987, où il a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention—Il a été inclus dans l'arriéré lorsque les modifications à la Loi sur l'immigration sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 1989—On a conclu que sa revendication avait un minimum de fondement—Il a demandé le droit d'établisse-

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

ment en vertu de l'art. 3(1) du Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié—Le 26 juin, on a statué qu'il appartenait à une catégorie non admissible par application de l'art. 19(2)b) de la Loi sur l'immigration, en raison d'infractions criminelles dont il avait été déclaré coupable au Canada—Le 23 juillet 1992, sa demande de résidence permanente a été rejetée—Il a obtenu l'autorisation d'engager une procédure de contrôle judiciaire de cette décision—Avant le prononcé d'un jugement annulant cette décision, le requérant a eu une entrevue aux fins de l'examen des motifs d'ordre humanitaire pour lesquels son admission au pays devrait être facilitée—L'agent d'immigration a rejeté sa demande—Le 18 avril 1994, la demande initiale du requérant a été rejetée, mais il a obtenu l'autorisation d'engager une procédure de contrôle judiciaire concernant le défaut de lui appliquer le Règlement sur l'élimination de l'arriéré—Contrôle judiciaire de trois décisions: (1) inadmissibilité du requérant en vertu de l'art. 19(2)b); (2) rejet de sa demande du droit d'établissement en raison de son inadmissibilité pour des raisons d'ordre criminel; (3) rejet de sa demande de droit d'établissement pour insuffisance de motifs d'ordre humanitaire—Autorisation d'engager une procédure de contrôle judiciaire accordée uniquement concernant l'applicabilité des dispositions relatives à l'admissibilité énoncées à l'art. 19 de la Loi aux personnes régies par le Règlement sur l'élimination de l'arriéré et le pouvoir des agents d'immigration de rendre une décision en se fondant sur ces dispositions—Défaut de compétence pour réviser l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 114(2) de la Loi (pouvoir de dispenser le requérant de l'application de la Loi pour des motifs d'ordre humanitaires)—Questions en litige: (1) Existe-t-il une obligation légale d'accorder le droit d'établissement au requérant, en vertu du Règlement sur l'élimination de l'arriéré? (2) Les agents d'immigration avaient-ils compétence pour déterminer si le requérant appartenait à une catégorie non admissible? (3) Les agents d'immigration avaient-ils compétence pour renvoyer le requérant à la section du statut de réfugié afin de faire trancher sa revendication du statut de réfugié? (4) La section du statut de réfugié avait-elle compétence pour se prononcer sur la revendication du statut de réfugié du requérant?—Le requérant soutient que la Cour d'appel a statué, dans *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Mayers*, [1993] 1 C.F. 154, que la décision portant qu'une revendication a un minimum de fondement est concluante et donne au requérant le droit d'être admis au Canada—L'art. 4 du Règlement sur l'élimination de l'arriéré confère uniquement à la personne appartenant à la catégorie admissible créée par l'art. 3 le droit de demander le droit d'établissement, et non celui de l'obtenir, mais uniquement s'il satisfait aux autres conditions énoncées dans la Loi et les règlements, en conformité avec l'art. 6(1)—La déclaration faite dans *Mayers* constitue une remarque incidente et aucun élément de preuve n'établit que, dans cette affaire, la Cour ait été saisie du point précis soulevé en l'espèce—Décision appliquée: *Kaisersingh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 2 C.F. 20 (1^{re} inst.), dans laquelle on a examiné essentiellement les mêmes arguments en ce qui a trait aux trois premières questions et on est parvenu à la même conclusion—C'est à bon droit que le requérant a été jugé inadmissible, qu'on a rejeté sa demande du droit d'établissement et que son dossier a été renvoyé à la section du statut de réfugié afin que

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

celle-ci tranche sa revendication du statut de réfugié—Comme les décisions des agents d'immigration étaient conformes à la Loi et au Règlement sur l'élimination de l'arriéré et comme le requérant a été renvoyé à la section du statut de réfugié par application de l'art. 46.03(5), la section du statut de réfugié avait compétence pour se prononcer sur le bien-fondé de la revendication du statut de réfugié du requérant en vertu de l'art. 69.1 de la Loi—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(2)b), 46.01(6) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14), 46.03(5) (édicte, *idem*), 69.1(1) (édicte, *idem*, art. 18), 114(2)—Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié, DORS/90-40, art. 3, 4, 6.

ALI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2359-94, juge Richard, jugement en date du 8-2-95, 8 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section du statut de réfugié (SSR) refusait d'accorder au requérant le statut de réfugié au sens de la Convention—Le requérant, citoyen de l'Afghanistan, était membre de la police secrète afghane (le Khâd)—Il a fui au Canada à la suite du renversement du gouvernement dans son pays—La SSR a décidé que la définition de réfugié au sens de la Convention ne s'appliquait pas au requérant parce qu'il avait commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité au sens de l'art. 1(F)a) de la Convention en raison de son appartenance au Khâd—Le requérant soutient que la simple appartenance au Khâd ne suffit pas à justifier la conclusion de la SSR—La complicité dans la perpétration d'une infraction internationale exige: (1) l'appartenance au groupe qui commet des infractions continûment et régulièrement comme faisant partie de ses opérations; (2) la participation personnelle et consciente; (3) le défaut de se dissocier du groupe à la première occasion qui ne présente pas de danger—La preuve non contredite montre que le Khâd recourait de façon routinière à la torture physique et psychologique et aux exécutions extrajudiciaires et qu'il s'agissait d'une pratique reconnue—Le requérant avait la connaissance requise des actes du Khâd—Il y avait suffisamment de preuves pour permettre à la SSR de conclure raisonnablement que le requérant avait continué son adhésion au Khâd en dépit des occasions possibles de s'en dissocier—Demande rejetée—Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] Can T.S. No 6, art. 1(F)a).

ZADEH C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3077-94, juge Wetston, ordonnance en date du 21-1-95, 5 p.)

Contrôle judiciaire de la décision de la SSR—Le requérant soutient qu'un principe de justice naturelle a été violé parce que les membres du tribunal ont lu, avant l'audience, des notes préjudiciables rapportant des déclarations faites par le requérant et décrivant sa conduite au moment de son arrivée au pays—Il prétend de plus que la conclusion défavorable quant à sa crédibilité est fondée sur des questions mineures qui n'ont aucun lien avec l'essence de sa revendication—L'argument relatif à la justice naturelle s'appuie sur le Manuel de formation pour les agents d'audience du statut de réfugié et sur le jugement *Khakh c. Canada* (Ministre de l'Emploi et de l'Immi-

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

gration), [1994] 1 C.F. 548 (1^{re} inst.)—Le manuel prévoit que les documents susceptibles de causer du tort doivent être déposés en preuve à la date de l'audience à moins que l'avocat ou le revendicateur ne consente à leur dépôt préalable—Le fait que les notes préjudiciables ont été déposées au préalable auprès des membres du tribunal, qui les ont lues avant l'audience, a été expressément porté à la connaissance du «conseil» du requérant à l'audience—Le requérant était représenté par une auxiliaire juridique d'un cabinet d'avocats—Le jugement *Khakh* établit qu'il n'y a pas renonciation par le requérant à son droit d'invoquer sa crainte de partialité pour s'opposer à la tenue d'une audience devant un tribunal—Le requérant soutient que cette conclusion était fondée sur le fait que le représentant du requérant n'avait pas de formation juridique—Demande rejetée—La directive formulée dans le Manuel de formation vise à éviter les ajournements inutiles; elle ne reconaît pas comme une condition absolue découlant des principes de justice naturelle que les documents préjudiciables ne doivent pas être déposés au préalable—Un consentement préalable avait été donné à l'égard du dépôt préalable des documents et de leur inclusion dans le dossier—De plus, à l'audience, on a renoncé expressément au droit de formuler une objection contre le dépôt préalable des documents préjudiciables—Étant donné qu'il y a eu consentement, on ne peut accorder foi à une allégation portant maintenant qu'un principe de justice naturelle a été violé—Il est raisonnable de supposer que l'auxiliaire du cabinet juridique avait discuté de la cause du requérant avec un membre de ce cabinet qui avait une formation juridique—Dans le contexte des audiences tenues par de nombreux tribunaux administratifs, y compris en matière de statut de réfugié, un requérant a le choix: il peut parler en son propre nom ou se faire représenter par un conseiller juridique ou par un représentant qui n'a pas de formation juridique—Le jugement *Khakh* n'a pas énoncé une règle selon laquelle un demandeur qui choisit un représentant qui n'a pas de formation juridique ou qui comparait en son propre nom se trouve dans une situation plus avantageuse que celui qui est représenté par un avocat lorsque vient le temps de faire valoir qu'il n'a pas renoncé à ses droits au cours d'une audience—On s'attend habituellement que les personnes qui comparaissent devant les tribunaux judiciaires ou administratifs sans se faire représenter par un avocat connaissent le droit—Dans certaines situations, il se peut que le manque de connaissance mène à une conclusion selon laquelle la renonciation implicite est viciée parce que la partie ne connaissait pas suffisamment ses droits—La Cour n'était pas disposée à supposer que la représentante du requérant ignorait que les objections fondées sur une prétendue violation de la justice naturelle doivent être présentées sans délai, simplement parce qu'elle n'avait pas les qualités requises formellement pour devenir avocate—De plus, il y a eu consentement au dépôt préalable—Bien que certains de ces aspects concernent manifestement des éléments insignifiants, l'effet cumulatif de toutes les incohérences appuie la conclusion de la Commission sur la crédibilité.

JOHPILLAI C. CANADA (SECRÉTAIRE D'ÉTAT) (IMM-3651-94, juge Reed, ordonnance en date du 31-1-95, 7 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

que la requérante n'était pas une réfugiée au sens de la Convention—La requérante, qui est citoyenne du Ghana et membre de la tribu akan de naissance, a allégué des manquements à la justice naturelle fondés sur la partialité—Voici le critère pour déterminer si une décision est susceptible de contrôle pour le motif qu'il existe une appréhension raisonnable de partialité: un observateur renseigné pourrait-il raisonnablement percevoir de la partialité chez un décideur? (*Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623—Une allégation de partialité personnelle a été soutenue contre un membre précis de la commission dans trois affidavits présentés par des réfugiés ghanéens—Il y est déclaré que, comme membre fondateur d'une organisation ghanéenne sans but lucratif, un membre de la Commission s'était opposé à ce que l'organisation vienne en aide aux réfugiés ghanéens; et que ce membre a dit publiquement ne pas croire qu'il y avait de véritables réfugiés venant du Ghana et que de tels revendicateurs étaient des migrants économiques (l'affirmation)—Cette affirmation n'est pas peu digne de foi, car elle apparaît dans des affidavits précis quant au temps, au lieu et au contexte—L'avocat de l'intimé n'a pas contre-interrogé les signataires des affidavits mais a plutôt tenté de réfuter la preuve en se reportant aux motifs donnés par le membre de la Commission à l'appui de sa décision de ne pas se récuser (les motifs)—Ces motifs n'ont pas été produits en preuve dans la présente instance: les affirmations faites dans une instance doivent être produites en preuve dans une autre instance par les voies normales pour permettre le contre-interrogatoire—Les motifs établissent que le membre de la Commission a refusé de se récuser dans une affaire antérieure en présence d'allégations identiques à celles qui étaient faites alors devant la Commission, mais ces motifs ne figurent pas au dossier de la présente instance car ils n'ont pas été maintenus au dossier de l'instance antérieure—Des déclarations faites sous serment allèguent que le membre de la Commission a exprimé l'avis que le Ghana ne produisait pas de réfugiés légitimes, mais il n'y a eu aucune preuve du contraire—Cette déclaration donne naissance à une crainte raisonnable de partialité, car une personne au courant mise en présence de la preuve produite par les signataires des affidavits serait vraisemblablement portée à penser que le membre de la Commission a pu ne pas trancher la question de façon équitable—La requérante avait normalement l'obligation de soulever la question de la partialité au cours de l'audience, toutefois, comme l'avocat qui la représentait à l'audience tenue devant la Commission ne la représentait pas dans la présente instance et comme aucun élément de preuve ne laisse supposer que la requérante ou son avocat à ce moment-là étaient alors au courant des motifs qui sont maintenant avancés, la requérante n'a pas renoncé à son droit de soulever cette allégation de partialité dans la présente instance—Demande accueillie.

TEKYI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-932-92, juge Noël, ordonnance en date du 14-2-95, 8 p.)

Demande d'annulation de la décision par laquelle la section du statut de réfugié (SSR) a rejeté la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention—Les requérants, des citoyens du Zaïre, revendiquent le statut de réfugiés au sens de la Con-

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

vention en invoquant une crainte fondée sur la persécution du fait de leurs opinions politiques et de leur appartenance à un groupe social politique, à la suite d'une agression sexuelle et de la grossesse qui en est résultée au cours de l'incarcération—La SSR a conclu que les agressions sexuelles des prisonniers politiques par les agents du gouvernement sont des actes de violence personnelle et que par le fait même, ils ne s'assimilent pas à la persécution (conclusion)—Cette conclusion doit être appuyée d'éléments de preuve démontrant que le gouvernement ne tolère pas ce genre d'abus et qu'il en poursuit promptement les auteurs—La preuve documentaire dont disposait la SSR a révélé: (1) qu'aucun mécanisme n'avait été mis en œuvre pour décourager ces agressions; et (2) que les agents du gouvernement violaient activement les droits de la personne de ceux qui s'opposaient au régime—La décision de la SSR découlait directement de la mauvaise interprétation de la définition de l'expression réfugié au sens de la Convention et de son application irrégulière—Il n'y avait pas d'éléments de preuve à l'appui de la conclusion que les requérants ne seraient vraisemblablement pas arrêtés à leur retour au Zaïre pour s'être évadés de prison—Des éléments de preuve montrent que le régime Mobutu a toléré les violations des droits de la personne des dissidents politiques, et ils contredisent la conclusion de la SSR que les requérants n'avaient aucune possibilité raisonnable d'être persécutés aux mains des autorités—Demande accueillie.

NJOKO C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-1698-92, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 25-1-95, 3 p.)

Résidents permanents

Contrôle judiciaire de la décision de l'argent des visas qui a refusé d'accorder la résidence permanente au requérant sans procéder à une entrevue—Le requérant, un citoyen du Pakistan, a présenté au haut commissariat canadien d'Islamabad une demande entrant dans la catégorie des «parents aidés». Le requérant n'a pas précisé, dans la partie appropriée de son formulaire, son aptitude à parler le français, mais il a effectivement ajouté la mention qu'il avait passé le cours d'enseignement primaire de l'Alliance française—L'agent des visas n'a accordé aucun point pour l'aptitude à parler le français et il n'a procédé à aucune entrevue puisque le requérant n'avait pas obtenu le nombre de points suffisants à cet effet—L'agent des visas n'a pas commis d'erreur en n'accordant pas de points pour l'aptitude à parler le français—Le fait d'avoir terminé un cours d'enseignement primaire en français depuis plusieurs années ne laissait pas nécessairement supposer que le requérant parlait, lisait ou écrivait le français suffisamment pour se mériter des points—L'agent des visas a attribué au requérant le maximum de points pour la connaissance de l'anglais, et comme le requérant a choisi de ne pas préciser dans sa demande son niveau d'aptitude en français, il pouvait refuser de lui accorder des points à ce sujet—L'agent des visas n'était pas tenu de convoquer le requérant à une entrevue aux fins de clarifier sa mention ambiguë relative à ses aptitudes en français

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

—Aucun principe de justice naturelle oblige le décideur à convoquer le requérant à une entrevue lorsque des doutes existent sur la décision à prendre.

MOHAMMAD C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1358-94, juge Rothstein, ordonnance rendue le 30-1-95, 4 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a jugé que la preuve avait été faite de la célébration d'une cérémonie d'adoption et que le rejet de la demande du droit d'établissement n'était pas conforme à la loi—L'agent des visas a rejeté la demande de parrainage présentée par l'intimé pour que sa fille adoptive ait le droit de s'établir au Canada en tant que parente—Il a déclaré que l'adoption s'est faite en violation de la loi indienne sur les adoptions puisque l'enfant n'avait pas vraiment été donnée en adoption—En appel, la section d'appel a déclaré que l'intention de transférer l'enfant n'était pas une considération pertinente, et après cela il n'y a pas eu d'autre contre-interrogatoire sur ce point—Dans ses motifs, elle a dit que l'intention de transférer l'enfant était une question importante, puisque la loi sur les adoptions n'exige pas la remise physique d'un enfant—Elle a conclu que la preuve avait été faite de la célébration de la cérémonie d'adoption—La demande a été accueillie—Étant donné que la section d'appel s'est appuyée sur la question même qui faisait l'objet de l'interrogatoire, le requérant n'a pas pu exposer complètement sa preuve—L'abrégement du contre-interrogatoire a entraîné une violation des règles de justice naturelle—La négation du droit à une audition équitable rend une décision invalide—De plus, la section d'appel n'a pas abordé la bonne question—La question n'est pas de savoir s'il y a eu une adoption valide conformément aux lois de l'Inde, mais si l'adoption, conformément aux lois de l'Inde, est bien reconnue en vertu de la Loi sur l'immigration et de son règlement d'application en vigueur au Canada.

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. PATEL (IMM-6059-93, juge Cullen, ordonnance en date du 26-1-95, 7 p.)

COURONNE**PRÉROGATIVES**

Appel contre la décision du juge de première instance ([1994] 1 C.F. 102) qui rejetait la demande: (1) visant l'annulation de deux décisions par lesquelles le gouverneur en conseil approuvait le passage de navires nucléaires dans les ports canadiens; (2) visant à obliger les intimés à procéder à un examen préalable en application du Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement (DLDPEEE)—En adoptant les décrets contestés permettant le passage de navires nucléaires américains et britanniques dans les ports canadiens, le gouverneur en conseil agissait conformément à l'autorité que lui confère la prérogative royale en matière de défense nationale et d'affaires extérieures—En adoptant (1) la Loi sur le contrôle de l'énergie atomique; (2) la Loi sur la marine marchande du Canada et (3) la Loi canadienne sur la protection de l'environnement (les

COURONNE—Fin

lois litigieuses), le Parlement n'avait pas l'intention de limiter l'autorité et le pouvoir discrétionnaire du gouverneur en conseil dans ces matières, et aucune de ces lois ne peut s'interpréter comme ayant eu un tel effet—Le DLDPEEE ne s'applique pas aux décrets (*Angus c. Canada*, [1990] 3 C.F. 410 (C.A.F.))—La prétention des appelants selon laquelle le rapport du ministère de la Défense nationale contenait trop de lacunes pour avoir été rédigé de bonne foi ne constitue par un fondement suffisant pour déclarer invalides les actes du gouverneur en conseil—Loi sur le contrôle de l'énergie atomique, L.R.C. (1985), ch. A-16—Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-9—Loi canadienne sur la protection de l'environnement, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 16—Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467.

VANCOUVER ISLAND PEACE SOCIETY C. CANADA (A-447-93, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 9-1-95, 3 p.)

DOUANES ET ACCISE**LOI SUR L'ACCISE**

Demande en vue d'obtenir une ordonnance déclarant les droits de la requérante sur un véhicule saisi en vertu de l'art. 69 de la Loi—La requérante a prêté son véhicule à un voisin pour qu'il rende visite à sa vieille mère—Le véhicule de la requérante a été saisi parce qu'il contenait des cigarettes de contrebande et du tabac manufacturé qui étaient emballés incorrectement et qui ne portaient pas les marques exigées par la Loi—La requérante soutient qu'elle n'était pas au courant des activités illégales du voisin et qu'elle n'a pas trempé dedans—L'art. 69 permet à certaines personnes de demander une ordonnance déclarant que leur intérêt n'est pas affecté par la saisie si le critère suivant, à trois volets, est satisfait: 1) la personne détient un intérêt dans les biens saisis; 2) la personne est innocente de toute complicité dans l'infraction qui a eu pour résultat la saisie; 3) la personne a pris toutes les mesures voulues afin de s'assurer que vraisemblablement le véhicule ne serait pas employé contrairement à la loi—La charge qui incombe à la requérante de prouver qu'elle a pris toutes les mesures voulues relativement au troisième volet du critère est très onéreuse—Il incombe à la requérante de démontrer qu'elle s'est «renseignée de façon concrète et spécifique» pour vérifier s'il existait des motifs de soupçonner que le voisin pouvait s'en servir à des fins irrégulières ou illégales—La requérante n'a jamais tenté de découvrir si: 1) la voiture du voisin était effectivement en réparation; 2) si le mode de vie du voisin était conforme à son état de prestataire d'aide sociale; 3) le voisin fréquentait des personnes louches—Le juge n'a pas retenu la prétention de la requérante selon laquelle elle avait précédemment effectué un voyage à Ottawa avec le voisin pour s'assurer que la mère de celui-ci était effectivement malade et âgée et qu'elle vivait à Ottawa—La requérante ne s'est pas acquittée du fardeau qui lui incombait—Loi sur l'accise L.R.C. (1985), ch. E-14, art. 69.

LÉVEILLE C. CANADA (T-2387-94, juge Nadon, ordonnance en date du 13-1-95, 9 p.)

DOUANES ET ACCISE—Fin**LOI SUR LES DOUANES**

Demande d'autorisation d'en appeler d'une décision du TCCE—Le requérant n'a pas établi un motif défendable lui permettant d'avoir gain de cause en appel—Absence de fondement à l'appui de l'argument selon lequel le Tribunal a commis une erreur en omettant d'interpréter l'art. 48 de la Loi sur les douanes comme exigeant la résidence—La résidence est une notion qui n'a absolument rien à voir avec la détermination de la valeur en douane—Aucune disposition n'en fait mention expressément et on ne peut l'interpréter comme étant implicitement prévue par la Loi—L'art. 48 parle de la détermination de la valeur transactionnelle des marchandises «vendues pour exportation au Canada» à un acheteur ne résidant pas au Canada—Rien n'empêche que les marchandises soient «vendues pour exportation au Canada» à un acheteur ne résidant pas au Canada—Le pouvoir de réglementation conféré à l'art. 164(1)e prévoit expressément cette situation—La conclusion selon laquelle l'intimée était acheteur des marchandises «vendues pour exportation au Canada» est une conclusion de fait qui ne peut pas faire l'objet d'un appel—La politique selon laquelle Revenu Canada préférerait faire valoir ses droits sur la valeur en douane à l'égard de la transaction subséquente ne vient aucunement en aide à celui-ci compte tenu d'une loi qui permet clairement et indubitablement un résultat différent—Les recommandations de la Commission du tarif disent clairement que le *situs* de l'acheteur n'est pas une condition de l'admissibilité d'une transaction aux fins de la détermination de la valeur en douane—Demande rejetée—Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1, art. 48, 164(1)e.

SOUS-MINISTRE M.R.N. C. HARBOUR SALES (WINDSOR) INC.
(95-T-5, juge Noël, ordonnance en date du 2-2-95, 3 p.).

DROITS DE LA PERSONNE

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission canadienne des droits de la personne a rejeté la plainte de discrimination déposée par le requérant contre l'ACDI, son employeur, laquelle était fondée sur sa couleur ainsi que sur son origine nationale ou ethnique—Le requérant avait été embauché par l'ACDI dans le cadre du Programme de recrutement des minorités visibles, à titre de gestionnaire de programme, pour un stage d'un an—La première évaluation du rendement du requérant faisait remarquer que celui-ci devait se perfectionner dans trois domaines—La seconde évaluation disait que le rendement du requérant était à peine satisfaisant et celui-ci a été renvoyé en cours de stage—L'agent d'équité en matière d'emploi de l'ACDI a examiné les raisons pour lesquelles le requérant devait être renvoyé et a recommandé au superviseur de réexaminer sa décision—La décision a été maintenue—Le requérant a déposé une plainte devant la Commission—La plainte du requérant faisait partie du projet visant à réduire l'arriéré des plaintes déposées devant la Commission—L'enquêteur désigné a été remplacé à plusieurs reprises pendant l'enquête—Dans le rapport, on recommandait le rejet de la plainte pour le motif que les allégations du requérant n'étaient pas fondées—Le requérant ayant allégué que l'enquête était viciée, une seconde enquête a été menée, qui a abouti à la recommandation selon laquelle un conciliateur

DROITS DE LA PERSONNE—Fin

devait être chargé de régler la plainte—La Commission a rejeté la plainte et a fermé le dossier—Le requérant soutient que la Commission n'avait pas de motifs raisonnables de rejeter la recommandation de désigner un conciliateur; qu'elle a omis d'examiner une partie importante de la preuve; qu'elle a outrepassé sa compétence en concluant qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour poursuivre la procédure—L'obligation générale d'«équité procédurale», qui s'applique à tous les processus décisionnels administratifs, exige la neutralité et la rigueur (*Slattery c. Canada*, [1994] 2 C.F. 574 (1^{re} inst.))—Le pouvoir discrétionnaire légal de la Commission de déterminer si la constitution d'un tribunal est «justifiée» augmente le pouvoir discrétionnaire qu'elle possède en rendant sa décision, mais cela ne lui permet pas pour autant de séparer complètement pareille décision du bien-fondé de la plainte—La Commission, qui était maître de sa propre procédure, avait à sa disposition les renseignements qu'elle considérait comme les plus pertinents—Elle n'a pas omis d'examiner à fond la plainte—Elle avait compétence pour examiner la preuve et rejeter la plainte—Le requérant a reçu copie de tous les rapports et de toutes les observations et il a eu la possibilité de se défendre—Absence de preuve que la Commission a agi d'une façon inéquitable—Demande de contrôle judiciaire rejetée.

BOAHENE-AGBO C. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (T-101-94, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 31-10-94, 32 p.).

FONCTION PUBLIQUE**APPELS**

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Comité d'appel de la Commission de la fonction publique (le Comité) a refusé de rendre une décision pour le motif qu'il n'était pas compétent—Le requérant a interjeté appel relativement à une nomination à un poste à la suite d'un concours restreint—Le requérant a été avisé de son droit d'appel et du délai prescrit pour informer la Commission de la fonction publique (la Commission) de son intention d'interjeter appel—Le délai prenait fin le lundi après le premier de l'an, qui à son tour tombait un samedi—Le mardi, le requérant a, par télécopieur, informé la Commission de son intention d'interjeter appel—Le Comité a conclu que l'appel n'avait pas été présenté dans le délai prescrit et que, par conséquent, il n'était pas compétent pour entendre l'affaire—Le Comité a eu raison de conclure que la disposition relative aux jours fériés des Règles de procédure civile de l'Ontario ne s'appliquait pas à l'espèce—Le délai d'appel prescrit par l'art. 20 doit être interprété de façon stricte: la Cour ne peut ni proroger ni abréger le délai d'appel—Dans des circonstances normales, le requérant aurait été tenu de déposer son appel pas plus tard que le lundi, toutefois une décision administrative de fermer les bureaux de la Commission le lundi pour observer la fête du premier de l'an qui tombait le samedi rendait impossible le dépôt de l'avis d'appel, car elle abrégait la période d'appel du requérant—La Cour doit accueillir l'appel pour faire en sorte que le requérant dispose pleinement du délai d'appel de quatorze jours comme l'exige le règlement—Lorsque le premier de l'an tombe la fin de semaine, il faut prévoir un jour férié le vendredi qui précède ou

FONCTION PUBLIQUE—Suite

le lundi qui suit la fin de semaine; si les bureaux sont fermés le vendredi, le délai d'appel se termine le lundi suivant; s'ils sont fermés le lundi, le délai se prolonge jusqu'au mardi suivant—L'avis informant un appelant éventuel de la durée de son délai d'appel devrait indiquer quel jour le délai prend fin—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 20.

NOWACZEK C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1230-94, juge Tremblay-Lamer, décision en date du 17-2-95, 7 p.)

COMPÉTENCE

Requête en annulation de la décision par laquelle le comité d'appel de la Commission de la fonction publique s'est dite incompétente pour entendre l'appel des requérants au fond—Les requérants sont des employés de la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada—Liste d'admissibilité au poste d'agent d'expulsion établie par concours interne—Appel contre les sélections faites en vue de nominations futures par ce motif que le comité de sélection avait incorporé des éléments hors sujet dans la réponse à donner à une question de l'épreuve de «connaissances»—Les requérants se sont retrouvés inadmissibles après correction des notes relatives à cette question—Mesures correctives prises par l'employeur pour rayer les requérants de la liste d'admissibilité—Puisque les requérants remplissaient les fonctions du poste à titre intérimaire, leur statut a changé de façon notable—Les requérants, intervenants dans le premier appel, ont formé appel contre les nominations corrigées—Selon le comité, l'art. 21(4) de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique fait que l'appel formé après la prise de mesures correctives ne peut porter sur les questions relatives au mérite—Étant donné que les questions soulevées dans le second appel auraient pu être soulevées dans le premier, il a été jugé que la règle de l'*issue estoppel* prive le comité d'appel de la compétence pour juger au fond—Requête accueillie—(1) La question posée dans le second appel n'était pas la même que celle qui a été décidée au premier appel—La question de fond posée lors du premier appel était de savoir si la question de l'épreuve de connaissances était convenablement notée—Au second appel, il s'agissait de savoir s'il y avait eu violation du principe de la sélection au mérite par la notation irrégulière des candidats pris individuellement, notation qui s'est soldée par leur radiation de la liste—Il n'incombait pas aux requérants de soulever cette question lors du premier appel, car la question ne se posait pas avant que les mesures correctives n'eussent été prises par l'employeur, avec pour résultat leur radiation de la liste d'admissibilité—Ils n'ont pas omis de soulever la question lors du premier appel par négligence, inadvertance, accident ou manque de diligence—(2) La décision judiciaire donnant lieu à l'irrecevabilité n'est pas finale—La décision finale du premier comité d'appel était que la question de l'épreuve de «connaissances» avait été notée à tort—Les mesures correctives prises conformément à l'art. 21(3) de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique représentaient l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'employeur, non pas la décision finale du comité d'appel—À supposer même que l'art. 21(4) soit applicable, le comité d'appel avait compétence pour entendre le second appel puisque les mesures correctives prises par l'employeur à la suite du premier appel

FONCTION PUBLIQUE—Suite

et la radiation subséquente des requérants de la liste d'admissibilité, portaient atteinte au principe de la sélection au mérite—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 21 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 16).

ALONGI-PELUSO C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (T-2909-93, juge Rouleau, ordonnance en date du 20-1-95, 7 p.)

PENSIONS

Le demandeur sollicite une déclaration, en vertu de l'art. 42(10) de la Loi et de l'art. 17(1) du Règlement, l'autorisant à exercer le choix de racheter son service antérieur dans la fonction publique australienne parce qu'il n'a pas été informé de son droit d'exercer ce choix—Le demandeur a travaillé pendant 20 ans pour l'Australian Atomic Energy Commission avant d'entrer au service d'Énergie atomique du Canada Limitée (ÉACL)—Il a participé aux régimes de pension fédéraux respectifs de l'Australie et du Canada—Lorsqu'il a quitté la fonction publique australienne, il a demandé le remboursement sous forme de somme globale de ses cotisations au régime de pension australien—Lorsqu'il a commencé à travailler chez ÉACL, on lui a remis une formule d'admissibilité et une brochure concernant le régime canadien; il a aussi rencontré un agent de dotation—Le demandeur soutient qu'après avoir examiné les documents et rencontré l'agent de dotation, il avait compris de façon très nette qu'il ne pouvait pas racheter son service accompli en Australie—L'art. 42(10) de la Loi et l'art. 17(1) des Règlements visent clairement à édicter des mesures réparatrices, mais le paragraphe 17(1) exige clairement que le défaut d'exercer le choix soit dû à un avis erroné—Bien que, dans certaines circonstances, un avis erroné puisse comprendre un avis insuffisant, le demandeur en l'espèce, qui a reçu de l'information l'avisant qu'il devait demander des renseignements additionnels concernant son service antérieur pour le gouvernement australien, n'a pas reçu d'avis erroné—Le fait d'avoir laissé une impression au requérant, quant à sa possibilité de choisir de racheter son service, n'est pas suffisant pour constituer un avis erroné—Pour qu'il y ait avis erroné, il faut qu'une déclaration inexacte ait effectivement été faite ou qu'on infère qu'elle l'a été—Absence d'avis erroné en l'espèce—Le demandeur demande subsidiairement des dommages-intérêts pour déclaration inexacte faite par négligence—Le délit de la déclaration inexacte faite par négligence est un principe maintenant bien établi dans le droit canadien de la responsabilité délictuelle—Pour que ce délit donne lieu à un redressement il faut: (1) qu'il existe une obligation de diligence fondée sur un «lien spécial»; (2) que la déclaration soit fautive, inexacte ou trompeuse; (3) que l'auteur de la déclaration ait agi de manière négligente; (4) que le destinataire se soit fié à la déclaration; (5) que le fait qu'il s'y soit fié lui ait causé un préjudice—Conclusion portant que le demandeur ne s'est pas fié à la déclaration—En l'espèce, l'agent de dotation n'avait aucune obligation abstraite de poser des questions au demandeur et de le conseiller relativement au choix dans son cas particulier—Lorsque la brochure du gouvernement commande expressément à l'employé de demander des renseignements, l'acceptation volontaire des responsabilités par l'agent de dotation ne s'applique pas en l'absence de demande de renseignements de la part de l'employé—On n'a pas établi que l'agent de dotation avait laissé entendre que le service accompli en Australie

FONCTION PUBLIQUE—Suite

n'était pas admissible—Conclusion portant qu'il n'existait pas d'obligation de diligence—Conclusion portant que ni ÉACL ni son agent de dotation n'ont fait de déclaration trompeuse—Une personne raisonnable aurait demandé des renseignements—Le demandeur prétend que le principe *res ipsa loquitur* s'applique—Il n'existe aucune cause fondée sur le principe *res ipsa loquitur* qui ne découle pas d'un accident: les auteurs parlent d'une «chose qui cause un dommage», expression qui ne peut renvoyer qu'à un objet concret; les exemples mettent tous en cause des meubles qui causent des dommages physiques et des lésions corporelles—La doctrine exige: (1) un événement qui ne se produit normalement pas en l'absence de négligence; et (2) la connaissance exclusive des faits par la partie défenderesse—Le principe *res ipsa loquitur* ne s'applique pas en l'espèce—Conclusion: absence de déclaration inexacte faite par négligence—Action rejetée—Loi sur la pension de la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-36, art. 42(10)—Règlement sur la pension de la Fonction publique, ch. 1358, art. 17(1).

SPINKS C. CANADA (T-2473-91, juge McKeown, jugement en date du 16-1-95, 16 p.)

PROCÉDURE DE SÉLECTION

Principe du mérite

Requête en annulation de la décision par laquelle un comité d'appel a rejeté l'appel formé par le requérant contre la décision du ministère employeur de ne pas le promouvoir—À l'invitation de ce dernier, le requérant a fait une demande de promotion à toutes les trois catégories de postes de chercheur, postes classés en fonction du titulaire—Le comité de promotion a procédé aux promotions mais n'a pas rempli le quota fixé pour chaque catégorie—Le refus d'instruire la demande du requérant pour vice de forme a été infirmé et sa promotion au niveau SE-RES-03, recommandée—Appel formé par le requérant contre les promotions aux postes SE-RES-04 et 05—Il tenait à démontrer que ses titres de compétence étaient égaux, sinon supérieurs, à ceux des candidats promus à ces postes—Il ne prétendait pas que ceux-ci n'étaient pas qualifiés pour la promotion qu'ils recevaient—Le comité d'appel a conclu qu'il n'avait pas compétence pour connaître de l'appel puisque la plainte ne tombait pas dans le champ d'application de l'art. 21 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique—Et que l'appel prévu à cette disposition visait à faire échec aux nominations qui n'auraient pas dû avoir lieu—Requête accueillie—Le mérite est toujours un facteur dans toute enquête prévue par l'art. 21—Dans le contexte de la promotion à un poste classé en fonction du titulaire, le candidat reçu doit satisfaire aux conditions nécessaires de compétence attachées à la promotion, puis démontrer qu'il est le mieux qualifié parmi ceux qui remplissent ces conditions nécessaires—Si deux personnes qualifiées concourent pour la même promotion, le seul facteur d'attribution du poste en fin de compte est leur mérite respectif—Le comité d'appel a mal interprété la plainte du requérant pour avoir conclu qu'il ne contestait pas la promotion des candidats reçus—Peu importe que le requérant ait concédé que ceux-ci ont les qualités requises pour leur promotion—Ce qui compte, c'est que le requérant fonde sa plainte sur l'allégation que ses titres de compétence étaient supérieurs à ceux des candidats reçus—Distinction faite avec les faits de la cause *Leckie c. Canada*, [1993] 2 C.F. 473 (C.A.), dans laquelle les appe-

FONCTION PUBLIQUE—Suite

lants ne prouvaient pas que les candidats les mieux qualifiés n'avaient pas été choisis—Le comité d'appel ne s'est pas assuré que les personnes les mieux qualifiées ont été nommées, en se déclarant incompétent pour avoir mal interprété la plainte du requérant—Le principe du mérite demeure applicable, que les quotas aient été remplis ou non—Si on ne peut obliger l'employeur à dépasser les quotas, on peut toujours invoquer le principe du mérite pour contester les promotions faites dans les limites des quotas fixés—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 10, 21 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 16).

PEET C. CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) (T-788-94, juge Noël, ordonnance en date du 8-2-95, 5 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Contrôle judiciaire du rejet d'un grief par la CRTFP—Officier de la Garde côtière du Canada, le requérant servait à bord d'un navire soumis au «système de dotation en personnel navigant et d'accumulation des jours de relâche» prévu à la convention collective—Le requérant a travaillé 28 jours du 27 novembre au 24 décembre 1991—Pendant la période des 28 jours de relâche prévus du 25 décembre 1991 au 22 janvier 1992, il a été rappelé au travail les 14 derniers jours—Il a pris les 28 jours de relâche suivants—Il a été rémunéré au taux bihebdomadaire normal pour la période du 25 décembre 1991 au 22 janvier 1992, avec en sus, une rémunération en espèces équivalente à trois jours de relâche pour chacun des jours durant lesquels il a travaillé, du 8 au 22 janvier—Un jour de relâche a été déduit pour chacun des jours de relâche où il a travaillé et aucun n'a été porté à son crédit, ce qui fait qu'au 22 janvier, ses crédits de jours de relâche étaient réduits à néant—Le requérant soutient que la rémunération du travail fait les jours de relâche doit être la même que celle des jours de travail normaux, c'est-à-dire rémunération de trois jours de relâche en sus d'un jour de relâche—Ce qui reviendrait à un taux d'heures supplémentaires équivalent à deux fois et demie le taux normal, et non à une fois et demie selon l'interprétation de l'employeur—Administration de la preuve du contexte des négociations sur les clauses applicables—Le requérant soutient que le défaut de prendre en considération cette preuve ressort de l'absence de motifs qu'aurait dû prononcer l'arbitre sur ce point—Et que l'arbitre a commis une erreur de droit (1) faute d'avoir pris en considération le contexte dans lequel avait été négociée la convention collective, et (2) pour avoir conclu que les prétentions du plaignant tendaient à un «cumul» de payes—Recours rejeté—L'art. 30 des Règlement et règles de procédure de la CRTFP prévoit les quatre éléments que doit contenir la sentence arbitrale—Si la lecture de la décision dans son ensemble montre clairement les arguments avancés par le plaignant, les principes de droit et les méthodes appliqués par l'arbitre et ce que celui-ci a retenu contre le requérant, les prescriptions de cette disposition sont remplies—Dans une instance en contrôle judiciaire, il ne faut pas examiner les motifs de l'arbitre à la loupe—Les motifs prononcés par l'arbitre sont tout à fait conformes à l'art. 80, puisqu'il a rappelé le contexte du grief et résumé les témoignages produits—Le fait qu'il ne s'est pas expressément prononcé sur un témoignage ne prouve pas qu'il l'ait ignoré même si, en dernière analyse, il ne lui a pas accordé une grande valeur probante—L'arbitre n'a pas commis une erreur faute d'avoir pris en considération toutes

FONCTION PUBLIQUE—Fin

les preuves produites—Le requérant ne fait pas la preuve lui incombant que l'interprétation faite par l'arbitre de la convention collective est manifestement déraisonnable ou clairement irrationnelle—Étant donné qu'aux termes de la clause applicable, tous les jours, y compris les jours de relâche, sont considérés comme jours de travail, et qu'un officier touche sa paye normale pour tout le cycle de 28 jours de travail à bord et 28 jours de relâche, c'est à juste titre que le requérant a touché sa paye normale avec un supplément en espèces équivalent à trois jours de relâche pour chaque jour où il a travaillé pendant la période de jours de relâche prévus à l'horaire—Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 92, 101—Règlement et règles de procédure de la CRTFP, DORS/90-771, art. 80.

BANTON C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (T-1181-93, juge MacKay, ordonnance en date du 25-1-95, 11 p.)

Demande d'annulation de la décision par laquelle la Commission des relations de travail dans la Fonction publique (la Commission) a rejeté le grief de la requérante qui soutenait que l'intimée n'avait pas maintenu un milieu de travail libre de discrimination et de harcèlement d'ordre sexuel (déclaration)—La requérante a soutenu que son supérieur critiquait son rendement et ses habitudes de travail, qu'il aurait fait des remarques gênantes à son sujet, qu'il l'intimidait et qu'il lui faisait des remarques sexuelles explicites—Le supérieur a nié toutes ces allégations—L'enquêtrice n'a pas réussi à établir le fondement des allégations—En rejetant le grief, l'arbitre de la Commission a affirmé que la preuve de la requérante était contradictoire—L'arbitre n'a prononcé aucune conclusion concernant la preuve non contredite de quatre incidents et la question de savoir s'ils constituaient de la discrimination ou du harcèlement d'ordre sexuel—Bien qu'il ne soit pas tenu de formuler des remarques sur tous les éléments de preuve, l'arbitre doit évaluer tous les éléments de preuve pertinents, décider du poids à leur accorder et prononcer ses conclusions sur la preuve dans le contexte des allégations particulières—Les faits non contredits étaient manifestement pertinents—L'arbitre a commis une erreur en omettant de prendre en compte la preuve de quatre incidents pertinents—Demande accueillie—Affaire renvoyée pour réexamen par un arbitre différent.

RIBECA C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (T-2776-93, juge Wetston, ordonnance en date du 14-11-95, 9 p.)

FORCES ARMÉES

Contrôle judiciaire de la décision de libérer le requérant des Forces armées canadiennes—En vertu de l'art. 15.36 des Ordonnances et Règlements royaux, le commandant qui projette de recommander la libération doit préparer un avis d'intention précisant les raisons de sa recommandation—L'art. 2(13) de l'O AFC 15-2 dispose: «En règle générale, un Avis d'intention de recommander la libération... ne doit pas être donné avant qu'on ait mis l'intéressé en garde, conformément aux dispositions de l'O AFC 26-17... et il faut que cette mesure n'ait pas donné de résultats»—L'O AFC 26-17 prévoit que l'avertissement écrit (AE) et la mise en garde et surveillance (MG et S) sont des mesures qui ne doivent pas être prises deux fois pour corriger la même faiblesse ou une faiblesse

FORCES ARMÉES—Suite

apparentée à la première—Les mesures d'AE ou de MG et S peuvent être ordonnées pour rendement insuffisant ou insuffisances caractérielles, drogues et dettes—Les intimés ont respecté les exigences posées par les O AFC 15-2 et 26-17—Le requérant a reçu très récemment une MG et S, le 24 juillet 1991, indiquant qu'il était formellement mis en garde et placé sous surveillance pour conduite indigne d'un membre des Forces canadiennes; habitudes de travail déficientes, manque de motivation et besoin de surveillance directe; et imposition d'un fardeau à l'administration—Ce rapport a été ordonné à la suite de la condamnation du requérant sous le régime de la Loi sur la taxe d'accise, pour avoir eu en sa possession un alambic propre à la fabrication d'eau de vie—La MG et S de juillet 1991, avec les trois AE qu'il a reçus au total au cours de sa carrière et une MG et S antérieure, ainsi que les services d'orientation personnelle et financière qui lui ont été fournis continuellement jusqu'à sa libération en 1993, établissent que le requérant a eu toutes les chances de s'attaquer, par l'entremise des AE et MG et S, aux problèmes qui avaient un effet négatif sur son rendement—Selon l'art. 15.36(8) des ORFC, lorsque le chef de l'état-major de la Défense reçoit une réponse d'un membre sans brevet d'officier qui a été saisi d'un Avis d'intention de recommander la libération, on doit aviser le membre sans brevet d'officier des raisons pour lesquelles la recommandation de libération suivra son cours en dépit de ses objections—L'art. 15.36(8) n'exige pas que les motifs de la libération soient fournis par écrit; il n'établit aucune forme particulière pour l'énoncé des motifs; aucune indication n'est donnée quant à la façon dont les motifs doivent être communiqués—Les motifs visent à informer le membre de la décision et à l'aviser des raisons pour lesquelles la recommandation est acceptée en dépit de ses objections—La note envoyée par télex portant que le chef d'état-major de la Défense approuvait la recommandation de libération, les motifs fournis oralement par l'adjudant intérimaire de la station, les motifs écrits figurant dans l'Avis d'intention de recommander la libération, l'entretien et la discussion entre le requérant et le lieutenant-colonel Smith, ainsi que les observations présentées par écrit pour s'opposer à la libération sont suffisants pour satisfaire aux exigences de l'art. 15.36—Compte tenu du régime réglementaire et de son objet, l'art. 15.36(8) peut être considéré à la fois comme impératif et directif—Le respect de l'art. 15.36(8) est impératif en ce qu'il dispose que le membre «doit» être informé des raisons de sa libération; toutefois, il est directif quant au respect strict de cette obligation—Les intimés ont respecté substantiellement les exigences de l'art. 15.36(8)—Le requérant a été informé des raisons de sa libération—Le défaut du chef d'état-major de la Défense de fournir des motifs écrits exprès ne viole pas son devoir d'agir équitablement—Une fois avisé que le chef d'état-major de la Défense approuvait sa libération, en dépit de ses objections, le requérant avait été informé de façon substantielle des motifs de la libération—Il n'a subi aucun préjudice en raison du défaut de prononcer expressément des motifs par écrit—Le fait qu'il a présenté par écrit des objections additionnelles dans le cadre du grief déposé contre la décision du chef d'état-major de la Défense démontre que le requérant connaissait les motifs de la recommandation de libération—Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces armées cana-

FORCES ARMÉES—Fin

diennes, (révision de 1968), art. 15.01, 15.36(1),(2),(6),(8)—Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 23(1)—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-14, art. 158(1)e), 163(1)a).

LECOUPE C. CANADA (CHEF D'ÉTAT-MAJOR DE LA DÉFENSE)
(T-1650-93, juge Wetston, ordonnance en date du 21-12-94, 16 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

CALCUL DU REVENU

Déductions

Appel de la décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt accueillait l'appel du contribuable contre la cotisation du ministre—On met en cause les incitations fiscales destinées à encourager la production d'articles fabriqués et transformés au Canada en vue de les mettre sur les marchés canadien et étranger en concurrence avec les produits des fabricants étrangers—La défenderesse exploite une entreprise de reliure commerciale—La question litigieuse consiste à savoir si la défenderesse fabrique ou transforme des articles destinés à la vente, ce qui lui permettrait de bénéficier d'incitations fiscales, ou si elle vend simplement de la main-d'œuvre et des matériaux—En s'interrogeant sur l'admissibilité aux incitations fiscales, la Cour d'appel fédérale a adopté d'une part, (1) le point de vue de la Cour fédérale dans l'arrêt *Crown Tire Service Ltd. c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 219 (1^{re} inst.), qui reconnaissait l'importance d'une distinction entre une vente d'articles et un contrat de fourniture d'ouvrage et de matériaux; et d'autre part, (2) l'interprétation de l'expression «articles destinés à la vente ou à la location» selon le droit général en matière de vente ou de louage (*Canada c. Coopers & Lybrand Ltd.*, [1995] 1 C.F. 830 (C.A.))—Distinction entre un contrat de fourniture d'ouvrage et de matériaux et un contrat de vente: en vertu du contrat de fourniture d'ouvrage et de matériaux, les matériaux sont fixés au bien du client et leur propriété est transmise par accession; en vertu du contrat de vente, un article est vendu au client avec l'entente subsidiaire et accessoire de le fixer au bien du client—Il s'agit en l'espèce d'un contrat de fourniture d'ouvrage et de matériaux, car: (1) la liste de prix de la défenderesse ne fait aucune distinction entre les articles et la main-d'œuvre; et (2) les factures de la défenderesse ne suggèrent pas l'existence d'une vente d'articles—La distinction entre les affaires où il est question de réparations et celles où il n'est pas question n'importe pas lorsqu'il s'agit de contrats de fourniture d'ouvrage et de matériaux—Le paiement des taxes provinciale ou fédérale n'est pas un facteur déterminant, pas plus que les mots employés par les comptables dans les états financiers—L'acceptation du risque associé à la vente en fonction d'une liste de prix ne transforme pas un contrat de vente d'ouvrage et de matériaux en un contrat de vente d'articles—La mention du mot «produit» dans la garantie n'est pas déterminant—Les opérations d'une entreprise de reliure ne constituent pas une vente d'articles—Le Parlement avait l'intention de rendre certains genres de fabrication et de transformation inad-

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

missibles aux incitations fiscales en employant les mots «articles destinés à la vente ou à la location»—Le juge est lié par l'arrêt *Coopers & Lybrand*—L'appel est accueilli.

CANADA C. LEHMANN BOOKBINDING LTD. (T-1543-92, juge Rothstein, jugement en date du 1-12-94, 9 p.)

Appel interjeté contre les nouvelles cotisations d'impôt établies relativement aux années 1986 et 1987—Le demandeur a acquis des intérêts indivis de 1,769 % et 1,613 % respectivement dans deux immeubles en copropriété et dans certains meubles en faisant partie en vue d'en tirer un revenu de location—Le coût d'acquisition de ces biens a été financé grâce à des emprunts hypothécaires—Par suite du défaut de payer et d'une action en forclusion, la Cour a ordonné la vente des biens et rendu un jugement sur solde impayé—La part du demandeur dans le prix de vente des biens s'élevait à 31 824 \$ et à 33 564 \$ respectivement—La part du demandeur dans le produit de disposition des biens s'élevait à 76 965 \$ et à 40 117,02 \$ respectivement—Il y a eu une nouvelle cotisation par application de l'art. 79c) qui prévoit que, lorsqu'un créancier hypothécaire a acquis le *beneficial ownership* par suite d'un défaut de paiement d'une somme due, il faut inclure dans le calcul du produit tiré de la disposition des biens en question le principal de la créance du contribuable plus toutes les sommes dont chacune constitue le principal d'une dette qui avait été due, dans la mesure où cette dette a été éteinte du fait de l'acquisition—Il s'agit de savoir si les produits de disposition des biens s'élèvent respectivement à 31 824 \$ et 33 564 \$ ou respectivement à 76 965 \$ et 40 117,02 \$—Les art. 13(21)d) et 54h) définissent le produit de disposition de biens amortissables et le produit de disposition de biens en immobilisation respectivement—Le demandeur invoque le sous-alinéa (i): le produit de disposition de biens comprend le prix de vente du bien vendu, ou (vii): le produit de disposition de biens comprend le montant par lequel la dette du contribuable envers le créancier hypothécaire a été réduite par suite de la vente des biens hypothéqués, en plus de tout montant que le contribuable a reçu du produit de la vente—La défenderesse soutient que les produits de disposition des biens ont été correctement calculés conformément à l'art. 79c), comme le requiert le sous-alinéa (viii): le produit de disposition de biens comprend toute somme incluse, en vertu de l'art. 79c), dans le calcul du produit de disposition de biens revenant à un contribuable—Le demandeur fait valoir que le produit de disposition déterminé en application de l'art. 79c) serait égal à la somme par laquelle sa dette a été réduite ou s'est éteinte du fait de l'acquisition par le créancier hypothécaire—L'appel a été accueilli en partie—L'art. 79c) n'exige pas que «le principal de la créance du contribuable» soit «éteint du fait de l'acquisition [des biens hypothéqués par le contribuable]»—Cette exigence relative à l'extinction s'applique aux sommes dont chacune constitue le principal, dont il est fait mention à l'art. 79c) après le mot «plus»—L'expression «cette dette» dont il est fait mention dans la phrase «dans la mesure où cette dette a été éteinte du fait de l'acquisition» renvoie seulement au «principal» qui se trouve dans la partie qui précède immédiatement, à la septième ligne de l'alinéa, et qui commence par le mot «plus»—Si le législateur avait souhaité renvoyer au «principal» dont il est fait mention à la quatrième ligne du même alinéa et au «principal» à la septième ligne, il aurait renvoyé à «ces dettes» (en anglais «they») plutôt qu'à «cette dette» (en anglais «it»)—

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

Puisqu'il n'existe aucune contradiction apparente entre les versions française et anglaise de l'art. 79c), et étant donné la remarquable limpidité de la version française, le législateur a clairement exprimé son intention dans les mots utilisés dans la loi, et il n'est nul besoin d'interpréter plus longuement cet article—L'art. 79c) couvre la situation présente où, dans les deux cas, les biens dont le demandeur était propriétaire bénéficiaire ont été acquis par un créancier hypothécaire par suite du défaut du demandeur de verser la somme qu'il devait au créancier concerné—Il faut inclure dans le calcul du produit de disposition des biens du demandeur le principal de la créance du créancier hypothécaire, c'est-à-dire 76 965 \$ dans un cas et 40 117,02 \$ dans l'autre—Le ministre du Revenu national était justifié d'établir une nouvelle cotisation pour l'année d'imposition 1987 en tenant pour acquis que le produit de disposition tiré par le demandeur comprenait la somme totale de sa dette principale envers le créancier hypothécaire au moment où ce dernier a acquis les biens conformément aux ordonnances judiciaires—La situation en l'espèce concerne «le prix de vente des biens qui ont été vendus» (le sous-alinéa (i)) et elle pourrait même concerner «le montant de la réduction de la dette dont un contribuable est débiteur envers un créancier hypothécaire découlant de la vente du bien hypothéqué en vertu d'une clause du contrat d'hypothèque», (le sous-alinéa (vii), qui lui-même renvoie «[au] prix de vente des biens qui ont été vendus» (le sous-alinéa (i))—Mais rien aux art. 13(21)d) ou 54h) n'accorde explicitement priorité à l'un des alinéas ou sous-alinéas sur les autres—Compte tenu de ces circonstances, la disposition spécifique doit avoir priorité sur la disposition générale—Le sous-alinéa (viii) est plus spécifique que les sous-alinéas (vii) et (i)—Les produits de disposition tirés par le demandeur de la vente des biens s'élèvent respectivement à 76 965 \$ et 40 117,02 \$—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 13(21)d) (mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 6), 54h) (mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 22; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 23; ch. 140, art. 23; 1986, ch. 6, art. 27), 79c) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 42).

BRILL C. CANADA (T-3252-90, juge Pinard, jugement en date du 26-1-95, 14 p.)

CORPORATIONS

Appel d'une décision de première instance qui a accueilli un appel formé contre une décision par laquelle la Cour de l'impôt a rejeté un appel contre le refus par le ministre d'accorder un crédit d'impôt de 100 000 \$ pour la recherche scientifique (CIRS)—En 1983 a été lancé un programme destiné à stimuler le financement de la recherche scientifique en vertu duquel une société est habilitée à transférer son droit à un CIRS à un investisseur—L'intimée avait investi dans un projet de scie mobile d'Acadia Saw Mills, à l'égard duquel elle devait recevoir un CIRS—Le 31 mai 1984, Acadia a reçu une somme de 200 000 \$ de l'intimée en contrepartie d'une obligation non garantie d'un montant de 114 000 \$—En vertu d'une entente, Acadia devait désigner 200 000 \$ aux fins du CIRS et créer du même coup un crédit d'impôt de 100 000 \$—L'obligation non garantie fut remboursée à sa valeur nominale le 1^{er} juin 1984—Grâce à cette opération de «vente-rachat», l'intimée se trouvait à acheter pour 86 000 \$ un crédit d'impôt de 100 000 \$ tandis qu'Acadia conservait une dette fiscale remboursable de 100 000 \$—Aux termes de l'art. 194(7) de la Loi de l'impôt

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

sur le revenu, la formule de désignation devait être produite au plus tard le 30 juin 1984—Les documents nécessaires à la désignation du crédit d'impôt ne furent pas produits dans le délai prescrit—Par suite d'une enquête menée par Revenu Canada le 15 octobre 1985, l'avocat d'Acadia Saw Mills a envoyé le même jour les documents égarés—Le 23 décembre 1985, Acadia Saw Mills a transmis à son avocat une lettre de Revenu Canada en date du 18 novembre 1985 et signée par un membre du Groupe de la partie VIII, qui était responsable du traitement des formules fournies par les sociétés de recherche—La lettre du 18 novembre retournait la désignation pour production tardive et précisait que, si elle était à nouveau présentée et que la pénalité pour production tardive était versée dans les 30 jours, la désignation serait réputée avoir été produite en temps opportun—Acadia Saw Mills n'a transmis la lettre qu'après l'écoulement du délai accordé—L'avocat est arrivé à la conclusion qu'aux termes de l'art. 194(7), Acadia Saw Mills disposait d'un délai de 90 jours pour se conformer aux exigences—Le 15 janvier 1986, l'avocat a soumis à nouveau la formule de désignation accompagnée du paiement de la pénalité de 8 000 \$—On a imposé un moratoire à l'égard du programme le 10 octobre 1984, notamment en raison de la prédominance de l'opération de «vente-rachat» et du fait que ce type d'opération était parfaitement acceptable—La lettre du 18 novembre s'appuyait sur une note de service interne en date du 28 juin qui préconisait des procédures de traitement liées à la production tardive de formules de désignation et à la perception des pénalités—Le 29 juillet 1985, des modèles de la lettre d'«avis du ministre» avaient commencé à circuler; ils étaient glissés sous une note de service interministérielle et accompagnés de directives concernant leur préparation et leur signature par le sous-ministre adjoint, ainsi que leur envoi par courrier recommandé avec accusé de réception—Aucune des lettres envoyées n'était semblable à ce modèle, et aucune lettre signée par un sous-ministre adjoint ne fut jamais envoyée à Acadia Saw Mills—Acadia Saw Mills n'avait pas engagé de dépenses de recherche admissibles—En février 1987, le ministre a établi que, si aucune somme n'avait été investie dans la recherche, la désignation tardive serait refusée—Le juge de première instance a conclu (1) que la production en temps opportun de déclarations de renseignements ne constitue pas une condition préalable à la production tardive d'une désignation lorsque le ministre a fait parvenir un avis de la manière décrite à l'art. 194(7), et que le paiement de la pénalité doit être fait au plus tard 90 jours à compter de la date de la mise à la poste de l'avis; (2) que la lettre du 18 novembre constituait un avis du ministre au sens de ce même art. 194(7)—Appel accueilli—(1) La production en temps opportun de déclarations de renseignements ne constitue pas une condition préalable à la production tardive d'une désignation lorsque le ministre a fait parvenir un avis de la manière décrite à l'art. 194(7)—En l'absence de la clause d'exception, la production en temps opportun de déclarations de renseignements constitue une condition préalable à la production tardive d'une désignation—Les dispositions de la Loi régissant les CIRS visent à favoriser l'investissement de fonds privés dans des projets de recherche et de développement généralement considérés comme risqués—L'art. 194(7) constitue une disposition curative visant à remédier à la perte des avantages fiscaux projetés—S'il n'existe aucun mécanisme législatif permettant la production tardive, la société faisant la désignation et l'investis-

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

seur peuvent perdre leur droit respectif de créer et d'acheter un crédit d'impôt—Une interprétation étroite de cet article ne favoriserait pas l'objectif du législateur, car cela compliquerait l'existence aux investisseurs et aux sociétés faisant la désignation qui voudraient obtenir un redressement contre la perte de leurs avantages fiscaux—Une interprétation libérale donnerait au ministre le pouvoir de mettre au point des politiques qui tiendraient compte des intérêts divergents des contribuables canadiens et des investisseurs honnêtes, ainsi que celui de refuser d'envoyer un avis lorsqu'il aurait été établi que les intérêts des premiers devraient avoir préséance sur les intérêts des seconds—La production de déclarations de renseignements n'est pas une condition essentielle à l'application de l'art. 194(7)—Aucune disposition de la Loi ne prévoit explicitement l'obligation de produire de telles formules ou le délai dans lequel elles doivent être produites, questions qui sont traitées par règlement—Le manquement à l'obligation de produire les déclarations de renseignements de la part d'une société faisant la désignation ne porte pas atteinte à la capacité du ministre d'exercer les pouvoirs que lui confère l'art. 194(7)—(2) La lettre du 18 novembre ne constitue pas un avis du ministre aux termes de l'art. 194(7)—Personne dans le Groupe de la partie VIII n'était investi expressément par la loi du pouvoir d'émettre un avis du ministre prévu à l'art. 194(7)—Le principe de la délégation implicite de common law ne s'applique pas à la présente affaire—Il est mentionné expressément dans la note de service interne du 28 juin que le Groupe de la partie VIII n'a pas le pouvoir de s'occuper des cas pour lesquels tant la désignation que les déclarations de renseignements ne furent pas produites en temps opportun—On y lit qu'une ébauche de lettre jointe doit être envoyée à la société fautive afin d'enjoindre à celle-ci de se mettre en règle, et on y décrit les mesures à prendre dans l'éventualité où le destinataire d'une lettre n'y donne pas suite dans les 30 jours—On envisageait expressément d'envoyer un avis du ministre si le préavis de 30 jours demeurait sans réponse—La lettre du 18 novembre était tout simplement un préavis de 30 jours, envoyé par erreur en application d'une politique ministérielle, dans le but d'exiger le paiement d'une pénalité liée à la production tardive d'une formule de désignation—Le juge de première instance semble avoir perçu l'affaire en se posant la question de savoir si la lettre était réputée constituer un avis du ministre, si on y avait donné suite et, par conséquent, si on aurait dû la considérer comme tel—Il n'a pas établi si l'un des membres du Groupe de la Partie VIII était habilité à émettre des avis du ministre—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 194(7) (édité par S.C. 1984, ch. 1, art. 95).

UNITED EQUITIES LTD. c. CANADA (A-1466-92, juge Robertson, J.C.A., jugement en date du 21-12-94, 30 p.)

NOUVELLE COTISATION

Le requérant a déclaré une importante perte en capital et a tenté de reporter des fractions de la perte afin de réduire son revenu imposable des trois années précédentes—À la suite de l'inaction du ministre, le requérant a obtenu une ordonnance judiciaire enjoignant au ministre de fixer de nouveau son impôt pour les années en cause conformément à l'art. 152(6) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Le ministre a établi de nouvelles cotisations d'impôt mais a refusé la perte en capital—Il s'agit de savoir si les mots «le ministre doit fixer de nouveau l'im-

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

pôt . . . afin de tenir compte de la déduction réclamée» utilisés à l'art. 152(6) exigent du ministre qu'il admette la déduction réclamée ou seulement tienne compte de la déduction réclamée et admette seulement celles qu'il estime appropriées—Les nouvelles cotisations établies par le ministre constituent des décisions d'un office fédéral rendues au cours des procédures et ne peuvent faire l'objet d'un contrôle ni d'une autre mesure d'intervention, sauf en conformité avec une loi du Parlement conformément à l'art. 18.5 de la Loi sur la Cour fédérale—L'art. 18.5, conjointement avec les art. 165(1) et 169(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu, permet que les cotisations fassent l'objet de contrôle ou d'une autre mesure d'intervention seulement de la part du ministre et de la Cour de l'impôt—L'appel à la Cour de l'impôt qui est prévu par la loi est le seul recours dont dispose le requérant—La demande est irrecevable devant la Cour fédérale—Sauf en ce qui concerne le problème de la recevabilité, le juge a dit que le ministre s'était conformé à l'ordonnance—Les mots «*take into account*» («tenir compte») de l'art. 152(6) n'obligent pas le ministre à accorder la déduction, mais seulement à prendre en considération la déduction réclamée—Le législateur n'a pas voulu obliger le ministre à fixer de nouveau l'impôt en accordant la déduction réclamée lorsque cette déduction n'est étayée par aucun renseignement pertinent—Le législateur a voulu conférer au ministre et au contribuable un recours à l'encontre de la déduction réclamée: le ministre n'est pas obligé d'accorder la déduction et le contribuable dispose, en vertu de la loi, d'un appel à l'encontre de la décision du ministre—Demande rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.5 (édité par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 152(6) (mod. par S.C. 1984, ch. 1, art. 84; ch. 45, art. 59; 1986, ch. 55, art. 59; 1988, ch. 55, art. 136; 1990, ch. 39, art. 38), 165(1) (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 138), 169(1) (mod., *idem*, art. 140).

GREENE c. M.R.N. (T-1056-94, juge Rothstein, jugement en date du 13-1-95, 14 p.)

SAISIES

Demande de jugement sommaire—Le demandeur prétend qu'il y a eu saisie illégale des fonds du Régime de pensions du Canada—Les saisies ont été effectuées à l'origine en vue du recouvrement d'une dette due pour les années de 1986 à 1991 pour des impôts sur le revenu impayés—Les parties s'accordent à dire que le demandeur ne devait aucun montant d'impôt sur le revenu pour cette période puisque, au cours de celle-ci, il n'était pas résident du Canada—La question de savoir si des fonds du Régime de pension du Canada devraient être imputés sur le montant d'impôt sur le revenu qui aurait été dû à partir des années 1970 est une question réelle à juger—La retenue des versements destinés au demandeur en vertu du Régime de pensions du Canada reposait sur l'art. 224.1 de la Loi de l'impôt sur le revenu, qui prévoit que lorsqu'une personne est endettée envers sa Majesté, le ministre peut exiger la retenue de fonds par voie de déduction ou de compensation—Le demandeur prétend que les prestations visées par le Régime de pensions du Canada sont à l'abri de toute saisie en vertu de l'art. 65 du Régime de pensions du Canada, qui prévoit que toute opération visant à saisir des prestations est nulle, et que l'art. 108(3)a) prévoit que doivent être payés sur le Trésor et portés au débit du compte du régime de pensions du

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

Canada tous les montants payables en vertu de la Loi au titre des prestations—La déduction ou compensation effectuée en vertu de l'art. 224.1 de la LIR a lieu entre Sa Majesté et la personne qui reçoit des versements d'elle—La cession, le privilège, la saisie ou la garantie visés à l'art. 65(1) du RPC est à accorder à un tiers ou à exercer par lui à l'égard des prestations payables par Sa Majesté au prestataire en vertu du Régime de pensions du Canada—L'art. 65(1) n'a aucune incidence sur le droit de déduction ou de compensation prévu à l'art. 224.1 de la LIR—Les montants payables au titre du Régime de pensions du Canada peuvent être retenus par le ministre, par voie de déduction ou de compensation, en vertu de l'article 224.1—Les arguments que le demandeur tire des art. 65(1) et 108(3)a) sont mal fondés—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 224.1—Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 65, 108(3)a).

MINTZER C. CANADA (T-1768-94, juge Rothstein, ordonnance en date du 1-2-95, 4 p.)

LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Commission nationale des libérations conditionnelles (la Commission) a ordonné le maintien en détention du requérant jusqu'à l'expiration de sa peine parce qu'elle avait des motifs de croire, conformément à l'art. 129(3)a) de la Loi, qu'il pourrait commettre d'autres infractions—La Commission a mis fin à la semi-liberté du requérant pour le motif qu'il était l'un des suspects dans une enquête portant sur d'autres agressions sexuelles—À la demande de la police, certains rapports traitant de questions délicates ainsi qu'une lettre de la police n'ont pas été communiqués au requérant—Celui-ci a fait l'objet d'une évaluation psychiatrique sans qu'il y ait d'entrevue parce qu'il avait refusé d'y participer—Le requérant a refusé de participer à l'audience portant sur l'examen de sa détention à la suite du rejet par la Commission des objections qu'il avait soulevées dès le début de l'audience—L'évaluation psychiatrique a été communiquée le jour de l'audience ce qui respectait la disposition de la loi exigeant que l'information soit communiquée «le plus rapidement possible» étant donné que l'évaluation avait été préparée «de toute urgence» et que ses résultats ont été immédiatement transmis au requérant dès qu'ils ont été reçus—L'évaluation ne constitue que l'un des éléments dont la Commission a tenu compte et sa décision aurait été justifiée même s'il n'y avait pas eu d'évaluation—L'omission de communiquer la lettre de la police ne change rien à la situation car le requérant a été informé, dans le délai prescrit, de l'essentiel des allégations invoquées contre lui et la non-divulgaration ne lui a causé aucun préjudice—La Loi n'oblige la Commission à tenir un dossier des procédures dont elle est saisie que lorsqu'elle procède à l'examen d'un cas par voie d'audience—Le requérant ayant refusé d'être présent à l'audience, la Commission pouvait rendre une décision sur son cas en procédant à un examen des documents versés au dossier plutôt qu'en procédant par voie d'audience, excluant donc l'obligation de tenir un dossier des procédures—L'omission de fournir une transcription des procédures n'a aucune importance—Subsidièrement, la Loi n'oblige pas la Commission à fournir une transcription littérale de ses procédures et les motifs détaillés de la décision

LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Fin

de la Commission, qui comprenaient les objections soulevées ainsi que la décision finale, satisfont aux exigences de la Loi—Rejet de l'argument du requérant fondé sur l'art. 11d) de la Charte et suivant lequel la Commission a porté atteinte à son droit d'être présumé innocent lorsqu'elle a tenu compte dans sa décision des accusations qui avaient été portées contre lui pour d'autres infractions criminelles—Les garanties en matière de procédure prévues à l'art. 11 de la Charte protègent un accusé qui fait l'objet d'une poursuite pour des infractions publiques comportant des sanctions punitives, et elles ne s'appliquent pas aux procédures administratives devant la Commission—L'existence d'accusations criminelles pour des infractions sexuelles qui auraient été commises par le requérant constituait un facteur très pertinent dont devait tenir compte la Commission—La protection offerte par l'art. 11 de la Charte se limitait à la poursuite intentée relativement à ces accusations criminelles et non à l'examen des accusations par la Commission—Demande rejetée—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 129(3)a).—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 11.

GIROUX C. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (T-458-94, juge McGillis, ordonnance en date du 24-11-94, 10 p.)

MARQUES DE COMMERCE**CONTREFAÇON**

Demande d'injonction interlocutoire interdisant la contrefaçon de la marque de commerce de Fednav pendant l'instance—La marque de commerce de Fednav est composée de formes géométriques rectangulaires, formant une lettre «F» de couleur rouge et d'un quart de feuille d'érable stylisé par des formes géométriques se rapprochant du carré, accolé au côté gauche supérieur du «F»—La marque de commerce de Fortunair est composée d'une lettre «F» majuscule en italique de couleur bleu foncé et d'une demi-feuille d'érable classique de couleur rouge accolée au côté gauche supérieur de la lettre «F»—Fednav est l'une des plus importantes sociétés de transport maritime en Amérique du Nord qui compte un large éventail de filiales et de sociétés appartenant au même groupe—La marque formée de la lettre F et d'un dessin est affichée bien en vue dans ses bureaux et partout dans le monde—Fortunair est une nouvelle société aérienne qui ne possède qu'un avion—Fortunair affiche la marque formée de la lettre F et d'une feuille d'érable sur son avion, son comptoir de vente de billets de l'aéroport de Mirabel, sur les étiquettes des bagages ainsi que dans la publicité et la promotion de ses services de nolise-ment aérien—Fortunair emploie la marque de commerce qui causerait de la confusion en liaison avec des marchandises et des services—Les deux sociétés appartenant à l'industrie du transport, l'affirmation selon laquelle les parties exercent leurs activités dans la même région est en partie fondée sur des faits—Les risques de confusion sont élevés si l'on considère les deux dessins du point de vue d'un consommateur qui aura un souvenir vague ou imprécis de la première marque de com-

MARQUES DE COMMERCE—Suite

merce—Il n'y a pas de différence significative entre les dessins—Le fait que le siège social des deux sociétés se trouve à Montréal augmente les risques que les consommateurs croient que le transport aérien et le transporteur maritime appartiennent au même groupe—Les prétentions de la demanderesse voulant que les dessins de marque de commerce en question soient employés en liaison avec des entreprises de la même région et qu'il soit vraisemblable que les consommateurs soient amenés à croire que les deux services sont offerts par la même personne ne sont ni frivoles ni vexatoires—La demande soulève une question sérieuse—Fednav prétend que l'emploi par Fortunair de la marque de commerce qui crée de la confusion avec la sienne, au moment où les médias font largement état des difficultés financières qu'éprouve cette dernière, porte atteinte à sa réputation—Même si le préjudice invoqué peut être réparé au moyen de dommages-intérêts, il est irréparable parce que Fortunair est une société fragile et financièrement instable qui ne serait pas en mesure de payer les dommages-intérêts auxquels elle pourrait être condamnée—Même si, en théorie, des dommages-intérêts pourraient permettre de réparer adéquatement le préjudice subi, si la Cour est d'avis que la défenderesse ne sera pas en mesure de payer les dommages-intérêts, le préjudice deviendra effectivement irréparable—Il est peu probable que la défenderesse soit capable de payer des dommages-intérêts si elle devait être tenue responsable envers la demanderesse—Un préjudice qui n'est pas réparé constitue un préjudice irréparable—L'engagement de la demanderesse de payer des dommages-intérêts à la défenderesse si celle-ci devait obtenir gain de cause n'est pas en litige—La défenderesse ne peut donner un tel engagement—La balance des inconvénients favorise le prononcé de l'injonction—Délai de quatre-vingt-dix (90) jours accordé par consentement à la défenderesse pour se conformer à l'injonction si celle-ci était accordée.

FEDNAV LTD. C. FORTUNAIR CANADA INC. (T-1717-94, juge Noël, ordonnance en date du 22-12-94, 10 p.)

Requête en injonction interlocutoire—Lancement par la demanderesse et la défenderesse sur le marché nord-américain des désodorisants de l'air ambiant sous les marques «Neutra-fresh» et «Neutra air» respectivement—La demanderesse a acquis tous les droits sur la marque «Neutra-fresh» au Canada, y compris la clientèle y afférente, d'une petite compagnie (Belmar) qui l'exploitait sur le marché canadien—La demanderesse a arrêté le lancement des produits sous cette marque au Canada par suite d'une injonction interlocutoire obtenue par la défenderesse aux États-Unis pour lui interdire de les introduire dans ce dernier pays—Aucun obstacle juridique n'empêche la demanderesse de se servir de sa marque sur le marché canadien—La décision de ne pas l'y introduire est une décision purement commerciale, motivée par l'injonction américaine—Fondement de l'injonction américaine discutable, appel en instance—La requête en injonction interlocutoire de la demanderesse tend à protéger la marque «Neutra-fresh» contre la perte de son caractère distinctif, que causerait la présence exclusive de «Neutra air» sur le marché canadien—Sa décision d'arrêter le lancement au Canada est une décision commerciale raisonnable et ne la rendra pas irrecevable à demander une injonction—Puisque l'injonction tranchera le litige du point de vue de l'une et l'autre parties, «l'exception Woods» s'applique et la demanderesse doit établir une apparence de droit au fond

MARQUES DE COMMERCE—Suite

—Elle doit prouver qu'au moment où l'attention du public fut attirée pour la première fois sur le produit de la défenderesse: (1) «Neutra-fresh» était une marque de désodorisants de l'air ambiant connue du public; et (2) elle était reconnue comme provenant d'une source en particulier—Lorsqu'une marque de commerce qui n'est pas nouvelle s'applique à un produit destiné à la vente au détail, le caractère distinctif doit être jugé du point de vue de l'acheteur au détail—Bien que la demanderesse fût prête à entrer sur le marché et sur le point d'acquiescer une bonne réputation pour la marque de commerce «Neutra-fresh», ses activités n'ont pas créé une notoriété suffisante pour cette marque établir une apparence de droit dans une action en imitation frauduleuse—Cependant, le désodorisant «Neutra-fresh» de Belmar faisait l'objet d'une promotion active auprès du public et jouissait d'une bonne publicité aux fins de la vente au détail, ce qui fait que «Neutra-fresh» était la marque distinctive du désodorisant de l'air ambiant de Belmar, et que le public voyait dans Belmar le seul fournisseur de ce produit—La marque «Neutra-fresh» justifie de la clientèle nécessaire, et le public serait inévitablement induit en erreur puisqu'il est reconnu que les deux marques de commerce peuvent facilement être prises l'une pour l'autre—En tant que propriétaire actuelle de la marque «Neutra-Fresh», la demanderesse a satisfait au critère de l'apparence de droit en vue d'une action en imitation frauduleuse—Elle a établi un préjudice irréparable suffisant pour justifier sa requête—La balance des inconvénients penche en sa faveur—Injonction accordée.

S.C. JOHNSON & SON, INC. C. RECKITT & COLMAN (OVERSEAS) Ltd. (T-2397-94, juge Simpson, ordonnance en date du 13-1-95, 15 p.)

ENREGISTREMENT

Appel d'une décision rejetant un appel formé contre une décision par laquelle la Commission des oppositions a rejeté une demande d'enregistrement des marques de commerce «Automax» et «Automax & Dessin»—À cause d'un risque raisonnable de confusion avec une marque déjà déposée de l'intimée, la Commission a rejeté les demandes d'enregistrement se rapportant aux biens et services reliés à l'automobile, notamment ses composantes et accessoires, mais elle a accepté celles relatives aux articles de sport, de quincaillerie, de jardin, de cuisine et de camping—Il y a eu abandon de l'appel en ce qui a trait aux biens—L'intimée a soutenu en appel incident que la Commission n'avait pas le pouvoir de scinder les demandes d'enregistrement—Appel rejeté; appel incident annulé—L'issue de l'appel ne dépendait pas de la date adoptée pour apprécier l'existence ou non d'une confusion entre les marques—Lorsqu'il y a opposition à l'enregistrement d'une marque de commerce en vertu de l'art. 12(1)d) de la Loi sur les marques de commerce, la confusion doit s'apprécier entre la marque dont une personne demande l'enregistrement et celle déjà déposée—Le juge de première instance a commis une erreur en appréciant l'existence de la confusion en fonction de la marque utilisée plutôt qu'en fonction de la marque déposée—Le dessin déposé a été abandonné graduellement à partir de 1986 et remplacé par un A stylisé—L'intimée a admis que la marque déposée n'avait pas été utilisée depuis 1992, mais la preuve indiquait qu'elle n'avait pas été utilisée depuis 1987—L'appelante faisait, depuis mai 1986, usage de sa marque en association avec les services qu'elle offre—Les conclusions

MARQUES DE COMMERCE—Suite

finale du juge de première instance ne sont pas entachées d'erreur—Il est possible que le juge de première instance, sans le dire expressément, n'ait vu, entre la marque employée et celle déposée, que des différences minimales qui ne compromettent aucunement l'identité et la «reconnaissabilité» de la marque déposée de l'intimée—Les art. 6(1) à (4) énoncent qu'une marque de commerce crée de la confusion avec une autre marque de commerce si l'emploi des deux marques dans la même région est susceptible d'amener un consommateur à conclure que les biens ou services liés à ces marques sont offerts par une seule et même personne—L'art. 6(5) précise un certain nombre de circonstances dont il faut tenir compte dans l'appréciation de l'élément confusion—L'absence d'emploi d'une marque pendant une période prolongée est une circonstance dont il faut tenir compte dans l'appréciation de la confusion, mais qui ne peut, à elle seule, justifier une conclusion d'absence de confusion—Elle peut permettre d'inférer qu'il est peu probable que la marque ainsi délaissée pour une période prolongée sera à l'avenir employée—L'absence prolongée d'usage d'une marque déposée, alors que pour la période correspondante il est fait un usage constant par un compétiteur de sa marque projetée, peut amener à conclure, selon les circonstances, que la marque projetée est maintenant suffisamment établie pour qu'un consommateur moyen au souvenir imparfait ne soit pas confondu et puisse les distinguer facilement advenant une réutilisation de la marque déposée—La Commission des oppositions et le juge de première instance ont été d'avis qu'au plan visuel il existait une certaine ressemblance entre les marques en litige, mais que celle-ci était particulièrement marquée au niveau phonétique—Ils y ont aussi vu un chevauchement au plan des biens et des services reliés à l'automobile ainsi que, dans ce domaine, une possibilité de confusion quant à la nature des entreprises exploitées par les parties—Il s'agit là de conclusions de fait amplement supportées par la preuve—Les idées que véhiculent les deux marques sont identiques—L'appelante, qui se réclame d'un droit à l'enregistrement, n'a pas établi par prépondérance de preuve que la marque de commerce qu'elle veut enregistrer ne crée aucun risque raisonnable de confusion avec celle déjà déposée—Le juge de première instance a correctement évalué les circonstances dont il devait tenir compte pour déterminer l'existence ou non d'une confusion entre les deux marques de commerce—Il s'est livré à une analyse minutieuse de la preuve et des arguments des parties au terme de laquelle il a tiré ses propres conclusions—Par appel incident, l'intimée a soutenu que la Commission n'avait pas compétence pour scinder une demande d'enregistrement de marque de commerce de manière à ne l'accueillir qu'en partie—L'art. 56 exige que cette question soit soulevée par le biais d'un appel—Comme ce moyen n'a pas été soulevé devant le juge de première instance, il ne peut l'être régulièrement devant la Cour d'appel—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 6, 12(1)d), 16, 56.

U.A.P. INC. C. AUTOMAXI S.A. (A-244-93, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 15-12-94, 16 p.)

RADIATION

Appel de la décision du registraire de radier la marque de commerce pour défaut d'utilisation après envoi de l'avis prévu à l'art. 45—L'appelante est propriétaire de la marque de commerce portant sur un dessin et les mots stylisés «Central Trans-

MARQUES DE COMMERCE—Fin

port», enregistrés pour être utilisés en liaison avec des «services de transport de fret par route, chemin de fer, mer et air, de façon périodique»—Seul le transport «routier» était en cause—L'art. 45 est conçu pour retirer le «bois mort» du registre et, bien que le titulaire n'ait pas à démontrer, par une preuve surabondante, l'utilisation de sa marque de commerce, il faut cependant plus que sa simple affirmation que la marque de commerce est utilisée—La déclaration de l'appelante quant à son usage de sa marque de commerce n'est rien de plus qu'une simple assertion—Les photographies montrent simplement que la marque de commerce apparaît sur des camions aux installations du titulaire de l'enregistrement à Windsor—Les factures et les documents d'expédition déposés en preuve ne fournissent aucun renseignement les rattachant aux camions portant la marque de commerce en cause—L'appelante était tenue d'établir au moins un léger lien entre les camions apparaissant sur les photographies, les services fournis et les factures—Une certaine preuve d'un lien est nécessaire—L'appelante aurait pu citer des faits suffisants pour montrer que la marque avait été utilisée à l'époque visée, mais elle ne l'a pas fait—Impossibilité de conclure à l'utilisation de la marque de commerce au cours de la période concernée—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 45 (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 232).

CENTRAL TRANSPORT INC. C. MANTHA & ASSOCIÉS/ASSOCIATES (T-1113-94, juge Tremblay-Lamer, décision en date du 25-1-95, 4 p.)

PÉNITENCIERS

Requête en radiation de la déclaration fondée sur ce que cette dernière ne révèle aucune cause raisonnable d'action—Action alléguant que le gestionnaire du pénitencier refuse d'une façon illégitime de permettre à la demanderesse de rendre visite à son mari en violation des droits qui lui sont reconnus par les art. 7 et 15 de la Charte—La mère a intenté l'action pour son propre compte et pour le compte de ses deux filles mineures—Le retrait du droit de visite est fondé sur le fait que des renseignements de sécurité montraient que les fillettes aidaient directement à faire passer des drogues interdites dans l'établissement—La décision des autorités du pénitencier constitue un acte judiciaire comportant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ou d'un jugement, par opposition à un acte ministériel comportant simplement l'observation d'instructions—Cela étant, en l'absence de malveillance, l'établissement n'est pas responsable d'une erreur commise dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire—Il n'est pas nécessaire de plaider expressément la malveillance; les demanderessees n'ont pas parlé de «malveillance» pour décrire le refus de leur accorder les droits de visite, mais l'emploi d'autres mots constitue une description suffisante d'un état d'esprit qui constitue de la malveillance—Un acte de procédure peut uniquement être radié lorsqu'il est évident et manifeste que l'action ne saurait aboutir—Le critère applicable n'est pas satisfait—Les demanderessees mineures doivent être représentées de la façon appropriée dans la province où elles résident: selon le droit de l'Alberta, une personne qui n'est pas partie aux procédures doit intenter l'action pour le compte du mineur (représentant *ad litem*) et un avocat doit représenter les mineurs devant la Cour—L'instance

PÉNITENCIERS—Fin

est suspendue jusqu'à ce qu'un représentant *ad litem* soit désigné d'une façon appropriée et jusqu'à ce qu'un procureur soit nommé pour agir au nom des mineurs—La requête en radiation de la déclaration des demanderesse est rejetée.

HANSON C. CANADA (T-2331-94, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 20-2-95, 10 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision prise à l'égard d'une infraction disciplinaire grave qui aurait été commise alors que le requérant était détenu dans un pénitencier fédéral—Lors de l'audience, l'avocate du requérant était absente parce que la date communiquée était inexacte—Le président a tenu l'audience pour respecter l'horaire de travail des agents—Les art. 25 et 31(2) du Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition imposent au Service correctionnel du Canada l'obligation d'informer le détenu de l'heure, du lieu et de la date de l'audience disciplinaire, de permettre au détenu d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et de lui donner des instructions, et de permettre à l'avocat du détenu de participer pleinement à l'audience—Bien que l'art. 31(2) n'impose pas au Service correctionnel l'obligation d'aviser directement l'avocat de la date d'audience, si le Service correctionnel fixe une date d'audience et se charge d'aviser l'avocat, l'information transmise à l'avocat doit être exacte—La Cour infère de la preuve que le Service s'est chargé d'aviser l'avocate mais qu'il lui a transmis des informations inexactes—Selon la prépondérance des probabilités, le Service correctionnel ne s'est pas assuré que l'avocate du requérant pouvait prendre part aux procédures au même titre que le requérant conformément à l'art. 31(2)—La condition préalable n'ayant pas été respectée, l'audience n'a pas été régulièrement tenue et la décision doit être annulée—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 40—Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620, art. 25 et 31—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), annexe II, n° 44], art. 7.

JACKSON C. ÉTABLISSEMENT STONY MOUNTAIN (T-2590-93, juge Rothstein, ordonnance en date du 6-2-95, 5 p.)

PRATIQUE**AFFIDAVITS**

Demandes d'autorisation de déposer des affidavits auxquels sont joints, à titre de pièces, une copie de la transcription d'un contre-interrogatoire et des projets d'affidavits de représentantes de Novopharm—Le but des affidavits est de verser au dossier les déclarations des représentantes de Novopharm qui mettent en doute ou contredisent les déclarations que l'intimée Apotex a faites dans son avis d'allégations—Demandes rejetées—Étant donné qu'il ne s'agit pas d'affidavits qui se rapportent à une requête interlocutoire, les affidavits devraient être limités aux faits dont les déposantes ont personnellement connaissance—Ces affidavits constituent une preuve par oui-dire—Dans *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, la C.S.C. a énoncé une exception à la règle de la preuve par oui-dire—L'admission de la preuve par oui-dire est fondée sur les principes de la

PRATIQUE—Suite

fiabilité de la preuve et de sa nécessité: *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915—Absence de preuve selon laquelle les requérantes, avant de présenter la demande, ont tenté d'obtenir d'un représentant de Novopharm un affidavit susceptible d'être versé au dossier—Il faut démontrer que la preuve par oui-dire est fiable et nécessaire parce que, dès qu'une preuve par oui-dire est admise, l'autre partie est en fait privée du droit au contre-interrogatoire—Le fait de permettre que les affidavits soient versés au dossier causerait un grave préjudice à Apotex puisque les requérantes n'ont pas démontré qu'il était nécessaire de le faire—L'élément nécessité de l'exception concernant la preuve par oui-dire n'a pas été démontré—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 332(1).

MERCK FROSST CANADA INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (T-1306-93, juge Nadon, ordonnance en date du 31-1-95, 6 p.)

FRAIS ET DÉPENS

Requête en radiation de la défense, en audience de justification, en adjudication des dépens—La défenderesse a détruit un document portant le nom du fournisseur de marchandises de Hong Kong alors que l'affaire était pendante—Rejet de la requête en radiation de la défense—La radiation serait draconienne en ce qu'elle priverait la défenderesse de la possibilité de défendre à l'action devant la Cour—Il n'est pas clair, dans les circonstances de la cause, comment la destruction du document justifierait la radiation de la défense—Si l'élément d'information détruit n'a peut-être rien à voir avec cette requête, il présente un rapport avec la question de la responsabilité dans le cadre de l'action en imitation frauduleuse ou avec le quantum des dommages-intérêts—Faute de preuve contraire, la Cour accepte l'explication que le document a été détruit en bonne foi et sans aucune intention de faire échec à l'administration de la justice—Le document a été détruit avant l'introduction de la requête—La Cour n'ordonne pas la tenue d'une audience de justification, attendu qu'il n'y a pas commencement de preuve à cet égard—L'ordonnance portant dépens suivant l'issue du principal, rendue lors de la première audition de l'affaire devant le protonotaire, est modifiée de façon à porter paiement immédiat de dépens entre parties—La décision du protonotaire, qui ordonnait expressément la production de documents, a été portée en appel devant le juge Tremblay-Lamer qui a confirmé cette ordonnance de produire les documents trois mois après la destruction du document en question—À défaut d'une ordonnance à la défenderesse de se justifier contre un jugement d'outrage à la Cour, la Cour prend en compte la gravité de ses agissements en lui ordonnant de payer immédiatement à la demanderesse ses dépens sur une base procureur-client—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1733.

SAMSONITE CANADA C. ENTREPRISES NATIONAL DIONITE INC. (T-2738-93, juge Weiston, jugement en date du 26-1-95, 6 p.)

PLAIDOIRIES*Détails*

Appel interjeté contre une ordonnance enjoignant aux demanderesse de fournir des précisions sur un certain nombre

PRATIQUE—Suite

d'allégations contenues dans leur déclaration modifiée—Astra AB est propriétaire de marques de commerce et d'enregistrements canadiens employés au Canada par Astra Canada en vertu d'une licence, en liaison avec la commercialisation et la vente de produits de santé—Dans la déclaration, il est allégué que les défenderesses utilisent les marques de commerce au Canada en liaison avec des produits et des services biotechnologiques et des noms commerciaux en liaison avec une entreprise qui développe, fabrique, commercialise et vend des produits biotechnologiques à des personnes œuvrant dans le domaine de la biotechnologie—Les demanderesses affirment également que les défenderesses emploient des marques de commerce en liaison avec une entreprise qui développe des procédés et des produits servant à la recherche et au développement de produits pharmaceutiques—Elles allèguent la confusion et une dépréciation de la valeur de l'achalandage lié aux marques de commerce d'Astra—Appel rejeté—Objet de l'ordonnance est d'obliger une partie à fournir des précisions pour résoudre des problèmes particuliers—Affirmer que les défenderesses devraient être au courant ne répond pas à la question soulevée en l'espèce—Lorsque des actes de procédure sont incomplets, le fait que les défenderesses peuvent ou doivent connaître les faits véritables ne constitue pas un motif d'objection valable à une ordonnance enjoignant de fournir des précisions—Les défenderesses ont le droit d'être informées de la nature des allégations formulées contre elles et de disposer de tous les renseignements nécessaires pour y répondre de manière intelligente—Bien que dans leurs conclusions, les demanderesses sollicitent une injonction, y compris une déclaration que les activités des défenderesses contreviennent à l'art. 7b) de la Loi sur les marques de commerce, des dommages-intérêts ou une reddition de compte des profits, le mot «biotechnologie» n'y est pas mentionné—Les demanderesses soutiennent qu'en employant le mot «biotechnologie» en liaison avec leurs activités de passing-off, les défenderesses leur causent un préjudice donnant ouverture à poursuites ou violent leurs droits—Les actes de procédure ne permettent pas de savoir pourquoi ces activités sont fautives ni en quoi elles ont un lien avec les marques de commerce en litige—Une simple déclaration concluant à la violation qui ne mentionne pas les faits sur lesquels elle est fondée ne respecte pas la norme établie par la Règle 408—Les frontières de la biotechnologie ne semblent pas encore très bien délimitées—Dans l'arrêt *Pioneer Hi-Bred Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [1989] 1 R.C.S. 1623, la Cour suprême du Canada qui se penchait sur la brevetabilité d'une forme de vie a jugé nécessaire de définir le type de processus biotechnologiques qu'elle envisageait—La Cour a implicitement reconnu que pour rendre une décision sur cette question, il fallait définir les limites du terme—De même, afin de délimiter ou de définir les questions en litige et de permettre aux défenderesses de plaider adéquatement en défense, il convient que les demanderesses retirent les éléments irréguliers de leur déclaration modifiée ou qu'elles fournissent des précisions sur le mot «biotechnologie» chaque fois qu'elles l'emploient conformément à l'ordonnance—L'ordonnance ne comporte aucune erreur de droit ni d'appréciation des faits—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 336(5), 407, 408, 409, 415—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 7b).

ASTRA AKTIEBOLAG C. AASTRA CORP. (T-2560-94, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 3-2-95, 8 p.)

PRATIQUE—Suite

Modifications

Requêtes en vue d'obtenir la permission de modifier les défenses—La Règle 402(4) prévoit que lorsqu'un motif de défense survient après le dépôt d'une défense, le défendeur peut, avec la permission de la Cour, déposer une défense supplémentaire exposant ce motif—La demanderesse a revendiqué, du fait de sa descendance, un avantage prévu par un traité de 1921, en vertu duquel Sa Majesté convenait de fournir aux signataires indiens l'aide jugée nécessaire pour que ceux-ci se livrent à des activités agricoles—En 1990, la demanderesse voulait cultiver du ginseng—Elle a demandé, en vertu du Traité, une subvention importante—La subvention n'ayant pas été accordée, la demanderesse a intenté une action dans laquelle elle alléguait la perte d'avantages prévus par le Traité—La défenderesse a déposé une défense—En 1993, la demanderesse a intenté une action pour solliciter le remboursement des frais juridiques ainsi que des dommages-intérêts exemplaires—En vertu de l'Entente sur la revendication territoriale globale du 6 septembre 1993, les signataires renonçaient aux droits qu'ils possédaient en vertu de la disposition du Traité concernant l'aide apportée aux fins de la poursuite d'activités agricoles—Les modifications visent à plaider que le Parlement a approuvé et déclaré valide l'Entente sur la revendication territoriale globale au moyen de la Loi sur le règlement de la revendication territoriale des Dénés et Métis du Sahtu, en vertu de laquelle la demanderesse aurait renoncé à l'ensemble des droits fondés sur le Traité, et qu'il lui a donné effet—La demanderesse s'oppose aux modifications (1) parce que celles-ci accroissent de beaucoup le nombre de questions et leur complexité, y compris la question du pouvoir et de la capacité des signataires de l'Entente sur la revendication territoriale de la lier et celle de savoir si elle est membre des Dénés ou des Métis du Sahtu; (2) parce que la Cour fédérale n'a pas compétence pour déterminer si elle est membre des Dénés ou des Métis du Sahtu puisque l'art. 17(6) de la Loi sur la Cour fédérale prévoit que la Section de première instance n'a pas compétence dans les cas où une loi fédérale confère compétence à une cour provinciale et que l'Entente confère à la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest la compétence relativement aux litiges découlant de l'Entente; (3) parce que les modifications sont prématurées et conjecturales tant que sa situation n'est pas déterminée par un tribunal compétent—Principes généraux s'appliquant aux modifications: toutes les modifications nécessaires devraient être permises lorsqu'il s'agit de trancher la question véritable qui oppose les parties à l'instance; les lacunes dans la formulation d'une cause devraient être corrigées, s'il est possible de le faire sans commettre d'injustice; une modification devrait être permise si elle soulève une véritable question de fond entre les parties—Étant donné que la libération dont il est question dans l'Entente sur la revendication territoriale est peut-être la partie la plus importante de la preuve de la Couronne, et bien qu'elle ait pour effet de soulever un certain nombre de questions complexes auxquelles il faudra consacrer beaucoup de temps, la modification devrait être permise—Les modifications sont demandées au stade du dépôt des défenses seulement—Les modifications sont défendables, bien que, pour les mettre à l'épreuve, une

PRATIQUE—Suite

preuve complète susceptible d'argumentation doit être présentée—Dans la mesure où les modifications sont demandées en temps opportun, en toute bonne foi, et sont visées par les principes généraux susmentionnés, le juge des requêtes ne devrait pas se demander si la modification proposée sera retenue à l'instruction—Rien dans la Loi sur le règlement de la revendication territoriale des Dénés et Métis du Sahtu ne nous oblige à conclure que le Parlement a conféré force de loi à l'Entente sur la revendication territoriale—Puisque l'Entente n'est pas une loi fédérale, l'art. 17(6) ne fait pas obstacle à la compétence de la Cour fédérale—Subsidiairement, la disposition privative ne concerne que le contrôle judiciaire de procédures d'arbitrage—Cela est renforcé par la disposition selon laquelle «le présent chapitre n'a pas pour effet de limiter la compétence de quelque tribunal judiciaire que ce soit»—La Cour fédérale a compétence, aux fins de l'action, pour déterminer si la demanderesse peut se prévaloir du Traité et si elle est liée par la libération de l'obligation prévue par le Traité—Les modifications sont autorisées étant donné qu'il n'existe aucune bonne raison de les refuser et que tout permet de les autoriser de façon que les nouvelles questions de fond réelles qui se posent, et qui peuvent être essentielles à la preuve de la Couronne, soient examinées—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 324, 402(4)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-10, art. 17(6) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3)—Loi sur le règlement de la revendication territoriale des Dénés et Métis du Sahtu, L.C. 1994, ch. 27.

BEATTIE C. CANADA (T-2216-91, T-361-93, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 26-1-95, 13 p.)

Requête en radiation

Déclarations taxées de scandaleuses, futiles ou vexatoires—Les membres de la société demanderesse ont commandé chez la défenderesse dix caravanes flottantes de 57 pieds—Un administrateur de la demanderesse était également un administrateur, dirigeant, actionnaire du constructeur, et le propriétaire de l'agence qui vendait les tranches de temps partagé—Le constructeur affirme avoir livré trois bâtiments—À la suite de changements au sein de son bureau, la demanderesse s'aperçoit qu'elle a payé pour trois bâtiments, mais n'en a reçu que deux—Le troisième, en cours de construction chez le constructeur, était sur le point d'être expédié outre-frontière à un acheteur américain—La demanderesse, en sa qualité de propriétaire inscrit et de débiteur hypothécaire, a saisi le bâtiment, après la découverte d'un contrat signé en son nom par l'administrateur aux multiples casquettes—Ce contrat est un contrat de vente conditionnelle stipulant que le titre de propriété des navires n'est transmis au club qu'après règlement du prix de tous les dix navires—La défenderesse, se fondant sur l'affidavit par lequel le président du club fait savoir que de l'avis de ce dernier, le contrat de vente conditionnelle est invalide ou nul et non avvenu et ne représente pas le contrat véritablement conclu par les parties, affirme que les déclarations sont scandaleuses, futiles ou vexatoires ou encore constituent un emploi abusif des procédures de la Cour—Pour qu'une plaidoirie puisse être radiée en application de la Règle 419(1a), il faut que l'absence de cause soit évidente, manifeste et indubitable—Le critère de la radiation en application des Règles 419(1c) et f) est tout

PRATIQUE—Fin

aussi, sinon plus rigoureux que celui de la Règle 419(1a)—Il faut qu'il soit évident que l'action du demandeur est tellement futile qu'elle n'a pas la moindre chance de réussir—La première action de la demanderesse se fonde sur le contrat qu'elle a subséquemment rejeté par affidavit comme nul ou invalide—Accueil de la requête en radiation et en mainlevée de la saisie du navire dans la première action, n° T-96-95—Dans la seconde action, le fait que l'administrateur aux multiples casquettes est peut-être celui qui connaît le mieux les tenants et aboutissants du contrat entre le club et le constructeur, soulève une question d'ordre public et d'équité puisqu'il appert que le constructeur en connaît davantage sur le contrat que les administrateurs et membres actuels du club—Rejet de la requête en radiation de la seconde action—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 419(1).

PACIFIC LAKE YACHT SOCIETY C. NIMCO BIOSYSTEMS INC. (T-9695, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 26-1-95, 6 p.)

SANTÉ ET BIEN-ÊTRE SOCIAL

Demande de contrôle judiciaire de la décision du comité de révision rejetant l'appel formé par le requérant à l'encontre de la décision par laquelle le ministre a statué qu'il n'aurait pas droit aux prestations de sécurité de la vieillesse pendant la période en cause—Après avoir obtenu le statut de résident permanent, le requérant est retourné en Inde pour liquider ses biens commerciaux—Le haut-commissariat à New Delhi a refusé de lui délivrer un permis de retour pour résident permanent au motif qu'il avait cessé d'être un résident permanent du Canada—Le requérant a demandé a nouveau le statut de résident permanent et il est revenu au Canada trois ans plus tard—Son admissibilité aux prestations de sécurité de la vieillesse a été retardée de trois ans parce que sa période d'absence a été exclue du calcul de sa période de résidence—Le comité de révision a confirmé la décision du ministre—En raison de la clause privative énoncée à l'art. 28(1) de la Loi, la norme de contrôle est celle du caractère manifestement déraisonnable—La décision du comité de révision est manifestement déraisonnable si elle ne peut s'appuyer sur aucune interprétation raisonnable des faits et du droit—Selon le requérant, la décision du comité de révision, qui se fondait sur le refus du haut-commissariat de lui délivrer un permis de retour de résident permanent, était illégale—Si le haut-commissariat a commis une erreur, il incombait au requérant de contester cette décision lorsqu'elle a été rendue; il ne peut certainement pas utiliser la présente instance en contrôle judiciaire pour remettre en question la décision rendue par le haut-commissariat—La résidence est une question de fait qui doit être tranchée en tenant compte des circonstances—Étant donné que le requérant s'est absenté du Canada pendant une période de trois ans après qu'on lui a refusé un permis de retour de résident permanent et que la décision de l'agent d'immigration n'a pas été portée en appel, la décision du comité de révision s'appuyait sur une interprétation raisonnable des faits—Demande rejetée—Loi sur la sécurité de la vieillesse, L.R.C. (1985), ch. O-9, art. 28(1).

KUTHIALA C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (T-296-94, juge Tremblay-Lamer, décision en date du 30-1-95, 7 p.)

TÉLÉCOMMUNICATIONS

Appel de la décision dans laquelle le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) a conclu que certaines sociétés affiliées étaient «essentielles» à la fourniture des services téléphoniques de base, et a ainsi assimilé les revenus tirés de ces activités au revenu de l'appelante aux fins de fixation des tarifs—La privatisation de la mandataire de la Couronne a entraîné la mise sur pied d'une société réglementée et de plusieurs sociétés affiliées—Les biens et les activités liés à l'annuaire, qui appartenaient auparavant à la mandataire de la Couronne ont été transférés à des sociétés affiliées non réglementées—Le CRTC a exigé la divulgation des renseignements d'ordre financier concernant des sociétés affiliées aux fins de fixation des tarifs téléphoniques de l'appelante en application de l'art. 340(1) de la Loi—Le pouvoir d'assimiler les revenus des sociétés non réglementées affiliées à une compagnie téléphonique régulière au revenu de celle-ci aux fins de fixation de son tarif («pouvoir relatif aux activités essentielles à l'entreprise») n'est pas expressément prévu dans la loi habilitante du CRTC—L'appelante prétend que le pouvoir du CRTC relatif aux activités essentielles à l'entreprise existe par voie d'interprétation nécessaire seulement dans les cas où la société réglementée a structuré ses opérations de manière à éviter d'inclure des profits importants dans son revenu—Il est décidé dans *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, que l'établissement de taxes et de tarifs comporte forcément la réglementation des revenus de l'organisme réglementé—Le CRTC ne peut s'acquitter de son obli-

TÉLÉCOMMUNICATIONS—Fin

gation fondamentale visée à l'art. 340(1) sans avoir le pouvoir d'examiner et de déterminer 1) quels sont les éléments d'actif qui constituent l'assiette des tarifs d'un service public; 2) le rendement auquel les investisseurs dans une entreprise de services publics sont en droit de s'attendre; 3) et les frais d'exploitation et les sources de revenus de cette entreprise—Nécessité pratique d'accorder au CRTC le pouvoir de forcer les barrières de l'entreprise et d'assimiler les revenus nets de ces sociétés affiliées, dans la mesure où ils proviennent de services et d'opérations essentielles aux activités téléphoniques de l'organisme réglementé, au revenu de cet organisme aux fins de la réglementation—Le pouvoir relatif aux activités essentielles à l'entreprise découle forcément de la nature et de l'objectif du pouvoir de réglementation du CRTC—Le fait que le Parlement ait accordé un pouvoir exprès dans une situation donnée, impliquant qu'il ne l'a pas accordé dans une autre s'il ne l'a pas fait de façon expresse («principe d'exclusion implicite»), doit s'appliquer avec circonspection et devrait être méconnu dans les cas où la modification ultérieure apportée à la loi habilitante antérieure contient la disposition expresse qui ne figurait pas dans celle-ci—Le CRTC avait le pouvoir de rendre l'ordonnance—Appel rejeté—Loi sur les chemins de fer, L.R.C. (1985), ch. R-3, art. 340(1).

AGT LTD. C. CANADA (CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS CANADIENNES) (A-1376-92, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 21-12-94, 12 p.)



If undelivered, return COVER ONLY to:

**Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacré-Coeur Boulevard,
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9**

En cas de non-livraison,

retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
**Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Coeur,
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9**