

T-1342-77

T-1342-77

Penthouse International Ltd. (Applicant)

v.

Minister of National Revenue and Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise (Respondents)

Trial Division, Cattanach J.—Ottawa, April 12 and 18, 1977.

Customs and excise — Prerogative writs — Copies of applicant's magazine classified as prohibited goods — Refused entry into Canada — Whether respondents and their agents acted ultra vires in prohibiting entry — Whether goods wrongly classified — Whether "periodical" deemed included in Tariff Item 99201-1 — Whether writ of prohibition open to applicant — Application dismissed — Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, ss. 46-48, 50 — Customs Tariff, R.S.C. 1970, c. C-41, Tariff Item 99201-1 — Federal Court Act, s. 18.

APPLICATION for writ of prohibition.

COUNSEL:

A. E. Golden for applicant.
D. Friesen for respondents.

SOLICITORS:

Golden, Levinson, Toronto, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

CATTANACH J.: This is an originating notice of motion seeking prohibition, pursuant to section 18 of the *Federal Court Act*, to restrain and prohibit the respondents herein and their officers, agents, collectors, appraisers and representatives from applying or purporting to apply Item 99201-1 of the *Customs Tariff* (R.S.C. 1970, c. C-41) to all copies, some 674,000 in number, of the May issue of a periodical magazine entitled *Penthouse* published by the applicant in Des Moines, Iowa, one of the states of the United States of America and imported into Canada by Metro Toronto News and sold at the wholesale and retail levels on a consignment basis. In my view, the question of title to the goods is immaterial to the issues to be decided which view is shared by both parties.

Penthouse International Ltd. (Requérante)

c.

^a Le ministre du Revenu national et le sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise (Intimés)

Division de première instance, le juge Cattanach—
^b Ottawa, les 12 et 18 avril 1977.

Douanes et accise — Brefs de prérogative — Exemplaires du périodique de la requérante classés comme produits prohibés — Entrée au Canada refusée — Les intimés et leurs agents ont-ils outrepassé leur compétence en interdisant l'entrée des périodiques? — Y a-t-il eu erreur dans la classification des produits? — Un «périodique» est-il jugé comme inclus sous le numéro tarifaire 99201-1? — Le bref de prohibition est-il accessible à la requérante? — Demande rejetée — Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, c. C-40, art. 46 à 48, 50 — Tarif des douanes, S.R.C. 1970, c. C-41, numéro tarifaire 99201-1 — Loi sur la Cour fédérale, art. 18.

DEMANDE de bref de prohibition.

AVOCATS:

A. E. Golden pour la requérante.
^e *D. Friesen* pour les intimés.

PROCUREURS:

Golden, Levinson, Toronto, pour la requérante.
^f *Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés.

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

LE JUGE CATTANACH: Il s'agit d'un avis introductif de requête sollicitant, conformément à l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, un bref de prohibition aux fins d'interdire aux intimés, à leurs fonctionnaires, agents, receveurs, appréciateurs et mandataires d'appliquer ou de prétendre appliquer le numéro 99201-1 du *Tarif des douanes* (S.R.C. 1970, c. C-41) à tous les exemplaires, environ 674,000, du numéro du mois de mai du périodique *Penthouse* publié par la requérante à Des Moines, Iowa, États-Unis d'Amérique et importé au Canada par Metro Toronto News et vendu en gros et au détail par consignment. A mon avis, la propriété des biens n'a aucune incidence sur les points en litige soulevés en l'espèce et cette opinion est partagée par les deux parties.

The ground upon which prohibition is sought is that the respondents in acting as they did in prohibiting the importation into Canada did so in excess of the jurisdiction conferred upon them and, as I construe the matter, that incidental to the alleged lack of jurisdiction or so inextricably interwoven therewith as not to be severable therefrom is the contention that Item 99201-1 of Schedule "C" of the *Customs Tariff* does not apply to periodical publications which the May issue of *Penthouse* magazine incontrovertibly is.

A further ground was advanced to the effect that the appeal procedure provided in the *Customs Act* (R.S.C. 1970, c. C-40) when applied to periodical publications is contrary to the *Canadian Bill of Rights* in that it deprives the applicant of the enjoyment of property without due process of law. This ground was abandoned by the applicant.

A writ of prohibition, like all prerogative writs, is an extraordinary remedy and is to be used with great caution but in the circumstances of a particular case it may be used to ensure the furtherance of justice and convenience when none of the ordinary remedies provided by law will serve to do so.

Under the *Customs Act* an appeal is provided by sections 46, 47 and 48 through departmental hierarchy, that is from the collector, to an appraiser, then to the Deputy Minister and from him to the Tariff Board, an administrative tribunal and ultimately to the Federal Court of Canada. By coincidence section 50 provides for an appeal when the importation of goods is refused at the border on the ground that the goods as described in Tariff Item 99201-1, are prohibited, which was done in the present instance. Then the process of appeal otherwise provided is circumvented and is to a county or district court judge with appropriate variation for the Province of Quebec. I might add parenthetically that the judge being a *persona designata*, an application to the Federal Court of Appeal to review and set aside a decision by that judge would appear to be available.

However, that appeal procedure is available to the importer of the goods and not to the exporter. It is admitted that the applicant is not the import-

La requérante sollicite un bref de prohibition aux motifs que les intimés, en interdisant l'importation de *Penthouse* au Canada, ont outrepassé leur compétence et que, comme je l'interprète, accessoirement à l'allégation d'absence de compétence ou liée à celle-ci si étroitement qu'on ne peut les disjoindre, le numéro 99201-1 de la liste «C» du *Tarif des douanes* ne s'applique pas aux périodiques, ce que le numéro de mai de *Penthouse* est sans contredit.

Elle prétend également que la procédure d'appel prévue à la *Loi sur les douanes* (S.R.C. 1970, c. C-40) va à l'encontre de la *Déclaration canadienne des droits* lorsqu'on l'applique dans le cas d'un périodique parce qu'elle la prive de la possession de ses biens sans une application régulière de la loi. La requérante a renoncé à invoquer ce motif.

Un bref de prohibition, comme tous les brefs de prérogative, constitue un recours extraordinaire et doit être utilisé avec beaucoup de circonspection, mais les circonstances d'un cas particulier peuvent permettre son utilisation pour assurer la bonne application de la justice et une certaine commodité lorsque aucun recours habituel ne peut le faire.

Les articles 46, 47 et 48 de la *Loi sur les douanes* prévoient qu'un appel suit la hiérarchie du ministère, soit du receveur à l'appréciateur, ensuite au sous-ministre et à la Commission du tarif, un tribunal administratif, et en dernier lieu à la Cour fédérale du Canada. Par une heureuse coïncidence, l'article 50 prévoit justement la procédure d'appel à suivre lorsque l'importation d'effets a été refusée à la frontière pour le motif que les effets sont des produits prohibés comme les désigne le numéro tarifaire 99201-1, ce qui est le cas en l'espèce. La procédure habituelle est donc contournée et l'appel doit être interjeté devant un juge d'une cour de comté ou de district, les modifications pertinentes devant être faites dans le cas de la province de Québec. J'aimerais ajouter entre parenthèses que le juge étant une *persona designata*, il semblerait possible de demander à la Cour d'appel fédérale d'examiner et d'annuler sa décision.

Cependant, l'importateur et non l'exportateur peut se prévaloir de cette procédure d'appel. Il est admis que la requérante n'est pas l'importateur

er of the goods but that it is the exporter from which it follows that the statutory process of appeal is not available to it.

There is no question whatsoever that the applicant, as exporter of the goods, has a vital and substantial interest in the matter.

It is conceivable that the exporter, or in this instance the applicant, might prevail upon the Deputy Minister to re-determine the tariff classification made of its goods by virtue of section 46(4)(d). Under that section the Deputy Minister may so re-determine "in any . . . case where he deems it advisable" within a prescribed time limit. This re-determination of classification is within the discretion of the Deputy Minister who may exercise it as he deems fit and the section does not confer upon an exporter an appeal as of right to the Deputy Minister.

In the light of such circumstances, I am of the view that the applicant is not obliged to have resorted to the process of the statutory right of appeal through the administrative channels before taking recourse to this Court by way of an application for prohibition.

Furthermore, in my view, the authorities are conclusive that where a lack of jurisdiction is apparent on the face of the proceedings in the tribunal whose action is sought to be prohibited, there is no discretion vested in the superior Court. Prohibition must issue preventing the inferior tribunal from acting on a matter over which it has no jurisdiction.

On the other hand it is also my view that the numerous authorities make it equally clear that where lack of jurisdiction in the inferior tribunal is not so apparent on the face of the proceedings then the granting of prohibition is discretionary and that the exercise of that discretion remains a judicial discretion to be exercised according to settled principles.

Here the ground urged in the notice of motion is that the respondents exceeded their jurisdiction under section 14 of the *Customs Tariff*.

Under the general object of the *Customs Act* and the *Customs Tariff*, an importer of goods is

mais l'exportateur des effets: il s'ensuit que la procédure d'appel établie par la loi ne lui est pas accessible.

^a Personne ne met en doute que la requérante, en tant qu'exportateur des effets, a un intérêt fondamental et réel en l'espèce.

^b On peut concevoir que l'exportateur, ou dans le présent cas la requérante, peut inciter le sous-ministre à déterminer de nouveau la classification tarifaire de ses biens conformément à l'article 46(4)(d). En vertu de cet article, le sous-ministre peut déterminer de nouveau une classification tarifaire «en tout . . . cas où il juge opportun de le faire» avant l'expiration du délai prescrit. Cette nouvelle détermination de classification relève du pouvoir discrétionnaire du sous-ministre qui peut l'exercer s'il le juge opportun et l'article n'accorde pas à l'exportateur un droit d'appel au sous-ministre.

^c A la lumière de telles circonstances, je suis d'avis que la requérante n'est pas tenue d'épuiser les droits d'appel établis par la loi auprès des autorités administratives avant de s'adresser à la présente cour pour obtenir un bref de prohibition.

^d En outre, selon une jurisprudence bien établie me semble-t-il, lorsqu'il appert, au vu du dossier, que le tribunal que l'on cherche à empêcher d'agir n'a pas compétence, la cour supérieure n'a aucun pouvoir discrétionnaire. Elle doit émettre un bref de prohibition qui empêche le tribunal d'instance inférieure d'agir dans une matière sur laquelle il n'a pas compétence.

^e D'autre part, je crois également qu'un principe dégagé par une abondante jurisprudence veut que, lorsque l'absence de compétence du tribunal d'instance inférieure n'est pas aussi apparente au vu du dossier, l'octroi d'un bref de prohibition soit alors discrétionnaire, que ce pouvoir discrétionnaire soit de nature judiciaire et qu'il ne doive être exercé que conformément aux principes établis.

^f En l'espèce, l'avis de requête allègue que les intimés ont excédé la compétence qu'il leur avait été accordée par l'article 14 du *Tarif des douanes*.

^g La *Loi sur les douanes* et le *Tarif des douanes* ont pour objectif général que l'importateur d'effets

obliged to make due entry of the goods as required by law.

It is the duty of a collector of customs or other proper official to classify the goods sought to be imported. It is his duty to so classify the goods as being within Schedule A, Schedule B or Schedule C to the *Customs Tariff* and being schedules to the Act and as much an enactment as any other part of the Act.

Schedule A concerns goods subject to duty and free goods. Should the collector classify the goods as falling within Schedule A he is obliged to determine if the goods so classified are free or appraise the value for duty if they fall under the British Preferential Tariff, Most Favoured Nation Tariff or General Tariff and apply the appropriate duty indicated.

Likewise, in the performance of his duty he might classify the goods as being within Schedule B as goods subject to drawback for home consumption or under Schedule C which are goods, the importation of which into Canada is prohibited.

In the exercise of his duty and obligation under the two above-mentioned statutes, which are *in pari materia*, the collector of customs classified the goods which the applicant exported to Canada as falling within Schedule C, particularly Tariff Item 99201-1 which reads:

Books, printed paper, drawings, paintings, prints, photographs or representations of any kind of a treasonable or seditious, or of an immoral or indecent character.

Counsel for the applicant submitted that the goods in question, which are incontrovertibly periodical publications, were improperly classified under Item 99201-1 because the word "periodical" does not appear therein and there are numerous instances in Schedules A, B and in Schedule C itself where the word "periodical" is used. In the result his submission was that since there was no specific inclusion in that item of "periodical" as descriptive of the applicant's goods the importation thereof was not prohibited.

This then brings out in stark relief what I consider to be the crux of this matter. The crucial issue may be simply stated. Did the collector of

fasse entrer ses effets au pays conformément à la loi.

Le receveur des douanes ou un autre fonctionnaire compétent doit déterminer la classification des effets qu'on cherche à importer. Il doit les classer dans la liste A, la liste B ou la liste C du *Tarif des douanes* et en tant que listes de la Loi, elles en font partie et constituent des mesures législatives comme n'importe qu'elle autre partie de la Loi.

La liste A touche les produits frappés de droits et les produits admis en franchise. Si le receveur classe les effets dans la liste A, il doit déterminer s'ils sont admis en franchise ou estimer leur valeur imposable si le Tarif de préférence britannique, le Tarif de la nation la plus favorisée ou le Tarif général leur est applicable et établir en conséquence le droit indiqué.

De même, il peut classer les effets dans la liste B comme produits admis au bénéfice du drawback pour consommation intérieure ou dans la liste C qui énumère les effets dont l'importation au Canada est prohibée.

Dans l'exécution des devoirs et obligations que lui imposent les deux lois précitées qui sont *in pari materia*, le receveur des douanes a classé les effets que la requérante a exporté au Canada dans la liste C, particulièrement sous le numéro tarifaire 99201-1 qui se lit:

Livres, imprimés, dessins, peintures, gravures, photographies ou reproductions de tout genre, de nature à fomenter la trahison ou la sédition, ou ayant un caractère immoral ou obscène.

L'avocat de la requérante allègue que les effets en question, qui sont sans contredit des périodiques, ont été incorrectement classés sous le numéro 99201-1 parce que le mot «périodique» n'y apparaît pas et que plusieurs numéros des listes A, B et C utilisent le mot «périodique». En conséquence, il allègue que l'importation des effets de la requérante n'est pas prohibée puisque ce numéro ne contient pas le mot «périodique» qui décrit ses effets.

Ceci met fortement en relief ce que je considère être le nœud de la question. On peut simplement énoncer ainsi l'importante question en litige: le

customs in classifying the goods as he did act within his jurisdiction and erroneously apply the law to a matter within his jurisdiction or, put another way with more appropriate emphasis, did he erroneously decide an issue upon which his jurisdiction depends or did he erroneously decide an issue within his jurisdiction?

If the former is the case then prohibition must be granted but if the latter is the case then prohibition must be refused.

After having given careful consideration to what I conceive to be the crucial issue herein as I have indicated immediately above and for the conclusion I have reached, also indicated above, as to the object of the two statutes that the duty is imposed thereby upon the proper customs officials to classify imported goods, which confers jurisdiction upon them to do so, it follows that the respondents acted within their jurisdiction and the decision made was one of law within their jurisdiction.

Having so concluded it is immaterial to this motion whether the decision made within the jurisdiction was erroneous or not and I do not decide that question but I might add that whether that decision was erroneous is debatable.

Being a periodical I would assume that it consists of reproductions of photographs on certain pages with accompanying text and reading material but there was no evidence of this before me and if that assumption is correct then part of the overall whole of the goods might fall within the language of Tariff Item 99201-1 such a part by reason of the nature of the goods not being severable from the whole.

For the foregoing reasons it follows that the application is dismissed with costs to the respondents.

receveur des douanes, en classant les effets comme il l'a fait, a-t-il agi dans les limites de sa compétence et a-t-il appliqué erronément la loi à une matière relevant de sa compétence ou, formulée autrement avec l'insistance nécessaire, a-t-il erronément jugé d'un point sur lequel repose sa compétence ou a-t-il erronément jugé d'un point relevant de sa compétence?

Dans le premier cas, le bref de prohibition doit être accordé mais dans ce dernier cas, il doit être refusé.

Après avoir attentivement étudié ce qui me semble être en l'espèce la question importante que je viens tout juste de signaler et étant donné la conclusion indiquée précédemment que les deux lois ont pour objet d'obliger les fonctionnaires compétents des douanes à classer les effets importés et de leur accorder cette compétence, il s'ensuit que les intimés ont agi dans les limites de leur compétence et ont rendu une décision relevant en droit de leur compétence.

Étant donné cette conclusion, il n'est pas essentiel, aux fins de la présente requête, de déterminer si la décision rendue dans les limites de la compétence était erronée ou non et je ne statuerai pas là-dessus, mais j'aimerais ajouter que cette question est discutable.

Puisqu'il s'agit d'un périodique, je présume qu'il reproduit sur certaines pages des photographies accompagnées d'un court texte mais aucune preuve ne m'a été soumise à cet égard et si cette hypothèse est exacte, alors les termes du numéro tarifaire 99201-1 visent une partie de l'ensemble de ces effets et une telle partie, en raison de la nature des effets, ne peut être séparée du tout.

Pour ces motifs, il s'ensuit que la demande est rejetée avec dépens aux intimés.