



**Canada
Federal Court
Reports**

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

1997, Vol 2, Part 2

1997, Vol. 2, 2^e fascicule

Cited as [1997] 2 F.C., 279-544

Renvoi [1997] 2 C.F., 279-544

Published by

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

Editorial Board

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

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

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

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Production Staff

Production Manager
LAURA VANIER

Publications Specialist
JEAN-PIERRE LEBLANC

Editorial Assistants
PIERRE LANDRIAULT
LISE LEPAGE-PELLETIER

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 1997.

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

Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Court Reports should be directed to the Executive Editor at area code 613-995-2706

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

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

Publié par

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

Bureau des arrêtiistes

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

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

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

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Services techniques

Gestionnaire, production et publication
LAURA VANIER

Spécialiste des publications
JEAN-PIERRE LEBLANC

Adjoints à l'édition
PIERRE LANDRIAULT
LISE LEPAGE-PELLETIER

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 1997.

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

Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil des arrêts de la Cour fédérale, doivent être adressées au Directeur général au (613) 995-2706.

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 aux Éditions du gouvernement du Canada, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, Ottawa (Canada) K1A 0S9.

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

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

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

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

CONTENTS

DigestsD-13

Appeals Noted I

Beno v. Canada (Commissioner and Chairperson, Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia) (C.A.) 527

Inquiries — Commission appointed under Inquiries Act, s. 3 to conduct inquiry, report on actions, decisions of Canadian Forces in Somalia — Officer served with notice under Act, s. 13 to face allegations of misconduct — Commission Chairman prohibited from making finding adverse to officer due to reasonable apprehension of bias — Trial Judge wrong in assimilating commissioners to judges — Public inquiry not equivalent to civil, criminal trial — Inquiry commissioners have broad investigative powers — Rules of evidence, procedure less strict — Reasonable apprehension of bias standard to be applied flexibly — Chairman not reaching conclusion on basis other than evidence.

Administrative law — Judicial review — Prohibition — Somalia Commission Chairman prohibited from making finding adverse to Armed Forces officer based on reasonable apprehension of bias — Role of commissioners, judges distinguished — Commissioners having broad investigative powers, judges determine rights as between parties — Rules of evidence, procedure less strict at inquiry than in court — Reasonable apprehension of bias, not “closed mind” test, standard applicable herein — Chairman not deciding on basis other than evidence — That Judge disagreed with Chairman’s assessment of officer’s credibility not basis for bias finding.

Continued on next page

SOMMAIRE

Fiches analytiques F-15

Appels notés I

Beno c. Canada (Commissaire et président de la Commission d’enquête sur le déploiement des Forces armées canadiennes en Somalie) (C.A.) 527

Enquêtes — Commission nommée en vertu de l’art. 3 de la Loi sur les enquêtes afin de faire enquête et de faire rapport sur les mesures et les décisions des Forces canadiennes en Somalie — Un officier s’est vu signifier un préavis conformément à l’art. 13 de la Loi, lui faisant savoir qu’il pourrait faire face à des allégations de faute — Le président de la Commission a été enjoint de ne tirer aucune conclusion défavorable touchant l’intimé, pour cause de crainte raisonnable de partialité — Le juge de première instance s’est mépris en assimilant les commissaires à des juges — Une enquête publique n’est pas un procès civil ou criminel — Dans une enquête, les commissaires sont dotés de vastes pouvoirs d’enquête — Les règles de preuve et de procédure sont moins contraignantes — Le critère de la crainte raisonnable de partialité doit s’appliquer avec souplesse — Le président n’a pas fondé sa conclusion sur autre chose que la preuve.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Prohibition — Le président de la Commission sur la Somalie a été enjoint de ne tirer aucune conclusion défavorable touchant un officier des Forces armées, pour cause de crainte raisonnable de partialité — Distinction faite entre le rôle des commissaires et celui des juges — Les commissaires sont dotés de vastes pouvoirs d’enquête, les juges décident des droits des parties — Les règles de preuve et de procédure sont moins contraignantes dans le cas d’une commission d’enquête que dans le cas d’une cour de justice — En l’espèce, il faut appliquer le critère de la «crainte raisonnable de partialité» plutôt que celui de l’«esprit fermé» — Le président n’a pas fondé sa conclusion sur autre chose que la preuve — Le fait

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Canada v. Nassau Walnut Investments Inc. (C.A.) 279

Income tax — Income calculation — Capital gains — Appeal from Tax Court decision allowing appeal from reassessment — Respondent disposing of shares — Accountants mistakenly reporting difference between paid-up capital, purchase price as deemed dividends pursuant to Income Tax Act, ss. 84(3), 112 — Minister reassessing, applying s. 55(2), whereby dividends converted into taxable capital gain — Refusing to allow respondent to file s. 55(5)(f) designation attributing portion of dividends to “safe income” — S. 55(2) applies if Minister’s method of allocating safe income reasonable, even if respondent’s method also reasonable — Pro rata method for allocating safe income reasonable — Respondent required to file designation under s. 55(5)(f) at time return filed — Election cases distinguished — Inference Parliament not intending to allow amendment of return rebutted — Respondent entitled to file s. 55(5)(f) designation after notice of reassessment issued, s. 55(2) invoked.

Compagnie Générale des Établissements Michelin—Michelin & Cie v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW-Canada) (T.D.) 306

Trade marks — Infringement — Plaintiff holding trade-marks, copyrights in term “Michelin”, “Bibendum” design — Labour union using Michelin logo on promotional material during organizing campaign — Whether infringing plaintiff’s trade-marks — Case law on meaning of term “use” under Trade-marks Act, ss. 19, 20, 22 — Mark must be used for purpose of identifying source of goods, services — Under Act, s. 4, infringer must use mark “in association” with own wares or services — Plaintiff’s trade-marks not “used” in association with defendants’ wares or services under s. 4 — Handing out leaflets, pamphlets to recruit members into union not commercial activity, “advertising” — No infringement under Act, ss. 20, 22 — No prejudice to plaintiff’s goodwill, reputation.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

que le juge ne partageait pas l’évaluation de la crédibilité de l’officier faite par le président n’était pas une raison valable pour mettre en doute son impartialité.

Canada c. Nassau Walnut Investments Inc. (C.A.) 279

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Gains en capital — Appel d’une décision de la Cour de l’impôt qui avait accueilli l’appel concernant la nouvelle cotisation — Disposition d’actions par l’intimée — Les comptables ont par erreur déclaré la différence entre le capital payé et le prix d’achat à titre de dividende présumé aux termes des art. 84(3) et 112 de la Loi de l’impôt sur le revenu — Le ministre a établi une nouvelle cotisation, en appliquant l’art. 55(2), et converti le dividende en gain en capital imposable — Il a refusé d’autoriser l’intimée à faire une désignation aux termes de l’art. 55(5)f pour qu’une partie du dividende soit attribué au «revenu sauf» — L’art. 55(2) s’applique si la méthode utilisée par le ministre pour répartir le revenu sauf est raisonnable, même si la méthode utilisée par l’intimée est également raisonnable — La méthode proportionnelle pour la répartition du revenu sauf est raisonnable — L’intimée devait faire une désignation en vertu de l’art. 55(5)f au moment de produire sa déclaration — La distinction est faite avec les cas où des choix doivent être exercés — L’inférence selon laquelle le législateur n’avait pas l’intention d’autoriser la modification d’une déclaration est réfutée — L’intimée a le droit de faire une désignation aux termes de l’art. 55(5)f après qu’un avis de nouvelle cotisation, fondé sur l’art. 55(2), lui est envoyé.

Compagnie Générale des Établissements Michelin—Michelin & Cie c. Syndicat national de l’automobile, de l’aérospatiale, du transport et des autres travailleurs et travailleuses du Canada (TCA-Canada) (1^{re} inst.) 306

Marques de commerce — Contrefaçon — La demanderesse est titulaire des marques de commerce et des droits d’auteur sur le mot «Michelin» et sur le dessin du «Bibendum» — Le syndicat a utilisé le logo de Michelin sur du matériel promotionnel au cours d’une campagne de recrutement — Il s’agit de déterminer s’il y a eu contrefaçon des marques de commerce de la demanderesse — Jurisprudence sur le sens du mot «emploi» sous le régime des art. 19, 20 et 22 de la Loi sur les marques de commerce — La marque doit être employée pour identifier la source des marchandises et services — En vertu de l’art. 4, le contrefacteur doit avoir employé la marque «en liaison» avec ses propres marchandises ou services — Les marques de commerce de la demanderesse n’ont pas été «employées» en liaison avec les marchandises ou services des défendeurs au sens de l’art. 4 — Distribuer des prospectus et des brochures afin de recruter des membres ne constitue pas, dans le cas d’un syndicat, une activité commerciale ou une «annonce» — Il

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Copyright — Infringement — “Bibendum” on defendant union’s leaflets, posters reproducing substantial part of plaintiff’s copyright — Test for infringement whether act complained of could only be done by copyright owner under Copyright Act, s. 27(1) — No sufficient mental effort, independent thought in union’s “Bibendum” to be entirely new work — Parody not form of “criticism” as exception to copyright infringement under Act, s. 27(2)(a.1) — Exceptions to copyright infringement to be interpreted restrictively — Defendants not mentioning source, author’s name of original on “Bibendum” leaflets, poster — Not treating original work in fair manner — Plaintiff’s copyrights infringed.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Freedom of expression — Whether union posters, leaflets depicting plaintiff’s corporate logo, “Bibendum”, forms of expression protected by Charter, s. 2(b) — Sufficient if expression conveys meaning — Not all forms of expression protected — Defendants not permitted to appropriate plaintiff’s private property as vehicle for conveying anti-Michelin message — Form of expression prohibited, not protected under s. 2(b) — Expression protected by s. 2(b) only if compatible with primary function of property — Subjecting plaintiff’s “Bibendum” to ridicule as object of parody not compatible with function of copyright — Copyright Act, ss. 3, 27 reasonable limits prescribed by law under Charter, s. 1 — “Reading down” Act, s. 27(2)(a.1) inappropriate remedy — Defendants’ freedom of expression not infringed.

Del Zotto v. Canada (T.D.) 428

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Del Zotto suspected of tax evasion — Inquiry convened under Income Tax Act, s. 231.4 into his financial affairs — Del Zotto entitled to attend, representation by counsel — Noble subpoenaed to attend, give evidence,

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

n’y a pas eu de contrefaçon des marques de commerce sous le régime des art. 20 et 22 de la Loi — Il n’y a pas eu de diminution de la valeur de l’achalandage ni d’atteinte à la réputation de la demanderesse.

Droit d’auteur — Contrefaçon — Le «Bibendum» figurant sur les prospectus et les affiches du syndicat défendeur a reproduit une partie importante de l’œuvre protégée par le droit d’auteur de la demanderesse — Le critère de la contrefaçon consiste à se demander si l’acte reproché est un acte que seul le titulaire du droit d’auteur a la faculté d’exécuter en vertu de l’art. 27(1) de la Loi sur le droit d’auteur — Il n’y avait pas suffisamment d’effort intellectuel et d’idée indépendante dans le «Bibendum» du syndicat pour constituer une œuvre entièrement nouvelle — La parodie n’est pas une forme de «critique» qui constitue une exception à la violation du droit d’auteur sous le régime de l’art. 27(2)a.1) de la Loi — Les exceptions à la violation du droit d’auteur doivent être interprétées strictement — Les défendeurs n’ont pas fait mention de la source et du nom de l’auteur de l’original sur leurs prospectus et leurs affiches montrant un «Bibendum» — Ils n’ont pas traité l’œuvre originale d’une manière équitable — Il y a eu violation du droit d’auteur de la demanderesse.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Liberté d’expression — Les prospectus et les affiches des défendeurs décrivant le logo et le «Bibendum» de la demanderesse constituent-ils des formes d’expression protégées par l’art. 2b) de la Charte? — Il suffit que l’expression transmette une signification — Les formes d’expression ne sont pas toutes protégées — Les défendeurs ne sont pas autorisés à s’approprier le bien privé de la demanderesse comme moyen de transmettre leur message anti-Michelin — Il s’agit d’une forme d’expression interdite, non protégée sous le régime de l’art. 2b) — L’expression est protégée par l’art. 2b) seulement si elle est compatible avec la fonction principale de la propriété — Jeter le ridicule sur le «Bibendum» de la demanderesse en en faisant l’objet d’une parodie n’est pas compatible avec la fonction de l’œuvre faisant l’objet du droit d’auteur — Les art. 3 et 27 de la Loi sur le droit d’auteur constituent des limites raisonnables prescrites par une règle de droit, au sens de l’art. premier de la Charte — L’«interprétation atténuée» de l’art. 27(2)a.1) ne constitue pas une réparation convenable — La liberté d’expression des défendeurs n’a pas été violée.

Del Zotto c. Canada (1^{re} inst.) 428

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Del Zotto soupçonné d’évasion fiscale — Enquête ouverte sur ses affaires financières en application de l’art. 231.4 de la Loi de l’impôt sur le revenu — Del Zotto avait le droit d’être présent et de se faire assister d’avocat

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

produce documents — Del Zotto not subpoenaed — Inquiry adjourned before any witness giving evidence — Neither s. 231.4 nor inquiry contravening Charter, s. 7 — Principles of fundamental justice under s. 7 encompassing protection against self-incrimination in some circumstances, related principles i.e. Crown must establish case before accused required to respond, right to silence, right to claim exception under s. 7 where Crown engaging in fundamentally unfair conduct — S. 7 not applicable as Del Zotto not subpoenaed, not conscripted against self; Noble not facing criminal charges, not compelled to testify as to own affairs — Right not to speak to police not recognized principle of fundamental justice under s. 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Del Zotto suspected of tax evasion — Inquiry convened under Income Tax Act, s. 231.4 into his financial affairs — Entitled to attend, representation by counsel — Noble subpoenaed to attend, give evidence, produce documents — Del Zotto not subpoenaed — Inquiry adjourned before any witness giving evidence — Neither s. 231.4 nor inquiry contravening Charter, s. 8 — *Hunter et al. v. Southam Inc.* standards to determine reasonableness of search, seizure not applicable — Categorization of context of search, seizure but one factor to be considered — All circumstances fully weighed — Determination of intrusiveness of search, seizure based on scale of interests ranging from bodily integrity to requests for production of documents — Tax inquiry lesser form of intrusion than search of private premises — Expectation of privacy pertaining to business affairs relatively low compared to matters of intimate, personal nature — Determination of reasonable expectation of privacy not dependent on personal preference.

Income tax — Enforcement — Inquiries — Del Zotto suspected of tax evasion — Inquiry convened under Act, s. 231.4 into his financial affairs from 1979 to 1985 — Entitled to attend, representation by counsel — Noble subpoenaed to attend, give evidence, produce documents — Del Zotto not subpoenaed — Inquiry adjourned before any witness giving evidence — Neither s. 231.4 nor inquiry contravening Charter, ss. 7, 8 — Principles of fundamental justice encompassed by s. 7 canvassed — S. 7 not applicable as no self-incrimination, Del Zotto not being sub-

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

— Noble a été assigné à comparaître, à témoigner et à produire des documents — Del Zotto n'a pas été assigné — Enquête ajournée avant qu'aucun témoin fût entendu — Ni l'art. 231.4 ni l'enquête ne va à l'encontre de l'art. 7 de la Charte — Les principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 embrassent la protection contre l'auto-incrimination dans certains cas, ainsi que les principes connexes tels que la charge incombant au ministère public d'administrer ses preuves avant que l'accusé ait à y répondre, le droit de garder le silence, l'exception à la contraignabilité, fondée sur l'art. 7, en cas de conduite fondamentalement inique du ministère public — L'art. 7 n'est pas applicable puisque Del Zotto n'a été ni assigné, ni forcé à témoigner contre lui-même; et que Noble n'est ni inculpé ni forcé à témoigner sur ses propres affaires — Le droit de ne pas parler à la police ne représente pas un principe reconnu de justice fondamentale au sens de l'art. 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Del Zotto soupçonné d'évasion fiscale — Enquête ouverte sur ses affaires financières en application de l'art. 231.4 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Del Zotto avait le droit d'être présent et de se faire assister d'avocat — Noble a été assigné à comparaître, à témoigner et à produire des documents — Del Zotto n'a pas été assigné — Enquête ajournée avant qu'aucun témoin fût entendu — Ni l'art. 231.4 ni l'enquête ne va à l'encontre de l'art. 8 de la Charte — Non-applicabilité des normes dégagées par la jurisprudence *Hunter et autres c. Southam Inc.* pour juger du caractère raisonnable des fouilles, perquisitions ou saisies — La distinction entre catégories de fouilles, perquisitions et saisies n'est qu'un des facteurs à prendre en considération — Mise dans la balance de toutes les circonstances de la cause — Le caractère envahissant des fouilles, perquisitions et saisies se mesure selon une échelle allant de l'atteinte à l'intégrité physique à l'obligation de produire des documents — Une enquête en matière fiscale est une atteinte moins grave que la perquisition domiciliaire — L'attente en matière de protection de la vie privée concernant les activités professionnelles se situe à un niveau relativement inférieur par rapport aux questions de nature personnelle ou intime — Le jugement sur l'attente raisonnable en matière de droit à la vie privée ne dépend pas des préférences de l'individu.

Impôt sur le revenu — Exécution — Enquêtes — Del Zotto soupçonné d'évasion fiscale — Enquête ouverte sur ses affaires financières de 1979 à 1985 en application de l'art. 231.4 de la Loi — Del Zotto avait le droit d'être présent et de se faire assister d'avocat — Noble a été assigné à comparaître, à témoigner et à produire des documents — Del Zotto n'a pas été assigné — Enquête ajournée avant qu'aucun témoin fût entendu — Ni l'art. 231.4 ni l'enquête ne va à l'encontre de l'art. 7 ou de l'art. 8 de la Charte — Recension des principes de justice fondamentale couverts

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

poenaed to give evidence, Noble not charged, not giving evidence against self — As to reasonableness of search, seizure, *Hunter et al. v. Southam Inc.* standards not applicable — Intrusiveness of search depending on scale of interests ranging from bodily integrity to requests for production of documents — Tax inquiry lesser form of intrusion than search of private premises.

Dixon v. Canada (Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia) (T.D.) 391

Inquiries — Commission of Inquiry into deployment of Canadian Forces to Somalia — Order in Council establishing Commission to investigate, report on 6 topics, 19 issues — Final report due December 22, 1995 but two extensions granted — Commission needing even more time but Order in Council imposing final deadlines — Motion for order of *mandamus* requiring Commission to comply with mandate or declaring that Governor in Council amend Commission's terms of reference by limiting inquiry and order declaring Governor in Council's decision on final deadlines contrary to law — Importance, independence of public inquiries — Whether Commission required to report on all matters mandated — Who decides whether investigation complete — Whether commission unable to report on full mandate — Original reporting date unrealistic, never intended to be final — Commission of Inquiry not like government department to be created, directed, disbanded as Governor in Council sees fit — Governor in Council not entitled to decide when enough evidence received — To lawfully curtail mandate, Governor in Council must list items deleted from Commission's mandate — Order in Council imposing final deadlines *ultra vires* for (1) non-compliance with Interpretation Act, s. 31(4); (2) breaching rule of law by requiring the impossible; (3) breaching rule of law by disrespect of Commissioners' independence.

Armed Forces — Commission of Inquiry into deployment of Canadian Forces to Somalia — Inquiry undertaken in response to national outrage over murder of Somalis by Canadian soldiers — Commission's broad mandate including

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

par l'art. 7 — L'art. 7 n'a pas application puisqu'il n'y a pas auto-incrimination, que Del Zotto n'a pas été assigné à témoigner, que Noble n'est inculpé ni forcé à témoigner sur ses propres affaires — Non-applicabilité des normes dégagées par la jurisprudence *Hunter et autres c. Southam Inc.* pour juger du caractère raisonnable des fouilles, perquisitions ou saisies — Le caractère envahissant des fouilles, perquisitions et saisies se mesure selon une échelle allant de l'atteinte à l'intégrité physique à l'obligation de produire des documents — Une enquête en matière fiscale est une atteinte moins grave que la perquisition domiciliaire.

Dixon c. Canada (Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie) (1^{re} inst.) 391

Enquêtes — Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie — Décret constituant une Commission pour faire enquête sur six questions et 19 sujets — Le rapport final devait être présenté le 22 décembre 1995, mais l'échéance a été reportée à deux reprises — La Commission avait besoin d'encore plus de temps, mais des échéances finales ont été imposées par décret — Requêtes introductives d'instance visant à obtenir, d'une part, une ordonnance de *mandamus* obligeant la Commission d'enquête à se conformer à son mandat et, d'autre part, une ordonnance décrétant que la décision du gouverneur en conseil relative aux échéances finales était contraire à la loi — Importance, indépendance des commissions d'enquêtes — La Commission devait-elle faire rapport sur toutes les questions énumérées dans son mandat? — Qui pouvait décider si l'enquête était terminée? — La Commission se trouvait-elle dans l'impossibilité de s'acquitter complètement de son mandat? — La date initiale de présentation du rapport était irréaliste et n'a jamais censé être une date de présentation d'un rapport final — La Commission d'enquête n'est pas comme un service gouvernemental qui peut être créé, dirigé et démantelé selon le bon vouloir du gouverneur en conseil — Il n'appartient pas au gouverneur en conseil de décider quand la Commission a obtenu suffisamment de preuves — Pour restreindre le mandat de la Commission d'une manière légitime, le gouverneur en conseil doit expressément énumérer les questions du mandat qu'il faut considérer comme retranchées — Il y a trois raisons pour lesquelles le décret qui imposait les échéances finales est *ultra vires*: 1) il n'est pas conforme à l'art. 31(4) de la Loi d'interprétation; 2) il enfreint les principes de droit en exigeant l'impossible des commissaires; 3) il enfreint les principes de droit en ne respectant pas l'indépendance dont jouissent les commissaires.

Forces armées — Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie — Commission d'enquête constituée en réaction au scandale national suscité par l'assassinat de Somaliens par des soldats canadiens — Dans

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

inquiring, reporting on leadership within chain of command, discipline, whether cultural differences impacted on operations, actions of Department of National Defence, allegations of cover-up, evidence destruction — Governor in Council imposing final deadlines for Commission's investigations, report — Applicant was Special Advisor to Defence Minister Campbell, directly involved in communications between C.F., Minister — Controversy between applicant, C.F. representative as to date applicant told of Somali's torture, murder by Canadian Airborne Regiment members — Media questioning whether applicant cover-up participant — Applicant denied standing due to government's imposition of final deadlines — Applicant seeking order of *mandamus* requiring Commission to comply with mandate or declaring that Governor in Council amend Commission's terms of reference and declaring decision imposing final deadlines contrary to law — Order in Council imposing final deadlines held *ultra vires*.

Practice — Parties — Standing — Motion for *mandamus* requiring Somalia Commission of Inquiry to comply with mandate or other relief — Applicant Special Advisor to then Minister of Defence — Directly involved with communications between Minister, representatives of Canadian Armed Forces — Disputing date Minister's staff told of torture, murder in Somalia by members of Canadian Airborne Regiment — Allegations of cover-up — Within Commission's mandate, but applicant denied standing because Commission's mandate truncated when Governor in Council deciding to end hearings March 31, 1997 — Applicant directly affected, having standing to bring motion pursuant to Federal Court Act, s. 18.1.

74712 Alberta Ltd. v. M.N.R. (C.A.) 471

Income tax — Income calculation — Deductions — Appeal from Trial Division judgment dismissing appeal from Tax Court decision dismissing appeal from reassessment under Income Tax Act, s. 20(1)(c)(i) (permitting deduction of interest on borrowed money used to earn non-exempt income from business or property) — Parent company obtaining \$7.4 million credit facility with CIBC of which \$3.3 million available as line of credit to taxpayer, related

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

le cadre de son large mandat, la Commission devait faire enquête et rapport sur le leadership au sein de la chaîne de commandement, la discipline, la mesure dans laquelle les différences culturelles ont influé sur la conduite des opérations, les mesures prises par le ministère de la Défense nationale, les allégations de camouflage et la destruction d'éléments de preuve — Le gouverneur en conseil a imposé des échéances finales relativement à l'enquête et au dépôt du rapport final de la Commission — Le requérant était conseiller spécial du ministre de la Défense nationale de l'époque, M^{me} Kim Campbell et à ce titre, il participait directement aux communications entre la ministre et les représentants des Forces canadiennes, avec lesquels il est en désaccord quant à la date à laquelle il a été informé de la torture et de l'assassinat d'un Somalien par des membres du Régiment aéroporté du Canada — Les médias ont soulevé la question de savoir si le requérant avait pris part à une opération de camouflage — La demande du requérant visant à obtenir le droit d'être entendu a été rejetée, vu les échéances finales fixées — Le requérant vise à obtenir, d'une part, une ordonnance de *mandamus* obligeant la Commission d'enquête à se conformer à son mandat et, d'autre part, une ordonnance décrétant que la décision du gouverneur en conseil d'imposer des échéances finales était contraire à la loi — Le décret imposant les échéances finales est *ultra vires*.

Pratique — Parties — Qualité pour agir — Demande d'une ordonnance de *mandamus* obligeant la Commission d'enquête à se conformer à son mandat ou à accorder une autre réparation — Le requérant était conseiller spécial du ministre de la Défense nationale de l'époque — Il participait directement aux communications entre la ministre et les représentants des Forces canadiennes, avec lesquels il est en désaccord quant à la date à laquelle il a été informé de la torture et de l'assassinat d'un Somalien par des membres du Régiment aéroporté du Canada — Les allégations de camouflage relevaient du mandat de la Commission d'enquête, mais la demande du requérant visant à obtenir le droit d'être entendu par celle-ci a été rejetée, le gouverneur en conseil ayant décidé de mettre fin aux audiences le 31 mars 1997 — Le requérant était directement touché et avait donc le droit d'être entendu en vertu de l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale.

74712 Alberta Ltd. c. M.R.N. (C.A.) 471

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Appel d'un jugement par lequel la Section de première instance a rejeté l'appel interjeté de la décision par laquelle la Cour de l'impôt avait rejeté l'appel d'une nouvelle cotisation en vertu de l'art. 20(1)(c)(i) de la Loi de l'impôt sur le revenu (qui permet la déduction des intérêts payés sur de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu imposable d'une entreprise ou d'un bien) — La société mère

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

companies — Remainder representing pre-existing indebtedness of group — Taxpayer guaranteeing loan — Borrowing money to honour guarantee — Appeal dismissed — Purpose of loan to honour guarantee, not earn income — Borrowed funds not used to produce income — Interpretation Bulletin IT-445 (permitting deduction of interest on money borrowed to honour guarantee, given for “adequate consideration”) inapplicable as inadequate consideration — Robertson J.A.’s concurring reasons analysis of *Bronfman v. The Queen* indicating S.C.C. recognizing possibility of exceptions to direct-use rule — IT-445 restatement of reasonable expectation of profit requirement.

SOMMAIRE (Fin)

a obtenu de la CIBC une entente de crédit de 7,4 millions de dollars, dont 3,3 millions de dollars ont été mis à la disposition de la contribuable et de ses sociétés liées à titre de marge de crédit — Le reste du prêt correspondait aux dettes antérieures contractées par le groupe — La contribuable a garanti le remboursement du prêt — Elle a emprunté l’argent pour honorer sa garantie — L’appel est rejeté — Le but du prêt était d’honorer une garantie, et non de gagner un revenu — L’argent emprunté n’a pas été utilisé pour gagner un revenu — Le bulletin d’interprétation IT-445 (qui permet la déduction des frais d’intérêt sur l’argent emprunté pour honorer une garantie qui a été donnée «moyennant une contrepartie suffisante») ne s’applique pas, étant donné que la contrepartie fournie est insuffisante — Il ressort de l’analyse de l’arrêt *Bronfman c. La Reine* que le juge Robertson fait dans ses motifs concourants que la C.S.C. a reconnu qu’il était possible qu’il existe des exceptions au principe de l’utilisation directe — Le bulletin d’interprétation IT-445 est une façon de formuler autrement la condition relative à l’expectative raisonnable de profit.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Del Zotto v. Canada, [1997] 2 F.C. 214 (T.D.), has been reversed on appeal (A-55-97). The reasons for judgment, handed down 10/6/97, will be published in the *Federal Court Reports*.

Dixon v. Canada (Governor in Council), [1997] 2 F.C. 163 (T.D.), has been reversed on appeal (A-282-97). The reasons for judgment, handed down 17/7/97, will be published in the *Federal Court Reports*.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Del Zotto c. Canada*, [1997] 2 C.F. 214 (1^{re} inst.), a été infirmée en appel (A-55-97). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 10-6-97, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

La décision *Dixon c. Canada (Gouverneur en conseil)*, [1997] 2 C.F. 163 (1^{re} inst.), a été infirmée en appel (A-282-97). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 17-7-97, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

**Canada
Federal Court
Reports**

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

1997, Vol. 2, Part 2

1997, Vol. 2, 2^e fascicule

A-262-95

A-262-95

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

v.

c.

Nassau Walnut Investments Inc. (*Respondent*)**Nassau Walnut Investments Inc.** (*intimée*)**INDEXED AS: CANADA v. NASSAU WALNUT INVESTMENTS INC. (C.A.)****RÉPERTORIÉ: CANADA c. NASSAU WALNUT INVESTMENTS INC. (C.A.)**

Court of Appeal, Stone, Strayer and Robertson J.J.A.—Toronto, November 6; Ottawa, December 23, 1996.

Cour d'appel, juges Stone, Strayer et Robertson, J.C.A.—Toronto, 6 novembre; Ottawa, 23 décembre 1996.

Income tax — Income calculation — Capital gains — Appeal from Tax Court decision allowing appeal from reassessment — Respondent disposing of shares — Accountants mistakenly reporting difference between paid-up capital, purchase price as deemed dividends pursuant to Income Tax Act, ss. 84(3), 112 — Minister reassessing, applying s. 55(2), whereby dividends converted into taxable capital gain — Refusing to allow respondent to file s. 55(5)(f) designation attributing portion of dividends to "safe income" — S. 55(2) applies if Minister's method of allocating safe income reasonable, even if respondent's method also reasonable — Pro rata method for allocating safe income reasonable — Respondent required to file designation under s. 55(5)(f) at time return filed — Election cases distinguished — Inference Parliament not intending to allow amendment of return rebutted — Respondent entitled to file s. 55(5)(f) designation after notice of reassessment issued, s. 55(2) invoked.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Gains en capital — Appel d'une décision de la Cour de l'impôt qui avait accueilli l'appel concernant la nouvelle cotisation — Disposition d'actions par l'intimée — Les comptables ont par erreur déclaré la différence entre le capital payé et le prix d'achat à titre de dividende présumé aux termes des art. 84(3) et 112 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Le ministre a établi une nouvelle cotisation, en appliquant l'art. 55(2), et converti le dividende en gain en capital imposable — Il a refusé d'autoriser l'intimée à faire une désignation aux termes de l'art. 55(5)(f) pour qu'une partie du dividende soit attribué au «revenu sauf» — L'art. 55(2) s'applique si la méthode utilisée par le ministre pour répartir le revenu sauf est raisonnable, même si la méthode utilisée par l'intimée est également raisonnable — La méthode proportionnelle pour la répartition du revenu sauf est raisonnable — L'intimée devait faire une désignation en vertu de l'art. 55(5)(f) au moment de produire sa déclaration — La distinction est faite avec les cas où des choix doivent être exercés — L'inférence selon laquelle le législateur n'avait pas l'intention d'autoriser la modification d'une déclaration est réfutée — L'intimée a le droit de faire une désignation aux termes de l'art. 55(5)(f) après qu'un avis de nouvelle cotisation, fondé sur l'art. 55(2), lui est envoyé.

This was an appeal from the Tax Court decision allowing the taxpayer's appeal from the Minister's reassessment and holding that it was unnecessary for the taxpayer to file a designation under *Income Tax Act*, paragraph 55(5)(f). Under paragraph 84(3)(a) a corporation is deemed to have paid a dividend equal to the difference between the amount paid and the paid-up capital in respect of the shares of capital stock redeemed, acquired or cancelled, and under paragraph 84(3)(b) the person who disposed of the shares is deemed to have received a taxable dividend. Subsection 112(1) renders such intercorporate dividends tax-free by permitting the corporate taxpayer to take an equivalent deduction. The operation of these provisions is subject to subsection 55(2), an anti-avoidance provision, which converts certain dividends

Il s'agit d'un appel de la décision de la Cour de l'impôt accueillant l'appel de la contribuable à l'encontre de la nouvelle cotisation établie par le ministre et statuant qu'il n'était pas nécessaire que la contribuable fasse une désignation en vertu de l'alinéa 55(5)(f) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En vertu de l'alinéa 84(3)(a), une société est réputée avoir versé un dividende égal à la différence entre la somme payée et le capital versé relativement aux actions rachetées, acquises ou annulées et, en vertu de l'alinéa 84(3)(b), la personne qui a disposé des actions est réputée avoir reçu un dividende imposable. Le paragraphe 112(1) a pour effet d'exonérer d'impôt ces dividendes entre sociétés en autorisant la société contribuable à faire une déduction équivalente dans sa déclaration d'impôt. Ces deux dispositions sont assujetties au paragraphe 55(2),

into taxable capital gains. To the extent that a dividend, including a deemed dividend arising under subsection 84(3), is attributable to a "safe income" of the dividend-paying corporation, that portion of the dividend remains tax-free. Safe income is equivalent to the tax retained earnings of the dividend-paying corporation realized after 1971 and prior to the receipt of the dividend. If the entire amount of the dividend is attributable to safe income, subsection 55(2) is not applicable. But if a portion of the dividend is attributable to something other than safe income, the entire amount received by the corporation is deemed not to be a dividend. Relief from the all-or-nothing nature of subsection 55(2) is found in paragraph 55(5)(f). By designating a dividend to be a number of separate dividends, the portion of the dividend attributable to safe income is severed and remains tax-free, and the part of the dividend which is not attributable to safe income is treated as though a capital gain had been realized. Paragraph 55(5)(f) requires that the designation be made at the time of filing of the tax return for the year in which the dividend was received.

The respondent disposed of certain shares. The taxpayer's accountants mistakenly reported the difference between the paid-up capital and the purchase price (instead of the safe income attaching to the shares) as a deemed dividend pursuant to subsections 84(3) and 112(1) on its 1989 income tax return. They also failed to make the designation under paragraph 55(5)(f). The Minister reassessed Nassau on the basis that the dividend was caught by subsection 55(2), i.e. the whole dividend should be deemed capital gain. The Minister refused to accept a late-filed designation under paragraph 55(5)(f). In interpreting subsection 55(2), the Tax Court held that substance prevailed over form. It noted that had Nassau's accountants not mistakenly reported the full redemption price of the shares as a deemed dividend, the Minister would have allowed the benefit of \$270,000 of safe income available to the Westminster shares. The Tax Court allowed the appeal and accepted Nassau's method of allocating income i.e. to the first shares redeemed instead of on a *pro rata* basis.

The issues were: (1) whether Nassau was required at the time of filing its 1989 return to "make" a designation pursuant to paragraph 55(5)(f) in order to reduce its tax liability arising from the sale of the shares; (2) whether Nassau was entitled to make a late-filed designation.

Held, the appeal should be dismissed.

une disposition anti-évitement qui a pour effet de convertir certains dividendes libres d'impôt en gains en capital imposables. Dans la mesure où un dividende, y compris un dividende présumé découlant de l'application du paragraphe 84(3), est attribuable au «revenu sauf» de la société qui verse le dividende, cette fraction du dividende est exonérée d'impôt. Le revenu sauf représente les bénéfices non distribués frappés d'impôt de la société qui verse le dividende et qui ont été réalisés après 1971 et avant le paiement du dividende. Si la totalité du dividende est attribuable au revenu sauf le paragraphe 55(2) n'est pas applicable. Toutefois, si une fraction du dividende est attribuable à autre chose qu'au revenu sauf, alors la totalité de la somme reçue par la société est réputée ne pas être un dividende. L'alinéa 55(5)f) prévoit toutefois un allègement relativement au paragraphe 55(2) qui ne fait pas de demi-mesure. En désignant le dividende comme une série de dividendes distincts, la fraction du dividende attribuable au revenu sauf est retranchée et demeure donc libre d'impôt, et l'autre fraction du dividende qui n'est pas attribuable au revenu sauf est traitée comme si un gain en capital avait été réalisé. L'alinéa 55(5)f) exige que la désignation soit faite au moment de la production de la déclaration d'impôt pour l'année au cours de laquelle le dividende est reçu.

L'intimée a vendu certaines actions. Les comptes ont par erreur déclaré la différence entre le prix d'achat des actions et le capital versé à l'égard de celles-ci (au lieu du revenu sauf se rattachant à ces actions) à titre de dividende présumé conformément aux paragraphes 84(3) et 112(1) dans la déclaration de revenus de 1989. Ils ont également omis de faire la désignation prévue à l'alinéa 55(5)f). Le ministre a établi une nouvelle cotisation à l'égard de Nassau au motif que le dividende tombait sous le coup du paragraphe 55(2), c'est-à-dire que la totalité du dividende était réputée être un gain en capital. Le ministre a refusé d'accepter la désignation tardive aux termes de l'alinéa 55(5)f). En interprétant le paragraphe 55(2), la Cour de l'impôt a statué que le fond devait primer sur la forme. Elle a noté que si les nouveaux comptes de Nassau n'avaient pas déclaré par erreur le prix intégral du rachat des actions à titre de dividende présumé, le ministre aurait autorisé Nassau à profiter du montant de 270 000 \$ de revenu sauf rattaché aux actions de Westminster. La Cour de l'impôt a accueilli l'appel et accepté la méthode de répartition du revenu, c'est-à-dire l'attribution aux premières actions rachetées plutôt que l'utilisation de la méthode proportionnelle.

Les questions en litige étaient les suivantes: Nassau était-elle tenue, au moment de produire sa déclaration de 1989, de «faire» une désignation aux termes de l'alinéa 55(5)f) de la Loi afin de réduire son obligation fiscale découlant de la vente des actions; (2) Nassau était-elle en droit de produire une désignation tardive.

Arrêt: l'appel doit être rejeté.

(1) Nassau was required to file a designation under paragraph 55(5)(f) at the time it filed its return. Assuming that the other requirements of subsection 55(2) are satisfied, so long as the Minister's approach in allocating safe income is reasonable, subsection 55(2) should apply regardless of whether the method chosen by Nassau could also be considered reasonable. The *pro rata* method for allocating safe income is in law reasonable and may even be the only acceptable method of allocating safe income, based on a presumption of equality amongst shares.

(2) Nassau was entitled to claim the benefit of paragraph 55(5)(f) once the notice of reassessment issued and the Minister invoked subsection 55(2). The parties treated paragraph 55(5)(f) as if it was an election provision or analogous thereto, but paragraph 55(5)(f) is not an election provision. In contradistinction to a designation, when an election is to be made the taxpayer must make a decision to forego one option in favour of another on the basis of an assessment of tax risks which may or may not materialize depending on uncertain events. In addition, the Act implicitly recognizes that a designation and an election are not the same. What designations and elections have in common is the fact that the Act expressly provides for relief in some instances, but not others. That the Act authorizes the late filing of a designation or an election in particular circumstances gives rise only to a rebuttable inference that Parliament did not intend that taxpayers have such a right in other instances. The restrictive approach adopted by the courts with respect to the Act's election provisions (i.e. taxpayers were denied relief where not so provided for in the Act) was prompted by the possibility of taxpayers engaging in retroactive tax planning. This case did not involve the problem of retroactive tax planning, but was more analogous to a taxpayer seeking to amend his tax return for the purpose of taking a deduction to which he had some entitlement. The taxpayer did not previously weigh the risks relating to making the designation or abstaining therefrom, nor does it now seek to avoid bearing the downside of a decision made consciously after due consideration.

The Act accords a right to amend a tax return in some instances, but not others. Again there is a rebuttable inference that relief may be granted only in the stated circumstances. Assuming that Nassau had a right to amend its return, or make a late-filed designation, in the wake of a reassessment initiated by the Minister and his reliance on subsection 55(2), there was no basis upon which it might be said that Parliament did not intend such a result. The Minister's argument, that if late-filed desig-

1) Nassau était tenue de faire une désignation aux termes de l'alinéa 55(5)f) au moment de produire sa déclaration d'impôt. En supposant que les autres exigences du paragraphe 55(2) sont réunies, et que la méthode adoptée par le ministre pour la répartition du revenu sauf est raisonnable, le paragraphe 55(2) devrait s'appliquer abstraction faite du caractère tout aussi raisonnable de la méthode choisie par Nassau. La méthode proportionnelle choisie pour la répartition du revenu sauf est raisonnable en droit et il est même possible qu'elle soit la seule méthode acceptable de répartition du revenu sauf, en raison de la présomption d'égalité entre les actions.

2) Nassau était en droit de réclamer l'avantage prévu à l'alinéa 55(5)f) après que le nouvel avis de cotisation eut été émis et que le ministre eut invoqué le paragraphe 55(2). Les parties ont traité l'alinéa 55(5)f) comme s'il s'agissait d'une disposition prévoyant l'exercice d'un choix, alors qu'elle n'en est pas une. Pour faire la distinction avec une désignation, lorsqu'un choix est fait, le contribuable doit décider de renoncer à une option en faveur d'une autre en évaluant les conséquences fiscales susceptibles de se produire advenant la concrétisation de certaines éventualités. Outre cette différence, la Loi reconnaît implicitement qu'une désignation et un choix ne sont pas une seule et même chose. Le commun dénominateur des désignations et des choix réside dans le fait que la Loi prévoit expressément un allègement dans certaines circonstances, mais non dans d'autres. Le fait que la Loi autorise l'exercice tardif d'une désignation ou d'un choix dans des circonstances particulières ne mène en fait qu'à une inférence réfutable selon laquelle le législateur n'avait pas l'intention d'accorder le même droit aux contribuables dans d'autres circonstances. La méthode restrictive adoptée par les tribunaux à l'égard des dispositions de la Loi prévoyant l'exercice d'un choix (c'est-à-dire qu'on refuse aux contribuables l'allègement lorsque celui-ci n'est pas prévu dans la Loi) vient de la possibilité que les contribuables se livrent à une planification fiscale rétroactive. En l'espèce, la Cour n'est pas saisie d'une question de planification fiscale rétroactive, mais d'un cas plus semblable à une situation dans laquelle le contribuable demande à modifier sa déclaration d'impôt afin de tirer parti d'une déduction à laquelle il a un certain droit. Le contribuable n'a pas déjà évalué les risques potentiels entre faire la désignation ou ne pas la faire, et elle ne cherche pas non plus à se soustraire aux conséquences négatives d'une décision qu'elle aurait prise consciemment après mûre réflexion.

La Loi accorde le droit de modifier une déclaration d'impôt dans certains cas, mais pas dans d'autres. Ici encore, il existe une inférence réfutable selon laquelle l'allègement ne peut être accordé que dans des circonstances bien précises. En supposant que Nassau a le droit de modifier sa déclaration, ou de faire une désignation tardive, par suite d'une nouvelle cotisation établie par le ministre et fondée sur le paragraphe 55(2), il n'y a pas de raison qui nous permette de conclure que le législateur

nations were permitted, unscrupulous taxpayers could postpone filing a designation in the hope of receiving a tax-free dividend, was rejected. (i) Paragraph 55(5)(f) was inserted into the Act not to discourage the unscrupulous, but to prevent the conversion by subsection 55(2) of an entire dividend into taxable capital gain where a portion of that dividend might be attributable to safe income. (ii) Paragraph 55(5)(f) cannot be made to serve an unintended purpose when other provisions of the Act are directed at the very mischief to which the Minister adverts. Sections 162 and 163 specifically address a taxpayer's failure to disclose income and, as penalty provisions, fulfill a deterrence function in respect of potentially unscrupulous taxpayers. (iii) Where the entire dividend is covered by safe income the corporate taxpayer will not have to make a designation and paragraph 55(5)(f) would not alert Revenue Canada to possible tax problems associated with safe income. (iv) The Minister's interpretation of paragraph 55(5)(f) works an unjustified or unreasonable result. On the Minister's view, in the event that the calculation of safe income is erroneous, section 55 should operate to recharacterize the whole dividend as taxable capital gains. The corporate taxpayer therefore would be penalized even though initially there appeared to be no need to make a designation under paragraph 55(5)(f). Such a result is absurd. It produces an unwarranted penal consequence which is not supportable in law. The inference that Parliament did not intend to accord relief in these circumstances was rebutted.

n'avait pas prévu un tel résultat. L'argument du ministre, selon lequel si une désignation tardive est autorisée, des contribuables sans scrupules pourraient différer la désignation dans l'espoir de toucher un dividende libre d'impôt, est rejeté. i) L'alinéa 55(5)f) a été incorporé à la Loi non pas pour décourager les contribuables sans scrupules, mais pour empêcher la conversion de la totalité d'un dividende en gain en capital imposable lorsqu'une partie de ce dividende peut être attribuable au revenu sauf. ii) On ne peut attribuer à l'alinéa 55(5)f) de la Loi un objectif non prévu par le législateur alors que d'autres dispositions de cette même Loi visent à empêcher la situation à laquelle fait allusion le ministre. Les articles 162 et 163 traitent précisément de l'omission d'un contribuable de déclarer un revenu et, en tant que dispositions pénales, ont pour but de dissuader les contribuables sans scrupules. iii) Lorsque la totalité du dividende fait partie du revenu sauf, le contribuable n'a pas à faire de désignation et l'alinéa 55(5)f) n'a pas pour effet d'attirer l'attention de Revenu Canada sur d'éventuels problèmes fiscaux associés au revenu sauf. iv) L'interprétation que donne le ministre de l'alinéa 55(5)f) aboutit à un résultat déraisonnable ou injustifié. Selon la position du ministre, dans le cas où le calcul du revenu sauf est erroné, l'application de l'article 55 aurait pour effet de traiter la totalité du dividende comme un gain en capital imposable. La société contribuable serait donc pénalisée même si au départ il ne semblait pas nécessaire de faire une désignation aux termes de l'alinéa 55(5)f). Ce résultat est absurde. Cette méthode entraîne une conséquence pénale non justifiée qui ne peut être soutenue en droit. L'inférence selon laquelle un législateur n'avait pas l'intention d'accorder un allègement dans ces circonstances a été réfutée.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 80 (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 58; 1995, c. 21, s. 27), 80.03 (as enacted *idem*), 220(3.21) (as enacted *idem*, s. 42).

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 55(2) (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 24; c. 140, s. 25; 1984, c. 45, s. 15), (5)(b) (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 24; 1988, c. 55, s. 33), (f) (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 24), 84(3) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 38), 112(1) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 71), 162, 163, 220(3.2) (as enacted by S.C. 1991, c. 49, s. 181).

Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, s. 600 (as enacted by SOR/92-265, s. 1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

McClurg v. Canada, [1990] 3 S.C.R. 1020; (1990), 76 D.L.R. (4th) 217; [1991] 2 W.W.R. 244; 50 B.L.R.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 80 (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 58; 1995, ch. 21, art. 27), 80.03 (édicte, *idem*), 220(3.21) (édicte, *idem*, art. 42).

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 55(2) (édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 24; ch. 140, art. 25; 1984, ch. 45, art. 15; 1985, ch. 45, art. 126), (5)b) (édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 24; 1985, ch. 45, art. 126; 1988, ch. 55, art. 33), f) (édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 24), 84(3) (mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 38), 112(1) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 71), 162, 163, 220(3.2) (édicte par L.C. 1991, ch. 49, art. 181).

Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., ch. 945, art. 600 (édicte par DORS/92-265, art. 1).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

McClurg c. Canada, [1990] 3 R.C.S. 1020; (1990), 76 D.L.R. (4th) 217; [1991] 2 W.W.R. 244; 50 B.L.R.

161; [1991] 1 C.T.C. 169; 91 DTC 5001; 119 N.R. 101; *Gestion Jean-Paul Champagne Inc. v. Canada (Minister of National Revenue — M.N.R.)*, [1995] T.C.J. No. 1187 (QL).

DISTINGUISHED:

Miller (J.A.) v. M.N.R., [1993] 1 C.T.C. 269; (1992), 93 DTC 5035; 150 N.R. 238 (F.C.A.).

CONSIDERED:

Trico Industries Ltd. v. Canada, [1994] 2 C.T.C. 2053; (1994), 94 DTC 1740 (T.C.C.); *Nivram Holdings Inc. v. Canada (Minister of National Revenue — M.N.R.)*, [1991] T.C.J. No. 355 (QL); *Lee (W.) v. M.N.R.*, [1990] 2 C.T.C. 2262; (1990), 90 DTC 1738 (T.C.C.).

REFERRED TO:

Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours, [1994] 3 S.C.R. 3; (1994), 95 DTC 5017; 171 N.R. 161; 63 Q.A.C. 161; *Canada v. Placer Dome Inc.*, [1997] 1 F.C. 780; (1996), 96 DTC 6562 (C.A.); *Spector Motor Services v. Walsh*, 139 F.2d 809 (2d Cir. 1943); *On-Guard Self-Storage Ltd. v. Canada*, [1996] F.C.J. No. 1545 (C.A.) (QL); *Loewen (H.R.) v. M.N.R.*, [1993] 1 C.T.C. 212; (1993), 93 DTC 5109; 61 F.T.R. 122 (F.C.T.D.); *Robertson v. R.*, [1996] 2 C.T.C. 2269 (T.C.C.); *Canada v. Adelman (H.)*, [1993] 2 C.T.C. 207; (1993), 93 DTC 5376; 66 F.T.R. 140 (F.C.T.D.); *Montreal Trust Company v. Minister of National Revenue*, [1962] S.C.R. 570; (1962), 35 D.L.R. (2d) 212; [1962] C.T.C. 418; 62 DTC 1242; *Hadler Turkey Farms Inc. v. The Queen*, [1986] 1 C.T.C. 81; (1985), 86 DTC 6013 (F.C.T.D.).

AUTHORS CITED

Arnold, B. J. *et al.*, eds. *Materials on Canadian Income Tax*, 10th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.

Brown, R. D. and T. E. McDonnell. "Capital Gains Strips: A Critical Review of the New Provisions" in *Report of Proceedings of the Thirty-Second Tax Conference*, 1980 Conference Report. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1981.

Kellough, H. J. and P. E. McQuillan. *Taxation of Private Corporations and Their Shareholders*, 2nd ed. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1992.

Robertson, John R. "Capital Gains Strips: A Revenue Canada Perspective of the Provisions of Section 55" in *Report of Proceedings of the Thirty-Third Tax Conference*, 1981 Conference Report. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1982.

161; [1991] 1 C.T.C. 169; 91 DTC 5001; 119 N.R. 101; *Gestion Jean-Paul Champagne Inc. c. Canada (Ministre du Revenu national — M.R.N.)*, [1995] A.C.I. n° 1187 (QL).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Miller (J.A.) c. M.R.N., [1993] 1 C.T.C. 269; (1992), 93 DTC 5035; 150 N.R. 238 (C.A.F.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Trico Industries Ltd. c. Canada, [1994] 2 C.T.C. 2053; (1994), 94 DTC 1740 (C.C.I.); *Nivram Holdings Inc. c. Canada (Ministre du Revenu national — M.R.N.)*, [1991] A.C.I. n° 355 (QL); *Lee (W.) c. M.R.N.*, [1990] 2 C.T.C. 2262; (1990), 90 DTC 1738 (C.C.I.).

DÉCISIONS CITÉES:

Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours, [1994] 3 R.C.S. 3; (1994), 95 DTC 5017; 171 N.R. 161; 63 Q.A.C. 161; *Canada c. Placer Dome Inc.*, [1997] 1 C.F. 780; (1996), 96 DTC 6562 (C.A.); *Spector Motor Services v. Walsh*, 139 F.2d 809 (2d Cir. 1943); *On-Guard Self-Storage Ltd. c. Canada*, [1996] F.C.J. n° 1545 (C.A.) (QL); *Loewen (H.R.) c. M.R.N.*, [1993] 1 C.T.C. 212; (1993), 93 DTC 5109; 61 F.T.R. 122 (C.F. 1^{re} inst.); *Robertson c. R.*, [1996] 2 C.T.C. 2269 (C.C.I.); *Canada c. Adelman (H.)*, [1993] 2 C.T.C. 207; (1993), 93 DTC 5376; 66 F.T.R. 140 (C.F. 1^{re} inst.); *Montreal Trust Company v. Minister of National Revenue*, [1962] R.C.S. 570; (1962), 35 D.L.R. (2d) 212; [1962] C.T.C. 418; 62 DTC 1242; *Hadler Turkey Farms Inc. c. La Reine*, [1986] 1 C.T.C. 81; (1985), 86 DTC 6013 (C.F. 1^{re} inst.).

DOCTRINE

Arnold, B. J. *et al.*, eds. *Materials on Canadian Income Tax*, 10th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.

Brown, R. D. and T. E. McDonnell. «Capital Gains Strips: A Critical Review of the New Provisions» in *Report of Proceedings of the Thirty-Second Tax Conference*, 1980 Conference Report. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1981.

Kellough, H. J. and P. E. McQuillan. *Taxation of Private Corporations and Their Shareholders*, 2nd ed. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1992.

Robertson, John R. «Capital Gains Strips: A Revenue Canada Perspective of the Provisions of Section 55» in *Report of Proceedings of the Thirty-Third Tax Conference*, 1981 Conference Report. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1982.

Smith, D. W. "Reassessments, Waivers, Amended Returns, and Refunds" in *Income Tax Enforcement, Compliance, and Administration*, 1988 Corporate Management Tax Conference. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1988.

Smith, D. W. «Reassessments, Waivers, Amended Returns, and Refunds» in *Income Tax Enforcement, Compliance, and Administration*, 1988 Corporate Management Tax Conference. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1988.

APPEAL from the Tax Court decision allowing taxpayer's appeal from Minister's reassessment and holding that it was unnecessary for taxpayer to file a designation pursuant to *Income Tax Act*, paragraph 55(5)(f) (*Nassau Walnut Investments Inc. v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2057; (1995), 95 DTC 367 (T.C.C.)). Appeal dismissed.

APPEL d'une décision de la Cour de l'impôt accueillant l'appel de la contribuable à l'encontre d'une cotisation établie par le ministre et statuant qu'il n'était pas nécessaire pour la contribuable de faire une désignation aux termes de l'article 55(5)(f) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (*Nassau Walnut Investment Inc. c. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2057; (1995), 95 DTC 367 (C.C.I.)). Appel rejeté.

COUNSEL:

Roger Taylor and David A. Palamar for appellant.
Arthur R. A. Scace, Q.C. for respondent.

AVOCATS:

Roger Taylor et David A. Palamar, pour l'appelante.
Arthur R. A. Scace, c.r., pour l'intimé.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
McCarthy Tétrault, Toronto, for respondent.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada, pour l'appelante.
McCarthy Tétrault, Toronto, pour l'intimée.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

ROBERTSON J.A.:

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.:

I. INTRODUCTION

I. INTRODUCTION

1 This is an appeal from a reported decision of the Tax Court of Canada, [1995] 2 C.T.C. 2057, involving the interpretation and application of section 55 of the *Income Tax Act* (the Act) [S.C. 1970-71-72, c. 63]. The essential facts are that the respondent taxpayer, Nassau Walnut Investments Inc. (Nassau), disposed of certain shares and claimed the proceeds as a tax-free dividend pursuant to subsections 84(3) [as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 38] and 112(1) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 71] of the Act when filing its 1989 income return. The Minister of National Revenue (the Minister) reassessed Nassau on the basis that the dividend was caught by subsection 55(2) [as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 24; c. 140, s. 25; 1984, c. 45, s. 15]. That subsec-

1 Il s'agit de l'appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt citée à [1995] 2 C.T.C. 2057, portant sur l'interprétation et l'application de l'article 55 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la Loi) [S.C. 1970-71-72, ch. 63]. Les faits essentiels sont les suivants: la contribuable intimée, Nassau Walnut Investments Inc. (Nassau), a vendu certaines actions dont elle a réclaté le produit à titre de dividende libre d'impôt aux termes des paragraphes 84(3) [mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 38] et 112(1) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 71] de la Loi, dans sa déclaration d'impôt sur le revenu de 1989. Le ministre du Revenu national (le ministre) a établi une nouvelle cotisation à l'égard de Nassau au motif que le dividende tombait sous le coup du

tion has the effect of converting certain tax-free dividends into (taxable) capital gains. While Nassau agreed with the Minister that subsection 55(2) applied, it sought to invoke paragraph 55(5)(f) [as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 24]. In defined circumstances, that provision has the effect of reducing the amount of the capital gain, thereby allowing a portion of the dividend to remain tax-free. The Minister refused to accede to Nassau's request on the basis that it had failed to make a "designation" at the time it filed its return as required by paragraph 55(5)(f).

2 Two issues arise for our consideration. First, was Nassau obligated at the time of filing its 1989 return to "make" a designation pursuant to paragraph 55(5)(f) of the Act in order to reduce its tax liability arising from the sale of the shares? The answer to that question hinges on the interpretation of subsection 55(2). Second, as Nassau did not make such a designation, and assuming that it was required to do so, then it is necessary to decide whether Nassau was entitled to submit what the parties have labelled a "late-filed designation".

3 The Tax Court Judge concluded that it was unnecessary for Nassau to file a designation and, therefore, he declined to deal with the second issue. In the reasons that follow, I come to the respectful conclusion that Nassau was obligated to make a designation at the time it filed its return for the taxation year in question. With respect to the second issue, I conclude that Nassau was entitled to claim the benefit of paragraph 55(5)(f) of the Act once the notice of reassessment issued and the Minister invoked subsection 55(2).

II. LEGISLATIVE FRAMEWORK

4 Paragraph 84(3)(a) of the Act provides that if a corporation redeems, acquires or cancels shares of its capital stock then that corporation is deemed to

paragraphe 55(2) [édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 24; ch. 140, art. 25; 1984, ch. 45, art. 15; 1985, ch. 45, art. 126]. Ce paragraphe a pour effet de convertir certains dividendes libres d'impôt en gains en capital (imposables). Bien que Nassau ait reconnu, avec le ministre, que le paragraphe 55(2) s'appliquait, elle a demandé à se prévaloir de l'alinéa 55(5)f) [édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 24]. Dans des circonstances bien définies, cette disposition a pour effet de réduire le montant du gain en capital, exonérant ainsi d'impôt une fraction du dividende. Le ministre a refusé d'accéder à la demande de Nassau au motif que celle-ci n'avait pas fait la «désignation» nécessaire au moment de produire sa déclaration d'impôt, comme l'exige l'alinéa 55(5)f).

2 Deux questions sont soumises à notre examen. Premièrement, Nassau était-elle tenue, au moment de produire sa déclaration de 1989, de «faire» une désignation aux termes de l'alinéa 55(5)f) de la Loi afin de réduire son obligation fiscale découlant de la vente des actions? La réponse à cette question dépend de l'interprétation du paragraphe 55(2). Deuxièmement, comme Nassau n'a pas fait cette désignation, et en supposant qu'elle était tenue de le faire, il faut décider si Nassau était en droit de produire ce que les parties ont appelé une «désignation tardive».

3 Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que Nassau n'était pas tenue de faire une désignation et, par conséquent, a refusé de répondre à la deuxième question. Dans les motifs qui suivent, je conclus, avec respect pour l'opinion contraire, que Nassau était tenue de faire une désignation au moment de produire sa déclaration d'impôt pour l'année d'imposition en question. Quant à la deuxième question, je conclus que Nassau était en droit de réclamer l'avantage prévu à l'alinéa 55(5)f) de la Loi après que le nouvel avis de cotisation eut été émis et que le ministre eut invoqué le paragraphe 55(2).

II. CADRE LÉGISLATIF

4 L'alinéa 84(3)a) de la Loi dispose que, lorsqu'une société rachète, acquiert ou annule des actions de son capital-actions, elle est réputée avoir versé un

have paid a dividend equal to the difference between the amount paid and the paid-up capital in respect of the shares so acquired. Correspondingly, paragraph 84(3)(b) provides that the person who disposed of the shares is deemed to have received a taxable dividend. In turn, subsection 112(1) has the effect of rendering such intercorporate dividends tax-free by permitting the corporate taxpayer to take an equivalent deduction. The operation of these provisions, however, is subject to subsection 55(2).

5 Subsection 55(2) of the Act is an anti-avoidance provision which has the effect of converting certain tax-free dividends into (taxable) capital gains. The object is to prevent "capital gains stripping". However, to the extent that a dividend, including a deemed dividend arising under subsection 84(3), is attributable to what is colloquially referred to as "safe income" of the dividend-paying corporation, then that portion of the dividend remains tax-free. Broadly stated, safe income, as calculated under paragraph 55(5)(b) [as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 24; 1988, c. 55, s. 33], is equivalent to the tax retained earnings of the dividend-paying corporation realized after 1971 and prior to the receipt of the dividend. Subsection 55(2) reads as follows:

55. . . .

(2) Where a corporation resident in Canada has after April 21, 1980 received a taxable dividend in respect of which it is entitled to a deduction under subsection 112(1) or 138(6) as part of a transaction or event or a series of transactions or events (other than as part of a series of transactions or events that commenced before April 22, 1980), one of the purposes of which (or, in the case of a dividend under subsection 84(3), one of the results of which) was to effect a significant reduction in the portion of the capital gain that, but for the dividend, would have been realized on a disposition at fair market value of any share of capital stock immediately before the dividend and that could reasonably be considered to be attributable to anything other than income earned or realized by any corporation after 1971 and before the transaction or event or the commencement of the series of transactions or events referred to in paragraph (3)(a), notwithstanding any other section of this Act, the amount of the dividend (other than the portion thereof, if any, subject to tax under Part IV that is not refunded as a consequence of the

dividende égal à la différence entre la somme payée et le capital versé relativement aux actions ainsi acquises. Parallèlement, l'alinéa 84(3)b) prévoit que la personne qui a disposé des actions est réputée avoir reçu un dividende imposable. Par ailleurs, le paragraphe 112(1) a pour effet d'exonérer d'impôt ces dividendes entre sociétés en autorisant la société contribuable à faire une déduction équivalente dans son rapport d'impôt. Cependant, ces deux dispositions sont assujetties au paragraphe 55(2).

Le paragraphe 55(2) de la Loi est une disposition anti-évitement qui a pour effet de convertir certains dividendes libres d'impôt en gains en capital (imposables). Son objectif est d'empêcher le «dépouillement des gains en capital». Toutefois, dans la mesure où un dividende, y compris un dividende présumé découlant de l'application du paragraphe 84(3), est attribuable à ce qui est familièrement désigné comme le «revenu sauf» de la société qui verse le dividende, cette fraction du dividende est alors exonérée d'impôt. En termes généraux, le revenu sauf, calculé aux termes de l'alinéa 55(5)b) [édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 24; 1985, ch. 45, art. 126; 1988, ch. 55, art. 33], représente les bénéfices non distribués frappés d'impôt de la société qui verse le dividende et qui ont été réalisés après 1971 et avant le paiement du dividende. Le paragraphe 55(2) dispose comme suit:

55. . . .

(2) Lorsqu'une corporation résidant au Canada a reçu, après le 21 avril 1980, un dividende imposable à l'égard duquel elle a droit à une déduction en vertu du paragraphe 112(1) ou 138(6), comme partie d'une opération ou d'un événement ou d'une série d'opérations ou d'événements (sauf comme partie d'une série d'opérations ou d'événements qui ont commencé avant le 22 avril 1980) dont l'un des objets (ou, dans le cas d'un dividende visé au paragraphe 84(3), dont l'un des résultats) a été de diminuer sensiblement la partie du gain en capital qui, sans le dividende, aurait été réalisée lors d'une disposition d'une action du capital-actions à la juste valeur marchande, immédiatement avant le dividende et qui pourrait raisonnablement être considérée comme étant attribuable à quoi que ce soit qui n'est pas du revenu gagné ou réalisé par une corporation après 1971 et avant l'opération ou l'événement ou le début de la série d'opérations ou d'événements visés à l'alinéa (3)a), nonobstant tout autre article de la présente loi, le montant du dividende (à l'exclusion de la partie de celui-ci, si partie il y a, qui est assujettie à l'impôt en

5

payment of a dividend to a corporation where the payment is part of the series of transactions or events)

(a) shall be deemed not to be a dividend received by the corporation;

(b) where a corporation has disposed of the share, shall be deemed to be proceeds of disposition of the share except to the extent that it is otherwise included in computing such proceeds; and

(c) where a corporation has not disposed of the share, shall be deemed to be a gain of the corporation for the year in which the dividend was received from the disposition of a capital property. [Underlining added.]

6 Before subsection 55(2) of the Act may be deemed applicable with respect to dividends arising under subsection 84(3), it must be established, *inter alia*, that: (i) the payment of such dividend effected a significant reduction in the capital gain that would have been realized but for the payment of the dividend; and (ii) that said reduction in capital gain could reasonably be considered to be attributable to anything other than safe income. Thus, if it can be shown that the entire amount of the dividend is attributable to or covered by safe income then subsection 55(2) is not applicable. If, however, a portion of the dividend or capital gain is attributable to something other than safe income, then the entire amount received by the corporation is deemed not to be a dividend. In cases where the shares have been sold at the time the dividend has been paid, paragraph 55(2)(b) deems the proceeds of sale to be proceeds of disposition. Where the dividend has been paid but the shares retained, paragraph 55(2)(c) deems the dividend to be a gain for the year in which the dividend was received from the disposition of a capital property.

7 As is apparent, subsection 55(2) of the Act is an "all or nothing" provision. If any portion of the dividend is tainted by something other than safe income, then the entire amount of the tax-free dividend is converted into a capital gain. Relief, however, is found in paragraph 55(5)(f) which reads as follows:

vertu de la Partie IV qui n'est pas remboursé en raison du paiement d'un dividende à une corporation lorsqu'un tel paiement fait partie de la série d'opérations ou d'événements):

a) est réputé ne pas être un dividende reçu par la corporation;

b) lorsqu'une corporation a disposé de l'action, est réputé être le produit de disposition de l'action, sauf dans la mesure où il est inclus par ailleurs dans le calcul de ce produit; et

c) lorsqu'une corporation n'a pas disposé de l'action, est réputé être un gain de la corporation pour l'année au cours de laquelle le dividende a été reçu de la disposition d'un bien en immobilisation. [Non souligné dans l'original.]

6 Avant de pouvoir conclure que le paragraphe 55(2) de la Loi vise les dividendes découlant du paragraphe 84(3), il doit être établi, notamment, ce qui suit: i) le paiement d'un tel dividende a entraîné une réduction importante du gain en capital qui aurait été réalisé, n'eût été le paiement du dividende; et ii) cette réduction du gain en capital peut raisonnablement être considérée comme étant attribuable à autre chose qu'au revenu sauf. Donc, s'il peut être démontré que la totalité du dividende est attribuable à un revenu sauf ou fait intégralement partie de ce revenu, le paragraphe 55(2) n'est pas applicable. Toutefois, si une fraction du dividende ou du gain en capital est attribuable à autre chose qu'au revenu sauf, alors la totalité de la somme reçue par la société est réputée ne pas être un dividende. Dans les cas où les actions ont été vendues au moment où le dividende a été versé, le produit de la vente est réputé être le produit de disposition aux termes de l'alinéa 55(2)b). Lorsque le dividende a été payé, mais que les actions ont été conservées, le dividende est réputé être un gain pour l'année au cours de laquelle le dividende a été reçu en raison de la disposition d'une immobilisation, aux termes de l'alinéa 55(2)c).

7 Comme on peut le constater, le paragraphe 55(2) de la Loi ne fait pas de demi-mesure, c'est tout ou rien. Si une quelconque fraction du dividende est constituée par autre chose qu'un revenu sauf, alors la totalité du dividende libre d'impôt est convertie en gain en capital. L'alinéa 55(5)f), rédigé dans les termes suivants, prévoit toutefois un allègement:

55. . . .

(5) For the purposes of this section,

. . .

(f) where a corporation has received a dividend any portion of which is a taxable dividend,

(i) the corporation may designate in its return of income under this Part for the taxation year during which the dividend was received any portion of the taxable dividend to be a separate taxable dividend, and

(ii) the amount, if any, by which the portion of the dividend that is a taxable dividend exceeds the portion designated under subparagraph (i) shall be deemed to be a separate taxable dividend.

The above provision (which is by no stretch of the imagination a model of legislative clarity), allows a corporation to avoid the “all or nothing” result by designating a dividend to be a number of separate dividends. By means of designation, the portion of the dividend attributable to safe income is severed and thus remains tax-free. That part of the dividend which is not attributable to safe income is to be treated as though a capital gain had been realized. It is also of significance to this appeal that the separate dividend designation is to be made at the time of filing of the tax return for the year in which the dividend was received.

III. FACTS

8 Together, Diane Avery and her brother, Arthur Knowles, owned all of the issued shares of Westminster Transport Ltd. (Westminster). Each held 70,000 shares. At the time Ms. Avery decided to sell her half interest to her brother, her shares had a paid-up capital of \$1000 and a fair market value of \$700,000. Had Mr. Knowles been in a financial position to purchase his sister’s shares directly, Ms. Avery would have been able to take advantage of the then existing \$500,000 capital gains exemption. Mr. Knowles, however, was not in such a financial position. On the advice of Ms. Avery’s accountants, it was therefore agreed that she would transfer her Westminster shares to Nassau for \$700,000, at an adjusted cost base of \$39,469, and that Westminster

55. . . .

(5) Aux fins du présent article,

. . .

f) lorsqu’une corporation a reçu un dividende dont une partie est un dividende imposable:

(i) la corporation peut désigner dans sa déclaration de revenu, en vertu de la présente Partie, pour l’année d’imposition au cours de laquelle le dividende a été reçu, toute fraction du dividende imposable comme étant un dividende imposable distinct, et

(ii) le montant éventuel de la fraction du dividende qui est imposable qui est en sus de la partie désignée en vertu du sous-alinéa (i) est réputé être un dividende imposable distinct.

La disposition précitée (qui est loin d’être un modèle de clarté en matière de rédaction législative) autorise une société à se soustraire à l’effet du paragraphe 55(2) en désignant le dividende comme une série de dividendes distincts. Au moyen de la désignation, la fraction du dividende attribuable au revenu sauf est retranchée et demeure donc libre d’impôt. L’autre fraction du dividende qui n’est pas attribuable au revenu sauf doit être traitée comme si un gain en capital avait été réalisé. Pour les fins du présent appel, il convient de signaler que la désignation du dividende distinct doit être faite au moment de la production de la déclaration d’impôt pour l’année au cours de laquelle le dividende est reçu.

III. LES FAITS

8 Ensemble, Diane Avery et son frère, Arthur Knowles, étaient propriétaires de la totalité des actions émises de Westminster Transport Ltd. (Westminster). Chacun détenait 70 000 actions. Au moment où M^{me} Avery a décidé de vendre sa participation à son frère, le capital versé à l’égard de ses actions était de 1 000 \$, alors que la juste valeur marchande s’établissait à 700 000 \$. Si M. Knowles avait eu les moyens d’acheter directement les actions de sa sœur, M^{me} Avery aurait été en mesure de profiter de l’exonération de 500 000 \$ qui s’appliquait alors aux gains en capital. Toutefois, la situation financière de M. Knowles ne lui permettait pas d’agir ainsi. Sur les conseils des comptables de M^{me} Avery, il a été convenu que celle-ci céderait ses

would subsequently repurchase those shares in a series of ten consecutive transactions. Upon redemption, Mr. Knowles would be left as the sole shareholder of Westminster. The repurchase transaction was structured as follows:

Order	No. of Common Shares Repurchased	Aggregate Repurchase Price	Ordre	Nombre d'actions ordinaires rachetées	Prix de rachat total
1st	19,000	\$190,000	1 ^{re}	19 000	190 000 \$
2nd	1,000	10,000	2 ^e	1 000	10 000
3rd	1,000	10,000	3 ^e	1 000	10 000
4th	1,000	10,000	4 ^e	1 000	10 000
5th	1,000	10,000	5 ^e	1 000	10 000
6th	1,000	10,000	6 ^e	1 000	10 000
7th	1,000	10,000	7 ^e	1 000	10 000
8th	1,000	10,000	8 ^e	1 000	10 000
9th	1,000	10,000	9 ^e	1 000	10 000
10th	43,000	430,000	10 ^e	43 000	430 000
	<u>70,000</u>	<u>\$700,000</u>		<u>70 000</u>	<u>700 000 \$</u>

actions de Westminster à Nassau pour la somme de 700 000 \$, au prix de base rajusté de 39 469 \$, et que Westminster rachèterait par la suite ces actions dans le cadre d'une série de dix opérations consécutives. Après le rachat, M. Knowles serait l'unique actionnaire de Westminster. L'opération de rachat était structurée de la façon suivante:

9 The accountants who structured the transaction anticipated that on the redemption of Nassau's shares in Westminster, Nassau would receive \$270,978 as a tax-free intercorporate dividend. It is common ground that that amount represents the safe income attributable to the 70,000 shares in issue. The safe income of Westminster was calculated prior to the completion of the transactions so that a designation under paragraph 55(5)(f) of the Act could be made. Had the designation been filed in accordance with the accountants' instructions, it would have resulted in the realization of a capital gain of \$389,553 (\$700,000 (fair market value)—\$270,978 (safe income)—\$39,469 (adjusted cost base) = \$389,553).

Les comptables qui ont monté cette opération prévoyaient qu'au rachat des actions de Nassau par Westminster, Nassau toucherait 270 978 \$ à titre de dividende entre sociétés libre d'impôt. Il est bien établi que ce montant représente le revenu sauf attribuable aux 70 000 actions en question. Le revenu sauf de Westminster a été calculé avant la fin des opérations de sorte qu'une désignation aux termes de l'alinéa 55(5)f) de la Loi pouvait être effectuée. Si cette désignation avait été déposée conformément aux instructions des comptables, cela aurait donné lieu à la réalisation d'un gain en capital de 389 553 \$ (700 000 \$ (juste valeur marchande)—270 978 \$ (revenu sauf)—39 469 \$ (prix de base rajusté) = 389 553 \$).

10 Soon after the closing of the transaction, Nassau appointed a new accounting firm. In filing Nassau's 1989 tax return, the new accountants mistakenly reported the difference between the purchase price of the shares and their paid-up capital, \$699,000, as a deemed dividend under subsection 84(3) of the Act. Unfortunately, this was contrary to the advice of the accountants who had structured the transaction so that only an amount equal to the safe income

Peu après la conclusion de l'opération, Nassau a retenu les services d'un nouveau cabinet de comptables. En déposant la déclaration d'impôt de 1989 de Nassau, les nouveaux comptables ont par erreur déclaré la différence entre le prix d'achat des actions et le capital versé à l'égard de celles-ci, soit 699 000 \$, à titre de dividende présumé, conformément au paragraphe 84(3) de la Loi. Malheureusement, cela était contraire aux avis des comptables

attaching to the shares would be reported as a deemed dividend and that the balance of the redemption price would be reported as proceeds of disposition with respect to a taxable capital gain. The new accountants also failed to make the designation under paragraph 55(5)(f) with respect to the deemed dividend.

qui avaient monté l'opération, avis selon lesquels seul un montant égal au revenu sauf imputable aux actions serait déclaré à titre de dividende présumé et le reste du prix de rachat serait considéré comme le produit de disposition donnant lieu à un gain en capital imposable. Les nouveaux comptables ont également omis de faire la désignation prévue à l'alinéa 55(5)f) concernant le dividende présumé.

11 The Minister reassessed Nassau on the basis that the whole dividend should be deemed a capital gain. (However, the parties later agreed that \$660,531, rather than \$699,000, represented the capital gain that would have been realized on a disposition of the shares at fair market value to an arm's-length party at a time just prior to Westminster's redemption of its shares.) In response to the Minister's reassessment, Nassau filed an objection and requested permission to make a designation under paragraph 55(5)(f) of the Act. The Minister refused to accept a late-filed designation. Nassau appealed to the Tax Court of Canada.

11 Le ministre a établi une nouvelle cotisation à l'égard de Nassau en tenant pour acquis que la totalité du dividende devait être considérée comme un gain en capital. (Toutefois, les parties ont par la suite convenu que la somme de 660 531 \$, plutôt que 699 000 \$, représentait le gain en capital qui aurait été réalisé au moment de la disposition des actions à leur juste valeur marchande en faveur d'une partie avec laquelle Nassau n'avait aucun lien de dépendance, immédiatement avant le rachat par Westminster de ses actions.) En réponse à la nouvelle cotisation établie par le ministre, Nassau a fait opposition et a demandé l'autorisation de faire une désignation aux termes de l'alinéa 55(5)f) de la Loi. Le ministre a refusé cette désignation tardive. Nassau en a appelé à la Cour canadienne de l'impôt.

IV. ARGUMENT AND DECISION BELOW

IV. PLAIDOYER ET DÉCISION DU TRIBUNAL INFÉRIEUR

12 Before the Tax Court, Nassau submitted that there is nothing in subsection 55(2) of the Act that indicates how safe income is to be allocated. Nassau went on to argue that allocation on a per shareholder basis is a reasonable method. Applying this method, Nassau contended that all of the safe income attributable to all of its shares in Westminster could be allocated to the first 27,000 of the 70,000 shares redeemed. Therefore, subsection 55(2) was not applicable to the \$270,000 deemed dividend received by Nassau on the purchase for cancellation of those shares. Correlatively, there was no need to make a designation under paragraph 55(5)(f) of the Act.

12 Devant la Cour de l'impôt, Nassau a fait valoir que le paragraphe 55(2) de la Loi n'indique nullement comment le revenu sauf doit être réparti. Elle a également fait valoir que la répartition par actionnaire est une méthode raisonnable. En appliquant cette méthode, Nassau prétend que la totalité du revenu sauf imputable à la totalité de ses actions dans Westminster pouvait être attribuée aux 27 000 premières actions des 70 000 actions rachetées. Par conséquent, le paragraphe 55(2) n'était pas applicable au dividende présumé de 270 000 \$ que Nassau a reçu lors de l'achat en vue de l'annulation de ces actions. Réciproquement, il n'était pas nécessaire de faire une désignation aux termes de l'alinéa 55(5)f) de la Loi.

13 Nassau also took the position that it should not be prejudiced by reason of an inadvertent misunder-

13 Nassau a également soutenu qu'elle ne devait pas être pénalisée du fait que ses comptables ont mal

standing on the part of its accountants as to the tax treatment to be accorded to the redemption proceeds. On this basis, Nassau sought permission to amend its 1989 tax return to show that a capital gain was realized on the repurchase transaction to the extent that that gain exceeded the amount of safe income attributable to the Westminster shares. Finally, Nassau sought permission to file a designation pursuant to paragraph 55(5)(f) of the Act so that an amount equal to Westminster's safe income could be treated as a separate taxable dividend.

compris le traitement fiscal qui devait être accordé au produit du rachat. C'est pourquoi Nassau a demandé l'autorisation de modifier sa déclaration d'impôt de 1989 afin que celle-ci indique qu'un gain en capital avait été réalisé lors de l'opération de rachat dans la mesure où ce gain dépassait le revenu sauf imputable aux actions de Westminster. Enfin, Nassau a demandé l'autorisation de déposer une désignation aux termes de l'alinéa 55(5)f) de la Loi pour qu'un montant égal au revenu sauf de Westminster puisse être traité comme un dividende imposable distinct.

14 The Minister adopted the position that the more reasonable method of allocating safe income is on a *pro rata* basis per share. Consequently, the \$270,978 of safe income attributable to Nassau's shares in Westminster should be allocated on the basis of \$3.87 per share ($\$270,798 \div 70,000$). Accordingly, only \$104,490 of the \$270,000 fair market value of the first 27,000 shares redeemed can be said to be attributable to something other than safe income. Within this context, it follows that Nassau was required to make a designation under paragraph 55(5)(f) of the Act at the time it filed its 1989 return.

14 Le ministre, pour sa part, a fait valoir que la méthode la plus raisonnable de répartir le revenu sauf est de procéder à un calcul proportionnel par action. Par conséquent, le revenu sauf de 270 978 \$ attribuable aux actions de Nassau dans la société Westminster devrait être réparti à raison de 3,87 \$ par action ($270\ 798\ \$ \div 70\ 000$). Donc, seul un montant de 104 490 \$ sur la juste valeur marchande de 270 000 \$ des 27 000 premières actions rachetées peut être considéré comme étant attribuable à autre chose qu'au revenu sauf. Dans ce contexte, il s'ensuit que Nassau était tenue de faire une désignation aux termes de l'alinéa 55(5)f) de la Loi au moment où elle a produit sa déclaration d'impôt de 1989.

15 With respect to the late designation issue, the Minister contended that if the Act contemplated such, it would have stated so as is the case with respect to other provisions of the Act. As well, the Minister maintained that there is a compelling policy reason why some elective provisions of the Act have late-filing provisions and others do not. Specifically, the Minister submitted that to allow a late-filed designation would open up the system to abuse by unscrupulous taxpayers.

15 Pour ce qui a trait à la question de la désignation tardive, le ministre fait valoir que si la Loi avait envisagé une telle possibilité, le législateur l'aurait indiqué comme il l'a fait dans le cas d'autres dispositions de la Loi. De même, le ministre soutient qu'il existe des questions de principe tout à fait convaincantes qui expliquent pourquoi certains choix prévus par les dispositions de la Loi peuvent être exercés tardivement, alors que d'autres ne le peuvent pas. Plus précisément, le ministre soutient qu'autoriser une désignation tardive donnerait lieu à des cas d'abus de la part de contribuables sans scrupules.

16 The Tax Court Judge's analysis begins with the understanding that subsection 55(2) of the Act is an anti-avoidance provision intended to ensure that only capital gains which reflect safe income will be treated as tax-free intercorporate dividends. In interpreting that provision it was held that substance must prevail over form to the extent that this

16 Le juge de la Cour de l'impôt commence son analyse en expliquant que le paragraphe 55(2) de la Loi est une disposition anti-évitement dont l'objet est d'assurer que seuls les gains en capital correspondant au revenu sauf seront traités comme des dividendes entre sociétés libres d'impôt. En interprétant cette disposition, il a été statué que le fond

approach is consistent with the wording and object of Parliament. The Tax Court Judge noted that had Nassau's new accountants not mistakenly reported the full redemption price of the shares as a deemed dividend, the Minister would have allowed Nassau the benefit of the \$270,000 of safe income available to the Westminster shares. He also noted that Nassau was involved in this litigation because of that mistake and because "the *form* of the transactions did not mirror the method recognized by Revenue" (at page 2068). Thus, by allowing Nassau's appeal and accepting its method of allocating safe income, the Tax Court Judge concluded that "substance is given precedence over form". Finally, it was held that if there remains a reasonable doubt (not resolved by the ordinary rules of interpretation) as to whether subsection 55(2) permits a method of allocating safe income other than that recognized by Revenue, this doubt is to be settled by recourse to the residual presumption in favour of the taxpayer: see *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3.

V. ANALYSIS

17 In written argument, the Minister submitted that the Tax Court Judge erred in determining that the Minister's *pro rata* method of allocating safe income among Nassau's Westminster shares was not reasonable. As the Tax Court Judge made no such finding, the Minister's argument was recast as follows. Subsection 55(2) applies if a dividend effects a significant reduction in a capital gain that could reasonably be considered to be attributable to anything other than safe income. Accordingly, assuming that the other requirements of that provision are satisfied, so long as the approach taken by the Minister in allocating safe income is reasonable, subsection 55(2) should apply regardless of whether the method chosen by Nassau could also be considered reasonable. I agree with this submission.

devait primer sur la forme dans la mesure où cette approche est compatible avec le texte et l'objet de la Loi. Le juge de la Cour de l'impôt note que si les nouveaux comptables de Nassau n'avaient pas déclaré par erreur le prix intégral du rachat des actions à titre de dividende présumé, le ministre aurait autorisé Nassau à profiter du montant de 270 000 \$ de revenu sauf rattaché aux actions de Westminster. Il fait également observer que Nassau a été impliquée dans cette affaire à cause de cette erreur et parce que «la *forme* sous laquelle les opérations ont été conclues ne reflétait pas la méthode reconnue par Revenu Canada» (à la page 2068). Ainsi, en accueillant l'appel de Nassau et en acceptant sa méthode de répartition du revenu sauf, le juge de la Cour de l'impôt a accordé «la primauté au fond sur la forme». Enfin, il a conclu que s'il demeurait un doute raisonnable (non dissipé par les règles ordinaires d'interprétation) quant à savoir si le paragraphe 55(2) autorisait une méthode de répartition du revenu sauf autre que celle reconnue par Revenu Canada, ce doute devait être résolu en ayant recours à la présomption résiduelle en faveur du contribuable: voir *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3.

V. ANALYSE

Dans son mémoire, le ministre fait valoir que le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur en statuant que sa méthode de calcul proportionnel pour la répartition du revenu sauf entre les actions de Westminster appartenant à Nassau n'était pas raisonnable. Comme le juge de la Cour de l'impôt n'a pas tiré de telle conclusion, le ministre a reformulé son argument de la façon suivante. Le paragraphe 55(2) s'applique lorsqu'un dividende a pour effet de réduire de façon significative un gain en capital qui pourrait raisonnablement être considéré comme étant attribuable à autre chose qu'au revenu sauf. Par conséquent, en supposant que les autres exigences de cette disposition sont réunies, et que la méthode adoptée par le ministre pour la répartition du revenu sauf est raisonnable, le paragraphe 55(2) devrait s'appliquer abstraction faite du caractère tout aussi raisonnable de la méthode choisie par Nassau. J'accepte cet argument.

17

18 It is not difficult to argue convincingly that the *pro rata* method for allocating safe income is in law a reasonable one. Indeed, based on the authorities and written commentaries it is arguable that the only acceptable method of allocating safe income is on a *pro rata* basis. In *McClurg v. Canada*, [1990] 3 S.C.R. 1020, the Supreme Court of Canada confirmed that there is a presumption of equality amongst shares unless the articles of incorporation provide otherwise by means of the division of shares into different classes. This well-accepted principle of equality among shares is reflected in Ministry policy, as noted in John R. Robertson's article, "Capital Gains Strips: A Revenue Canada Perspective on the Provisions of Section 55" in *Report of Proceedings of the Thirty-Third Tax Conference*, 1981 Conference Report (Toronto: Canadian Tax Foundation, 1982) 81, at page 85:

Each share of a corporation represents only its proportionate share of the value of the company and therefore is entitled only to its proportionate share of the safe income of the corporation during the relevant holding period of that share.

19 Although the Department of National Revenue's administrative policy is not binding on the courts, other commentators have also interpreted the words of subsection 55(2) as requiring a *pro rata* allocation of safe income. In H. J. Kellough and P. E. McQuillan, *Taxation of Private Corporations and Their Shareholders*, 2nd ed. (Toronto: Canadian Tax Foundation, 1992), it is stated, at pages 9:33-9:34:

As income is earned it contributes to the value of a share of a particular class to the same extent it contributes to the value of each other share of that class. . . .

Because safe income is the portion of a gain that is attributable to income, it is necessary, in determining the safe income inherent in shares, to identify how income that is earned and retained by a corporation contributes to the gain on the various classes of shares of the corporation. Income that is retained is reflected in the assets of the corporation. It is therefore necessary to identify how the shares benefit from an increase in the assets of the corporation. This usually can be determined by identifying the liquidation entitlement of the shares of the corporation and the relative priorities of the shares to this liquidation entitlement.

18 Il n'est pas difficile de débattre de façon convaincante que la méthode proportionnelle choisie pour la répartition du revenu sauf est raisonnable en droit. En fait, d'après les autorités pertinentes, il est même possible de prétendre que la seule méthode acceptable de répartition du revenu sauf est le calcul proportionnel. Dans l'arrêt *McClurg c. Canada*, [1990] 3 R.C.S. 1020, la Cour suprême du Canada a confirmé qu'il existait une présomption d'égalité entre les actions à moins que l'acte constitutif ne prévienne le contraire en partageant les actions en différentes catégories. Ce principe bien reconnu d'égalité entre les actions se retrouve dans la politique ministérielle, comme il ressort de l'article de John R. Robertson, «Capital Gains Strips: A Revenue Canada Perspective on the Provisions of Section 55» dans *Report of Proceedings of the Thirty-Third Tax Conference*, 1981 Conference Report (Toronto: Canadian Tax Foundation, 1982) 81, à la page 85:

[TRADUCTION] Chaque action d'une société ne représente que sa part proportionnelle de la valeur de la société et par conséquent elle ne peut recueillir que sa part proportionnelle du revenu sauf de la société pendant que celle-ci détient l'action.

19 Bien que la politique administrative du ministère du Revenu national ne lie aucunement les tribunaux, d'autres commentateurs sont également d'avis que le paragraphe 55(2) exige une répartition proportionnelle du revenu sauf. H. J. Kellough et P. E. McQuillan, dans *Taxation of Private Corporations and Their Shareholders*, 2^e éd. (Toronto: Canadian Tax Foundation, 1992), indiquent ceci aux pages 9:33 et 9:34:

[TRADUCTION] Au fur et à mesure qu'il est gagné, le revenu contribue à la valeur d'une action d'une catégorie particulière de la même façon qu'il contribue à la valeur de chaque autre action de cette catégorie . . .

Parce que le revenu sauf est la partie d'un gain qui est attribuable au revenu, il est nécessaire, pour établir le revenu sauf inhérent aux actions, de déterminer de quelle manière le revenu qui est gagné et retenu par une société contribue à la plus-value de ses différentes catégories d'actions. Le revenu non réparti fait partie de l'actif de la société. Il est donc nécessaire de savoir comment les actions profitent d'une augmentation de l'actif d'une société. Cela peut habituellement être déterminé en identifiant les droits rattachés aux actions de la société et leurs priorités relatives en cas de liquidation.

Each share of a particular class held by a particular shareholder will have the same safe income, assuming that the shares of the class all have the same adjusted cost base. [Underlining added.]

Chaque action d'une catégorie particulière détenue par un actionnaire donné aura donc le même revenu sauf, pourvu que les actions de la catégorie aient toutes le même prix de base rajusté. [Non souligné dans l'original.]

20 Finally, I am drawn to the persuasive reasoning of Judge Lamarre Proulx in *Gestion Jean-Paul Champagne Inc. v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)* October 6, 1995, 88-795 IT (T.C.C.) [[1995] T.C.J. No. 1187 (QL)]. In that case, the corporate taxpayer invoked the legal analysis offered in the decision now under appeal, and argued that all of the safe income of a corporation could be distributed to one of two shareholders. In rejecting this approach, the Tax Court Judge confirmed that there was a presumption of equality among shares and that safe income had to be attributed to the shares of a corporation in accordance with this principle. At page 12 of her reasons [paragraph 41 (QL)] she stated:

It is my opinion that this approach runs counter both to the aforementioned corporate law principles relating to the presumption of equality of shares and to the purpose of subsection 55(2) of the Act. On the one hand, that presumption has not been rebutted and, on the other hand, it seems obvious to me that it is with respect to the shares in issue that the capital gain and the dividend must be computed for the purposes of subsection 55(2) of the Act. For the principle of equality of rights attaching to shares and for the object of subsection 55(2) of the Act to be taken into account, the income earned and realized after 1971 must be reasonably attributed according to the ratio of the common shares redeemed to the total common shares issued and still held.

21 If it were necessary to decide the point, I would not hesitate to conclude that the only acceptable method for allocating safe income is on a *pro rata* basis as was done in *Canada v. Placer Dome Inc.*, [1997] 1 F.C. 780 (C.A.). Be that as it may, I am content for purposes of this appeal to conclude that *pro rata* allocation is a reasonable method for attributing safe income and that subsection 55(2) of the Act is applicable. It necessarily follows that Nassau was required to file a designation under paragraph 55(5)(f). The remaining and more difficult issue, in my opinion, is whether Nassau was entitled to make a late-filed designation.

20 Enfin, je suis convaincu par le raisonnement très persuasif de M^{me} le juge Lamarre Proulx dans *Gestion Jean-Paul Champagne Inc. c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*, 6 octobre 1995, 88-795 IT (C.C.I.) [[1995] A.C.I. n° 1187 (QL)]. Dans cette cause, la société contribuable invoquait l'analyse juridique faite dans la décision en appel, et faisait valoir que la totalité du revenu sauf d'une société pouvait être distribué à l'un des deux actionnaires. En rejetant cet argument, le juge de la Cour d'impôt a confirmé qu'il y avait une présomption d'égalité entre les actions et que le revenu sauf devait être attribué aux actions d'une société conformément à ce principe. À la page 12 de ses motifs [paragraphe 41 (QL)], elle indique ce qui suit:

Je suis d'avis que cette approche va à l'encontre des principes corporatifs déjà mentionnés relatifs à la présomption d'égalité entre les actions ainsi que de l'objet du paragraphe 55(2) de la Loi. D'une part, cette présomption n'a pas été réfutée et d'autre part, il me paraît encore là évident, que c'est en regard des actions en cause que doivent se calculer le gain en capital et le dividende pour les fins du paragraphe 55(2) de la Loi. Pour tenir compte du principe d'égalité des droits attachés aux actions et de l'objet du paragraphe 55(2) de la Loi, le revenu gagné et réalisé après 1971 doit être, raisonnablement, attribué selon la proportion des actions ordinaires rachetées sur l'ensemble des actions ordinaires émises et encore détenues.

21 S'il était nécessaire de se prononcer sur ce point, je n'hésiterais pas à conclure que la seule méthode acceptable pour répartir le revenu sauf est le calcul proportionnel comme il en a été décidé dans l'arrêt *Canada c. Placer Dome Inc.*, [1997] 1 C.F. 780 (C.A.). Quoi qu'il en soit, pour les fins du présent appel, je suis disposé à conclure que la répartition proportionnelle est une méthode raisonnable de répartition du revenu sauf et que le paragraphe 55(2) de la Loi est applicable. Il s'ensuit nécessairement que Nassau devait faire une désignation en vertu de l'alinéa 55(5)f). La dernière question à trancher, et la plus difficile à mon avis, est de déterminer si Nassau avait le droit de faire tardivement cette désignation.

22 The question before us was cast in terms of whether Nassau was entitled to make a late-filed designation pursuant to paragraph 55(5)(f) of the Act. I note however, that the issue could equally have been framed in terms of whether Nassau may amend its tax return once the Minister initiates a reassessment on the basis of subsection 55(2). Regardless of how the issue is characterized, the Minister's argument has two prongs. First, the Minister notes that there is no provision in the Act which provides for the late filing of a designation. This is to be contrasted with the legislatively permissible late filing of "elections" made under other provisions of the Act. In support of its position the Minister relies on several decisions involving reassessments and attempts by taxpayers to re-elect or remedy the failure to make an election in the first instance. Second, the Minister argues that there is an "important policy reason" why a late-filed paragraph 55(5)(f) designation is not contemplated by the Act. I shall deal with these arguments but I turn first to Nassau's response.

23 Nassau argues that there is no principle of law or statutory provision which would prevent a taxpayer from making a late-filed designation under paragraph 55(5)(f) of the Act. Moreover, it relies on several decisions of the Tax Court of Canada in support of its position. This is a convenient point at which to outline the relevant jurisprudence which, with one exception, deals with the issue of late-filed designations and fully supports Nassau's position.

24 In *Trico Industries Ltd. v. Canada*, [1994] 2 C.T.C. 2053 (T.C.C.), the corporate taxpayer claimed a tax-free dividend arising under subsection 84(3) of the Act, but failed even to calculate the amount of safe income on hand, let alone file a designation under paragraph 55(5)(f). In *obiter*, it was stated that if the corporate taxpayer had made an honest mistake it would have had the right to make a late-filed designation or request the same in its notice of appeal. The Tax Court Judge traced

22 La question dont la Cour est saisie a été formulée de la façon suivante: Nassau avait-elle le droit de faire une désignation tardive aux termes de l'alinéa 55(5)f) de la Loi? Je note toutefois qu'on aurait également pu la poser en se demandant si Nassau peut modifier sa déclaration d'impôt une fois que le ministre a établi une nouvelle cotisation en s'appuyant sur le paragraphe 55(2). Dans un cas comme dans l'autre, l'argument du ministre est double. Tout d'abord, le ministre note que la Loi ne contient pas de disposition autorisant le dépôt tardif d'une désignation. Cette affirmation doit être mise en contraste avec les «choix» prévus à d'autres dispositions de la Loi qui peuvent être exercés tardivement. À l'appui de sa position, le ministre cite plusieurs décisions ayant trait à de nouvelles cotisations et aux tentatives des contribuables de faire un nouveau choix ou de corriger l'erreur qu'ils ont commise en ne faisant pas de choix au départ. Deuxièmement, le ministre fait valoir qu'il existe des «principes importants fondés sur des politiques» qui expliquent qu'une désignation tardive aux termes de l'alinéa 55(5)f) n'est pas prévue par la Loi. Je traiterai de ces arguments après avoir analysé la réponse de Nassau.

23 Nassau fait valoir qu'aucun principe de droit ni aucune disposition législative n'empêche un contribuable de faire une désignation tardive en vertu de l'alinéa 55(5)f) de la Loi. Qui plus est, elle s'appuie sur plusieurs décisions de la Cour canadienne de l'impôt pour justifier sa position. Je crois qu'il convient de traiter brièvement ici de la jurisprudence pertinente qui, à une exception près, analyse la question des désignations tardives et appuie entièrement la position de Nassau.

24 Dans *Trico Industries Ltd. c. Canada*, [1994] 2 C.T.C. 2053 (C.C.I.), la société contribuable réclamait un dividende libre d'impôt aux termes du paragraphe 84(3) de la Loi, mais elle n'avait même pas calculé le montant du revenu sauf qu'elle avait en main, et encore moins fait de désignation aux termes de l'alinéa 55(5)f). Dans une opinion incidente, le juge a déclaré que si la société contribuable avait commis une erreur de bonne foi, elle aurait eu le droit de faire tardivement cette désignation ou de

what may be described as the “doctrine of honest mistake” to *Lee (W.) v. M.N.R.* [1990] 2 C.T.C. 2262 (T.C.C.). On the facts of *Trico*, however, there was no evidence as to whether the taxpayer’s failure to file the designation on time was due to an honest mistake and, accordingly, the late “election” was not accepted.

réclamer ce droit dans son avis d’appel. Le juge de la Cour de l’impôt rattache ce qui peut être décrit comme la «doctrine de l’erreur de bonne foi» à la décision *Lee (W.) c. M.R.N.*, [1990] 2 C.T.C. 2262 (C.C.I.). D’après les faits de l’affaire *Trico*, toutefois, il n’y avait pas d’élément de preuve tendant à établir que l’omission de la contribuable de faire sa désignation à temps était due à une erreur de bonne foi et, par conséquent, la Cour lui a refusé le droit de faire tardivement ce «choix».

25 In *Lee, supra*, the taxpayer filed his 1982 and 1983 returns in 1985. In his 1983 return, he deducted an allowable business investment loss but later sought to move the deduction to his 1982 return. At page 2268, the Tax Court Judge reasoned as follows:

25 Dans la décision *Lee*, précitée, le contribuable a produit ses déclarations d’impôt de 1982 et 1983 en 1985. Dans sa déclaration d’impôt de 1983, il a déduit une perte au titre d’un placement d’entreprise, mais il a demandé par la suite à reporter cette déduction dans sa déclaration de 1982. À la page 2268, le juge de la Cour de l’impôt a fait le raisonnement suivant:

... I am not aware of any authority for the proposition that once a taxpayer has signed his tax return that he may not change his mind subsequently following the discovery of a mistake notwithstanding the certificate that he signed as part of his return. Certainly, when an honest mistake has been discovered by a taxpayer he must be permitted to correct it and the procedure to do so is provided in the *Income Tax Act* within certain prescribed requirements. The appeal process serves this purpose.

... je ne connais aucune autorité qui soutienne la proposition selon laquelle une fois qu’un contribuable a signé sa déclaration il ne puisse plus changer d’idée à la suite de la découverte d’une erreur, malgré l’attestation qu’il a signée au bas de sa déclaration. Quand une erreur commise de bonne foi est découverte par un contribuable, il doit certainement être autorisé à la corriger et la procédure à suivre est indiquée, avec les instructions pertinentes, dans la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Le processus d’appel répond précisément à cette fin.

26 In *Gestion, supra*, the Tax Court upheld the right to make a late-filed designation. In that case, the corporate taxpayer did not indicate in its return that it had received a \$316,000 deemed dividend pursuant to subsection 84(3) of the Act. No explanation was provided, except to say that there had been an error in the return. The Tax Court Judge was unable to conclude that the omission was due to intentional conduct or bad faith on the part of the taxpayer. Moreover, the Minister did not allege any wrongdoing by the taxpayer. The Tax Court Judge went on to conclude that there is no principle of law that would prevent the taxpayer from availing itself of paragraph 55(5)(f) unless such be expressly prohibited by its terms, which is not the case. At page 15 [paragraph 55 (QL)], she reasoned:

26 Dans la décision *Gestion*, précitée, la Cour de l’impôt a maintenu le droit de faire une désignation tardive. Dans cette affaire, la société contribuable n’avait pas indiqué dans sa déclaration qu’elle avait reçu un dividende présumé de 316 000 \$ aux termes du paragraphe 84(3) de la Loi. Aucune explication n’avait été donnée, sauf pour dire qu’une erreur s’était glissée dans la déclaration. Le juge de la Cour de l’impôt a été incapable de conclure que l’omission était intentionnelle ou due à la mauvaise foi de la contribuable. En outre, le ministre n’avait allégué aucune action fautive de la part de la contribuable. Le juge de la Cour de l’impôt a donc conclu qu’aucun principe de droit n’empêchait la contribuable de se prévaloir de l’alinéa 55(5)f) à moins que cela soit expressément interdit dans les termes mêmes de l’alinéa, ce qui n’est pas le cas. À la page 15 [paragraphe 55 (QL)], elle déclare ceci:

I do not understand why the Minister wishes to make this paragraph [55(5)(f)] out to be so complicated. The election must be made simultaneously with the application of subsection 55(2) of the Act, but if an error is made at the time of the first application and if the Minister reassesses on the basis of a new amount, there is no reason for the same correction not to be made for the purposes of paragraph 55(5)(f) of the Act.

Je ne comprends pas pourquoi le Ministre veut faire de cet alinéa [55(5)f)] une disposition si compliquée. Le choix doit être fait en même temps qu'il y a application du paragraphe 55(2) de la Loi, mais s'il y a erreur lors de la première application et que le ministre cote à nouveau sur la base d'un nouveau montant il n'y a pas de raison pour que la même correction ne puisse être apportée pour les fins de l'alinéa 55(5)f) de la Loi.

27 In contrast to *Gestion*, the Tax Court in *Nivram Holdings Inc. v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, April 19, 1991, 88-1944(IT) [[1991] T.C.J. No. 355 (QL)], held that the Tax Court lacked the jurisdiction to allow a late filing. In that case, the corporate taxpayer claimed a tax-free deemed dividend arising under subsection 84(3) of the Act. The Minister reassessed on the basis of subsection 55(2) and the taxpayer sought to make a late-filed designation under paragraph 55(5)(f). The Tax Court Judge concluded that “there is nothing in the Act that gives the Tax Court the jurisdiction to allow a late filing except in the case of a Notice of Objection or a Notice of Appeal” (at page 6 of the reasons [page 21 (QL)]).

27 Contrairement à la décision *Gestion*, la Cour de l'impôt dans la décision *Nivram Holdings Inc. c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*, 19 avril 1991, 88-1944(IT) [[1991] A.C.I. n° 355 (QL)], a statué qu'elle n'avait pas compétence pour autoriser une désignation tardive. Dans ce cas, la société contribuable réclamait un dividende présumé libre d'impôt aux termes du paragraphe 84(3) de la Loi. Le ministre a établi une nouvelle cotisation en appliquant le paragraphe 55(2) et la contribuable a demandé à faire une désignation tardive en vertu de l'alinéa 55(5)f). Le juge de la Cour de l'impôt a conclu «la Loi ne renferme aucune disposition autorisant la Cour canadienne de l'impôt à permettre une production tardive, si ce n'est dans le cas d'un avis d'opposition ou d'un avis d'appel» (à la page 6 des motifs [page 21 (QL)]).

28 If this case were to be decided solely on the basis of the jurisprudence of the Tax Court of Canada I would have no difficulty in concluding that Nassau is entitled to make a late-filed designation. The failure to comply with paragraph 55(5)(f) arose because of an honest mistake and the matter was raised following the issuance of the notice of reassessment. (Paragraph 12 of the agreed statement of facts discloses that on filing its notice of objection to the Minister's reassessment Nassau requested permission to file a designation.) In my respectful view, however, the doctrine of honest mistake is not a sufficient basis on which to accord taxpayers the right of making late designations.

28 Si l'issue de la présente action dépendait uniquement de la jurisprudence de la Cour canadienne de l'impôt, je n'aurais aucune difficulté à conclure que Nassau est en droit de faire une désignation tardive. Son omission de respecter l'alinéa 55(5)f) vient de l'erreur qu'elle a commise de bonne foi et la question a été soulevée après la délivrance de l'avis de nouvelle cotisation. (Le paragraphe 12 de l'exposé conjoint des faits révèle qu'en déposant son avis d'opposition à la nouvelle cotisation établie par le ministre, Nassau a demandé l'autorisation de faire cette désignation.) À mon avis, toutefois, la doctrine de l'erreur de bonne foi n'est pas suffisante pour donner aux contribuables le droit de faire des désignations tardives.

29 It cannot be doubted that the refusal of the Minister to accede to Nassau's request seems antithetical to elemental concepts of fairness. Conversely, the doctrine of honest mistake is appealing because its application is intended to bring about a result that is

29 Il ne fait aucun doute que le refus du ministre d'accéder à la demande de Nassau semble contraire aux notions élémentaires d'équité. De même, la doctrine de l'erreur de bonne foi est attrayante parce que son application est destinée à produire un résultat

in harmony with basic ideas of fairness. But the difficulty with the doctrine lies in delimiting its boundaries. To paraphrase Judge Learned Hand, I do not think it desirable for this Court to embrace the opportunity of anticipating a doctrine which may be in the womb of time but whose birth is somewhat distant: see *Spector Motor Service v. Walsh*, 139 F.2d 809 (2d Cir. 1943), at page 823. The doctrine of honest mistake may serve as a starting point for analysis but cannot supplant a contextual and purposive approach to the interpretation of tax legislation. In other words, legal conclusions cannot rest upon the premise of unfairness without a corresponding examination of the legislative framework relevant to the issue at hand. It is to that type of analysis that I now turn.

tat qui est en harmonie avec les idées fondamentales d'équité. Mais le problème vient du fait qu'il est difficile d'en définir les limites. Pour paraphraser le juge Hand, je ne crois pas qu'il soit souhaitable que la Cour s'empresse d'avaliser une doctrine qui est peut-être en gestation mais qui n'a pas encore vu le jour: voir *Spector Motor Service v. Walsh*, 139 F.2d 809 (2d Cir. 1943), à la page 823. La doctrine de l'erreur de bonne foi peut servir de point de départ à une analyse, mais elle ne peut supplanter la méthode contextuelle ou téléologique utilisée dans l'interprétation des lois fiscales. Autrement dit, un juge ne peut tirer ses conclusions en s'appuyant sur un postulat d'injustice sans procéder simultanément à un examen du cadre législatif pertinent à la question à l'étude. C'est ce genre d'analyse que je m'appête à faire.

30 The parties have framed the paragraph 55(5)(f) issue in terms of whether Nassau is entitled to make a late-filed designation. They have also pursued the argument in terms of that subsection being an election provision or analogous thereto and, accordingly, have cited cases involving true election provisions: see, for example, *Miller (J.A.) v. M.N.R.*, [1993] 1 C.T.C. 269 (F.C.A.). While there are numerous provisions throughout the Act which require a taxpayer to make an election at the time of filing a return, or within a prescribed period, paragraph 55(5)(f) is not an election provision. This is so despite the fact that it has been referred to as such, and inadvertently so, by some judges of the Tax Court: see *Gestion* and *Trico*, *supra*.

En formulant la question relative à l'alinéa 55(5)f), les parties se sont demandées si Nassau avait le droit de faire une désignation tardive. Elles ont également présenté leurs arguments en faisant valoir que cet alinéa est une disposition qui prévoit un choix, ou une disposition analogue, et, par conséquent, elles ont cité des causes portant sur des dispositions prévoyant l'exercice d'un choix: voir, par exemple, *Miller (J.A.) c. M.R.N.*, [1993] 1 C.T.C. 269 (C.A.F.). Il est vrai que de nombreuses dispositions de la Loi obligent le contribuable à faire un choix au moment de la production de sa déclaration, ou dans un délai prescrit, mais l'alinéa 55(5)f) ne fait pas partie de ce genre de dispositions, bien que certains juges de la Cour de l'impôt lui aient, par erreur, donné ce pouvoir: voir les décisions *Gestion* et *Trico*, précitées. 30

31 In contradistinction to a designation, and as a general proposition, when an election is to be made the taxpayer must make a decision to forego one option in favour of another on the basis of an assessment of tax risks which may or may not materialize depending on uncertain events. In addition to this qualitative difference, the Act itself implicitly recognizes that a designation and an election are not one and the same. For example, subsection 220(3.21) [R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1], enacted by S.C. 1995, c. 21, section 42, deems cer-

Pour faire la distinction avec une désignation, et à titre de proposition générale, disons que, lorsqu'un choix doit être fait, le contribuable doit décider de renoncer à une option en faveur d'une autre en évaluant les conséquences fiscales susceptibles de se produire advenant la concrétisation de certaines éventualités. Outre cette différence, la Loi reconnaît implicitement qu'une désignation et un choix ne sont pas une seule et même chose. Par exemple, le paragraphe 220(3.21) [L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1], édicté par L.C. 1995, ch. 21, article 42, indique que 31

tain designations under section 80 [as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 58; 1995, c. 21, s. 27] and subsection 80.03(7) [as enacted *idem*] to be elections for the purposes of subsection 220(3.2). The latter provision was inserted in the Act in 1991 [S.C. 1991, c. 49, s. 181] as part of a set of relieving amendments intended to introduce flexibility where previously none existed in the process of administering and enforcing certain election provisions in the Act. This was to be accomplished by means of Ministerial discretion to be exercised upon application of the taxpayer to submit late, amended or revoked specified elections: see section 600 of the *Income Tax Regulations* [C.R.C., c. 945 (as enacted by SOR/92-265, s. 1)].

certaines désignations faites aux termes de l'article 80 [mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 58; 1995, ch. 21, art. 27] et du paragraphe 80.03(7) [édicte, *idem*] sont réputées constituer des choix aux fins du paragraphe 220(3.2). Cette dernière disposition a été ajoutée à la Loi en 1991 [L.C. 1991, ch. 49, art. 181] dans le cadre d'une série d'allègements ayant pour but d'assouplir l'application et l'exécution de certaines dispositions auparavant rigides de la Loi prévoyant l'exercice d'un choix. Cet assouplissement devait prendre la forme d'un pouvoir discrétionnaire que le ministre pourrait exercer dans le cas où un contribuable lui demanderait de faire tardivement, de modifier ou de révoquer certains choix: voir l'article 600 du *Règlement de l'impôt sur le revenu* [C.R.C., ch. 945 (édicte par DORS/92-265, art. 1)].

32 What designations and elections have in common is the fact that the Act expressly provides for relief in some instances but not others. In the case at bar, the Minister seized on that point, arguing that it can therefore be presumed that Parliament intended that no relief be granted outside the stated circumstances. I disagree with that proposition: see also *On-Guard Self-Storage Ltd. v. Canada*, [1996] F.C.J. No. 1545 (C.A.) (QL), at pages 9-10.

Le commun dénominateur des désignations et des choix réside dans le fait que la Loi prévoit expressément un allègement dans certaines circonstances, mais non dans d'autres. S'appuyant sur cette constatation, le ministre fait valoir en l'espèce qu'on peut donc présumer que le législateur avait l'intention de n'accorder aucun allègement en dehors de circonstances bien précises. Je ne suis pas d'accord avec cette proposition: voir également *On-Guard Self-Storage Ltd. c. Canada*, [1996] F.C.J. n° 1545 (C.A.) (QL), aux pages 9 et 10.

33 Although relief is provided selectively by the Act, it does not necessarily follow that Parliament intended to preclude relief in those situations not specifically addressed by the Act. Rather, the fact that the Act authorizes the late filing of a designation or an election in particular circumstances gives rise only to a rebuttable inference that Parliament did not intend that taxpayers have such a right in other instances. That the inference is a rebuttable one rests on three understandings. First, to hold otherwise would be to embrace literalism as a method of statutory interpretation and treat the Act as a complete code. Second, I know of no case which holds that because an exception is provided by statute for one case and not another, that fact alone is determinative such that no other exceptions may exist. My position in this regard was affirmed most recently in *On-Guard Self-Storage, supra*.

Bien que la Loi prévoie dans certains cas une forme d'allègement, il ne s'ensuit pas nécessairement que le législateur avait l'intention de ne pas accorder d'allègement dans des situations dont la Loi ne traite pas expressément. Le fait que la Loi autorise l'exercice tardif d'une désignation ou d'un choix dans des circonstances particulières ne mène en fait qu'à une inférence réfutable selon laquelle le législateur n'avait pas l'intention d'accorder le même droit au contribuable dans d'autres circonstances. Le caractère réfutable de cette inférence se fonde sur trois raisons. Tout d'abord, soutenir le contraire aurait pour effet d'adopter la méthode littérale comme méthode d'interprétation des lois et de considérer la Loi comme un code complet en soi. Deuxièmement, je ne connais aucune décision dans laquelle il aurait été statué que, parce qu'une exception légale est prévue dans un cas et non dans un autre, ce

Third, the courts have long adopted a contextual or purposive approach as the proper means to construe legislation.

fait seul établi de façon concluante qu'aucune autre exception ne peut exister. Ma position à cet égard a été confirmée récemment dans l'arrêt *On-Guard Self-Storage*, précité. Troisièmement, les tribunaux ont depuis longtemps reconnu la méthode contextuelle ou téléologique comme étant la méthode appropriée d'interprétation des lois.

34 In support of the proposition that Parliament intended to provide relief only where it is expressly granted, the Minister invokes the jurisprudence on elections which demonstrates that taxpayers have had no success in that context in obtaining relief where the Act provides none: see *Loewen (H.R.) v. M.N.R.*, [1993] 1 C.T.C. 212 (F.C.T.D.), followed in *Robertson v. R.*, [1996] 2 C.T.C. 2269 (T.C.C.); see also *Canada v. Adelman (H.)*, [1993] 2 C.T.C. 207 (F.C.T.D.).

À l'appui de la proposition selon laquelle le législateur avait l'intention d'accorder un allègement uniquement lorsqu'il l'indique expressément, le ministre invoque la jurisprudence portant sur l'exercice de certains choix qui démontre que les contribuables n'ont jamais eu gain de cause lorsque la Loi ne prévoit pas d'allègement: voir la décision *Loewen (H.R.) c. M.R.N.*, [1993] 1 C.T.C. 212 (C.F. 1^{re} inst.), suivie de *Robertson c. R.*, [1996] 2 C.T.C. 2269 (C.C.I.); voir également *Canada c. Adelman (H.)*, [1993] 2 C.T.C. 207 (C.F. 1^{re} inst.). 34

35 In my view, there is little doubt that the restrictive approach adopted by the courts with respect to the Act's election provisions is prompted by the possibility of taxpayers engaging in retroactive tax planning. This is one of the rationales underlying the decision of this Court in *Miller, supra*, one of the principal cases relied on by the Minister. In that case, the taxpayer made a forward averaging election in respect of his 1982 taxation year. The Minister disallowed the taxpayer's RRSP deduction for the year but refused to increase the amount of income that the taxpayer had elected to forward average. At page 271, Mahoney J.A. writing for the Court (Linden and Robertson J.J.A. concurring), declined to accord to the taxpayer the advantage of hindsight in making a genuine election:

À mon avis, il ne fait guère de doute que la méthode restrictive adoptée par les tribunaux à l'égard des dispositions de la Loi prévoyant l'exercice d'un choix vient de la possibilité que les contribuables se livrent à une planification fiscale rétroactive. C'est l'une des raisons qui expliquent la décision de la présente Cour dans l'arrêt *Miller*, précité, qui est l'une des principales causes sur lesquelles s'appuie le ministre. Dans cette affaire, le contribuable avait choisi d'étaler son revenu pour son année d'imposition 1982. Le ministre a refusé la déduction du contribuable relativement à sa cotisation au REER pour l'année en question et a aussi refusé d'augmenter le montant d'étalement choisi. À la page 271, le juge Mahoney, J.C.A., s'exprimant au nom de la Cour (avec l'appui des juges Linden et Robertson), a refusé au contribuable l'avantage de faire son choix en profitant d'un certain recul: 35

... the taxpayer was entitled to make the election on the basis of his circumstances as they existed, and as only he could know, at the time he filed his return. The Act did not contemplate the election being made on the basis of changed circumstances which might result from an assessment or reassessment of the return.

... le contribuable avait le droit d'effectuer un choix en fonction des circonstances, que lui seul pouvait connaître, qui existaient au moment où il a produit sa déclaration. La Loi ne prévoyait pas le choix effectué sur le fondement de nouvelles circonstances découlant d'une cotisation ou d'une nouvelle cotisation.

36 In the instant case, however, we are not faced with the problem of retroactive tax planning which arises as a result of a taxpayer's desire to "re-elect".

En l'espèce, toutefois, la Cour n'est pas saisie d'une question de planification fiscale rétroactive dans une situation où le contribuable demanderait à 36

On the contrary, the case at bar is more analogous to a situation in which a taxpayer seeks to amend his or her tax return for the purpose of taking a deduction to which he or she has some entitlement. In some respects, the designation requirement of paragraph 55(5)(f) of the Act is no different, for example, than the deduction provided for under subsection 112(1). The latter provision converts a taxable intercorporate dividend into a non-taxable one. The corporate taxpayer, however, must deduct an amount equal to the dividend in order to bring about this result (“Where a corporation . . . has received a taxable dividend . . . an amount equal to the dividend may be deducted from the income”) [underlining added]. The only substantive difference between the two sections of the Act is that no calculation is required under subsection 112(1). One is simply required to make the deduction. Paragraph 55(5)(f), on the other hand, involves a calculation of safe income before the deduction can be made. It seems to me that the difference is one of degree, not kind.

«refaire son choix». Au contraire, le cas en l’espèce est plus semblable à une situation dans laquelle le contribuable demande à modifier sa déclaration d’impôt afin de tirer parti d’une déduction à laquelle il a un certain droit. À certains égards, la désignation exigée à l’alinéa 55(5)f de la Loi n’est pas différente, par exemple, de la déduction prévue au paragraphe 112(1). Cette dernière disposition convertit un dividende imposable entre sociétés en dividende non imposable. La société contribuable doit toutefois déduire une somme égale au dividende afin d’obtenir ce résultat («Lorsqu’une corporation a reçu . . . un dividende imposable . . . une somme égale au dividende peut être déduite du revenu») [non souligné dans l’original]. Il n’y a qu’une seule différence importante entre ces deux articles de la Loi, et c’est que le paragraphe 112(1) ne requiert aucun calcul. Le contribuable est simplement tenu de faire la déduction. Par ailleurs, l’alinéa 55(5)f oblige le contribuable à calculer son revenu sauf avant de faire la déduction. Il me semble qu’il s’agit là d’une différence de degré, et non pas de nature.

37 With regard to section 55 of the Act, the difficulty arises of course in the event that the taxpayer fails in the first instance to seek relief under paragraph 55(5)(f) because it did not operate on the presumption that subsection 55(2) would apply. The issue may therefore be recast in the form of a hypothetical as follows: assume that the taxpayer calculates his income based on the application of provision “A”; the Minister then denies the applicability of provision “A” and instead invokes provision “B”; the taxpayer does not dispute that provision “B” may apply but notes that provision “B” permits a partial deduction if a designation is made; he therefore seeks to amend his return to take advantage of that deduction but is denied the opportunity to do so on the ground that he failed to make the requisite designation; the taxpayer counters by asking how he could have made the designation when he did not know that provision “B” would apply. In this scenario, modification of the original tax return does not raise the spectre of retroactive tax planning as in the election cases. That is, our hypothetical taxpayer did not previously weigh the risks relating to making the designation or abstaining therefrom, nor does he

Pour ce qui a trait à l’article 55 de la Loi, la difficulté se pose bien entendu dans les cas où le contribuable a omis en premier lieu de demander l’allègement prévu à l’alinéa 55(5)f parce qu’il n’a pas présumé que le paragraphe 55(2) s’appliquerait. La question peut donc être reformulée sous forme d’hypothèse: supposons que le contribuable calcule son revenu d’après la disposition «A»; le ministre refuse l’applicabilité de la disposition «A» et invoque la disposition «B»; le contribuable ne conteste pas que la disposition «B» puisse s’appliquer, mais note que cette disposition «B» autorise une déduction partielle si une désignation est faite; il demande donc de modifier sa déclaration pour profiter de cette déduction, mais on lui refuse la possibilité de le faire au motif qu’il n’a pas fait la désignation exigée; le contribuable demande ensuite comment il aurait pu faire la désignation alors qu’il ne savait pas que la disposition «B» s’appliquait. Selon ce scénario, la modification de la déclaration d’impôt initiale ne peut agiter le spectre de la planification fiscale rétroactive, comme dans le cas des choix. Autrement dit, notre contribuable hypothétique n’a pas déjà évalué les risques potentiels entre faire la désigna- 37

now seek to avoid bearing the downside of a decision he made consciously after due consideration.

tion ou ne pas la faire, et il ne cherche pas non plus à se soustraire aux conséquences négatives d'une décision qu'il aurait prise consciemment après mûre réflexion.

38 Having decided that the present situation is not analogous to the election cases, it seems only logical to recast the issue in terms of whether Nassau is entitled, following a reassessment initiated by the Minister and based on the application of subsection 55(2), to amend a tax return for the purpose of taking advantage of the safe income attributable to the shares sold to Westminster. But irrespective of whether the issue is framed in terms of a right to amend in these restricted circumstances or to make a late-filed designation, there will be no difference in the result or the analysis. Just as the Act provides for a late-filed designation only in particular circumstances, the Act also accords a right to amend a tax return in some instances but not others. In both scenarios there exists a rebuttable inference that relief may be granted only in the stated circumstances. At the outset, though, I wish to make clear that this case can be decided without reference to a taxpayer's general right to amend his or her tax return.

38 Comme la Cour conclut que la situation actuelle n'est pas analogue aux cas d'exercice d'un choix, il semble tout simplement logique de reformuler la question de la façon suivante: Nassau a-t-elle le droit, après l'établissement de la nouvelle cotisation par le ministre en application du paragraphe 55(2), de modifier sa déclaration d'impôt afin de profiter du revenu sauf attribuable aux actions vendues à Westminster. Mais que la question consiste à savoir si la contribuable avait le droit de modifier sa déclaration dans des circonstances aussi restreintes ou de faire une désignation tardive, le résultat ou l'analyse seront les mêmes. Tout comme la Loi prévoit une désignation tardive uniquement dans certaines circonstances, elle accorde également le droit de modifier une déclaration d'impôt dans certains cas, mais pas dans d'autres. Dans les deux scénarios, il existe une inférence réfutable selon laquelle l'allégement ne peut être accordé que dans des circonstances bien précises. Je tiens toutefois à préciser dès maintenant que la présente affaire peut être décidée sans faire référence au droit général d'un contribuable de modifier sa déclaration d'impôt.

39 While the argument before the Tax Court was framed in terms of a right to amend and to make a late-filed designation, it was argued before us in terms of the latter. Perhaps Nassau chose not to cast the argument in terms of the former because there appears to be no jurisprudence directly on point. This dearth of case law would seem to explain why Nassau relies on Tax Court cases establishing the doctrine of honest mistake and why the Minister invokes the cases respecting elections.

39 L'argument présenté devant la Cour de l'impôt portait sur le droit de modifier la déclaration et de faire une désignation tardive, mais devant la présente Cour seul le droit de faire une désignation tardive a été débattu. Nassau a peut-être choisi de laisser tomber le premier volet de son argumentation parce qu'il ne semble pas y avoir de jurisprudence directement applicable. Cette absence d'autorités jurisprudentielles semblerait expliquer pourquoi Nassau s'appuie sur les décisions de la Cour de l'impôt qui reconnaissent la doctrine de l'erreur de bonne foi alors que le ministre a choisi les causes ayant trait à l'exercice d'un choix.

40 At least one commentator has suggested that when the Minister initiates a reassessment to which the taxpayer subsequently objects, there may be a right to amend the return following issuance of the

40 Au moins un commentateur suggère que, lorsque le ministre établit une nouvelle cotisation à laquelle le contribuable s'oppose ultérieurement, ce dernier peut avoir le droit de modifier la déclaration après

notice of reassessment: see D. W. Smith, "Reassessments, Waivers, Amended Returns, and Refunds" in *Income Tax Enforcement, Compliance, and Administration*, 1988 Corporate Management Tax Conference (Canadian Tax Foundation, 1988) 8:1, at page 8:35. But the existence of a restricted right to amend in turn raises the question of whether the taxpayer has all the options that were available to him or her at the time of filing the return or whether he or she is confined to adjustments that relate directly to the issues raised on the reassessment. Based on two authorities, Smith implicitly suggests that a taxpayer may have only the latter type of limited freedom to vary his or her original return (at page 8:36): see *Montreal Trust Company v. Minister of National Revenue*, [1962] S.C.R. 570 and *Hadler Turkey Farms Inc. v. The Queen*, [1986] 1 C.T.C. 81 (F.C.T.D.).

que l'avis de nouvelle cotisation est émis: voir D. W. Smith, «Reassessments, Waivers, Amended Returns, and Refunds» dans *Income Tax Enforcement, Compliance, and Administration*, 1988 Corporate Management Tax Conference (Canadian Tax Foundation, 1988) 8:1, à la page 8:35. Mais l'existence d'un droit restreint de modifier la déclaration soulève à son tour la question de savoir si le contribuable peut se prévaloir de toutes les options qui étaient à sa disposition au moment de produire sa déclaration ou s'il ne peut utiliser que les redressements se rattachant directement aux questions soulevées dans la nouvelle cotisation. S'appuyant sur deux cas de jurisprudence, Smith laisse implicitement entendre qu'un contribuable ne peut avoir qu'une possibilité limitée de modifier sa déclaration initiale (à la page 8:36): voir *Montreal Trust Company v. Minister of National Revenue*, [1962] R.C.S. 570 et *Hadler Turkey Farms Inc. c. La Reine*, [1986] 1 C.T.C. 81 (C.F. 1^{re} inst.).

41 For the purpose of deciding this appeal, it is unnecessary to decide whether a reassessment has the effect of giving the taxpayer all the options available at the time of filing his or her return. In the instant case, paragraph 55(5)(f) can reasonably be said to be related directly to the issues surrounding the applicability of subsection 55(2). Let us assume, then, that Nassau has a right to amend its return (or make a late-filed designation) in the wake of a reassessment initiated by the Minister and his reliance on subsection 55(2). Is there any basis upon which it might be said that Parliament did not intend such a result? Here, I turn to the Minister's policy argument.

Pour les fins du présent appel, il n'est pas nécessaire de décider si une nouvelle cotisation donne au contribuable la possibilité de se prévaloir de toutes les options qui étaient à sa disposition au moment de la production de sa déclaration. En l'espèce, on peut raisonnablement conclure que l'alinéa 55(5)f) se rattache directement aux questions ayant trait à l'applicabilité du paragraphe 55(2). Supposons donc que Nassau a le droit de modifier sa déclaration (ou de faire une désignation tardive) par suite d'une nouvelle cotisation établie par le ministre et fondée sur le paragraphe 55(2). Existe-t-il une raison qui nous permette de conclure que le législateur n'avait pas prévu un tel résultat? J'aborde à ce propos l'argument du ministre concernant sa politique.

42 The Minister contends that the requirement of filing a designation at the time of filing a return serves as a disincentive to the unscrupulous taxpayer. The argument is that unless a designation is made on time, there is nothing to alert the Minister that a given dividend should be subject to subsection 55(2) of the Act. If late-filed designations were permitted, it is said that unscrupulous taxpayers could postpone filing a designation in the hope of receiving a tax-free dividend, at least part of

Le ministre prétend que l'obligation de faire la désignation au moment de la production de la déclaration a pour but de dissuader les contribuables sans scrupules. L'argument est le suivant: à moins qu'une désignation ne soit faite à ce moment-là, il n'y a rien qui puisse indiquer au ministre qu'un dividende donné pourrait être assujéti au paragraphe 55(2) de la Loi. Si les désignations tardives étaient autorisées, les contribuables sans scrupules pourraient, prétend-on, différer la désignation dans l'espoir de toucher

which is properly subject to subsection 55(2). In my opinion, the Minister's policy argument cannot be accepted for at least four reasons.

un dividende libre d'impôt, dont au moins une partie doit à bon droit être assujettie au paragraphe 55(2). À mon avis, cet argument de principe soulevé par le ministre ne peut être accepté pour au moins quatre raisons.

43 First, the intended purpose of paragraph 55(5)(f) is not to discourage the unscrupulous. It is my understanding that paragraph 55(5)(f) was inserted into the Act at the last moment and as something of an afterthought in order to prevent the conversion by subsection 55(2) of an entire dividend into taxable capital gain where a portion of that dividend might be attributable to safe income: see generally R. D. Brown and T. E. McDonnell, "Capital Gains Strips: A Critical Review of the New Provisions" in *Report of Proceedings of the Thirty-Second Tax Conference*, 1980 Conference Report (Canadian Tax Foundation, 1981) 51, at page 73.

43 Tout d'abord, l'alinéa 55(5)f) n'a pas pour but de dissuader les contribuables sans scrupules. D'après mon interprétation de cet alinéa, celui-ci a été incorporé à la Loi à la dernière minute et presque après coup afin d'empêcher la conversion, par l'application du paragraphe 55(2), de la totalité d'un dividende en gain en capital imposable lorsqu'une partie de ce dividende peut être attribuable au revenu sauf: pour une opinion générale sur la question, voir R. D. Brown et T. E. McDonnell, «Capital Gains Strips: A Critical Review of the New Provisions» dans *Report of Proceedings of the Thirty-Second Tax Conference*, 1980 Conference Report (Canadian Tax Foundation, 1981) 51, à la page 73.

44 Second, paragraph 55(5)(f) of the Act cannot be made to serve an unintended purpose when other provisions of the Act are directed at the very mischief to which the Minister adverts. Sections 162 and 163 of the Act specifically address a taxpayer's failure to disclose income and, as penalty provisions, fulfil a deterrence function in respect of potentially unscrupulous taxpayers identified by the Minister as a cause for concern.

44 Deuxièmement, on ne peut attribuer à l'alinéa 55(5)f) de la Loi un objectif non prévu par le législateur alors que d'autres dispositions de cette même Loi visent précisément à empêcher la situation à laquelle fait allusion le ministre. Les articles 162 et 163 de la Loi traitent précisément de l'omission d'un contribuable de déclarer un revenu et, en tant que dispositions pénales, ont pour but de dissuader les contribuables sans scrupules dont le ministre se préoccupe tant.

45 Third, in some instances the corporate taxpayer will not have to make a designation because the entire dividend is covered by safe income. In oral argument, the Minister agreed that in such a circumstance, paragraph 55(5)(f) of the Act would not have the effect of alerting Revenue Canada to possible tax problems associated with safe income. The Minister's policy argument is therefore unfounded in this scenario.

45 Troisièmement, dans certains cas, la société contribuable n'aura pas fait de désignation parce que la totalité du dividende fait partie du revenu sauf. Dans sa plaidoirie verbale, le ministre a reconnu qu'en pareil cas l'alinéa 55(5)f) de la Loi n'aurait pas pour effet d'attirer l'attention de Revenue Canada sur d'éventuels problèmes fiscaux associés au revenu sauf. L'argument de principe soulevé par le ministre n'est donc pas fondé selon ce scénario.

46 Finally, the Minister's interpretation of paragraph 55(5)(f) works an unjustified or unreasonable result. Consider the situation in which the entire dividend is attributable to safe income. Assume, for example, that a taxpayer calculates safe income at \$4 per

46 Enfin, l'interprétation que donne le ministre de l'alinéa 55(5)f) aboutit à un résultat déraisonnable ou injustifié. Prenons comme hypothèse que la totalité du dividende est attribuable au revenu sauf. Supposons, par exemple, qu'un contribuable calcule le

share on a dividend of \$3 per share; hence, no designation is required. If by chance that calculation is wrong, safe income might actually amount to \$2 per share in which case a designation would be necessary in order to preserve the tax-free character of that part of the dividend which is covered by safe income. On the Minister's view, in the event that the calculation of safe income in our hypothetical scenario is erroneous, section 55 should operate so as to recharacterize the whole dividend as taxable capital gains. The corporate taxpayer therefore would be penalized even though initially there appeared to be no need to make a designation under paragraph 55(5)(f). In my opinion, such a result is absurd. The Minister's approach to our hypothetical example produces an unwarranted penal consequence which is not supportable in law. The unreasonable nature of the Minister's position is highlighted by the fact that it is well recognized that the safe income calculation is complex and controversial: see *Placer Dome Inc.*, *supra*, and B. J. Arnold, T. Edgar & J. Li, *Materials on Canadian Income Tax*, 10th ed. (Scarborough, Ont.: Carswell, 1993) at pages 726-727.

revenu sauf à raison de 4 \$ par action sur un dividende de 3 \$ par action; il n'a pas besoin de faire de désignation. Si, par hasard, ce calcul est erroné, le revenu sauf pourrait être de 2 \$ par action, auquel cas il serait nécessaire de faire une désignation afin d'exonérer d'impôt cette fraction du dividende faisant partie du revenu sauf. Selon la position du ministre, dans le cas où le calcul du revenu sauf dans notre scénario hypothétique est erroné, l'application de l'article 55 aurait pour effet de traiter la totalité du dividende comme un gain en capital imposable. La société contribuable serait donc pénalisée même si au départ il ne semblait pas nécessaire de faire une désignation aux termes de l'alinéa 55(5)f). À mon avis, ce résultat est absurde. La méthode utilisée par le ministre dans notre exemple hypothétique entraîne une conséquence pénale non justifiée qui ne peut être soutenue en droit. Le caractère déraisonnable de la position du ministre est d'autant plus flagrant qu'il est bien établi que le calcul du revenu sauf est une question complexe et très controversée: voir *Placer Dome Inc.*, précité, et B. J. Arnold, T. Edgar & J. Li, *Materials on Canadian Income Tax*, 10^e éd., (Scarborough (Ont.): Carswell, 1993) aux pages 726 et 727.

47 In conclusion, it is my opinion that Nassau is entitled to claim the benefit of paragraph 55(5)(f) of the Act. That right arose once the Minister issued the notice of reassessment and invoked subsection 55(2). In other words, the inference that Parliament did not intend to accord relief in these circumstances has been rebutted. Accordingly, the appeal should be dismissed with costs.

47 En conclusion, je suis d'avis que Nassau est en droit de demander à bénéficier de l'alinéa 55(5)f) de la Loi. Ce droit a pris naissance quand le ministre a émis l'avis de nouvelle cotisation et a invoqué le paragraphe 55(2). Autrement dit, l'inférence selon laquelle le législateur n'avait pas l'intention d'accorder un allègement dans ces circonstances a été réfutée. Je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

48 STONE J.A.: I agree.

48 LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

49 STRAYER J.A.: I agree.

49 LE JUGE STRAYER, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

T-825-94

T-825-94

Compagnie Générale des Établissements Michelin-Michelin & Cie (Plaintiff)

Compagnie Générale des Établissements Michelin-Michelin & Cie (demanderesse)

v.

c.

National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW-Canada) and Basil Hargrove and Larry Wark (Defendants)

Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres travailleurs et travailleuses du Canada (TCA-Canada) et Basil Hargrove et Larry Wark (défendeurs)

INDEXED AS: COMPAGNIE GÉNÉRALE DES ÉTABLISSEMENTS MICHELIN—MICHELIN & CIE v. NATIONAL AUTOMOBILE, AEROSPACE, TRANSPORTATION AND GENERAL WORKERS UNION OF CANADA (CAW-CANADA) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: COMPAGNIE GÉNÉRALE DES ÉTABLISSEMENTS MICHELIN—MICHELIN & CIE c. SYNDICAT NATIONAL DE L'AUTOMOBILE, DE L'AÉROSPATIALE, DU TRANSPORT ET DES AUTRES TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES DU CANADA (TCA-CANADA) (1^{re} INST.)

Trial Division, Teitelbaum J.—Montréal, June 11, 12 and July 12; Vancouver, August 28, 29, September 9 and December 19, 1996.

Section de première instance, juge Teitelbaum—Montréal, 11, 12 juin et 12 juillet; Vancouver, 28, 29 août, 9 septembre et 19 décembre 1996.

Trade marks — Infringement — Plaintiff holding trade-marks, copyrights in term “Michelin”, “Bibendum” design — Labour union using Michelin logo on promotional material during organizing campaign — Whether infringing plaintiff’s trade-marks — Case law on meaning of term “use” under Trade-marks Act, ss. 19, 20, 22 — Mark must be used for purpose of identifying source of goods, services — Under Act, s. 4, infringer must use mark “in association” with own wares or services — Plaintiff’s trade-marks not “used” in association with defendants’ wares or services under s. 4 — Handing out leaflets, pamphlets to recruit members into union not commercial activity, “advertising” — No infringement under Act, ss. 20, 22 — No prejudice to plaintiff’s goodwill, reputation.

Marques de commerce — Contrefaçon — La demanderesse est titulaire des marques de commerce et des droits d’auteur sur le mot «Michelin» et sur le dessin du «Bibendum» — Le syndicat a utilisé le logo de Michelin sur du matériel promotionnel au cours d’une campagne de recrutement — Il s’agit de déterminer s’il y a eu contrefaçon des marques de commerce de la demanderesse — Jurisprudence sur le sens du mot «emploi» sous le régime des art. 19, 20 et 22 de la Loi sur les marques de commerce — La marque doit être employée pour identifier la source des marchandises et services — En vertu de l’art. 4, le contrefacteur doit avoir employé la marque «en liaison» avec ses propres marchandises ou services — Les marques de commerce de la demanderesse n’ont pas été «employées» en liaison avec les marchandises ou services des défendeurs au sens de l’art. 4 — Distribuer des prospectus et des brochures afin de recruter des membres ne constitue pas, dans le cas d’un syndicat, une activité commerciale ou une «annonce» — Il n’y a pas eu de contrefaçon des marques de commerce sous le régime des art. 20 et 22 de la Loi — Il n’y a pas eu de diminution de la valeur de l’achalandage ni d’atteinte à la réputation de la demanderesse.

Copyright — Infringement — “Bibendum” on defendant union’s leaflets, posters reproducing substantial part of plaintiff’s copyright — Test for infringement whether act complained of could only be done by copyright owner under Copyright Act, s. 27(1) — No sufficient mental effort, independent thought in union’s “Bibendum” to be entirely new work — Parody not form of “criticism” as exception to copyright infringement under Act, s. 27(2)(a.1) — Exceptions to copyright infringement to be

Droit d’auteur — Contrefaçon — Le «Bibendum» figurant sur les prospectus et les affiches du syndicat défendeur a reproduit une partie importante de l’œuvre protégée par le droit d’auteur de la demanderesse — Le critère de la contrefaçon consiste à se demander si l’acte reproché est un acte que seul le titulaire du droit d’auteur a la faculté d’exécuter en vertu de l’art. 27(1) de la Loi sur le droit d’auteur — Il n’y avait pas suffisamment d’effort intellectuel et d’idée indépendante dans le «Bibendum» du

interpreted restrictively — Defendants' not mentioning source, author's name of original on "Bibendum" leaflets, poster — Not treating original work in fair manner — Plaintiff's copyrights infringed.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Freedom of expression — Whether union posters, leaflets depicting plaintiff's corporate logo, "Bibendum", forms of expression protected by Charter, s. 2(b) — Sufficient if expression conveys meaning — Not all forms of expression protected — Defendants not permitted to appropriate plaintiff's private property as vehicle for conveying anti-Michelin message — Form of expression prohibited, not protected under s. 2(b) — Expression protected by s. 2(b) only if compatible with primary function of property — Subjecting plaintiff's "Bibendum" to ridicule as object of parody not compatible with function of copyright — Copyright Act, ss. 3, 27 reasonable limits prescribed by law under Charter, s. 1 — "Reading down" Act, s. 27(2)(a.1) inappropriate remedy — Defendants' freedom of expression not infringed.

This was an action for infringement of trade-marks and copyrights owned by the plaintiff with respect to its business services and products. In February and March 1994, the defendant CAW conducted an organizing campaign at Michelin Canada's plants in Nova Scotia, distributing leaflets, displaying posters and issuing information sheets that reproduced the term "Michelin". It also used in its campaign material the plaintiff's corporate logo, the Michelin Tire Man or "Bibendum" design, a drawing of a beaming marshmallow-like rotund figure composed of tires. That was done without the plaintiff's permission. The latter sought damages on the ground that its intellectual property rights have been violated by the defendants. Three main issues were raised herein: 1) whether the defendants infringed the plaintiff's trade-marks in the term "Michelin" and the "Bibendum" design; 2) whether they infringed the plaintiff's copyrights in such term and design; and 3) whether the defendants' posters and leaflets depicting "Bibendum" are forms of expression protected by paragraph 2(b) of the Charter.

syndicat pour constituer une œuvre entièrement nouvelle — La parodie n'est pas une forme de «critique» qui constitue une exception à la violation du droit d'auteur sous le régime de l'art. 27(2)a.1) de la Loi — Les exceptions à la violation du droit d'auteur doivent être interprétées strictement — Les défendeurs n'ont pas fait mention de la source et du nom de l'auteur de l'original sur leurs prospectus et leurs affiches montrant un «Bibendum» — Ils n'ont pas traité l'œuvre originale d'une manière équitable — Il y a eu violation du droit d'auteur de la demanderesse.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Liberté d'expression — Les prospectus et les affiches des défendeurs décrivant le logo et le «Bibendum» de la demanderesse constituent-ils des formes d'expression protégées par l'art. 2b) de la Charte? — Il suffit que l'expression transmette une signification — Les formes d'expression ne sont pas toutes protégées — Les défendeurs ne sont pas autorisés à s'approprier le bien privé de la demanderesse comme moyen de transmettre leur message anti-Michelin — Il s'agit d'une forme d'expression interdite, non protégée sous le régime de l'art. 2b) — L'expression est protégée par l'art. 2b) seulement si elle est compatible avec la fonction principale de la propriété — Jeter le ridicule sur le «Bibendum» de la demanderesse en en faisant l'objet d'une parodie n'est pas compatible avec la fonction de l'œuvre faisant l'objet du droit d'auteur — Les art. 3 et 27 de la Loi sur le droit d'auteur constituent des limites raisonnables prescrites par une règle de droit, au sens de l'art. premier de la Charte — L'interprétation atténuée de l'art. 27(2)a.1) ne constitue pas une réparation convenable — La liberté d'expression des défendeurs n'a pas été violée.

Il s'agit d'une action en contrefaçon de marques de commerce et en violation de droits d'auteur dont la demanderesse est titulaire à l'égard des services et produits de son entreprise. En février et mars 1994, le défendeur TCA a lancé une campagne de recrutement dans les usines de Michelin Canada situées en Nouvelle-Écosse, en distribuant des prospectus, en apposant des affiches et en publiant des fiches de renseignements qui reproduisaient le mot «Michelin». Il a également inclus dans ses imprimés le logo de la demanderesse, le dessin du «Bibendum» de Michelin représentant un homme corpulent, au visage rayonnant, composé de pneus et ayant l'air d'être fait en guimauve et ce, sans la permission de la demanderesse. Celle-ci a demandé des dommages-intérêts en alléguant que les défendeurs ont violé ses droits de propriété intellectuelle. Trois principales questions ont été soulevées en l'espèce: 1) les défendeurs ont-ils contrefait les marques de commerce de la demanderesse à l'égard du mot «Michelin» et du dessin du «Bibendum»? 2) ont-ils violé le droit d'auteur de la demanderesse sur ce mot et ce dessin? et 3) les prospectus et les affiches des défendeurs décrivant le «Bibendum» constituent-ils des formes d'expression protégées par l'alinéa 2b) de la Charte?

Held, the action should be allowed in part.

1) The classic interpretation of the term "use" under sections 20 and 22 of the *Trade-marks Act* was first elucidated in *Clairol International Corp. et al. v. Thomas Supply & Equipment Co. Ltd. et al.* and is still the law. To qualify as "use as a trade-mark", the mark must be used for the purpose of identifying the source of the goods and services. Under section 4 of the Act, the first element of proof is that the defendants associate their services with the plaintiff's trade-marks. The second element from section 2 is that the defendants used the mark as a trade-mark for the purpose of distinguishing or identifying their services in connection with the plaintiff's wares or services. This case does not directly turn on the question of the defendant CAW's general status under the *Trade-marks Act* but on the issue of whether the plaintiff's trade-marks were used in association with the defendants' wares or services. Although the union organizing activities might have reaped financial rewards, the trade-marks were not "used" in association with wares or services under section 4 criteria for "use" because the definition of wares under subsection 4(1) requires association during the ordinary course of trade. Handing out leaflets and pamphlets to recruit members into a trade union does not qualify under that test as commercial activity or as "advertising". Since the defendant CAW did not use the plaintiff's trade-marks in association with its wares or services, there was no infringement under sections 20 or 22 of the *Trade-marks Act*. Since "Bibendum" was not used as a trade-mark, there was in effect no use at all of the "Bibendum" under the *Clairol* criteria for section 20. The term "Michelin" on the defendant CAW's information brochures also did not qualify as use of the trade-mark "as a trade-mark" but only as an abbreviated reference to the company name itself. Moreover, the plaintiff has failed to prove the secondary components of each ground of infringement in sections 20 and 22. In section 20, the secondary question is whether the mark used was "confusing", and in section 22, it is whether the use was likely to depreciate the goodwill of the trade-mark. The test for confusion is whether an average consumer, having a vague or imperfect recollection of the registered trade-mark, would infer from all the circumstances detailed in subsection 6(5) of the Act that the allegedly confusing mark originates with the owner of the registered mark. In the present case, such additional factors as the menacing nature of "Bibendum's" pose on the leaflets and brochures and the prominence of CAW logos on the "Bibendum" leaflets and information sheets make it unlikely that the use of the trade-marks will confuse the average consumer. The plaintiff has failed to prove that the goodwill of its trade-marks had been depreciated by the defendants' activities and that the leaflets and posters will deleteriously affect Michelin's reputation as a manufacturer, its specific role in the marketplace.

Jugement: l'action doit être accueillie en partie.

1) L'interprétation classique du mot «emploi» a été donnée pour la première fois à propos des articles 20 et 22 de la *Loi sur les marques de commerce* dans la décision *Clairol International Corp. et al. v. Thomas Supply & Equipment Co. Ltd. et al.*, et elle fait encore partie de notre droit. Pour remplir les conditions de l'«emploi comme marque de commerce», la marque doit être employée pour identifier la source des marchandises et services. En vertu de l'article 4 de la Loi, le premier élément de preuve a trait à la question de savoir si les défendeurs ont établi une liaison entre leurs services et les marques de commerce de la demanderesse. Le second élément, tiré de l'article 2, porte sur la question de savoir si les défendeurs ont employé la marque de commerce pour distinguer ou identifier leurs services en liaison avec les marchandises et services de la demanderesse. La présente affaire ne porte pas directement sur la question du statut général des défendeurs TCA sous le régime de la *Loi sur les marques de commerce*, mais sur la question de savoir si les marques de commerce de la demanderesse ont été employées en liaison avec les marchandises ou services des défendeurs. Même si les activités de recrutement du syndicat ont pu rapporter un revenu, les marques de commerce n'ont pas été «employées» en liaison avec des marchandises ou services selon les critères de l'«emploi» énoncés à l'article 4 car la définition de marchandises au paragraphe 4(1) exige la liaison dans la pratique normale du commerce. Distribuer des prospectus et des brochures afin de recruter des membres ne satisfait pas, dans le cas d'un syndicat, au critère de l'activité commerciale ou de l'«annonce». Puisque les défendeurs TCA n'ont pas employé les marques de commerce de la demanderesse en liaison avec leurs marchandises ou services, il n'y a pas eu contrefaçon sous le régime de l'article 20 ou de l'article 22 de la *Loi sur les marques de commerce*. Comme le «Bibendum» n'a pas été employé comme marque de commerce, il n'y a eu en effet aucun emploi du «Bibendum» selon les critères énoncés dans *Clairol* en ce qui a trait à l'article 20. Le mot «Michelin» contenu dans les brochures d'information des défendeurs TCA ne remplit pas non plus les conditions pour être un emploi de la marque de commerce «comme une marque de commerce», mais il était employé seulement comme forme abrégée de la raison sociale de l'entreprise. De plus, la demanderesse n'a pas prouvé les éléments secondaires de chacun des motifs propres à justifier l'accusation de contrefaçon sur le régime des articles 20 et 22. À l'article 20, la question secondaire est de savoir si la marque employée «créait de la confusion», et à l'article 22, la question secondaire est de savoir si l'emploi était susceptible de diminuer la valeur de l'achalandage attaché à la marque de commerce. Le critère de la confusion consiste à se demander si le consommateur moyen, n'ayant qu'un souvenir vague ou imparfait de la marque de commerce déposée, conclurait de l'ensemble des circonstances énumérées au paragra-

2) Under subsection 3(1) of the *Copyright Act*, copyright is the right to reproduce the work or a substantial part of the work. The “Bibendum” depicted on the defendants’ leaflets and posters reproduced a substantial part of the plaintiff’s copyright and was thus an infringement of its right. The true test for infringement is whether the act complained of is an act that only the copyright owner could do under subsection 27(1) of the Act, including reproduction of the original or a substantial part of the work. To escape the charge of infringement, the defendants’ “Bibendum” must be an entirely new work, an “original result”. The mental effort and independent thought in the union’s “Bibendum” was not sufficient to create an entirely new work. Since the question of copyright infringement is one of impression, the intention of the infringer is less important than the fact that a substantial part of the original work has been reproduced. The defendants argued that, under paragraph 27(2)(a.1) of the Act, parody is a form of “criticism”, an exception to copyright infringement. A long line of Canadian cases has, however, held that parody is not an exception to acts of copyright infringement. Under the *Copyright Act*, “criticism” is not synonymous with parody. As well, in the Canadian and Commonwealth courts, parody has never been held to figure as criticism although the term criticism is not confined to “literary criticism”. Exceptions to copyright infringement should be strictly interpreted; parody should not be read in as a form of criticism to constitute a new exception under paragraph 27(2)(a.1). Even if parody was found to exist as a fair dealing exception to infringement, the defendants would have failed under the two secondary elements of paragraph 27(2)(a.1). First, they did not mention the source and author’s name of the original on their “Bibendum” leaflets and poster. There is no Canadian case law on what “mention” means but it is more than a passive or implicit acknowledgment in parody. When the plaintiff uses the “Bibendum”, it gives Michelin as the source. The author or originator is not stated so the defendants had at least to explicitly give the source and not the author if they hoped to qualify under the fair dealing exception in paragraph 27(2)(a.1) when they used the “Bibendum” design, which they have not done. Second, the defendants did not treat the original

phe 6(5) que la marque censée créer de la confusion est celle du propriétaire de la marque déposée. En l’espèce, en raison des facteurs additionnels comme l’aspect menaçant de la pose du «Bibendum» dans les prospectus et brochures, ainsi que la prédominance des logos des TCA dans les prospectus et les fiches d’information, l’emploi des marques de commerce n’est pas susceptible de causer de la confusion chez le consommateur moyen. La demanderesse n’a pas prouvé que la valeur de l’achalandage attaché à ses marques de commerce a été diminuée par les activités des défendeurs, ni que les prospectus et les affiches nuiront à sa réputation comme fabricant, soit son rôle précis sur le marché.

2) En vertu du paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d’auteur*, le droit d’auteur s’entend du droit de reproduire une œuvre, ou une partie importante de celle-ci. Le «Bibendum» reproduit dans les prospectus et sur les affiches des défendeurs constituait une reproduction d’une partie importante de l’œuvre protégée de la demanderesse et donc une violation de son droit. Le véritable critère de la contrefaçon consiste à se demander si l’acte reproché est un acte que seul le titulaire du droit d’auteur a la faculté d’exécuter en vertu du paragraphe 27(1), y compris la reproduction de l’original ou d’une partie importante de l’œuvre. Pour échapper à l’accusation de contrefaçon, le «Bibendum» des défendeurs doit représenter une œuvre entièrement nouvelle, un «résultat original». Il n’y avait pas suffisamment d’effort intellectuel et d’idée indépendante dans le «Bibendum» du syndicat pour constituer une œuvre entièrement nouvelle. Comme la violation du droit d’auteur est une question d’impression, l’intention du contrefacteur est moins importante que le fait qu’une partie importante de l’œuvre originale a été reproduite. Les défendeurs ont soutenu que, sous le régime de l’alinéa 27(2)a.1) de la Loi, la parodie est une forme de «critique» qui est une exception à la violation du droit d’auteur. Dans une longue série de causes au Canada, il a toutefois été décidé que la parodie n’est pas une exception à la violation du droit d’auteur. Sous le régime de la *Loi sur le droit d’auteur*, «critique» et parodie ne sont point synonymes. Dans la jurisprudence canadienne et celle du Commonwealth, la parodie n’a jamais été regardée comme une critique, bien que le terme critique n’y soit pas limité à la «critique littéraire». Les exceptions à la violation du droit d’auteur doivent être interprétées strictement; il n’y a pas lieu de donner une interprétation large du mot «critique» pour y englober la parodie et créer ainsi une nouvelle exception à l’alinéa 27(2)a.1). Même si la Cour concluait que la parodie est, à titre d’utilisation équitable, une exception à la contrefaçon, les défendeurs auraient échoué quant aux deux éléments secondaires de l’alinéa 27(2)a.1). Premièrement, ils n’ont pas fait mention de la source et du nom de l’auteur de l’original dans leurs prospectus et sur leurs affiches montrant un «Bibendum». La jurisprudence canadienne ne traite pas du sens du terme «mention», mais il va au delà d’une reconnaissance passive et implicite

work in a fair manner, a further requirement of the “fair dealing” exception. Whether the treatment of the original is in good faith is a question of degree and impression looking to the quality and quantity of the original work used. The substantial quantity of the original work used in the leaflets and posters casts doubt on the fairness of the defendants’ treatment. By substantially reproducing the “Bibendum” design on their union campaign leaflets and posters, the defendants have infringed the plaintiff’s copyrights. Defendants Wark and Hargrove did authorize the copying of the “Bibendum” design, and therefore are also liable separately under subsection 3(1) of the Act. However, the defendants are not liable under paragraph 27(4)(b) for distributing a work that they knew violated the copyright of another when such distribution would have a prejudicial effect. The CAW’s leaflets were distributed only to Michelin workers in the hope that they would join the union.

3) The defendants submitted that their posters and leaflets depicting “Bibendum” are forms of expression protected by paragraph 2(b) of the Charter. Activity is expressive if it attempts to convey meaning. The question was whether the leaflets contained enough of the defendants’ own “thought, belief, opinion and expression” to stand as expression. The required mental effort is slight since it is sufficient if the expression conveys meaning. The defendants employed some mental labour in producing their leaflets and modifying the “Bibendum” which conveys a meaning entirely different from the original “Bibendum”. Even though the leaflets represent a substantial reproduction of the plaintiff’s “Bibendum” copyright and are not “original works” for the purposes of section 3 of the *Copyright Act*, they are still examples of expression. However, the defendants were not permitted to appropriate the plaintiff’s private property—the “Bibendum” copyright—as a vehicle for conveying their anti-Michelin message. Thus, the defendants’ expression is a prohibited form and is not protected under the umbrella of paragraph 2(b) of the Charter. Private property cannot be used as a location or forum for expression. The defendants have used the plaintiff’s private property not as a forum but as a means of conveying a message. It is reasonable to equate doing something on private property as a forum for expression with using the property—the

dans une parodie. Quand la demanderesse utilise le «Bibendum», elle précise que la source est Michelin. L’auteur ou le créateur n’est pas nommé, de sorte qu’à tout le moins, les défendeurs devaient citer explicitement la source et non le nom de l’auteur s’ils espéraient remplir les conditions pour se prévaloir de l’exception de l’utilisation équitable prévue à l’alinéa 27(2)a.1) quand ils utilisaient le dessin du «Bibendum», ce qu’ils n’ont pas fait. En deuxième lieu, les défendeurs n’ont pas traité l’œuvre originale d’une manière équitable, autre exigence de l’exception concernant l’«utilisation équitable». La question de savoir si l’original a été traité de bonne foi est une question de degré et d’impression qui dépend de la qualité et de la quantité des passages de l’œuvre originale reproduits. La quantité substantielle de l’œuvre originale utilisée dans les prospectus et sur les affiches jette le doute sur le caractère équitable du traitement fait par les défendeurs. En reproduisant substantiellement le dessin du «Bibendum» dans leurs prospectus et sur leurs affiches de recrutement, les défendeurs ont violé les droits d’auteur de la demanderesse. Les défendeurs Wark et Hargrove ont autorisé la reproduction du dessin du «Bibendum» et, par conséquent, il sont également responsables à titre individuel sous le régime du paragraphe 3(1) de la Loi. Toutefois, les défendeurs ne sont pas responsables en application de l’alinéa 27(4)b) pour avoir mis en circulation une œuvre qui, à leur connaissance, violait le droit d’auteur et était de nature à porter préjudice à son titulaire. Les prospectus des TCA n’ont été distribués qu’aux employés de Michelin dans l’espoir de les recruter.

3) Les défendeurs ont soutenu que leurs affiches et prospectus montrant le «Bibendum» sont des formes d’expression protégées par l’alinéa 2b) de la Charte. L’activité est expressive si elle tente de transmettre une signification. Il s’agissait de déterminer si les prospectus et dépliants contenaient suffisamment de «la pensée, de la croyance, de l’opinion et de l’expression» des défendeurs pour constituer une expression. L’effort intellectuel exigé est peu important puisqu’il suffit que l’expression transmette une signification. Les défendeurs ont appliqué leur esprit à produire leurs prospectus et à modifier le «Bibendum», qui transmet un message entièrement différent de celui du «Bibendum» original. Quoique les prospectus des défendeurs représentent une reproduction substantielle du «Bibendum» protégé de la demanderesse et ne soient pas des «œuvres originales» pour l’application de l’article 3 de la *Loi sur le droit d’auteur*, ils n’en sont pas moins des exemples d’expression. Toutefois, les défendeurs ne sont pas autorisés à s’approprier le bien privé de la demanderesse—le «Bibendum» faisant l’objet du droit d’auteur—comme moyen de transmettre leur message anti-Michelin. En conséquence, l’expression des défendeurs est une forme interdite et n’est pas protégée sous le régime de l’alinéa 2b) de la Charte. On ne peut pas utiliser un bien privé comme lieu ou forum pour s’exprimer. Les défendeurs ont utilisé le bien privé de la demanderesse non

copyright—to convey expression. A person using the private property of another—such as a copyright—must demonstrate that his use of the property is compatible with the function of the property before the Court can deem the use a protected form of expression under the Charter. Subjecting the plaintiff's "Bibendum" to ridicule as the object of parody is not compatible with the function of the copyright. The defendants did freely exercise their right to criticize and lampoon Michelin in pamphlets and brochures that did not depict the plaintiff's property, the "Bibendum".

Under paragraph 2(b) of the Charter, the defendants not only had to prove that their expression was protected, they also had the burden of proving that the purpose or effect of the *Copyright Act* was to restrict their freedom of expression. Neither burden had been met. Sections 3 and 27 of the *Copyright Act* are "reasonable limits prescribed by law . . . demonstrably justified in a free and democratic society", within the meaning of section 1 of the Charter. The plaintiff conformed to the two-stage analysis of section 1 initially set-out by the Supreme Court of Canada in *The Queen v. Oakes*. First, it had to prove that the objective of the impugned statute is "sufficiently important" to warrant overriding a fundamental right. The objective of the *Copyright Act* is "pressing and substantial", the test for a sufficiently important objective, since the protection of authors and ensuring that they are recompensed for their creative energies and works is an important value in a democratic society. Second, the plaintiff had to prove that the means of implementing the *Copyright Act*'s objectives were reasonable and demonstrably justified. The objectives of the *Copyright Act* are rationally connected to an action for copyright infringement and they are implemented with a minimal amount of impairment of the defendants' rights. A consideration of the deleterious effects of the *Copyright Act*, the final element of the *Oakes* proportionality test, confirms that it is a reasonable limit prescribed by law in a free and democratic society. Finally, "reading down" paragraph 27(2)(a.1) is not an appropriate remedy. In order to read down, a court must first be able to determine which parts of the impugned legislation are constitutionally invalid. Reading down only the word "mention" in paragraph 27(2)(a.1) to leave intact the rest of the statute would be creating a whole new exception strictly for the benefits of the defendants. Reading down is an appropriate technique if it serves its goal of minimally intruding on the legislative role. The defendants' freedom of expression under paragraph 2(b) of the Charter has not been infringed.

comme forum mais comme moyen de transmettre un message. Il est raisonnable d'assimiler l'acte fait sur la propriété privée, utilisée comme forum pour l'expression, et l'utilisation d'un bien—une œuvre faisant l'objet d'un droit d'auteur—pour transmettre l'expression. Une personne utilisant le bien privé d'autrui, comme une œuvre faisant l'objet d'un droit d'auteur, doit démontrer que son utilisation du bien est compatible avec la fonction du bien avant que la Cour puisse statuer que l'utilisation est réputée être une forme protégée d'expression en vertu de la Charte. Jeter le ridicule sur le «Bibendum» de la demanderesse en en faisant l'objet d'une parodie n'est pas compatible avec la fonction de l'œuvre faisant l'objet du droit d'auteur. Les défendeurs ont exercé librement leur droit de critiquer Michelin et de la tourner en dérision dans des dépliants et des brochures qui ne montraient pas le bien de la demanderesse, le «Bibendum».

En vertu de l'alinéa 2b) de la Charte, les défendeurs non seulement devaient prouver que leur expression était protégée, mais encore ils avaient la charge de prouver que l'objet ou l'effet de la *Loi sur le droit d'auteur* était de restreindre leur liberté d'expression. Ils ne se sont pas acquittés de la charge qui leur incombait à ce double titre. Les articles 3 et 27 de la *Loi sur le droit d'auteur* constituent «des limites raisonnables prescrites par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique», au sens de l'article premier de la Charte. La demanderesse a respecté le cadre d'analyse à deux étapes de l'article premier établi par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Oakes*. Il lui fallait premièrement prouver que l'objectif de la loi attaquée est «suffisamment important» pour justifier la suppression d'un droit fondamental. L'objectif de la *Loi sur le droit d'auteur* est «urgent et réel», critère de l'objectif suffisamment important, puisque la protection des auteurs et la rémunération de leur énergie et de leurs œuvres créatrices sont une valeur importante dans une société démocratique. Deuxièmement, la demanderesse avait à démontrer que les moyens pris pour mettre en application les objectifs de la *Loi sur le droit d'auteur* étaient raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Les objectifs de la *Loi sur le droit d'auteur* ont un lien rationnel avec une action en violation de droit d'auteur et ils sont mis en œuvre de manière à porter atteinte le moins possible aux droits des défendeurs. L'examen des effets préjudiciables de la *Loi sur le droit d'auteur*, le dernier élément du critère de proportionnalité de *Oakes*, confirme qu'il s'agit bien d'une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dans une société libre et démocratique. Enfin, l'«interprétation atténuée» du paragraphe 27(2)a.1) ne constitue pas une réparation convenable. Pour faire une interprétation atténuée, le tribunal doit d'abord être en mesure de déterminer quelles parties de la loi attaquée sont inconstitutionnelles. Adopter l'«interprétation atténuée» seulement du mot «mention» employé à l'alinéa 27(2)a.1), gardant intact le reste de la Loi, serait créer une

toute nouvelle exception strictement au bénéfice des défendeurs. L'interprétation atténuée est une méthode appropriée si elle sert son objet qui est d'empiéter le moins possible sur le domaine du législateur. La liberté d'expression des défendeurs, protégée par l'alinéa 2b) de la Charte, n'a pas été violée.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2(b).
- Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 3 (as am. by S.C. 1988, c. 65, s. 62; 1993, c. 23, s. 2; c. 44, s. 55), 27 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 1, s. 13; (4th Supp.), c. 10, s. 5; S.C. 1993, c. 44, s. 64), 39, 71, Sch. III.
- Copyright Act*, 17 U.S.C. § 107 (1994).
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19).
- International Convention for the protection of literary and artistic works*, signed at Berne on the 9th September, 1886, and revised at Berlin on the 13th November, 1908, was further revised by the Copyright Convention which was signed at Rome on the 2nd June, 1928, R.S.C., 1985, c. C-42, Sch. III.
- North American Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1993, c. 44, s. 64.
- Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 2 "person", "trade-mark", "use", "wares", 4, 6, 7(b), 19 (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 60), 20, 22.
- Trade Marks Act*, S.C. 1952-53, c. 49, ss. 19, 22.
- Trade Union Act*, R.S.N.S. 1989, c. 475.
- World Trade Organization Agreement Implementation Act*, S.C. 1994, c. 47, s. 196.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Clairol International Corp. et al. v. Thomas Supply & Equipment Co. Ltd. et al.*, [1968] 2 Ex. C.R. 552; (1968), 38 Fox Pat. C. 176; *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; (1975), 53 D.L.R. (3d) 161; 20 C.C.C. (2d) 449; 30 C.R.N.S. 209; 4 N.R. 277; *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467; (1990), 72 D.L.R. (4th) 97; 31 C.P.R. (3d) 394; 111 N.R. 376; *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *Harrison v. Carswell*, [1976] 2 S.C.R. 200; (1975), 62 D.L.R. (3d) 68; [1975] 6 W.W.R. 673; 25

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2b).
- Convention internationale pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques*, signée à Berne le 9 septembre 1886, révisée à Berlin le 13 novembre 1908, fut de nouveau révisée par la Convention du droit d'auteur signée à Rome le 2 juin 1928, L.R.C. (1985), ch. C-42, ann. III.
- Copyright Act*, 17 U.S.C. § 107 (1994).
- Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, ch. 44, art. 64.
- Loi de mise en oeuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce*, L.C. 1994, ch. 47, art. 196.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19).
- Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 3 (mod. par L.C. 1988, ch. 65, art. 62; 1993, ch. 23, art. 2; ch. 44, art. 55), 27 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 1, art. 13; (4^e suppl.), ch. 10, art. 5; L.C. 1993, ch. 44, art. 64), 39, 71, ann. III.
- Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 2 «emploi ou usage», «marchandises», «marque de commerce», «personne», 4, 6, 7b), 19 (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 60), 20, 22.
- Loi sur les marques de commerce*, S.C. 1952-53, ch. 49, art. 19, 22.
- Trade Union Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 475.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Clairol International Corp. et al. v. Thomas Supply & Equipment Co. Ltd. et al.*, [1968] 2 Ex. C.R. 552; (1968), 38 Fox Pat. C. 176; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; (1975), 53 D.L.R. (3d) 161; 20 C.C.C. (2d) 449; 30 C.R.N.S. 209; 4 N.R. 277; *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467; (1990), 72 D.L.R. (4th) 97; 31 C.P.R. (3d) 394; 111 N.R. 376; *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *Harrison c. Carswell*, [1976] 2 R.C.S. 200; (1975), 62 D.L.R. (3d) 68; [1975] 6 W.W.R. 673; 25 C.C.C. (2d) 186;

C.C.C. (2d) 186; 75 CLLC 14,286; 5 N.R. 523; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson* (1994), 113 D.L.R. (4th) 368; 90 B.C.L.R. (2d) 24; 47 A.C.W.S. (3d) 49; 43 B.C.A.C. 1; [1994] B.C.W.L.D. 1112; 89 C.C.C. (3d) 217; 21 C.R.R. (2d) 116; 69 W.A.C. 1; 23 W.C.B. 272 (C.A.).

DISTINGUISHED:

Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada, [1991] 1 S.C.R. 139; (1991), 77 D.L.R. (4th) 385; 4 C.R.R. (2d) 60; 120 N.R. 241.

CONSIDERED:

Eye Masters Ltd. v. Ross King Holdings Ltd., [1992] 3 F.C. 625; (1992), 44 C.P.R. (3d) 459; 56 F.T.R. 274; 3 W.D.C.P. (2d) 549 (T.D.); *Future Shop Ltd. v. A. & B. Sound Ltd.*, [1994] 8 W.W.R. 376; (1994), 93 B.C.L.R. (2d) 40; 55 C.P.R. (3d) 182 (S.C.); *Rôtisseries St-Hubert Liée c. Syndicat des travailleurs(euses) de la Rôtisserie St-Hubert de Drummondville (C.S.N.)*, [1987] R.J.Q. 443; (1986), 12 C.I.P.R. 89; 17 C.P.R. (3d) 461 (C.S.); *U & R Tax Services Ltd. v. H & R Block Canada Inc.* (1995), 62 C.P.R. (3d) 257; 97 F.T.R. 259 (F.C.T.D.); *R. v. James Lorimer and Company Limited*, [1984] 1 F.C. 1065; (1984), 77 C.P.R. (2d) 262; 180 N.R. 351 (C.A.); *Canadian Tire Corporation, Ltd. v. Retail Clerks Union, Local 1528 of United Food & Commercial Workers Union et al.* (1985), 7 C.P.R. (3d) 415 (F.C.T.D.); *Joy Music Ltd. v. Sunday Pictorial Newspapers (1920), Ltd.*, [1960] 1 All E.R. 703; [1960] 2 Q.B. 60; *Motel 6, Inc. v. No. 6 Motel Ltd.*, [1982] 1 F.C. 638; (1981), 127 D.L.R. (3d) 267; 14 B.L.R. 241; 56 C.P.R. (2d) 44 (T.D.); *Schweppes Limited and Others v. Wellingtons Limited*, [1984] 10 F.S.R. 210 (Ch.D.); *Williamson Music Ltd. and Others v. The Pearson Partnership Ltd. and Another*, [1987] 13 F.S.R. 97 (Ch.D.); *Zamacois, Miguel v. Douville, Raymond et al.*, [1944] Ex. C.R. 208; [1943] 2 D.L.R. 257; (1943), 2 C.P.R. 270; 3 Fox. P.C. 44; *Luther R. Campbell a.k.a. Luke Skywalker v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 114 S. Ct. 1164 (1994); *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *Weisfeld v. Canada*, [1995] 1 F.C. 68; (1994), 116 D.L.R. (4th) 232; 22 C.R.R. (2d) 1; 171 N.R. 28 (C.A.); *New Brunswick Broadcasting Co., Limited v. Canadian Radio-television and Telecommunication Commission*, [1984] 2 F.C. 410; (1984), 13 D.L.R. (4th) 77; 2 C.P.R. (3d) 433; 12 C.R.R. 249; 55 N.R. 143 (C.A.); *Toronto (City) v. Quickfall* (1994), 16 O.R. (3d) 665; 111 D.L.R. (4th) 687; 88 C.C.C. (3d) 333; 20 C.R.R. (2d) 312; 19 M.P.L.R. (2d) 161; 68 O.A.C. 190 (C.A.); *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2

75 CLLC 14,286; 5 N.R. 523; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson* (1994), 113 D.L.R. (4th) 368; 90 B.C.L.R. (2d) 24; 47 A.C.W.S. (3d) 49; 43 B.C.A.C. 1; [1994] B.C.W.L.D. 1112; 89 C.C.C. (3d) 217; 21 C.R.R. (2d) 116; 69 W.A.C. 1; 23 W.C.B. 272 (C.A.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Comité pour la République du Canada c. Canada, [1991] 1 R.C.S. 139; (1991), 77 D.L.R. (4th) 385; 4 C.R.R. (2d) 60; 120 N.R. 241.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Eye Masters Ltd. c. Ross King Holdings Ltd., [1992] 3 C.F. 625; (1992), 44 C.P.R. (3d) 459; 56 F.T.R. 274; 3 W.D.C.P. (2d) 549 (1^{re} inst.); *Future Shop Ltd. v. A. & B. Sound Ltd.*, [1994] 8 W.W.R. 376; (1994), 93 B.C.L.R. (2d) 40; 55 C.P.R. (3d) 182 (C.S.); *Rôtisseries St-Hubert Liée c. Syndicat des travailleurs(euses) de la Rôtisserie St-Hubert de Drummondville (C.S.N.)*, [1987] R.J.Q. 443; (1986), 12 C.I.P.R. 89; 17 C.P.R. (3d) 461 (C.S.); *U & R Tax Services Ltd. c. H & R Block Canada Inc.* (1995), 62 C.P.R. (3d) 257; 97 F.T.R. 259 (C.F. 1^{re} inst.); *R. c. James Lorimer and Company Limited*, [1984] 1 C.F. 1065; (1984), 77 C.P.R. (2d) 262; 180 N.R. 351 (C.A.); *Canadian Tire Corporation, Ltd. c. Retail Clerks Union, Local 1528 of United Food & Commercial Workers Union et al.* (1985), 7 C.P.R. (3d) 415 (C.F. 1^{re} inst.); *Joy Music Ltd. v. Sunday Pictorial Newspapers (1920), Ltd.*, [1960] 1 All E.R. 703; [1960] 2 Q.B. 60; *Motel 6, Inc. c. No. 6 Motel Ltd.*, [1982] 1 C.F. 638; (1981), 127 D.L.R. (3d) 267; 14 B.L.R. 241; 56 C.P.R. (2d) 44 (1^{re} inst.); *Schweppes Limited and Others v. Wellingtons Limited*, [1984] 10 F.S.R. 210 (Ch.D.); *Williamson Music Ltd. and Others v. The Pearson Partnership Ltd. and Another*, [1987] 13 F.S.R. 97 (Ch.D.); *Zamacois, Miguel c. Douville, Raymond et al.*, [1944] Ex. C.R. 208; [1943] 2 D.L.R. 257; (1943), 2 C.P.R. 270; 3 Fox. P.C. 44; *Luther R. Campbell a.k.a. Luke Skywalker v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 114 S. Ct. 1164 (1994); *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *Weisfeld c. Canada*, [1995] 1 C.F. 68; (1994), 116 D.L.R. (4th) 232; 22 C.R.R. (2d) 1; 171 N.R. 28 (C.A.); *New Brunswick Broadcasting Co., Limited c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1984] 2 C.F. 410; (1984), 13 D.L.R. (4th) 77; 2 C.P.R. (3d) 433; 12 C.R.R. 249; 55 N.R. 143 (C.A.); *Toronto (City) v. Quickfall* (1994), 16 O.R. (3d) 665; 111 D.L.R. (4th) 687; 88 C.C.C. (3d) 333; 20 C.R.R. (2d) 312; 19 M.P.L.R. (2d) 161; 68 O.A.C. 190 (C.A.); *Osborne c. Canada*

S.C.R. 69; (1991), 82 D.L.R. (4th) 321; 37 C.C.E.L. 135; 91 CLLC 14,026; 4 C.R.R. (2d) 30; 125 N.R. 241.

(Conseil du Trésor), [1991] 2 R.C.S. 69; (1991), 82 D.L.R. (4th) 321; 37 C.C.E.L. 135; 91 CLLC 14,026; 4 C.R.R. (2d) 30; 125 N.R. 241.

REFERRED TO:

Canadian Council of Blue Cross Plans v. Blue Cross Beauty Products Inc., [1971] F.C. 543; (1971), 3 C.P.R. (2d) 223 (T.D.); *Mr. Submarine Ltd. v. Amandista Investments Ltd.*, [1988] 3 F.C. 91; (1987), 16 C.I.P.R. 282; 19 C.P.R. (3d) 3; 81 N.R. 257 (C.A.); *Syntex Corp. v. Apotex Inc.* (1984), 2 C.I.P.R. 73; 1 C.P.R. (3d) 145; 54 N.R. 309 (F.C.A.); *Harico Enterprises Inc. v. Becterm Inc.* (1989), 23 C.I.P.R. 267; 24 C.P.R. (3d) 223; 24 F.T.R. 69 (F.C.T.D.); *Ludlow Music Inc. v. Canint Music Corp. Ltd. et al.*, [1967] 2 Ex. C.R. 109; (1967), 62 D.L.R. (2d) 200; 51 C.P.R. 278; 35 Fox Pat. C. 114; *MCA Canada Ltd.-MCA Canada Ltée et al. v. Gillberry & Hawke Advertising Agency Ltd. et al.* (1976), 28 C.P.R. (2d) 52 (F.C.T.D.); *ATV Music Publishing of Canada Ltd. v. Rogers Radio Broadcasting Ltd. et al.* (1982), 35 O.R. (2d) 417; 134 D.L.R. (3d) 487; 65 C.P.R. (2d) 109 (H.C.); *Compo Company Ltd. v. Blue Crest Music Inc. et al.*, [1980] 1 S.C.R. 357; (1979), 105 D.L.R. (3d) 249; 45 C.P.R. (2d) 1; 29 N.R. 296; *Hubbard v. Vosper*, [1972] 2 Q.B. 84 (C.A.); *Dictionnaires (Les) Robert Canada SCC et al. v. Librairie du Nomade Inc. et al.* (1987), 16 C.P.R. (3d) 319; 11 F.T.R. 44 (F.C.T.D.); *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; (1992), 89 D.L.R. (4th) 449; [1992] 2 W.W.R. 577; 78 Man. R. (2d) 1; 70 C.C.C. (3d) 129; 8 C.R.R. (2d) 1; 134 N.R. 81; 16 W.A.C. 1; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; (1990), 114 A.R. 81; [1991] 2 W.W.R. 1; 77 Alta. L.R. (2d) 193; 61 C.C.C. (3d) 1; 3 C.P.R. (2d) 193; 1 C.R. (4th) 129; 117 N.R. 284; *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084; (1993), 106 D.L.R. (4th) 233; 23 C.R. (4th) 391; 16 C.R.R. (2d) 240; 16 M.P.L.R. (2d) 1; 156 N.R. 2; 66 O.A.C. 10; *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367; [1990] N.W.T.R. 289; (1990), 72 D.L.R. (4th) 1; [1990] 5 W.W.R. 385; 49 C.R.R. 193; 90 CLLC 14,031; 112 N.R. 269; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; (1995), 126 D.L.R. (4th) 129; 25 C.C.L.T. (2d) 89; 30 C.R.R. (2d) 189; 84 O.A.C. 1; *Ladbroke (Football) Ltd. v. William Hill (Football) Ltd.*, [1964] 1 W.L.R. 273 (H.L.); *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; (1990), 71 D.L.R. (4th) 68; 47 C.R.R. 193; 111 N.R. 161; 40 O.A.C. 241.

DÉCISIONS CITÉES:

Canadian Council of Blue Cross Plans c. Blue Cross Beauty Products Inc., [1971] C.F. 543; (1971), 3 C.P.R. (2d) 223 (1^{re} inst.); *Mr. Submarine Ltd. c. Amandista Investments Ltd.*, [1988] 3 C.F. 91; (1987), 16 C.I.P.R. 282; 19 C.P.R. (3d) 3; 81 N.R. 257 (C.A.); *Syntex Corp. c. Apotex Inc.* (1984), 2 C.I.P.R. 73; 1 C.P.R. (3d) 145; 54 N.R. 309 (C.A.F.); *Harico Enterprises Inc. c. Becterm Inc.* (1989), 23 C.I.P.R. 267; 24 C.P.R. (3d) 223; 24 F.T.R. 69 (C.F. 1^{re} inst.); *Ludlow Music Inc. v. Canint Music Corp. Ltd. et al.*, [1967] 2 R.C.É. 109; (1967), 62 D.L.R. (2d) 200; 51 C.P.R. 278; 35 Fox Pat. C. 114; *MCA Canada Ltd.-MCA Canada Ltée et al. c. Gillberry & Hawke Advertising Agency Ltd. et al.* (1976), 28 C.P.R. (2d) 52 (C.F. 1^{re} inst.); *ATV Music Publishing of Canada Ltd. v. Rogers Radio Broadcasting Ltd. et al.* (1982), 35 O.R. (2d) 417; 134 D.L.R. (3d) 487; 65 C.P.R. (2d) 109 (H.C.); *Compo Company Ltd. c. Blue Crest Music Inc. et autres*, [1980] 1 R.C.S. 357; (1979), 105 D.L.R. (3d) 249; 45 C.P.R. (2d) 1; 29 N.R. 296; *Hubbard v. Vosper*, [1972] 2 Q.B. 84 (C.A.); *Dictionnaires (Les) Robert Canada SCC et al. c. Librairie du Nomade Inc. et al.* (1987), 16 C.P.R. (3d) 319; 11 F.T.R. 44 (C.F. 1^{re} inst.); *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; (1992), 89 D.L.R. (4th) 449; [1992] 2 W.W.R. 577; 78 Man. R. (2d) 1; 70 C.C.C. (3d) 129; 8 C.R.R. (2d) 1; 134 N.R. 81; 16 W.A.C. 1; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; (1990), 114 A.R. 81; [1991] 2 W.W.R. 1; 77 Alta. L.R. (2d) 193; 61 C.C.C. (3d) 1; 3 C.P.R. (2d) 193; 1 C.R. (4th) 129; 117 N.R. 284; *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084; (1993), 106 D.L.R. (4th) 233; 23 C.R. (4th) 391; 16 C.R.R. (2d) 240; 16 M.P.L.R. (2d) 1; 156 N.R. 2; 66 O.A.C. 10; *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367; [1990] N.W.T.R. 289; (1990), 72 D.L.R. (4th) 1; [1990] 5 W.W.R. 385; 49 C.R.R. 193; 90 CLLC 14,031; 112 N.R. 269; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; (1995), 126 D.L.R. (4th) 129; 25 C.C.L.T. (2d) 89; 30 C.R.R. (2d) 189; 84 O.A.C. 1; *Ladbroke (Football) Ltd. v. William Hill (Football) Ltd.*, [1964] 1 W.L.R. 273 (H.L.); *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; (1990), 71 D.L.R. (4th) 68; 47 C.R.R. 193; 111 N.R. 161; 40 O.A.C. 241.

AUTHORS CITED

- Collins Dictionary of the English Language*, 2nd ed. London: Collins, 1986. "fair", "parody".
- Concise Oxford Dictionary of Current English*, 8th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990. "mention".
- Harris, Lesley Ellen. *Canadian Copyright Law*, 2nd ed. Toronto: McGraw-Hill Ryerson, 1995.
- Zegers, James. "Parody and Fair Use in Canada after *Campbell v. Acuff-Rose*" (1994), 11 *Can. Intell. Prop. Rev.* 205.

ACTION for infringement of the plaintiff's trademarks and copyrights on the ground that, during an organizing campaign, the defendant labour union distributed leaflets, displayed posters and issued information sheets that reproduced the term "Michelin" and the "Bibendum" design. Action allowed in part.

COUNSEL:

- Jacques A. Léger, Q.C.* and *Diane Leduc-Campbell* for plaintiff.
- Ronald A. Pink, Q.C.* for defendants.

SOLICITORS:

- Léger Robic Richard*, Montréal, for plaintiff.
- Pink, Breen, Larkin*, Halifax, for defendants.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

TEITELBAUM J.:

FACTS

- 1 This is an action for infringement of trade-marks and copyrights with intriguing constitutional dimensions. The plaintiff Compagnie Générale des Établissements Michelin—Michelin & Cie. (hereinafter CGEM Michelin) is a French corporation with worldwide interests in the manufacture, distribution and sale of tires and automotive accessories. CGEM Michelin also provides tourism services, including the production of tourist guides and maps.

DOCTRINE

- Collins Dictionary of the English Language*, 2nd ed. London: Collins, 1986. «fair», «parody».
- Concise Oxford Dictionary of Current English*, 8th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990. «mention».
- Harris, Lesley Ellen. *Canadian Copyright Law*, 2nd ed. Toronto: McGraw-Hill Ryerson, 1995.
- Zegers, James. «Parody and Fair Use in Canada after *Campbell v. Acuff-Rose*» (1994), 11 *Can. Intell. Prop. Rev.* 205.

ACTION en contrefaçon de marques de commerce et en violation de droits d'auteur dont la demanderesse est titulaire, fondée sur le fait que, au cours d'une campagne de recrutement, le syndicat défendeur a distribué des prospectus, apposé des affiches et publié des fiches de renseignements qui reproduisaient le mot «Michelin» et le dessin du «Bibendum». Action accueillie en partie.

AVOCATS:

- Jacques A. Léger, c.r.*, et *Diane Leduc-Campbell* pour la demanderesse.
- Ronald A. Pink, c.r.* pour les défendeurs.

PROCUREURS:

- Léger Robic Richard*, Montréal, pour la demanderesse.
- Pink, Breen, Larkin*, Halifax, pour les défendeurs.

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

LE JUGE TEITELBAUM:

LES FAITS

- 1 Il s'agit d'une action en contrefaçon de marques de commerce et en violation de droits d'auteur qui comporte des aspects constitutionnels fascinants. La demanderesse Compagnie Générale des Établissements Michelin—Michelin & Cie (ci-après appelée CGEM Michelin) est une société française d'envergure mondiale qui fabrique, distribue et vend des pneus et des accessoires automobiles. CGEM Michelin fournit aussi des services touristiques, dont des guides et des cartes touristiques.

2 In February and March 1994, the defendant, National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (hereinafter CAW) attempted to unionize the employees of Michelin North America (Canada) (hereinafter Michelin Canada), the wholly owned Canadian subsidiary of CGEM Michelin, at Michelin Canada's three tire plants in Granton, Waterville and Bridgewater, Nova Scotia. Defendant Larry Wark is the local CAW representative responsible for the Nova Scotia organizing campaign. Defendant Basil Hargrove is the National President of the CAW who approved the launching of the campaign. During the campaign, the CAW distributed leaflets, displayed posters and issued information sheets that reproduced the term "Michelin". The CAW also used in its campaign material CGEM Michelin's corporate logo, the Michelin Tire Man or "Bibendum" design, a drawing of a beaming marshmallow-like rotund figure composed of tires.

2 En février et mars 1994, le défendeur, Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres travailleurs et travailleuses du Canada (ci-après appelé les TCA) a tenté de syndiquer les employés de Michelin Amérique du Nord (Canada) (ci-après appelée Michelin Canada), filiale en propriété exclusive de CGEM Michelin, aux trois usines de pneus de Michelin Canada situées à Granton, à Waterville et à Bridgewater en Nouvelle-Écosse. Le défendeur Larry Wark est le représentant local des TCA chargé de la campagne de recrutement en Nouvelle-Écosse. Le défendeur Basil Hargrove est le président national des TCA qui a approuvé le lancement de la campagne. Au cours de celle-ci, les TCA ont distribué des prospectus, apposé des affiches et publié des fiches de renseignements qui reproduisaient le mot «Michelin». Les TCA ont également inclus dans leurs imprimés le logo de CGEM Michelin, le dessin du «Bibendum» de Michelin représentant un homme corpulent, au visage rayonnant, composé de pneus et ayant l'air d'être fait en guimauve.

3 The plaintiff CGEM Michelin holds trade-marks and copyrights in the term "Michelin" and the "Bibendum" design. The defendants did not obtain the permission of CGEM Michelin before they used the plaintiff's intellectual property. The plaintiff is now seeking damages on the grounds that its intellectual property rights were violated by the defendants. The plaintiff also wants a permanent injunction to restrain the defendants from using its trade-marks and copyrights in future organizing drives. The defendants counter that they did not infringe the trade-marks and copyrights of the plaintiff. In addition to denying the charges of infringement, the defendants offer a constitutional defence. They submit that if sections 3 [as am. by S.C. 1988, c. 65, s. 62; 1993, c. 23, s. 2; c. 44, s. 55] and 27 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 1, s. 13; (4th Supp.), c. 10, s. 5; S.C. 1993, c. 44, s. 64] of the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42 (hereinafter the *Copyright Act*) and section 20 and section 22 of the *Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13 (hereinafter the *Trade-marks Act*) prohibit them from using the plaintiff's trade-marks and copyrights in a union organizing campaign, then those sections of the

3 La demanderesse CGEM Michelin est titulaire des marques de commerce et des droits d'auteur sur le mot «Michelin» et sur le dessin du «Bibendum». Les défendeurs n'ont pas obtenu la permission de CGEM Michelin avant d'utiliser la propriété intellectuelle de la demanderesse. Celle-ci demande maintenant des dommages-intérêts parce que les défendeurs ont violé ses droits de propriété intellectuelle. Elle sollicite aussi une injonction permanente interdisant aux défendeurs d'employer ses marques de commerce et ses dessins protégés par des droits d'auteur dans le cadre de futures campagnes de recrutement. Ceux-ci rétorquent qu'ils n'ont pas violé les marques de commerce et les droits d'auteur de la demanderesse. En plus de nier les accusations de contrefaçon, ils invoquent un moyen de défense constitutionnel. D'après eux, si les articles 3 [mod. par L.C. 1988, ch. 65, art 62; 1993, ch. 23, art. 2; ch. 44, art. 55] et 27 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 1, art. 13; (4^e suppl.), ch. 10, art. 5; L.C. 1993, ch. 44, art. 64] de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42 (ci-après appelée la *Loi sur le droit d'auteur*) et les articles 20 et 22 de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13 (ci-après

respective Acts are unconstitutional restrictions on their freedom of expression guaranteed in paragraph 2(b) 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]].

appelée la *Loi sur les marques de commerce*) leur interdisent d'employer les marques de commerce et les dessins protégés par des droits d'auteur de la demanderesse dans une campagne de recrutement, ces articles de loi sont des restrictions inconstitutionnelles de leur liberté d'expression garantie à l'alinéa 2b) 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]].

4 I propose to first briefly outline the plaintiff's intellectual property rights before describing in detail the defendant CAW's organizing literature that is at issue. I will then consider the grounds for infringement under the *Trade-marks Act* and the *Copyright Act* before addressing the constitutional question.

4 Je me propose d'exposer d'abord brièvement les droits de propriété intellectuelle de la demanderesse et de décrire ensuite en détail les documents en cause utilisés par les défendeurs TCA pour le recrutement. Puis, je vais étudier les motifs invoqués à l'appui de l'accusation de contrefaçon sous le régime de la *Loi sur les marques de commerce* et de la *Loi sur le droit d'auteur*, pour terminer par la question constitutionnelle.

Intellectual Property Rights

Droits de propriété intellectuelle

5 Since the defendants admit in paragraphs 7 to 20 inclusive of the statement of admissions filed herein, the validity of the various trade-marks and copyrights at issue, their status is not in dispute. The defendants also recognize that CGEM Michelin has used its "Bibendum" designs in Canada and around the world as trade-marks in connection with its business services and products. The defendants also acknowledge that CGEM Michelin has licensed its subsidiary, Michelin Canada, to use its various trade-marks and copyrights.

5 Comme les défendeurs admettent, aux paragraphes 7 à 20 inclus des aveux judiciaires versés au dossier, la validité des diverses marques de commerce et droits d'auteur en cause, celle-ci n'est pas litigieuse. Les défendeurs reconnaissent aussi que CGEM Michelin a employé ses dessins du «Bibendum» au Canada et dans le monde entier comme marques de commerce en liaison avec les services et produits de son entreprise. Ils reconnaissent en outre que CGEM Michelin a autorisé sa filiale Michelin Canada à employer ses diverses marques de commerce et les œuvres faisant l'objet de ses droits d'auteur.

Trade-marks and Copyrights

Marques de commerce et droits d'auteur

6 CGEM Michelin is the registered owner of two trade-marks for variations of its "Bibendum" or the Michelin Tire Man logo. These trade-marks are included in Appendix I. Both trade-marks depict "Bibendum" in a running motion, his hand raised in greeting.¹ In addition, CGEM Michelin holds a trade-mark for the term "Michelin".² CGEM

6 CGEM Michelin est le propriétaire inscrit de deux marques de commerce pour des variantes de son logo «Bibendum» ou bonhomme des pneus Michelin. Ces marques figurent à l'annexe I. Elles représentent un «Bibendum» courant, la main levée pour saluer¹. De plus, CGEM Michelin possède une marque de commerce pour le mot «Michelin»². Elle est

Michelin also holds three copyrights registered in 1982 in the "Bibendum" design. These copyrights are also included in Appendix I. They respectively depict a right-handed and running "Bibendum", "Bibendum" clutching a tire in his left hand and most elaborately, a stationary and top-hatted "Bibendum" with a tire clenched in both hands and a garland of stars at his feet. CGEM Michelin also claims an unregistered copyright in the depiction of a heavy-booted "Bibendum" with crossed arms.

également titulaire des droits d'auteur enregistrés en 1982 relativement à trois dessins du «Bibendum». Ces dessins sont aussi reproduits à l'annexe I. Il s'agit d'un «Bibendum» droitier courant, main en l'air, d'un «Bibendum» tenant un pneu dans sa main gauche et, de façon plus détaillée, d'un «Bibendum» immobile, coiffé d'un haut-de-forme, tenant un pneu à deux mains, une guirlande d'étoiles à ses pieds. CGEM Michelin prétend aussi posséder un droit d'auteur non enregistré sur l'image d'un «Bibendum» portant de lourdes bottes, les bras croisés.

7 Since the content and purposes of the alleged acts of infringement go to the heart of this case, I will now describe the defendants' relevant documents in some detail.

7 Comme le contenu et les buts des actes de contre-
façon allégués sont au cœur de la présente instance, je vais maintenant donner une description assez détaillée des documents en cause des défendeurs.

The Leaflets and Poster

8 As I stated briefly above, the defendant CAW conducted an organizing campaign at Michelin Canada's plants in Nova Scotia in February and March 1994. The defendant CAW distributed 2,500 leaflets to Michelin workers outside the factory gates at the three Nova Scotia Michelin Canada plants. The leaflet (Exhibit P-18) is included as Appendix II to this decision. The top right hand corner of the leaflet displays the CAW logo, a mark with the letters "CAW" and "TCA" separated by a stratified maple leaf and the word "Canada" underneath a thinly drawn line. The contentious portion of the leaflet depicts a broadly smiling "Bibendum", arms crossed, with his foot raised, seemingly ready to crush underfoot an unsuspecting Michelin worker. In the same leaflet, another worker safely out of the reach of "Bibendum's" looming foot has raised a finger of warning and informs his blithe colleague, "Bob, you better move before he squashes you!" Bob, the worker in imminent danger of "Bibendum's" boot has apparently resisted the blandishments of the union since a caption coming from his mouth reads, "Naw, I'm going to wait and see what happens". Below the roughly drawn figures of the workers is the following plea in bold letters, "Don't wait until it's too late! Because the job you save may be your own. Sign today for a better

Les prospectus et l'affiche

8 Comme je l'ai exposé brièvement, les défendeurs TCA ont mené une campagne de recrutement aux usines de Michelin Canada en Nouvelle-Écosse en février et mars 1994. Les défendeurs TCA ont distribué 2 500 prospectus aux employés de Michelin à l'extérieur des barrières des trois usines de Michelin Canada en Nouvelle-Écosse. Le prospectus (pièce P-18) est joint à la présente décision comme annexe II. Dans le coin supérieur droit, on y voit le logo des TCA, soit une marque comportant les sigles «CAW» et «TCA» séparés par une feuille d'érable stratifiée et en-dessous desquels est tracée une ligne mince sous laquelle figure le mot «Canada». La partie litigieuse du prospectus montre un «Bibendum» arborant un large sourire, les bras croisés, un pied en l'air, et apparemment prêt à écraser un employé de Michelin peu méfiant. On y voit aussi un autre employé hors de la portée du pied menaçant du «Bibendum» qui pointe celui-ci du doigt et prévient son collègue en ces termes: [TRADUCTION] «Bob, tu ferais mieux de bouger avant qu'il t'écrabouille.» Bob, l'employé dont l'écrasement est imminent, a semble-t-il résisté aux offres alléchantes du syndicat puisque la bulle à proximité de sa bouche contient les mots: [TRADUCTION] «Non, je vais attendre pour voir ce qui arrive.» Sous le dessin grossier des employés, on lit ce plaidoyer: [TRADUCTION] «N'atten-

tomorrow.” The leaflet also gives the phone number for the CAW office in Granton. Defendant Wark, the defendant CAW’s organizer for Nova Scotia, admitted that he had photocopied and prepared the leaflet with the offending “Bibendum” figure in the CAW office.

- 9 The leaflet was also reproduced as a poster and displayed on the windows of CAW offices in Granton, Waterville and Bridgewater. After counsel for Michelin Canada sent the defendant Hargrove a letter in March 1994 asserting intellectual property rights in the “Bibendum” figure, the poster was removed from the defendant CAW’s Waterville and Bridgewater offices. However, the poster in the defendant CAW’s Granton office remained visible to passers-by until June 1994.

The Information Bulletins

- 10 During the same unionization drive, the defendant CAW distributed an information bulletin entitled “Sick and Accident vs. Compensation”. The subject-matter of the bulletin is not at issue in the present case. Put simply, the bulletin attempts to persuade Michelin workers that company policies and attitudes on claiming for work-related injuries have cost workers financially in the short and long-term. More importantly for the purposes of the present dispute, the bulletin displays the word “Michelin” in conjunction with part of the CAW logo. In the top left hand corner of the bulletin, the letters “CAW” and “TCA” are separated by a maple leaf. However, the word “Michelin” appears underneath a line drawn below the CAW acronym and maple leaf design (Exhibit P-21).
- 11 A second information brochure contrasts the discretionary company policies of a non-unionized environment with the binding rights of an unionized labour force. On the cover page of the brochure, at the top of the page, appears the word “Michelin” with a thinly drawn line separating it from the bold

dez pas qu’il soit trop tard! Parce que l’emploi que vous préservez peut être le vôtre. Signez aujourd’hui pour un avenir meilleur.» Le prospectus donne aussi le numéro de téléphone du bureau des TCA à Granton. Le défendeur Wark, responsable du recrutement des défenseurs TCA en Nouvelle-Écosse, a admis avoir photocopié et préparé le prospectus contenant le dessin contrefait du «Bibendum» dans le bureau des TCA.

9 Le prospectus a également été reproduit sur une affiche qui a été apposée sur les fenêtres des bureaux des TCA à Granton, Waterville et Bridgewater. Après que l’avocat de Michelin Canada eut envoyé une lettre au défendeur Hargrove en mars 1994 pour faire valoir les droits de propriété intellectuelle sur le dessin du «Bibendum», l’affiche a été enlevée aux bureaux des défenseurs TCA à Waterville et Bridgewater. Toutefois, l’affiche au bureau des défenseurs TCA à Granton est restée à la vue des passants jusqu’en juin 1994.

Les bulletins d’information

10 Au cours de la même campagne de recrutement, les défenseurs TCA ont distribué un bulletin d’information intitulé [TRADUCTION] «Maladie, accident et indemnisation». Le contenu de ce bulletin n’est pas en cause. Pour simplifier, je dirai qu’il tente de persuader les employés de Michelin qu’ils ont souffert, à court et à long terme, sur le plan financier, des politiques et de l’attitude de l’entreprise en matière d’accidents du travail. Fait plus important pour les besoins du présent litige, le bulletin utilise le mot «Michelin» en corrélation avec une partie du logo des TCA. Dans le coin supérieur gauche du bulletin, les sigles «CAW» et «TCA» sont séparés par une feuille d’érable. Toutefois, le mot «Michelin» y figure sous une ligne tracée sous le sigle CAW et le dessin de la feuille d’érable (pièce P-21).

11 Une deuxième brochure d’information met en contraste les politiques discrétionnaires de l’entreprise dans un milieu non syndiqué avec les droits à force obligatoire d’une main-d’œuvre syndiquée. Sur la couverture de la brochure, au haut de la page, on voit le mot «Michelin» séparé par une ligne mince

and oversized phrase, "Some Facts". At the bottom of the same cover sheet is the CAW logo, composed of the letters "CAW" and "TCA" separated by a maple leaf with the word "Canada" underneath a thin line (Exhibit P-27).

des mots en caractères gras de grand format [TRADUCTION] «Quelques faits». Au bas de la couverture figure le logo des TCA, composé des sigles «CAW» et «TCA» séparés par une feuille d'érable et en dessous desquels est tracée une ligne mince sous laquelle se trouve le mot «Canada» (pièce P-27).

12 The plaintiff also submitted into evidence a bundle of the defendants' campaign documents to which it makes no objection (Exhibit P-26). This "innocuous" material from an intellectual property standpoint did not depict the "Bibendum" but the word "Michelin" is employed throughout. For example, some of these documents bear the title, "To all Michelin workers at Granton" while others refer in the generic sense to "Michelin workers" or depict a mock meeting of Michelin management with the chairperson inciting, "My Fellow Michelgonians". The bundle also contains cartoons contrasting the conditions of unionized workers with their non-unionized brethren. One of the workers is called "Bob"—perhaps the same "Bob" at risk from the menace of "Bibendum's" boot in the leaflet described above. However, in this instance "Bibendum's" mighty presence is missing from the cartoon.

La demanderesse a également versé en preuve une liasse de documents utilisés par les défendeurs dans leur campagne, auxquels elle ne s'oppose pas (pièce P-26). Ces documents «inoffensifs» du point de vue de la propriété intellectuelle ne contiennent pas de dessin du «Bibendum» mais le mot «Michelin» y est employé partout. Par exemple, certains des documents s'intitulent [TRADUCTION] «À tous les employés de Michelin à Granton», tandis que d'autres mentionnent les [TRADUCTION] «travailleurs de Michelin» en général ou montrent une réunion fictive des gestionnaires de Michelin auxquels le président de séance adresse cette exhortation: [TRADUCTION] «Mes chers micheliniens». La liasse contient aussi des caricatures mettant en contraste les conditions des travailleurs syndiqués avec celles de leurs frères non syndiqués. L'un des travailleurs s'appelle Bob—peut-être le même Bob en danger d'être écrasé par la botte du «Bibendum» dans le prospectus décrit précédemment. Toutefois, le puissant «Bibendum» brille par son absence dans le cas présent.

13 During the initial organizing campaign, enough union cards were signed to allow the defendant CAW to apply for certification as bargaining agent for a unit of employees pursuant to section 23 of the Nova Scotia *Trade Union Act*, R.S.N.S. 1989, c. 475. The defendants were ultimately unsuccessful in their efforts to unionize the workers at Michelin Canada's three plants in Nova Scotia. The Nova Scotia Labour Relations Board dismissed the CAW's application for certification as a majority of employees in the bargaining unit did not vote in favour of the union.

Durant la première campagne de recrutement, un nombre suffisant de cartes de membres ont été signées pour que les défendeurs TCA demandent l'accréditation comme agent négociateur de l'unité des salariés en vertu de l'article 23 de la *Trade Union Act* de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1989, ch. 475. En définitive, les défendeurs n'ont pas réussi à syndiquer les travailleurs des trois usines de Michelin Canada en Nouvelle-Écosse. La Commission des relations de travail de la Nouvelle-Écosse a en effet rejeté leur demande d'accréditation, les employés de l'unité de négociation ayant à la majorité voté contre le syndicat.

14 The defendant CAW had also tried unsuccessfully in 1986 and 1991 to unionize Michelin Canada's workers in the Nova Scotia plants. During those

Les défendeurs TCA avaient déjà tenté sans succès en 1986 et 1991 de syndiquer les travailleurs des usines de Michelin Canada en Nouvelle-Écosse.

earlier campaigns, the defendants had also depicted CGEM Michelin's trade-marks and copyrights in its campaign literature. Michelin Canada had also written letters to the defendant CAW and its then president to assert that its intellectual property rights in the "Bibendum" design had been violated. However, the plaintiff CGEM Michelin did not seek vindication of those rights against the defendants in a court of law until the current action.

ISSUES

15 The issues in this case force the Court to go beyond the straightforward question of whether the defendants infringed the plaintiff's trade-marks and copyrights. Even the grounds of infringement under the *Trade-marks Act* and *Copyright Act* are not so clear cut in this instance. Both parties have urged the Court to consider novel interpretations of the law. On the trade-mark issue, the plaintiff argued that it did not have to prove that the defendant CAW had "used" its trade-marks as the term "use" has generally been understood and interpreted in the case law. On the copyright issue, the defendants argued for an expanded and quite unprecedented notion of parody under Canadian copyright law. Finally, there was the weighty issue of whether the respective provisions of the Acts are constitutionally valid or unwarranted restrictions on freedom of speech. One final element of complexity was that throughout discussion of the trade-mark, copyright and constitutional issues, the particular fact of the defendant CAW's status as a trade union depicting trade-marks and copyrights during the course of an unionization campaign generated much thought and debate. I have integrated, where necessary and appropriate, the substance of the parties' arguments and my conclusions on the difficult subject of the union's status.

Pendant ces campagnes antérieures, les défendeurs avaient aussi reproduit dans leur publicité les marques de commerce et les œuvres faisant l'objet de droits d'auteurs de CGEM Michelin. Michelin Canada avait également envoyé des lettres aux défendeurs TCA et à leur président d'alors pour faire valoir que ses droits de propriété intellectuelle sur le dessin du «Bibendum» avaient été violés. Toutefois, la demanderesse CGEM Michelin n'avait pas cherché à obtenir réparation en justice contre les défendeurs jusqu'au dépôt de la présente action.

QUESTIONS EN LITIGE

15 Les questions en litige forcent la Cour à aller au delà de la simple question de savoir si les défendeurs ont violé les marques de commerce et les droits d'auteur de la demanderesse. Même les motifs propres à justifier l'accusation de contrefaçon sous le régime de la *Loi sur les marques de commerce* et de la *Loi sur le droit d'auteur* ne sont pas si nettement définis dans la présente espèce. Les deux parties ont prié la Cour d'examiner des interprétations innovatrices de la loi. Sur la question des marques de commerce, la demanderesse a soutenu qu'elle n'avait pas à prouver que les défendeurs TCA avaient «employé» ses marques de commerce suivant le sens et la définition qui ont généralement été donnés à ce mot dans la jurisprudence. Quant à la question du droit d'auteur, les défendeurs ont préconisé l'introduction d'une acception élargie et inédite du mot «parodie» dans la loi sur le droit d'auteur au Canada. Finalement, s'est posée la question importante de savoir si les dispositions des lois en cause constituaient des restrictions constitutionnellement valables ou injustifiées de la liberté de parole. Un dernier élément à ajouter à la complexité de l'affaire: tout le long des débats sur les questions touchant les marques de commerce, les droits d'auteur et les questions constitutionnelles, le fait singulier qu'à titre de syndicat, les défendeurs TCA aient employé des marques de commerce et des œuvres protégées par des droits d'auteur dans le cadre d'une campagne de recrutement a suscité bien des réflexions et des discussions. J'ai intégré, au besoin, lorsque je l'estimais utile, l'essentiel des arguments des parties et mes conclusions sur le sujet difficile du statut des défendeurs comme syndicat.

I. The Trade-mark Issues

16 The larger issue before the Court was whether the defendant CAW infringed the plaintiff's trade-marks when it depicted the "Bibendum" design and term "Michelin" on its unionization leaflets and information bulletins. The more narrow but crucial question during the pleadings became the current status and validity of the holding in *Clairol International Corp. et al. v. Thomas Supply & Equipment Co. Ltd. et al.*, [1968] 2 Ex. C.R. 552 (hereinafter *Clairol*), the leading case on the meaning of the term "use" under the *Trade-marks Act*. The plaintiff had originally pleaded sections 19 [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 60], 20, 22 and paragraph 7(b) of the *Trade-marks Act*. During the course of oral argument, however, the plaintiff confined its arguments to section 20 and section 22.

17 In reference to both sections 20 and 22 of the *Trade-marks Act*, I will state from the outset that I have declined the plaintiff's invitation to overrule and rewrite *Clairol*. I agree with the defendants' submission that the classic interpretation of "use" first elucidated in *Clairol* for section 20 and section 22 is still the law.

(i) The *Clairol* decision

18 In the *Clairol* case, the plaintiff Clairol owned trade-marks for hair dye colours and a hair tinting process. The defendants depicted Clairol's hair dye trade-marks on the packages of their own hair solutions in a chart comparing hair colours. The same colour comparison chart was printed on separate advertising brochures. Clairol sued for trade-mark infringement under sections 19 and 22 of the *Trade Marks Act* [S.C. 1952-53, c. 49].³

Section 19 reads:

19. Subject to sections 21, 32 and 67, the registration of a trade-mark in respect of any wares or services, unless shown to be invalid, gives to the owner of the trade-mark

I. Questions touchant les marques de commerce

16 La question plus large soumise à la Cour était de savoir si les défendeurs TCA avaient contrefait les marques de commerce de la demanderesse en montrant le dessin du «Bibendum» et le mot «Michelin» dans leurs prospectus et leurs bulletins. La question plus étroite mais cruciale est devenue au cours des plaidoiries l'état actuel et la validité des conclusions de l'affaire *Clairol International Corp. et al. v. Thomas Supply & Equipment Co. Ltd. et al.*, [1968] 2 R.C.É. 552 (ci-après appelée *Clairol*), décision faisant autorité sur le sens du mot «emploi» sous le régime de la *Loi sur les marques de commerce*. La demanderesse s'est d'abord appuyée sur les articles 19 [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 60], 20 et 22 et l'alinéa 7b) de la *Loi sur les marques de commerce*. Durant les plaidoiries orales, toutefois, la demanderesse a limité ses arguments aux articles 20 et 22.

17 En ce qui a trait aux articles 20 et 22 de la *Loi sur les marques de commerce*, je dis tout de suite que j'ai refusé l'invitation de la demanderesse d'écartier et de réécrire la décision *Clairol*. Je souscris à l'argument des défendeurs que l'interprétation classique du mot «emploi» donnée pour la première fois à propos des articles 20 et 22 dans *Clairol* fait encore partie de notre droit.

(i) La décision *Clairol*

18 Dans l'affaire *Clairol*, la demanderesse Clairol possédait des marques de commerce pour des colorants capillaires et un procédé de teinture. Les défendeurs avaient reproduit les marques de commerce de Clairol dans un tableau de comparaison des couleurs sur les emballages de leurs propres solutions capillaires. Le même tableau de comparaison des couleurs était aussi imprimé sur des dépliants publicitaires séparés. Clairol a intenté une action en contrefaçon en application des articles 19 et 22 de la *Loi sur les marques de commerce* [S.C. 1952-53, ch. 49].³

L'article 19 est ainsi conçu:

19. Sous réserve des articles 21, 32 et 67, l'enregistrement d'une marque de commerce à l'égard de marchandises ou services, sauf si son invalidité est démontrée, donne

the exclusive right to the use throughout Canada of the trade-mark in respect of those wares or services.

Section 20 reads:

20. The right of the owner of a registered trade-mark to its exclusive use shall be deemed to be infringed by a person not entitled to its use under this Act who sells, distributes or advertises wares or services in association with a confusing trade-mark or trade-name, but no registration of a trade-mark prevents a person from making

- (a) any *bona fide* use of his personal name as a trade-name, or
- (b) any *bona fide* use, other than as a trade-mark,
 - (i) of the geographical name of his place of business, or
 - (ii) of any accurate description of the character or quality of his wares or services,

in such a manner as is not likely to have the effect of depreciating the value of the goodwill attaching to the trade-mark.⁴

Section 22 reads:

22. (1) No person shall use a trade-mark registered by another person in a manner that is likely to have the effect of depreciating the value of the goodwill attaching thereto.

(2) In any action in respect of a use of a trade-mark contrary to subsection (1), the court may decline to order the recovery of damages or profits and may permit the defendant to continue to sell wares marked with the trade-mark that were in his possession or under his control at the time notice was given to him that the owner of the registered trade-mark complained of the use of the trade-mark.

19 Section 19 speaks to the owner's right to the exclusive use of a trade-mark after it has been registered. In scope, section 19 has been limited to cases in which the infringer uses a mark identical to the registered trade-mark for the same wares or services as the registered mark: (see *Canadian Council of Blue Cross Plans v. Blue Cross Beauty Products Inc.*, [1971] F.C. 543 (T.D.) (hereinafter *Blue Cross*), at page 552). Section 20, the ground of infringement pleaded in the current case, focuses on when the exclusive right established in section 19

au propriétaire le droit exclusif à l'emploi de celle-ci, dans tout le Canada, en ce qui concerne ces marchandises ou services.

L'article 20 est ainsi conçu:

20. Le droit du propriétaire d'une marque de commerce déposée à l'emploi exclusif de cette dernière est réputé être violé par une personne non admise à l'employer selon la présente loi et qui vend, distribue ou annonce des marchandises ou services en liaison avec une marque de commerce ou un nom commercial créant de la confusion. Toutefois, aucun enregistrement d'une marque de commerce ne peut empêcher une personne:

- a) d'utiliser de bonne foi son nom personnel comme nom commercial;
- b) d'employer de bonne foi, autrement qu'à titre de marque de commerce:
 - (i) soit le nom géographique de son siège d'affaires,
 - (ii) soit toute description exacte du genre ou de la qualité de ses marchandises ou services,

d'une manière non susceptible d'entraîner la diminution de la valeur de l'achalandage attaché à la marque de commerce⁴.

L'article 22 est ainsi conçu:

22. (1) Nul ne peut employer une marque de commerce déposée par une autre personne d'une manière susceptible d'entraîner la diminution de la valeur de l'achalandage attaché à cette marque de commerce.

(2) Dans toute action concernant un emploi contraire au paragraphe (1), le tribunal peut refuser d'ordonner le recouvrement de dommages-intérêts ou de profits, et permettre au défendeur de continuer à vendre toutes marchandises revêtues de cette marque de commerce qui étaient en sa possession ou sous son contrôle lorsque avis lui a été donné que le propriétaire de la marque de commerce déposée se plaignait de cet emploi.

L'article 19 traite du droit exclusif du propriétaire à l'emploi d'une marque de commerce déposée. Le champ d'application de l'article 19 a été limité aux cas où le contrefacteur emploie une marque identique à la marque déposée, et ce, pour les mêmes marchandises ou services: voir *Canadian Council of Blue Cross Plans c. Blue Cross Beauty Products Inc.*, [1971] C.F. 543 (1^{re} inst.) (ci-après appelée *Blue Cross*), à la page 552. L'article 20, savoir le motif invoqué en l'espèce pour justifier l'accusation de contrefaçon, porte sur les cas où le droit exclusif

has been infringed in instances of the use of a confusing trade-mark. Section 20 therefore expands the scope of section 19 to cover cases of infringement in which the infringer has not used a mark identical to the registered mark. Section 20 was not explicitly argued in *Clairol*, but Justice Thurlow's ruling on the meaning of "use" under section 19 also encompasses how "use" is to be understood in relation to section 20 since both section 19 and section 20 focus on the scope of the registered owner's rights. Section 22 also addresses infringement, but it is not in explicit reference to the owner's right of exclusive use. Rather, the emphasis in section 22 is on the infringer's own use in a manner likely to depreciate the goodwill associated with the mark.

(ii) The two components of use under section 19 and section 20

20 Justice Thurlow (as he then was) in *Clairol, supra*, at page 566 held that under section 19, the party with the right of exclusive use who alleges infringement of that right has to first prove that the infringer used the trade-mark as the term "trade-mark" and the verb "use" are understood under sections 2 and 4 of the *Trade-marks Act*.

When therefore section 19 provides that the registration of a trade mark in respect of any wares or services gives to the owner "the exclusive right to the use of such trade mark throughout Canada in respect of such wares or services" what it appears to me to confer is the exclusive right to the use of such mark in association with such wares or services (within the meaning of sections 2(v) and 4) for the purpose of distinguishing the wares or services as being those of the user of the trade mark or of a defined standard from others. A use of the mark, in association with wares or services, within the meaning of sections 2(v) and 4, that is not "for the purpose of distinguishing or so as to distinguish" the particular wares or services from others is not, however, as I see it within the area of the exclusive right conferred by section 19.

21 Section 2 offers definitions of certain terms employed throughout the *Trade-marks Act*. The most

établi à l'article 19 a été violé par l'emploi d'une marque créant de la confusion. L'article 20 étend donc le champ d'application de l'article 19 aux cas de contrefaçon où le contrefacteur n'a pas employé une marque identique à la marque déposée. L'article 20 n'a pas été invoqué explicitement dans *Clairol*, mais la décision du juge Thurlow sur le sens d'«emploi» sous le régime de l'article 19 vise aussi l'interprétation à donner au mot «emploi» en ce qui concerne l'article 20, puisque tant l'article 19 que l'article 20 concernent l'étendue des droits du propriétaire inscrit. L'article 22 traite également de la contrefaçon, mais sans mentionner explicitement le droit du propriétaire à l'emploi exclusif. Il met plutôt l'accent sur l'emploi que fait lui-même le contrefacteur de la marque et qui tend à diminuer la valeur de l'achalandage attaché à celle-ci.

(ii) Les deux éléments de l'emploi sous le régime des articles 19 et 20

Dans l'affaire *Clairol, supra*, à la page 566, le juge Thurlow (plus tard juge en chef) a décidé que, sous le régime de l'article 19, le titulaire du droit exclusif à l'emploi qui allègue la violation de ce droit doit d'abord prouver que le contrefacteur a employé la marque de commerce au sens où les mots «marque de commerce» et «emploi» sont employés aux articles 2 et 4 de la *Loi sur les marques de commerce*: 20

[TRADUCTION] Par conséquent, lorsque l'article 19 dispose que l'enregistrement d'une marque de commerce à l'égard de marchandises ou services donne au propriétaire «le droit exclusif à l'emploi de celle-ci, dans tout le Canada, en ce qui concerne ces marchandises ou services», ce qu'il confère, à mon sens, c'est le droit exclusif à l'emploi de cette marque en liaison avec ces marchandises ou services (au sens de l'alinéa 2v) et de l'article 4) pour les distinguer, ou de façon à les distinguer, des autres, aux fins de la marque de commerce ou d'une norme définie. L'emploi de la marque, en liaison avec des marchandises ou services, au sens de l'alinéa 2v) et de l'article 4, qui n'est pas fait «pour distinguer, ou de façon à distinguer» les marchandises ou services donnés des autres n'est cependant pas, à mon sens, visé par le droit exclusif conféré par l'article 19.

L'article 2 contient les définitions de certains termes employés dans la *Loi sur les marques de* 21

crucial for the current case are the definitions of “trade-mark” and “use”. The purpose behind the use of a trade-mark is key to the definition of a trade-mark.

2. . . .

“trade-mark” means

(a) a mark that is used by a person for the purpose of distinguishing or so as to distinguish wares or services manufactured, sold, leased, hired or performed by him from those manufactured, sold, leased, hired or performed by others,

22 To qualify as “use as a trade-mark”, therefore, the mark must be used for the purpose of identifying or pinpointing the source of the goods and services. In other words, to use a mark as a trade-mark, the person who used the mark on the goods or in connection with the services must have intended the marks to indicate the origin of the goods or services.

23 The term “use” in section 2 is defined specifically in relation to a trade-mark to mean “any use that by section 4 is deemed to be a use in association with wares or services”.

24 Section 4 reads:

4. (1) A trade-mark is deemed to be used in association with wares if, at the time of the transfer of the property in or possession of the wares, in the normal course of trade, it is marked on the wares themselves or on the packages in which they are distributed or it is in any other manner so associated with the wares that notice of the association is then given to the person to whom the property or possession is transferred.

(2) A trade-mark is deemed to be used in association with services if it is used or displayed in the performance or advertising of those services.

25 In effect, section 4 states that to “use” a trade-mark for both wares and services, the first element of proof is that the infringing party used the mark “in association” or in connection with its own wares

commerce. Les plus importantes pour la présente instance sont celles des mots «marque de commerce» et «emploi» ou «usage». Le but de l’emploi d’une marque de commerce est l’élément clef de la définition de celle-ci.

2. . . .

«marque de commerce» Selon le cas:

a) marque employée par une personne pour distinguer, ou de façon à distinguer, les marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou les services loués ou exécutés, par elle, des marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou des services loués ou exécutés, par d’autres;

Pour remplir les conditions de l’«emploi comme 22
marque de commerce», la marque doit donc être employée pour identifier avec précision la source des marchandises et services. Autrement dit, pour employer une marque comme marque de commerce, la personne qui a employé la marque sur les marchandises ou en liaison avec les services doit avoir voulu qu’elle indique l’origine des marchandises ou services.

Le mot «emploi» ou «usage» à l’article 2 est 23
défini précisément comme désignant, à l’égard d’une marque de commerce, «tout emploi qui, selon l’article 4, est réputé un emploi en liaison avec des marchandises ou services.»

L’article 4 est ainsi conçu: 24

4. (1) Une marque de commerce est réputée employée en liaison avec des marchandises si, lors du transfert de la propriété ou de la possession de ces marchandises, dans la pratique normale du commerce, elle est apposée sur les marchandises mêmes ou sur les colis dans lesquels ces marchandises sont distribuées, ou si elle est, de toute autre manière, liée aux marchandises à tel point qu’avis de liaison est alors donné à la personne à qui la propriété ou possession est transférée.

(2) Une marque de commerce est réputée employée en liaison avec des services si elle est employée ou montrée dans l’exécution ou l’annonce de ces services.

En effet, l’article 4 dit que, pour ce qui est 25
d’«employer» une marque de commerce tant à l’égard de marchandises que de services, il faut d’abord prouver que le contrefacteur a employé la

or services. Section 4 offers different criteria for determining the association for wares and services. The term "services" is not defined in section 2 but wares are defined to include "printed publications". For wares, under subsection 4(1), there are seemingly more strenuous elements of proof for "use in association". They are that: (1) the infringer transferred or possessed the property with the owner's marks in *the normal course of trade*; and (2) that notice of the association was given to the person receiving the wares either through the presence of the plaintiff's mark on the goods themselves, the packaging, or being in some other manner associated with the wares. For services, the association with the plaintiff's mark is seemingly done in a more straightforward fashion since it is sufficient under subsection 4(2) to prove "use" of the trade-mark if it is: (1) used or displayed in; (2) the performance or advertising of the services.

marque «en liaison» avec ses propres marchandises ou services, ou relativement à ceux-ci. L'article 4 énonce différents critères pour déterminer la liaison avec des marchandises ou services. Le mot «services» n'est pas défini à l'article 2, mais la définition donnée au mot «marchandises» inclut les «publications imprimées». Dans le cas des marchandises, aux termes du paragraphe 4(1), la preuve de l'«emploi en liaison» est apparemment plus rigoureuse. Elle comporte les éléments suivants: (1) le contrefacteur a transféré la propriété ou la possession des marchandises sur lesquelles figurent les marques du propriétaire, dans la pratique normale du commerce; (2) un avis de liaison a été donné à la personne qui reçoit les marchandises soit parce que la marque du demandeur est apposée sur les marchandises elles-mêmes, ou sur les colis, soit parce qu'elle est, de toute autre manière, liée aux marchandises. Dans le cas des services, la liaison avec la marque du demandeur est apparemment démontrée d'une manière plus simple puisqu'il suffit, aux termes du paragraphe 4(2), pour prouver l'«emploi» de la marque de commerce, d'établir qu'elle est (1) employée ou montrée; (2) dans l'exécution ou l'annonce de ces services.

26 I am satisfied that the classic *Clairol* analysis of use under section 20 is still good law. The test for "use" in section 20 requires two separate elements of proof from both section 2 and section 4. In effect, the first element taken from section 4 is: (1) did the defendants associate their services with the plaintiff's trade-marks? The second element from section 2 is: (2) did the defendants use the mark as a trade-mark for the purpose of distinguishing or identifying the defendants' services in connection with the plaintiff's wares or services?

Je suis convaincu que l'analyse classique faite dans *Clairol* de l'emploi sous le régime de l'article 20 fait encore partie de notre droit. Le critère de l'«emploi» de l'article 20 exige l'établissement de deux éléments distincts tirés de l'article 2 et de l'article 4. En effet, le premier élément provient de l'article 4: (1) les défendeurs ont-ils établi une liaison entre leurs services et les marques de commerce de la demanderesse? Le second élément est tiré de l'article 2: (2) les défendeurs ont-ils employé la marque de commerce pour distinguer ou identifier leurs services en liaison avec les marchandises et services de la demanderesse? 26

27 Justice Thurlow applied this two-pronged test to the facts in *Clairol* at pages 564-568. He held at page 564 that the mere presence of the plaintiff's marks on the defendants' hair dye packages was sufficient to constitute a "use" of the trade-marks in association with the defendants' wares.

Le juge Thurlow a appliqué ce critère à deux volets aux faits de l'affaire *Clairol*, aux pages 564 à 568. Il a conclu, à la page 564, que la simple présence des marques de la demanderesse sur les emballages de colorants des défenderesses était suffisante pour constituer un «emploi» des marques de commerce en liaison avec les marchandises des défenderesses: 27

Pausing here it is I think apparent that the presence of the plaintiffs' marks on the defendants' packages is a use of those marks "in association with" the wares in the defendants' packages within the meaning of section 4(1) because, and as I see it, simply because it is marked on the packages.

And yet, there was no ultimate finding of infringement for the packages under section 19 since Justice Thurlow also determined at page 568 that the trade-marks were not used as trade-marks for the purpose of identifying the infringer's wares with the plaintiff's trade-marks:

. . . it is, I think, abundantly clear from looking at the packages that the marks, *Miss Clairol* and *Hair Color Bath*, are not intended to indicate and do not indicate to anyone that the contents of the package are the defendants' goods. Nor do I think it likely that any prospective purchaser of a package of these wares would be likely to be deceived by the presence of the marks, *Miss Clairol* and *Hair Colour Bath* as they appear on the package, into thinking they were intended to indicate the origin of the goods in the package.

28 As for the advertising brochures under section 19, Justice Thurlow ruled that there had been no "use in association" with the marks. Since the brochures were not the wares of the defendants themselves, there was no means of giving notice of the association to the persons receiving the wares: (*Clairol, supra*, at page 565). This lack of "use in association" with the brochures lead Justice Thurlow to conclude that there had actually been no "use" at all of the trade-marks in relation to the advertising brochures. Because there had been no "use in association", the first component of "use" under the section 4 criteria, Justice Thurlow did not analyze whether the marks on the advertising brochures had been "used as trade-marks", the second component of "use" under section 19. The plaintiffs in *Clairol* therefore failed to satisfy the criteria for use of a trade-mark under section 19 for both the packages and the advertising brochures.

[TRADUCTION] Je vais m'arrêter ici un instant pour dire qu'il est manifeste, à mon sens, que la présence des marques des demanderessees sur les emballages des défenderesses est un emploi de ces marques «en liaison avec» les marchandises contenues dans les colis des défenderesses au sens du paragraphe 4(1) parce que, à mon sens, simplement parce qu'elles sont apposées sur les emballages.

Et pourtant, le juge Thurlow n'a pas conclu en fin de compte à la contrefaçon en ce qui concerne les emballages, sous le régime de l'article 19, puisqu'il a également déterminé, à la page 568, que les marques de commerce n'étaient pas employées en tant que marques de commerce pour identifier les marchandises du contrefacteur aux marques de commerce de la demanderesse:

[TRADUCTION] . . . il ressort tout à fait clairement, à mon avis, de l'examen des emballages que les marques, *Miss Clairol* et *Hair Color Bath*, ne visent pas à indiquer et n'indiquent à personne que sous l'emballage sont contenues les marchandises des défenderesses. En outre, il est peu probable, à mon avis, qu'un acheteur éventuel d'un emballage de ces marchandises risque d'être trompé par la présence des marques *Miss Clairol* et *Hair Color Bath* telles qu'imprimées sur l'emballage et d'en déduire qu'elles visaient à indiquer l'origine des marchandises contenues sous l'emballage.

28 Quant aux dépliants publicitaires sous le régime de l'article 19, le juge Thurlow a conclu à l'absence d'«emploi en liaison» avec les marques. Comme les dépliants n'étaient pas les marchandises des défenderesses elle-mêmes, il n'y avait pas moyen de donner avis de la liaison aux personnes recevant les marchandises: affaire *Clairol, supra*, à la page 565. Cette absence d'«emploi en liaison» a amené le juge Thurlow à conclure qu'il n'y avait eu aucun «emploi» quel qu'il soit des marques de commerce relativement aux dépliants publicitaires. Étant donné qu'il n'y avait pas eu d'«emploi en liaison», savoir le premier élément de l'«emploi» selon le critère de l'article 4, le juge Thurlow n'a pas analysé la question de savoir si les marques figurant sur les dépliants publicitaires avaient été «employées comme marques de commerce», soit le second élément de l'«emploi» sous le régime de l'article 19. Les demanderessees dans *Clairol* n'avaient donc pas satisfait aux critères de l'emploi d'une marque de commerce sous le régime de l'article 19 tant en ce qui a trait aux emballages qu'aux dépliants publicitaires.

29 The plaintiff argued against the decision in *Clairol* by highlighting the fact that section 20 makes no explicit reference to the infringer's "use" of the registered trade-mark. According to the plaintiff, the key to section 20 is the presumption that the registered owner's exclusive right is infringed in instances of the selling, distribution or advertising of wares or services in association with a confusing trade-mark. The plaintiff submitted that in the present case, section 20 does not require proof of use. In effect, the plaintiff denied the validity of Justice Thurlow's ruling that there is an implicit but crucial additional requirement under section 20 to first prove "use" by the defendants of the plaintiff's trade-marks. With respect, I cannot agree with the plaintiff's contention that its novel interpretation should triumph over the holding in *Clairol* simply because it obviates the need for any reference to "use" and thereby avoids the two required elements of proof under section 20. Much as we might wish to sometimes do away with the more complicated aspects of the term "use", this seemingly straightforward term has been qualified and given a particular meaning by the framers of the *Trade-marks Act* and the jurisprudence. In *Clairol*, at page 569, Justice Thurlow was conscious of the need to craft a test for use that would not encompass certain "common instances of the use of trade marks in the course of trading" such as comparative advertisements like the colour comparison charts in *Clairol*. If we imagine for an instant that the statutory definitions of "use" as interpreted by *Clairol* is a net to capture acts of infringement, the merit of Justice Thurlow's approach is apparent. The net or meaning of "use" is designed so that not all users of trade-marks belonging to another person are caught within the threads of the infringement provisions.

La demanderesse a soutenu qu'il fallait écarter la décision *Clairol*, faisant ressortir le fait que l'article 20 ne fait pas mention explicitement de l'«emploi», par le contrefacteur, de la marque de commerce déposée. D'après elle, la clef de l'article 20 est la présomption que le droit exclusif du propriétaire inscrit est violé lorsqu'il y a vente, distribution ou annonce de marchandises ou services en liaison avec une marque de commerce créant de la confusion. La demanderesse a soutenu qu'en l'espèce, l'article 20 n'exige pas la preuve de l'emploi. En effet, elle a attaqué la validité de la conclusion du juge Thurlow que l'article 20 exige un autre élément implicite mais crucial, soit la preuve préalable de l'«emploi», par le contrefacteur, des marques de commerce de la demanderesse. Je ne saurais souscrire à l'argument de la demanderesse que son interprétation innovatrice devrait l'emporter sur la conclusion tirée dans *Clairol*, parce qu'elle écarte la nécessité de la mention de l'«emploi» et, par voie de conséquence, la preuve des deux éléments exigés sous le régime de l'article 20. Aussi désireux soyons-nous parfois de supprimer les aspects les plus compliqués du mot «emploi», ce mot apparemment simple a été défini et s'est vu attribuer une signification précise par les rédacteurs de la *Loi sur les marques de commerce* et par la jurisprudence. Dans *Clairol*, à la page 569, le juge Thurlow a tenu compte de la nécessité d'énoncer un critère relatif à l'emploi qui n'engloberait pas [TRADUCTION] «les exemples courants d'emploi des marques de commerce dans la pratique du commerce» tels que la publicité comparative représentée par les tableaux de comparaison des couleurs dans *Clairol*. Si l'on imagine un instant que les définitions données dans la Loi du mot «emploi» telles qu'interprétées dans *Clairol* sont un filet destiné à intercepter les actes de contrefaçon, le bien-fondé de la méthode du juge Thurlow est évident. Le filet ou le sens donné au mot «emploi» est conçu pour que tous ceux qui emploient des marques de commerce appartenant à autrui ne soient pas pris dans les mailles des dispositions relatives à la contrefaçon.

30 Counsel for the plaintiff also raised the spectre of ostensible redundancies within the *Trade-marks Act* to support its claim that there is no need to prove "use" under section 20. The plaintiff argued that

L'avocat de la demanderesse a également soulevé le spectre des redondances apparentes à l'intérieur de la *Loi sur les marques de commerce* pour étayer son argument qu'il n'est pas nécessaire de prouver

since section 19 and section 22 of the *Trade-marks Act* already require proof of “use” within the meaning of section 4, section 20 must exist to cover cases of an infringer who does not “use” a trade-mark but merely “advertises” its wares or services in association with a confusing trade-mark. However, in making this submission, the plaintiff was also forced into the untenable position of arguing that when the defendants ostensibly “advertised” their services by depicting CGEM Michelin’s trade-marks, they made these unlawful advertisements without actually stooping to “use” the trade-marks. I can see no logic or merit to such a strained construction since subsection 4(2) details how use in respect of services is deemed to be made if the mark is used in the performance or advertising of the services.

(iii) The single component of use under section 22

31 If I were to reject the plaintiff’s novel submission on the proper interpretation of section 20, which I have done, the plaintiff argued in the alternative that the explicit reference to “use” in section 22 should be expanded beyond Justice Thurlow’s holding in *Clairol*. In *Clairol*, Justice Thurlow arrived at a slightly different characterization of the elements of proof for use under section 22. In contrast to section 19, he held at pages 569-570 that section 22 only requires proof of “use in association with wares or services” under the specific section 4 criteria.

Rather I think the verb “use” in section 22 is to be interpreted by reference to the definition of the noun “use” in section 2(v) the effect of which is to confine the application, and therefore the prohibition, of section 22 to a use which any person may make, in association with goods or services within the meaning of the subsections of section 4, of another’s registered trade mark in such a manner as to depreciate the value of the goodwill attaching thereto.

l’«emploi» sous le régime de l’article 20. La demanderesse a soutenu que, puisque les articles 19 et 22 de la *Loi sur les marques de commerce* exigent déjà la preuve de l’«emploi» au sens de l’article 4, l’article 20 doit exister pour couvrir les cas où le contre-facteur n’«emploie» pas une marque de commerce, mais «annonce» simplement ses marchandises ou services en liaison avec une marque de commerce créant de la confusion. Toutefois, pour formuler cet argument, la demanderesse a dû avancer la thèse indéfendable que, lorsque les défendeurs ont apparemment «annoncé» leurs services en montrant les marques de commerce de CGEM Michelin, ils ont fait ces annonces illégales sans réellement s’abaisser jusqu’à «employer» les marques de commerce. Forcer ainsi le sens des mots pêche, à mon sens, contre la logique ou la raison car le paragraphe 4(2) explique par le menu de quelle manière une marque est réputée employée en liaison avec des services si elle est employée dans l’exécution ou l’annonce de ces services.

(iii) L’élément unique de l’emploi sous le régime de l’article 22

La demanderesse a soutenu subsidiairement que, si je rejetais son argument innovateur quant à l’interprétation correcte de l’article 20—ce que j’ai fait—, il convenait d’étendre la mention explicite de l’«emploi» contenue à l’article 22 au delà de la conclusion tirée par le juge Thurlow dans *Clairol*. Dans cette décision-là, le juge Thurlow a caractérisé d’une manière un peu différente les éléments à prouver pour établir l’emploi sous le régime de l’article 22. Il a décidé, aux pages 569 et 570, que par contraste avec l’article 19, l’article 22 exige seulement la preuve de l’«emploi en liaison avec des marchandises ou services» selon les critères précis de l’article 4.

[TRADUCTION] Je pense plutôt que le verbe «employer» à l’article 22 doit être interprété par référence à la définition du substantif «emploi» de l’alinéa 2v), ce qui a pour effet de limiter l’application et, par conséquent, l’interdiction de l’article 22 à l’emploi que toute personne peut faire, en liaison avec des marchandises ou services au sens des paragraphes de l’article 4, de la marque de commerce déposée d’une autre personne d’une manière susceptible d’entraîner la diminution de la valeur de l’achalandage attaché à cette marque de commerce.

There is no need under section 22 to prove the additional element of proof of use of the mark as a trade-mark for the purpose of distinguishing wares or services. The plaintiffs in *Clairol* were successful in citing section 22 as a ground of infringement for use of their trade-marks on the defendants' packages since section 22 does not require proof of use of the trade-marks as trade-marks for the purpose of distinguishing goods and services.

Il n'est pas nécessaire, sous le régime de l'article 22, de prouver l'élément supplémentaire de l'emploi de la marque comme marque de commerce destinée à distinguer des marchandises ou services. Les demanderesse dans *Clairol* ont eu gain de cause en citant l'article 22 comme moyen propre à justifier l'accusation de contrefaçon relativement à l'emploi de leurs marques de commerce sur les emballages des défenderesses parce que l'article 22 n'exige pas la preuve de l'emploi des marques de commerce comme marques de commerce visant à distinguer des marchandises et des services.

32 The plaintiff argued that for section 22 to make sense within the infringement provisions of the *Trade-marks Act*, it must address cases such as the present. According to the plaintiff, although the defendants' activities do not strictly constitute "use" of the trade-marks in association with wares and services, these activities are still likely to depreciate the goodwill of the plaintiff's marks. I was urged to temper the explicit reference to "use" in section 22 and go beyond the rigorous section 4 criteria for "use in association with wares and services" in order that activities likely to depreciate the goodwill of a trade-mark did not escape censure. I do not accept the plaintiff's argument that interpreting "use" under section 22 requires any deviation from the basic definition of "use in association with wares or services". The plaintiff also argued that the section 4 criteria should only apply when "use" is deployed as a verb in the *Trade-marks Act*. I also reject the plaintiff's grammatical point that the noun form of "use" was deployed in section 22. More importantly, the grammatical form of the term "use" in any particular instance in the *Trade-marks Act* is irrelevant for the purposes of interpreting the meaning and application of "use".

32 La demanderesse a soutenu que, pour que l'article 22 ait du sens dans le contexte des dispositions en matière de contrefaçon de la *Loi sur les marques de commerce*, il fallait qu'il vise des cas comme le présent. D'après elle, bien que les activités des défendeurs ne constituent pas strictement un «emploi» des marques de commerce en liaison avec des marchandises ou services, ces activités sont tout de même susceptibles d'entraîner la diminution de la valeur de l'achalandage attaché aux marques de la demanderesse. J'ai été exhorté à tempérer la mention explicite de l'«emploi» contenue à l'article 22 et à aller au delà des critères rigoureux de l'article 4 relativement à l'«emploi en liaison avec des marchandises ou services» afin que des activités susceptibles d'entraîner la diminution de la valeur de l'achalandage attaché à une marque de commerce n'échappent pas à la censure. Je n'accepte pas l'argument de la demanderesse que, pour interpréter le mot «employer» contenu à l'article 22, il faut dévier de la définition de base de l'expression «emploi en liaison avec des marchandises ou services». La demanderesse a soutenu également que les critères de l'article 4 ne devraient être appliqués que lorsque le mot «emploi» est utilisé dans sa forme verbale dans la *Loi sur les marques de commerce*. Je repousse aussi l'argument grammatical de la demanderesse selon lequel on est en présence, à l'article 22, de la forme nominale du mot «emploi». Mais avant tout, la forme grammaticale du mot «emploi» dans quelque disposition que ce soit de la *Loi sur les marques de commerce* n'est pas pertinente quand il s'agit d'interpréter le sens et l'application de ce mot.

33 The plaintiff's novel interpretation of section 22 is not required to redress redundancies or shortcomings in the grounds of trade-mark infringement. "Use" is the foundation for sections 19, 20 and 22 as grounds of infringement but the secondary elements for each ground once the primary "use" has been established are quite different. Section 19 requires use of the identical mark for identical wares and services while section 20 states that the mark need only be "confusing" and not identical to the registered mark. Section 22 is even more open-ended since the mark need not even be confusing as long as its use is likely to depreciate the value of the goodwill: (see *Mr. Submarine Ltd. v. Amandista Investments Ltd.*, [1988] 3 F.C. 91 (C.A.), at page 98). The grounds for infringement move from their narrowest in section 19 to their most expansive in Section 22 but "use" remains the basic building block or linchpin for all of the grounds.

(iv) *Clairol's* status in the jurisprudence

34 I agree with the defendants' submission that Justice Thurlow's reasons in *Clairol*, *supra*, remain binding authority on the need and means of proving "use" under section 20 and section 22 of the *Trade-marks Act*. The plaintiff failed to convince the Court that its unprecedented analysis of the grounds of infringement was necessary to redress existing inconsistencies within the law. The plaintiff also failed to cite any substantive case law or judicial authorities that cast serious doubt on the merit of the *Clairol* decision. The plaintiff did make a passing reference to Justice Reed's decision in *Eye Masters Ltd. v. Ross King Holdings Ltd.*, [1992] 3 F.C. 625 (T.D.) (hereinafter *Eye Masters*). However, on greater scrutiny, *Eye Masters* adds little or nothing to the persuasive force of the plaintiff's arguments. In *Eye Masters*, *supra*, Justice Reed at page 630, offered a brief comment on the plaintiff's submission in that case. The plaintiff in *Eye Masters* had argued that *Clairol* stood for the principle that

Il n'est pas nécessaire de recourir à l'interprétation innovatrice de l'article 22 proposée par la demanderesse pour corriger redondances ou lacunes des motifs propres à justifier l'accusation de contrefaçon d'une marque de commerce. L'«emploi» est la base des motifs propres à justifier l'accusation de contrefaçon qui sont énoncés aux articles 19, 20 et 22, mais les éléments secondaires de chaque motif, une fois prouvé l'«emploi» principal, sont tout à fait différents. L'article 19 exige l'emploi d'une marque identique pour des marchandises et des services identiques, tandis que l'article 20 dit qu'il suffit qu'il s'agisse d'une marque «créant de la confusion» et non d'une marque identique à la marque déposée. L'article 22 est encore moins limitatif, puisqu'il n'est même pas nécessaire que la marque crée de la confusion dans la mesure où son emploi est susceptible de diminuer la valeur de l'achalandage: voir *Mr. Submarine Ltd. c. Amandista Investments Ltd.*, [1988] 3 C.F. 91 (C.A.), à la page 98. Les motifs propres à justifier l'accusation de contrefaçon vont du plus strict, à l'article 19, au plus large, à l'article 22, mais l'«emploi» demeure la composante de base ou le pivot de tous les motifs.

(iv) La décision *Clairol* dans la jurisprudence

34 Je souscris à l'argument des défendeurs que les motifs du juge Thurlow dans l'affaire *Clairol*, *supra*, continuent de faire autorité quant à la nécessité et aux moyens de prouver l'«emploi» sous le régime des articles 20 et 22 de la *Loi sur les marques de commerce*. La demanderesse n'a pas convaincu la Cour que son analyse inédite des motifs propres à justifier l'accusation de contrefaçon était nécessaire à la correction des incohérences existantes de la loi. La demanderesse n'a pas non plus cité de jurisprudence pertinente qui mette sérieusement en doute le bien-fondé de la décision *Clairol*. Elle s'est référée en passant à la décision du juge Reed dans *Eye Masters Ltd. c. Ross King Holdings Ltd.*, [1992] 3 C.F. 625 (1^{re} inst.) (ci-après appelée *Eye Masters*). Toutefois, il ressort d'un examen plus approfondi de *Eye Masters* que celle-ci n'augmente que peu, voire pas du tout, la force de persuasion des arguments de la demanderesse. Dans la décision *Eye Masters*, *supra*, le juge Reed a, aux pages 629 et 630, fait un

the scope of protection conferred on trade-marks associated with services is broader than the protection afforded to trade-marks associated with wares. Justice Reed, at page 630, labelled this conclusion "somewhat bizarre".

35 This reference to *Clairol* in *Eye Masters* by no means indicates that Justice Reed overruled *Clairol*. Since *Eye Masters* arose out of a motion for an interlocutory injunction, Justice Reed only analyzed the plaintiff's submission as a possible interpretation of *Clairol* to see if it raised a sufficiently serious issue for the purposes of the injunction. Unfortunately, in analyzing the plaintiff's submission in *Eye Masters*, Justice Reed mischaracterized at page 630 of her decision Justice Thurlow's holding in *Clairol*:

The argument that the scope of protection afforded to trade marks which are associated with services is broader than that accorded to those associated with wares is based on the decision in *Clairol International Corp. et al. v. Thomas Supply & Equipment Co. Ltd. et al.*, [1968] 2 Ex. C.R. 552. That decision held that colour comparison charts, which referred to a competitor's trade mark, when affixed to a packaged hair dye was an infringement of the exclusive right to use granted by section 19 of the Act.

Justice Thurlow had actually decided that the packages did not offend section 19 because the defendants in that case had not used the plaintiff's marks "as trade-marks" for the purposes of distinguishing their wares in connection with the plaintiff's marks. I also take issue with the soundness of the plaintiff's submission in *Eye Masters* about the ostensible greater scope of protection afforded to trade-marks used in association with services. In *Future Shop Ltd. v. A. & B. Sound Ltd.*, [1994] 8 W.W.R. 376 (hereinafter *Future Shop*), Justice MacKenzie of the British Columbia Supreme Court at page 382 expressed similar doubts that *Clairol* truly supports the decision in *Eye Masters*:

bref commentaire sur l'argument de la demanderesse dans cette affaire. Celle-ci avait soutenu que *Clairol* établissait le principe que la portée de la protection conférée aux marques de commerce qui sont liées à des services est plus grande que celle attribuée aux marques liées à des marchandises. À la page 630, le juge Reed a qualifié cette conclusion de «quelque peu bizarre».

Cette référence à *Clairol* dans *Eye Masters* ne signifie aucunement que le juge Reed a écarté *Clairol*. Puisque *Eye Masters* découlait d'une demande d'injonction interlocutoire, le juge Reed n'a analysé l'argument de la demanderesse qu'à titre d'interprétation possible de *Clairol* afin de voir s'il soulevait une question sérieuse à trancher aux fins de l'injonction. Malheureusement, en analysant l'argument de la demanderesse, le juge Reed a, à la page 630, mal caractérisé la conclusion du juge Thurlow dans *Clairol*:

L'argument selon lequel la portée de la protection attribuée aux marques de commerce qui sont liées à des services est plus grande que celle accordée aux marques liées à des marchandises repose sur la décision *Clairol International Corp. et al. v. Thomas Supply & Equipment Co. Ltd. et al.*, [1968] 2 R.C.E. 552. Il y a été décidé que les tableaux de comparaison des couleurs, qui mentionnaient la marque de commerce d'un concurrent, lorsqu'ils étaient apposés sur un colis de teinture pour les cheveux, constituaient une atteinte au droit à l'emploi exclusif conféré par l'article 19 de la Loi.

Le juge Thurlow avait en fait décidé que les colis ne violaient pas l'article 19 parce que les défenderesses dans cette affaire n'avaient pas employé les marques de la demanderesse [TRADUCTION] «comme marques de commerce» pour distinguer leurs marchandises en liaison avec les marques de la demanderesse. Je conteste en outre la valeur de l'argument de la demanderesse dans *Eye Masters* touchant la plus grande portée apparente de la protection attribuée aux marques de commerce employées en liaison avec des services. Dans la décision *Future Shop Ltd. v. A. & B. Sound Ltd.*, [1994] 8 W.W.R. 376 (ci-après appelée *Future Shop*), le juge MacKenzie de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a, à la page 382, pareillement dit douter que *Clairol* étaye vraiment la décision *Eye Masters*:

With respect, I do not think that distinction between wares and services is supported by Thurlow J.'s reasons in *Clairol*. His illustration of the shop counter price poster involved a price comparison analogous to the Eye Masters ad, or the A. & B. Sound ads which stress retail pricing and price comparisons in its use of the Future Shop trademark. In my view, the *Clairol* decision supports the position of A. & B. Sound that their fair and accurate comparative price ads do not offend s. 22(1) of the *Trade Marks Act*. I respectfully disagree that *Clairol* supports the decision in *Eye Masters*.

36 In any event, my purpose in raising the *Eye Masters* case is not to exhaustively dispute its merits. Rather, I have referred to *Eye Masters* to demonstrate that even the sole judicial authority cited by the plaintiff is hardly conclusive on the necessity of the plaintiff's novel interpretation of section 20 and section 22 of the *Trade-marks Act*. Indeed, Justice Thurlow's decision in *Clairol* on the proper interpretation of section 20 and section 22 of the *Trade-marks Act* has been cited with approval and applied by numerous courts, including the Federal Court of Appeal in *Syntex Corp. v. Apotex Inc.* (1984), 2 C.I.P.R. 73. However, as Justice MacKenzie noted in *Future Shop, supra*, at page 382, *Clairol* has yet to be definitively interpreted by an appellate court.

37 To return to the criteria for "use" as they are explained in the *Clairol* decision, the first point is that proof of "association" of the trade-mark is required for both section 20 and section 22. However, there is an additional component to "use" under section 20 as a ground of infringement. To prove that the infringer has "used" the trade-mark, the registered owner must also demonstrate that the infringer has used the trade-mark "as a trade-mark" for the purpose of distinguishing the infringer's wares or services.

(v) Application: the "use in association" test and the defendant CAW's status

38 In applying the *Clairol* criteria of "use" to the facts of the present case, it becomes apparent that

[TRADUCTION] Je ne saurais souscrire à l'opinion que cette distinction entre les marchandises et les services est corroborée par les motifs du juge Thurlow dans *Clairol*. L'affiche de prix du comptoir de magasin qu'il a citée comportait une comparaison des prix analogue à celle de la publicité de Eye Masters ou des publicités de A. & B. Sound qui attirent l'attention sur les prix au détail et les comparaisons de prix lorsque celle-ci emploie la marque de commerce Future Shop. À mon avis, la décision *Clairol* étaye la thèse de A. & B. Sound que leurs publicités comparatives, loyales et exactes concernant les prix ne portent pas atteinte au par. 22(1) de la *Loi sur les marques de commerce*. Je ne saurais souscrire à l'opinion que *Clairol* étaye la décision *Eye Masters*.

De toute façon, si j'ai invoqué la décision *Eye Masters*, ce n'est pas pour faire une critique exhaustive de son bien-fondé. C'est plutôt pour démontrer que même le seul précédent cité par la demanderesse n'est guère décisif quant à la nécessité de l'interprétation innovatrice des articles 20 et 22 de la *Loi sur les marques de commerce*. En effet, la décision du juge Thurlow dans *Clairol* sur l'interprétation de ces articles a été citée et approuvée par de nombreux tribunaux, dont la Cour d'appel fédérale dans *Syntex Corp. c. Apotex Inc.* (1984), 2 C.I.P.R. 73. Toutefois, comme l'a fait remarquer le juge MacKenzie dans l'arrêt *Future Shop, supra*, à la page 382, la décision *Clairol* n'a pas encore été interprétée d'une manière définitive par une cour d'appel.

Pour revenir aux critères de l'«emploi» tels qu'expliqués dans la décision *Clairol*, il faut tout d'abord prouver la «liaison» de la marque de commerce tant sous le régime de l'article 20 que sous celui de l'article 22. Toutefois, l'«emploi» comme motif propre à justifier une accusation de contrefaçon sous le régime de l'article 20 comprend un élément supplémentaire. Pour prouver que le contrefacteur a «employé» la marque de commerce, le propriétaire inscrit doit aussi montrer que le contrefacteur a employé la marque de commerce «comme marque de commerce» pour distinguer ses marchandises ou services.

(v) Application: le critère de l'«emploi en liaison» et le statut des défendeurs TCA

Quand on applique les critères de l'«emploi» énoncés dans *Clairol* aux faits de l'espèce, il devient

the plaintiff had no alternative but to argue for novel interpretations of the grounds for trade-mark infringement. Under the “use in association” test, the common element for the meaning of use under both section 20 and section 22, the nature of defendants’ organizing activities and the apparent non-commercial status of the defendant CAW proved an immediate and immovable obstacle for the plaintiff’s claim for relief under the *Trade-marks Act*. The status of the defendant CAW was strongly contested during the course of oral argument since the test for use in association focuses on whether the association was made “during the ordinary course of trade” for wares or in the “advertising” of services. In *Clairol, supra*, at page 569, Justice Thurlow recognized that “use in the course of trading is a limitation which is obviously present, the statute being one relating to trade marks and unfair competition”. The defendant CAW disputed any notion that it could be labelled a commercial enterprise or that its campaign literature depicting the plaintiff’s trade-marks could be classified as the “advertisement” of services. In turn, the plaintiff argued that the defendants’ activities had sufficient commercial aspects to warrant labelling the union’s leaflets and brochures a form of “advertisement” for the purposes of section 20.

évident que la demanderesse n’avait pas d’autre choix que d’arguer de nouvelles interprétations des motifs propres à justifier une accusation de contrefaçon de marque de commerce. Selon le critère de l’«emploi en liaison», l’élément commun dans la définition de l’«emploi» tant sous le régime de l’article 20 que sous celui de l’article 22, la nature des activités de recrutement des défendeurs et le statut apparemment non commercial des défendeurs TCA se sont avérés former un obstacle immédiat et infranchissable à la demande de réparation de la demanderesse fondée sur la *Loi sur les marques de commerce*. Le statut des défendeurs TCA a été vivement contesté durant les plaidoiries orales parce que le critère de l’emploi en liaison s’attache à la question de savoir si la liaison a été faite «dans la pratique normale du commerce» à l’égard de marchandises ou dans l’«annonce» de services. Dans la décision *Clairol, supra*, à la page 569, le juge Thurlow a reconnu que [TRADUCTION] «l’emploi dans la pratique du commerce est une restriction qui est manifestement présente, la loi ayant pour objet les marques de commerce et la concurrence déloyale». Les défendeurs TCA ont mis en doute toute proposition voulant qu’ils puissent être qualifiés d’entreprise commerciale ou que les documents utilisés dans leur campagne montrant les marques de commerce de la demanderesse présentent les caractéristiques d’une «annonce» de services. Ce à quoi la demanderesse a répliqué que les activités des défendeurs présentaient suffisamment d’aspects commerciaux pour autoriser l’appellation «annonce» au sens de l’article 20 en ce qui concerne les prospectus et brochures du syndicat.

39 The Court was offered two competing, but neither entirely satisfactory, visions of the defendant CAW’s status under the umbrella of the *Trade-marks Act*. The larger purpose of the *Trade-marks Act* itself in protecting the commercial integrity of corporate emblems and promoting the public’s interest and confidence in the origin of wares and services in the marketplace was also debated by the parties. There is no doubt that the defendant CAW is generally subject to the *Trade-marks Act* despite being what Justice Lesyk at pages 447-448 in *Rôtisseries St-Hubert Ltée c. Syndicat des travailleurs(euses) de la Rôtisserie St-Hubert de Drummondville (C.S.N.)*,

La Cour s’est vu offrir deux visions opposées, 39 mais ni l’une ni l’autre tout à fait satisfaisantes, du statut des défendeurs TCA sous le régime de la *Loi sur les marques de commerce*. Les parties ont également débattu l’objet général de la *Loi sur les marques de commerce* consistant à protéger les emblèmes des sociétés et à accroître l’intérêt et la confiance du public dans l’origine des marchandises et des services sur le marché. Il ne fait aucun doute que les défendeurs TCA sont, en règle générale, assujettis à la *Loi sur les marques de commerce* malgré qu’ils soient, pour reprendre les propos du juge Lesyk, aux pages 447 et 448, dans *Rôtisseries St-Hubert Ltée c.*

[1987] R.J.Q. 443 (S.C.) (hereinafter *St-Hubert*) called a not-for-profit collective body, an organization [TRANSLATION] “that is not in business to make profits and, generally speaking, is not conducting any commercial activity”.⁵ I was struck, however, by defendant Wark’s admission during the course of discovery testimony that the union stood to gain over one million dollars per year in union dues if it had successfully organized the 3,000 workers at Michelin’s Canada’s Nova Scotia plants. If the union is not strictly a commercial enterprise, then there are still definite commercial dimensions to its activities. In any event, under the definition of “person” in section 2, trade unions are explicitly included within the class of persons subject to the *Trade-marks Act*. I also take judicial notice of the defendant CAW’s own duly registered trade-marks for wares and services.⁶ The defendant is subject to the *Trade-marks Act* because it cannot as the proverbial saying states, “have its cake and eat it too”. In other words, the defendant CAW cannot seek the protection of the *Trade-marks Act* for its own registered trade-marks and still deny that its actions are subject to the infringement provisions of the very same *Trade-marks Act*.

Syndicat des travailleurs(euses) de la Rôtisserie St-Hubert de Drummondville (C.S.N.), [1987] R.J.Q. 443 (C.S.) (ci-après appelée *St-Hubert*), un groupe-ment à but non lucratif, soit une association «qui n’est pas en affaires pour réaliser des profits et généralement n’exerce aucune activité commerciale»⁵. J’ai cependant été frappé par l’aveu fait par le défendeur Wark durant l’interrogatoire préalable selon lequel le syndicat escomptait percevoir plus d’un million de dollars par année en cotisations s’il avait réussi à syndiquer les 3 000 employés des usines de Michelin Canada en Nouvelle-Écosse. Si le syndicat n’est pas strictement une entreprise commerciale, ses activités comportent néanmoins des dimensions certainement commerciales. De toute façon, aux termes de la définition du mot «personne» à l’article 2, les syndicats sont explicitement inclus dans la catégorie des personnes visées par la *Loi sur les marques de commerce*. De plus, il est de notoriété publique que les défendeurs TCA sont propriétaires de marques de commerce déposées à l’égard de marchandises et de services⁶. Les défendeurs sont assujettis à la *Loi sur les marques de commerce* parce qu’ils ne peuvent pas, comme dit le proverbe, «avoir le beurre et l’argent du beurre». Autrement dit, les défendeurs TCA ne peuvent pas à la fois se prévaloir de la protection de la *Loi sur les marques de commerce* pour leurs propres marques de commerce et nier que leurs actions tombent sous le coup des dispositions en matière de contrefaçon de la même *Loi sur les marques de commerce*.

40 The resolution of this case does not directly turn on the question of the defendant CAW’s general status under the *Trade-marks Act* but on the issue of whether the plaintiff’s trade-marks were used in association with the defendants’ wares or services. The defendants’ actions in this particular instance do not fall under the ambit of “use” of marks in association with wares or services under section 20 and section 22 of the *Trade-marks Act*. The fact that the union organizing activities might have reaped financial rewards does not alter my crucial determination that the trade-marks were not “used” in association with wares or services under the section 4 criteria for “use”. There can be no use in association with “wares” because the definition of wares under subsection 4(1) requires association during the ordinary

La solution à apporter à la présente affaire ne dépend pas directement de la question du statut général des défendeurs TCA sous le régime de la *Loi sur les marques de commerce*, mais de la question de savoir si les marques de commerce de la demanderesse ont été employées en liaison avec les marchandises ou services des défendeurs. Les actions des défendeurs dans le cas présent ne sont pas visées par l’expression «emploi» de marques en liaison avec des marchandises ou services sous le régime des articles 20 et 22 de la *Loi sur les marques de commerce*. Le fait que les activités de recrutement du syndicat auraient pu rapporter un revenu n’influe pas sur ma conclusion cruciale que les marques de commerce n’ont pas été «employées» en liaison avec des marchandises ou services selon les

40

course of trade. Handing out leaflets and pamphlets to recruit members into a trade union does not qualify under that test as commercial activity. Wares is defined to include “printed publications”, but the defendants are not in the business of printing leaflets. The only other possibility is use in association with “services”. Subsection 4(2) says association is made for “use” of a trade-mark in relation to services if the services are “advertised”. The term “services” is not defined in the *Trade-marks Act* but is given an expansive definition in the case law: (see *Hartco Enterprises Inc. v. Becterm Inc.* (1989), 23 C.I.P.R. 267 (F.C.T.D.)). In its own trade-marks, the defendant CAW offers a complete description of the services offered in association with its marks. However, I find that the defendants’ distribution of leaflets and pamphlets does not qualify as “advertising”. Once again, advertising carries a commercial connotation that is not borne out by the facts of this case. The defendants were not advertising services to reap revenues although as I stated above, new members also represented significant amounts of money in the form of union dues. Dues, however, are not profits. Finally, a person receiving the leaflet depicting “Bibendum” or the information sheet citing “Michelin” would not make an association between use of the trade-marks and the plaintiff. I conclude therefore that since the defendant CAW did not use the plaintiff’s trade-marks in association with its wares or services, there can be no finding of infringement under either section 20 or section 22 of the *Trade-marks Act*.

critères de l’«emploi» énoncés à l’article 4. Il ne peut pas y avoir eu emploi en liaison avec des «marchandises» car la définition de marchandises au paragraphe 4(1) exige la liaison dans la pratique normale du commerce. Distribuer des prospectus et des brochures afin de recruter des membres ne satisfait pas, dans le cas d’un syndicat, au critère de l’activité commerciale. La définition du mot «marchandises» comprend les «publications imprimées», mais les défendeurs ne tiennent pas une imprimerie commerciale. La seule autre possibilité est l’emploi en liaison avec des «services». Aux termes du paragraphe 4(2), la liaison d’une marque de commerce avec des services est établie si elle est montrée dans l’«annonce» de ces services. Le terme «services» n’est pas défini dans la *Loi sur les marques de commerce*, mais la jurisprudence lui a donné une interprétation large: voir *Hartco Enterprises Inc. c. Becterm Inc.* (1989), 23 C.I.P.R. 267 (C.F. 1^o inst.). Dans leurs propres marques de commerce, les défendeurs TCA présentent une description complète des services offerts en liaison avec leurs marques. Toutefois, j’estime que la distribution de prospectus et de brochures par les défendeurs ne constitue pas une «annonce». Encore une fois, le terme «annonce» a une connotation commerciale que n’étaient pas les faits de l’espèce. Les défendeurs n’annonçaient pas des services pour gagner des revenus, quoique, je le répète, les nouveaux membres représentaient aussi d’importantes sommes d’argent sous forme de cotisations. Des cotisations ne sont cependant pas des bénéfiques. Finalement, une personne qui recevrait le prospectus montrant le «Bibendum» ou les fiches de renseignements renfermant le mot «Michelin» n’établirait pas de rapport entre l’emploi des marques de commerce et la demanderesse. Je suis donc d’avis que, puisque les défendeurs TCA n’ont pas employé les marques de commerce de la demanderesse en liaison avec leurs marchandises ou services, il n’y a pas lieu de conclure à la contrefaçon sous le régime de l’article 20 ou de l’article 22 de la *Loi sur les marques de commerce*.

(vi) Application: the “use as a trade-mark” test

(vi) Application: le critère de l’«emploi comme marque de commerce»

41 Even if I would have determined otherwise and held that the defendant CAW had used the trade-

Même si j’avais conclu autrement et décidé que les défendeurs TCA ont employé les marques de 41

marks in association with wares or services, the plaintiff would have failed to prove “use” under section 20 since section 20 also requires proof of use of the mark as trade-mark. I accept the defendants’ submission that they were not using the “Bibendum” design as a trade-mark to indicate that CGEM Michelin or Michelin Canada was the source of the pamphlets and leaflets. The defendants did not use the “Bibendum” design as a trade-mark but as a campaign tool to attract the attention of Michelin employees as they entered the factory gates. There could be no mistake that the defendant CAW was the originator of the pamphlets and leaflets. Their origin was amply indicated by the use of the CAW logo in the top right-hand corner and the appeal in bold print on the bottom of the leaflets to act “before too late” by calling the CAW telephone number provided. As well, the defendant CAW was not using the “Bibendum” to identify with CGEM Michelin’s wares and services. Rather, the “Bibendum” was depicted to draw the eyes of the Michelin employees and stand in contrast to the usual corporate image. In his discovery testimony offered into evidence in its entirety, defendant Wark characterized the union’s intentions in regards to the use of the plaintiff’s “Bibendum” trade-mark:

You can have the corporate position of him hugging all the Michelin workers, as they were a big family, or you could possibly take my communication tool, which is to send the message that he is the boss, and he’s a lot bigger, tougher, stronger than you are. That was my intent, to depict that. Based on that, don’t treat him just like your dad, treat him as he is, he’s the corporate boss and that’s what Bib is, so look out. (Wark discovery transcripts, at p. 19, lines 12-19.)

42 Now I do not at the same time rule that the defendants’ use of the plaintiff’s “Bibendum” design is permissible under the *Copyright Act*. Elsewhere in this judgment, I state reasons for why the defendants’ reproduction of a substantial part of the “Bibendum” copyright violates the *Copyright Act*. However, in discussing the grounds for infringement under the *Trade-marks Act*, it is relevant and crucial

commerce en liaison avec des marchandises ou services, la demanderesse n’aurait pas prouvé l’«emploi» sous le régime de l’article 20 car cette disposition exige aussi la preuve de l’emploi de la marque comme marque de commerce. J’accepte l’argument des défendeurs qu’ils n’employaient pas le dessin du «Bibendum» comme marque de commerce servant à indiquer que CGEM Michelin ou Michelin Canada était la source des brochures et prospectus. Les défendeurs n’ont pas employé le dessin du «Bibendum» comme marque de commerce, mais comme outil pour attirer l’attention des employés de Michelin quand ils passaient les barrières de l’usine. Il était indubitable que les défendeurs TCA étaient la source des brochures et prospectus. L’origine de ceux-ci était amplement montrée par l’utilisation du logo des TCA figurant dans le coin supérieur droit et l’appel à agir avant «qu’il soit trop tard» formulé en caractères gras au bas des prospectus et suivi du numéro de téléphone des TCA. De plus, les défendeurs TCA n’employaient pas le «Bibendum» pour identifier les marchandises et services de CGEM Michelin. Le «Bibendum» était montré pour attirer l’œil des employés de Michelin et faire contraste avec l’image habituelle de l’entreprise. Au cours de son interrogatoire préalable, le défendeur Wark a caractérisé les intentions du syndicat quant à l’emploi de la marque de commerce «Bibendum» de la demanderesse:

[TRADUCTION] Il y a la façon de le représenter de la société, serrant dans ses bras tous les travailleurs de Michelin, comme s’ils formaient une grande famille, ou celle de mon outil de communication, c’est-à-dire le message qu’il est le patron, qu’il est beaucoup plus gros, plus dur, plus fort que vous. C’est ce que j’ai voulu montrer. Ne le traitez donc pas comme votre père, mais comme il est, comme le patron de l’entreprise, c’est ce qu’il est Bib, alors attention! (Transcription de l’interrogatoire préalable de Wark, à la p. 19, lignes 12 à 19.)

Ce point acquis, je ne conclus pas en même temps 42 que l’emploi du dessin du «Bibendum» de la demanderesse est acceptable sous le régime de la *Loi sur le droit d’auteur*. Un peu plus loin dans le présent jugement, je donnerai les motifs pour lesquels la reproduction d’une partie importante du «Bibendum» protégé viole la *Loi sur le droit d’auteur*. Toutefois, quand il s’agit d’étudier les motifs propres à justifier

to pinpoint the purpose of the defendant CAW's depiction of "Bibendum". Since "Bibendum" was not used as a trade-mark, there is in effect no use at all of the "Bibendum" under the *Clairol* criteria for section 20.

l'accusation de violation de la *Loi sur les marques de commerce*, il est pertinent et crucial de déterminer l'objet de la représentation du «Bibendum» par les défendeurs TCA. Comme le «Bibendum» n'a pas été employé comme marque de commerce, il n'y a eu en effet aucun emploi du «Bibendum» selon les critères énoncés dans *Clairol* en ce qui a trait à l'article 20.

43 The term "Michelin" on the defendant CAW's information brochures also does not qualify as use of the trade-mark "as a trade-mark". I do not accept the plaintiff's submissions that the defendant CAW's purpose in deploying "Michelin" on such information sheets as "Accident vs. Sick and Compensation" (Exhibit P-21) was to draw an inference that Michelin Canada was the originator of the information sheet. The placement of the term "Michelin" below a thin line separating it from the CAW logo is not reason enough for stating that the defendant CAW has used the mark as a trade-mark. The plaintiff submitted into evidence a bundle of the defendants' campaign material using the name "Michelin" to which it took no offense because "Michelin" was cited under its corporate name and not as a trade-mark (Exhibit P-26). I find that the term "Michelin" is deployed in both Exhibit P-21, the alleged act of infringement and the inoffensive material in Exhibit P-26, in the same manner. In other words, the term "Michelin" is used not as a trade-mark but only as an abbreviated reference to the company name itself. There is no attempt in the information sheet entitled "Accident vs. Sick and Compensation" to indicate that Michelin Canada itself or its parent company, the plaintiff CGEM Michelin, is the originator of the information sheet.

Le mot «Michelin» contenu dans les brochures d'information des défendeurs TCA ne remplit pas non plus les conditions pour être un emploi de la marque de commerce «comme une marque de commerce». Je n'accepte pas les arguments de la demanderesse selon lesquels le but des défendeurs TCA, lorsqu'ils ont utilisé le mot «Michelin» sur des fiches d'information comme celle intitulée «Maladie, accident et indemnisation» (pièce P-21), était qu'on en infère que Michelin Canada était à l'origine de la fiche d'information. L'insertion du mot «Michelin» sous une ligne mince le séparant du logo TCA n'est pas une raison suffisante pour dire que les défendeurs TCA ont employé la marque comme marque de commerce. La demanderesse a versé en preuve une liasse de documents utilisés par les défendeurs dans leur campagne et auxquels elle ne s'est pas opposée parce que le mot «Michelin» y était cité comme raison sociale et non comme marque de commerce (pièce P-26). Je suis d'avis que le terme «Michelin» est représenté de la même manière dans la pièce P-21, prétendu acte de contrefaçon, et dans la pièce P-26, documents inoffensifs. Autrement dit, le terme «Michelin» est employé non pas comme marque de commerce, mais seulement comme forme abrégée de la raison sociale de l'entreprise. La fiche d'information «Maladie, accident et indemnisation» n'a aucunement pour objet d'indiquer que Michelin Canada elle-même ou la société mère, la demanderesse CGEM Michelin, est à l'origine de cette fiche.

(vii) Secondary elements of proof

44 Since the plaintiff has failed to prove that the Defendants used its trade-marks, the threshold question in section 20 and section 22, I need not dwell on the secondary elements of each ground of infringement. In section 20, the secondary question

(vii) Éléments secondaires de la preuve

Comme la demanderesse n'a pas prouvé que les défendeurs ont employé ses marques de commerce, soit la question principale visée aux articles 20 et 22, je n'ai pas à m'appesantir sur les éléments secondaires de chaque motif propre à justifier l'accusa-

is whether the mark used was “confusing”. In section 22, the secondary question is whether the use was likely to depreciate the goodwill of the trade-mark. However, I will state that even if I had accepted the plaintiff’s novel interpretations and dispensed with the need to prove “use” under section 20 or expanded the meaning of “use” beyond the section 4 criteria in section 22, the plaintiff would have failed on the secondary components of each ground of infringement.

tion de contrefaçon. À l’article 20, la question secondaire est de savoir si la marque employée «créait de la confusion». À l’article 22, la question secondaire est de savoir si l’emploi était susceptible de diminuer la valeur de l’achalandage attaché à la marque de commerce. Toutefois, je dirais que, même si j’avais accepté les interprétations innovatrices proposées par la demanderesse et dispensé celle-ci de l’obligation de prouver l’«emploi» au sens de l’article 20 ou si j’avais élargi le sens d’«emploi», à l’article 22, au delà des critères établis à l’article 4, la demanderesse n’aurait pas prouvé les éléments secondaires de chacun des motifs propres à justifier l’accusation de contrefaçon.

45 In regards to section 20 and the use of a “confusing trade-mark”, I disagree with the plaintiff’s characterization and application of the test for confusion. The plaintiff argued that a mark is confusing with a trade-mark merely if there is a confusing resemblance between the infringing mark and the registered mark. The term “confusion” is not specifically defined in the *Trade-marks Act*, but section 6 outlines the criteria for determining when marks are confusing trade-marks.⁷ Contrary to the plaintiff’s submission, the test for “confusion” under section 6 is not solely whether the registered mark and the infringing mark resemble each other. At its heart, the test for confusion goes to whether an average consumer, having a vague or imperfect recollection of the registered trade-mark, would infer from all the circumstances detailed in subsection 6(5) that the allegedly confusing mark originates with the owner of the registered mark: (see *Blue Cross, supra*). In the present case, given the nature of the “wares, services or business” (paragraph 6(5)(c)) of the plaintiff and the nature of the trade (paragraph 6(5)(d)), there is little likelihood of confusion over the source of the CAW leaflets and information bulletins. Although it is true that the plaintiff’s trade-marks meet the criteria of paragraphs 6(5)(a) and (b) because they are widely known and of longstanding use, the test for confusion looks at the criteria of section 6 as a whole to obtain an overall impression of possible confusion. In the present case, such additional factors as the menacing nature of “Bibendum’s” pose on the leaf-

45 Quant à l’article 20 et à l’emploi d’une «marque de commerce créant de la confusion», je ne souscris pas à la description et à l’application du critère de la confusion préconisées par la demanderesse. Celle-ci soutient qu’une marque crée de la confusion avec une marque de commerce s’il y a une simple similitude de nature à prêter à confusion entre la marque contrefaite et la marque déposée. Le terme «confusion» n’est pas défini comme tel dans la *Loi sur les marques de commerce*, mais l’article 6 donne un aperçu des critères permettant de déterminer quelles sont les marques créant de la confusion⁷. Contrairement à la prétention de la demanderesse, le critère de la «confusion» aux termes de l’article 6 ne se résume pas à la question de savoir s’il y a resemblance entre la marque déposée et la marque contrefaite. Essentiellement, le critère de la confusion consiste à se demander si le consommateur moyen, n’ayant qu’un souvenir vague ou imparfait de la marque de commerce déposée, conclurait de l’ensemble des circonstances énumérées au paragraphe 6(5) que la marque censée créer de la confusion est celle du propriétaire de la marque déposée (voir l’affaire *Blue Cross, supra*). En l’espèce, étant donné le genre de «marchandises, services ou entreprises» (alinéa 6(5)c) de la demanderesse et la nature du commerce (alinéa 6(5)d), il est peu probable qu’il y ait confusion au sujet de la source des prospectus et des bulletins d’information des TCA. Bien qu’il soit vrai que les marques de commerce de la demanderesse satisfont aux critères des alinéas 6(5)a) et b), parce qu’elles sont très connues et sont en usage

lets and brochures and the prominence of CAW logos on the "Bibendum" leaflets and information sheets lead me to conclude that the use of the trade-marks is not likely to confuse the average consumer.

depuis fort longtemps, le critère de la confusion repose sur l'impression générale de confusion pouvant se dégager de tous les critères de l'article 6 pris ensemble. Dans le cas qui nous occupe, des facteurs additionnels comme l'aspect menaçant de la pose du «Bibendum» dans les prospectus et brochures, ainsi que la prédominance des logos des TCA dans les prospectus et les fiches d'information, m'amènent à conclure que l'emploi des marques de commerce n'est pas susceptible de causer de la confusion chez le consommateur moyen.

46 In a similar vein, even if I were to accept the plaintiff's nuanced version of "use in a manner likely to depreciate the goodwill" under section 22, the plaintiff would have failed to prove that the goodwill of its trade-marks had indeed been depreciated by the defendants' activities. I disagree with the holding of Justice Lesyk at page 448 in *St-Hubert*, *supra*, that the infringer has to use a mark identical to the registered mark to likely cause depreciation to the goodwill of the trade-mark. In *Clairol*, Justice Thurlow at page 573 defined "goodwill" in relation to trade-marks to mean "that portion of the goodwill of the business of its owner which consists of the whole advantage, whatever it may be, of the reputation and connection, which may have been built up by years of honest work or gained by lavish expenditure of money and which is identified with the goods distributed by the owner in association with the trade mark". Justice Thurlow at page 573 in the same crucial *Clairol* decision analyzed depreciation of a trade-mark's goodwill to require "tak[ing] away the whole or some portion of the custom" attached to the wares and services associated with the trade-mark. The plaintiff could not prove that the defendant CAW's activities would likely have a negative effect or depreciate the drawing power of the plaintiff's marks in the marketplace. Of course, the plaintiff argued that a purchaser of Michelin tires seeing the defendant CAW's leaflet depicting "Bibendum" wielding his boots in a most unfriendly fashion would have second thoughts about this seemingly heretofore jolly persona and the company it represents. However, I am struck by a statement made by counsel for the defendants during the course of oral argument. He stated that the CAW is competing for

46 Dans le même esprit, même si j'acceptais la version nuancée, proposée par la demanderesse, de l'«emploi d'une manière susceptible d'entraîner la diminution de la valeur de l'achalandage» en ce qui concerne l'article 22, la demanderesse n'aurait pas prouvé que la valeur de l'achalandage attaché à ses marques de commerce a de fait été diminuée par les activités des défendeurs. Je ne souscris pas à la conclusion du juge Lesyk dans l'affaire *St-Hubert*, *supra*, à la page 448, que le contrefacteur doit employer une marque identique à la marque de commerce déposée pour que cet emploi soit susceptible d'entraîner la diminution de la valeur de l'achalandage attaché à la marque de commerce. Dans *Clairol*, à la page 573, le juge Thurlow a défini l'«achalandage» relativement à une marque de commerce comme étant [TRADUCTION] «cette partie de l'achalandage de l'entreprise de son propriétaire qui consiste dans l'avantage global, quel qu'il soit, de la réputation et du lien, qui a pu être constitué par des années de travail consciencieux ou obtenu par des dépenses considérables, et qui est identifié aux biens distribués par le propriétaire en liaison avec la marque de commerce». À la page 573, le juge Thurlow a, dans la même décision cruciale *Clairol*, analysé la diminution de la valeur de l'achalandage attaché à une marque de commerce pour en conclure qu'elle s'entend de [TRADUCTION] «l'appropriation de tout ou partie de la clientèle» attachée aux marchandises et aux services liés à la marque de commerce. La demanderesse n'a pas pu prouver que les activités des défendeurs TCA étaient susceptibles d'avoir un effet négatif sur le pouvoir d'attraction de ses marques sur le marché, ou d'en diminuer la valeur. Bien sûr, la demanderesse a soutenu que l'acheteur de

the hearts and minds of CGEM Michelin's employees, not its customers. The leaflets and pamphlets were not distributed to the wider community but directed solely to Michelin Canada's 3,000 employees at the Nova Scotia plants. In effect, the CAW's unionization literature might diminish CGEM Michelin's reputation as an employer, but I am not satisfied that the plaintiff has proven that the leaflets and posters will deleteriously affect Michelin's reputation as a manufacturer, its specific role in the marketplace. Now undoubtedly some of Michelin's 3,000 employees at the plants in Nova Scotia purchase Michelin tires, but they compose a minuscule portion of the market.

(viii) Summary on trade-marks

47 I have ruled, as it were, in one fell swoop on both section 20 and section 22 as grounds for trade-mark infringement. The plaintiff failed to make its case under section 20 because it did not meet the implicit requirement of showing that the defendants had "used" the registered trade-marks under the criteria of "use". The plaintiff must also fail under section 22 where the need to prove "use" is explicit and equally stringent. Thus, I conclude that the defendants have not infringed the plaintiff's trade-marks under section 20 and section 22 of the *Trade-marks Act* because they have not "used" the plaintiff's registered trade-marks in the sale, distribution or advertisement of wares or services in association with a confusing trade-mark or in a manner that is likely to have the effect of depreciating the value of the goodwill attached to the trade-mark. Despite the best efforts of the plaintiff, it is caught in the coils of the term "use" as it has been defined under sec-

pneus Michelin qui verrait le prospectus des défendeurs TCA montrant le «Bibendum» avec ses bottes levées d'une manière très inamicale se méfierait de ce personnage jusque-là jovial et de la société qu'il représente. Toutefois, j'ai été frappé par une déclaration faite par l'avocat des défendeurs durant les plaidoiries orales. Il a dit que les TCA cherchent à gagner le cœur et l'esprit des employés de CGEM Michelin et non ceux de ses clients. Les prospectus et les brochures n'ont pas été distribués dans la population en général, mais seulement aux 3 000 employés de Michelin Canada aux usines de la Nouvelle-Écosse. De fait, les documents utilisés par les TCA dans leur campagne de recrutement pourraient porter atteinte à la réputation de CGEM Michelin comme employeur, mais je ne suis pas convaincu que la demanderesse a prouvé que les prospectus et les affiches nuiront à sa réputation comme fabricant, soit son rôle précis sur le marché. Certes, il y a indubitablement des personnes parmi les 3 000 employés de Michelin aux usines de la Nouvelle-Écosse qui achètent des pneus Michelin, mais ils représentent une fraction minuscule du marché.

(viii) Résumé concernant les marques de commerce

J'ai statué d'un seul coup sur les motifs propres à justifier une accusation de contrefaçon sous le régime des articles 20 et 22. La demanderesse n'a pas établi le bien-fondé de sa thèse en ce qui concerne l'article 20, parce qu'elle n'a pas satisfait à l'exigence implicite, savoir montrer que les défendeurs ont «employé» les marques de commerce déposées suivant les critères de l'«emploi». Quant à l'article 22, la thèse de la demanderesse doit aussi être repoussée car l'exigence d'une preuve d'«emploi» y est explicite et aussi rigoureuse. En conséquence, je conclus que les défendeurs n'ont pas contrefait les marques de commerce de la demanderesse sous le régime des articles 20 et 22 de la *Loi sur les marques de commerce*, parce qu'ils n'ont pas «employé» les marques de commerce déposées de la demanderesse pour vendre, distribuer ou annoncer des marchandises ou services en liaison avec une marque de commerce créant de la confusion, ou d'une manière

tion 2 and section 4 of the *Trade-marks Act* and interpreted by *Clairol*.

II. Copyright Issues

48 The defendants deny that there has been any infringement of copyright because the "Bibendum" on the leaflets and posters is an original work of the defendants that does not substantially reproduce CGEM Michelin's copyright. The defendants also argue that even if there has been reproduction of a substantial part, their "Bibendum" is a parody and therefore an exception to copyright infringement under paragraph 27(2)(a.1), fair dealing for the purpose of criticism.

49 Subsection 3(1) of the *Copyright Act* defines copyright.

Subsection 3(1) reads in part:

3. (1) For the purposes of this Act, "copyright" means the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever,

Copyright is the right to reproduce the work or a substantial part of the work. Subsection 27(1) defines infringement in reference to unauthorized actions by someone who does something only the copyright owner can do.

Subsection 27(1) reads:

27. (1) Copyright in a work shall be deemed to be infringed by any person who, without the consent of the owner of the copyright, does anything that, by this Act, only the owner of the copyright has the right to do.

Thus, only the copyright owner can reproduce the work or a substantial part of the work. In the statement of admissions filed herein at paragraphs 7 to 14 inclusive and at paragraph 19, the defendants have recognized that the plaintiff owns registered

susceptible d'entraîner la diminution de la valeur de l'achalandage attaché à ces marques de commerce. Bien qu'elle ait fait tout son possible, la demanderesse n'a pu élargir l'aire sémantique du terme «emploi» tel que défini aux articles 2 et 4 de la *Loi sur les marques de commerce*, et interprété dans *Clairol*.

II. Questions touchant le droit d'auteur

48 Les défendeurs nient toute violation du droit d'auteur parce que le «Bibendum» dans les prospectus et sur les affiches est une œuvre originale des défendeurs qui ne reproduit pas une partie importante de l'œuvre protégée de CGEM Michelin. Les défendeurs soutiennent en outre que, même s'il y a eu reproduction d'une partie importante, leur «Bibendum» est une parodie et donc une exception à la violation du droit d'auteur aux termes de l'alinéa 27(2)a.1), savoir l'utilisation équitable à des fins de critique.

49 Le paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* définit le droit d'auteur dans ces termes:

3. (1) Pour l'application de la présente loi, «droit d'auteur» s'entend du droit exclusif de produire ou de reproduire une œuvre, ou une partie importante de celle-ci, sous une forme matérielle quelconque

Le droit d'auteur est le droit de reproduire l'œuvre ou une partie importante de l'œuvre. Selon la définition du paragraphe 27(1), la violation du droit d'auteur consiste dans tout acte non autorisé accompli par une personne qui fait un acte que seul le titulaire de ce droit peut faire.

Le paragraphe 27(1) est ainsi conçu:

27. (1) Est considéré comme ayant porté atteinte au droit d'auteur sur une œuvre quiconque, sans le consentement du titulaire de ce droit, exécute un acte qu'en vertu de la présente loi seul ce titulaire a la faculté d'exécuter.

Par conséquent, seul le titulaire du droit d'auteur peut reproduire l'œuvre ou une partie importante de l'œuvre. Aux paragraphes 7 à 14 inclus et au paragraphe 19 des aveux judiciaires versés au dossier de l'espèce, les défendeurs ont reconnu que la deman-

and unregistered copyrights in the “Bibendum” design. The issue is whether the “Bibendum” depicted on the defendants’ leaflets and posters represents a reproduction of a substantial part of the plaintiff’s copyright and is thus an infringement of the plaintiff’s right.

(i) Substantial part

50 The term “substantial part” is not defined in the *Copyright Act*. Case law has held that the quality more than the simple quantity of the reproduction is key: Justice Richard in *U & R Tax Services Ltd. v. H & R Block Canada Inc.* (1995), 62 C.P.R. (3d) 257 (F.C.T.D.), at pages 268-269 stated that the reproduction of a substantial part is a question of fact in which the Court will consider whether the alleged infringer has taken the distinct traits of the original work. Justice Mahoney in *R. v. James Lorimer and Company Limited*, [1984] 1 F.C. 1065 (C.A.) (hereinafter *Lorimer*), at page 1073 recognized that the intention of the infringer, whether or not in commercial competition with the copyright holder, is irrelevant to the question of infringement.

The Act is clear. Infringement does not require that the infringing work compete in the marketplace with that infringed: it requires only that the infringer do something that the copyright owner alone has the right to do. It follows that, where infringement of copyright has been established, the owner of the copyright is *prima facie* entitled to an injunction restraining further infringement.

Such cases as *Canadian Tire Corporation, Ltd. v. Retail Clerks Union, Local 1518 of United Food & Commercial Workers Union et al.* (1985), 7 C.P.R. (3d) 415 (F.C.T.D.) (hereinafter *Canadian Tire*) and *St-Hubert, supra*, have held the same on the irrelevance of the infringer’s intention or commercial status to the question of infringement.

51 I have no difficulty in finding that the defendants have reproduced a substantial part of CGEM

deresse est titulaire des droits d’auteur enregistrés et non enregistrés sur le dessin du «Bibendum». La question est de savoir si le «Bibendum» reproduit dans les prospectus et sur les affiches des défendeurs constitue une reproduction d’une partie importante de l’œuvre protégée de la demanderesse et donc une violation de son droit.

(i) Partie importante

L’expression «partie importante» n’est pas définie dans la *Loi sur le droit d’auteur*. La jurisprudence a décidé que la qualité, davantage que la simple quantité, est l’élément clef de la reproduction: dans *U & R Tax Services Ltd. c. H & R Block Canada Inc.* (1995), 62 C.P.R. (3d) 257 (C.F. 1^{re} inst.), aux pages 268 et 269, le juge Richard a dit que la reproduction d’une partie importante est une question de fait à l’égard de laquelle la Cour examine si le contrefacteur présumé s’est approprié les traits distincts de l’œuvre originale. Dans l’arrêt *R. c. James Lorimer and Company Limited*, [1984] 1 C.F. 1065 (C.A.) (ci-après appelé *Lorimer*), le juge Mahoney a reconnu, à la page 1073, que l’intention du contrefacteur, qu’il soit ou non un concurrent du titulaire du droit d’auteur, n’est pas pertinente par rapport à la question de la contrefaçon: 50

La Loi est claire. Pour qu’il y ait contrefaçon il n’est pas nécessaire que l’œuvre contrefaite soit en compétition sur le marché avec l’œuvre originale: il suffit que l’auteur de la contrefaçon exécute un acte que seul le titulaire a la faculté d’exécuter. Il s’ensuit que, lorsque la contrefaçon du droit d’auteur a été établie, le titulaire du droit d’auteur a droit *prima facie* à une injonction qui interdit de continuer ces activités fautives.

Il a également été décidé dans des affaires comme *Canadian Tire Corporation, Ltd. c. Retail Clerks Union, Local 1518 of United Food & Commercial Workers Union et al.* (1985), 7 C.P.R. (3d) 415 (C.F. 1^{re} inst.) (ci-après appelée *Canadian Tire*) et *St-Hubert, supra*, que l’intention du contrefacteur ou sa qualité de commerçant étaient non pertinentes par rapport à la question de la contrefaçon.

Je n’ai aucune hésitation à conclure que les défendeurs ont reproduit une partie importante du dessin 51

Michelin's "Bibendum" design on their union campaign posters and leaflets. The discovery testimony and the likeness of the "Bibendum" on the posters to the registered copyright ensured that counsel for the defendants had an uphill and futile battle in trying to convince the Court that there had been no reproduction of a substantial part of CGEM Michelin's "Bibendum". The discovery testimony of defendant Wark makes it clear that the defendants strived to make their "Bibendum" a keen likeness of the original.

. . . I think it's clear to see that the head is probably the most accurate reflection and the rest of the body is not in proportion . . . to a regular, if I photocopied Bibendum right off your pieces of material.

Q. As a matter of fact, though, would you agree with me, that, and I'm trying to even go beyond the admission, that this is a substantial reproduction of a corporate Michelin Bib?

A. Yes. Oh, yes. Yes.

Q. In fact, it was meant to be as accurate as possible. . .

A. Absolutely. (At p. 21, lines 18-25, and at p. 22, lines 1-4.)

I cannot accept the defendants' claim that defendant Wark's reference to "accurate" reproduction in this instance was an allusion to reproduction in the sense of "designed to look like" in the act of photocopying and should not be binding on the Court's determination of the test for reproduction of a substantial part in law. Contrary to the submissions of the defendants, I am certain that when something is designed to look like another object, I am permitted to take the next logical step and conclude that it does indeed look like the object!

52 Counsel for the defendants also argued that the "Bibendum" on the union leaflets and posters did not reproduce a substantial part of the original "Bibendum" because as a parody of the original, it constituted an entirely new work. Counsel cited *Joy Music Ltd. v. Sunday Pictorial Newspapers (1920), Ltd.*, [1960] 1 All E.R. 703; [1960] 2 Q.B. 60 (hereinafter *Joy Music* cited to All E.R.) in which

du «Bibendum» de CGEM Michelin sur les affiches et dans les prospectus utilisés dans leur campagne de recrutement. L'interrogatoire préalable et la ressemblance entre le «Bibendum» des affiches et l'œuvre protégée ont rendu ardu et vains les efforts de l'avocat des défendeurs pour convaincre la Cour qu'il n'y avait pas eu reproduction d'une partie importante du «Bibendum» de CGEM Michelin. L'interrogatoire préalable du défendeur Wark établit clairement que les défendeurs ont cherché à réaliser un «Bibendum» qui soit très ressemblant.

[TRADUCTION] . . . [j]e pense qu'il est évident que la tête est probablement la plus ressemblante et le reste du corps n'est pas proportionné . . . au «Bibendum» normal, si je le photocopiais à partir de vos documents.

Q. En fait, pourtant, êtes-vous d'accord avec moi pour dire, et je veux aller plus loin que l'aveu, qu'il s'agit de la reproduction substantielle du Bib de la société Michelin?

R. Oui. Oh oui! Oui.

Q. En fait, elle était censée être aussi exacte que possible . . .

R. Absolument. (À la p. 21, lignes 18 à 25, et à la p. 22, lignes 1 à 4.)

Je ne peux pas accepter l'argument des défendeurs qu'en faisant mention, dans cet extrait, de la reproduction «exacte», le défendeur Wark faisait allusion à la reproduction entendue au sens de la photocopie [TRADUCTION] «conçue pour ressembler» et que cette mention ne doit pas lier la Cour dans l'application du critère de la reproduction d'une partie importante en droit. Contrairement à ce que prétendent les défendeurs, je suis certain que, lorsque quelque chose est conçu pour ressembler à autre chose, je suis autorisé à en tirer la conclusion logique qu'il ressemble de fait à cette chose!

L'avocat des défendeurs a également soutenu que le «Bibendum» dans les prospectus et sur les affiches ne reproduisait pas une partie importante du «Bibendum» original, parce qu'en tant que parodie de l'original, il constituait une œuvre entièrement nouvelle. L'avocat a cité l'affaire *Joy Music Ltd. v. Sunday Pictorial Newspapers (1920), Ltd.*, [1960] 1 All E.R. 703; [1960] 2 Q.B. 60 (ci-après appelée *Joy* 52

Justice McNair at page 708 ruled that the test for infringement in regards to parody is whether the defendant “had bestowed such mental labour on what he has taken and subjected it to such revision and alteration as to produce an original work”. The defendants also cited *Motel 6, Inc. v. No. 6 Motel Ltd.*, [1982] 1 F.C. 638 (T.D.) (hereinafter *Motel 6*) to argue that it is immaterial if there is evidence of reproduction of a substantial part as long as there is evidence of “independent creation”.

Music), dans laquelle le juge McNair, à la page 708 de All E.R., a décidé que le critère de la contrefaçon en matière de parodie consiste à déterminer si le défendeur [TRADUCTION] «a tellement appliqué son esprit à ce qu’il a pris et l’a tellement révisé et modifié qu’il en a résulté une œuvre originale». Les défendeurs se sont en outre appuyés sur l’affaire *Motel 6, Inc. c. No. 6 Motel Ltd.*, [1982] 1 C.F. 638 (1^{re} inst.) (ci-après appelée *Motel 6*) pour affirmer qu’il importe peu que la reproduction d’une partie importante ait été établie, s’il y a une preuve de [TRADUCTION] «création indépendante».

53 I take issue with how the defendants have framed the test for reproduction of a substantial part. First, I cannot agree with the defendants’ characterization of the holding in *Motel 6*. There is no indication in Justice Addy’s brief comments on copyright infringement that he would have permitted reproduction of a substantial part as long as there was some evidence of independent creation. Justice Addy ruled that the plaintiff in that case had not even established ownership of the copyright, so he was not dwelling on the issue of reproduction of a substantial part. In fact, Justice Addy at page 648 in *Motel 6* did conclude that there was substantial similarity.

Je ne partage pas l’avis des défendeurs sur la nature du critère de la reproduction d’une partie importante. Premièrement, je ne souscris pas à leur caractérisation de la conclusion tirée dans *Motel 6*. Les brèves observations du juge Addy sur la question de la violation du droit d’auteur n’indiquent aucunement qu’il aurait permis la reproduction d’une partie importante pour autant qu’il y ait une preuve de création indépendante. Le juge Addy a décidé que la demanderesse dans cette affaire-là n’avait même pas établi la propriété du droit d’auteur, de sorte qu’il n’allait pas s’arrêter à la question de la reproduction d’une partie importante. En fait, il a conclu dans *Motel 6*, à la page 648, qu’il y avait une étroite ressemblance:

I would also have concluded that the copying of that mark done by the defendant, although not an exact replica, was sufficiently close to constitute an infringement. The mere fact that the cloverleaf design was avoided and replaced by a circle would not have been sufficient to avoid a finding of infringement. There is substantial similarity. This constitutes *prima facie* evidence of copying and no satisfactory evidence of independent creation was adduced: (See *King Features Syndicate Inc. v. O. and M. Kleemann, Ltd.* ([1941] 2 All E.R. 403 (H.L.) at p. 414) followed in *Collins v. Rosenthal* (1974), 14 C.P.R. (2d) 143 at p. 147)).

J’aurais également conclu que le plagiat de cette marque de la part de la défenderesse, quoiqu’il ne s’agit point d’une copie exacte, comportait une ressemblance suffisante pour constituer une contrefaçon. Le simple fait que le dessin constitué d’une feuille de trèfle ait été évité et remplacé par un cercle n’eût pas été suffisant pour empêcher de conclure à la contrefaçon. Il y a une étroite ressemblance. Cela constitue une présomption de plagiat contre laquelle aucune preuve de création indépendante n’a été rapportée. (Voir *King Features Syndicate Inc. c. O. and M. Kleemann, Ltd.* ([1941] 2 All E.R. 403 (H.L.) à la page 414), décision suivie dans l’affaire *Collins c. Rosenthal* ((1974) 14 C.P.R. (2^e) 143 à la page 147).)

54 Second, during the course of oral argument, the defendants mischaracterized the proper test for infringement in citing *Joy Music* to mean that there can be both reproduction of a substantial part and a finding of no infringement as long as there is sufficient mental effort. Justice Falconer in *Schweppes Limited and Others v. Wellingtons Limited*, [1984]

Deuxièmement, durant les plaidoiries orales, les défendeurs ont mal caractérisé le critère approprié pour la contrefaçon en tirant de *Joy Music* la conclusion qu’il peut y avoir à la fois reproduction d’une partie importante et absence de contrefaçon pour autant qu’il y ait un effort intellectuel suffisant. Dans *Schweppes Limited and Others v. Wellingtons*

10 F.S.R.⁸ 210 (Ch. D), at page 212 addressed the holding in *Joy Music* as it had been elucidated in the headnote for *Joy Music* as reported in [1960] 2 Q.B. 60 and argued by the defendant in *Schweppes*. The defendants in the current proceedings have appeared to embrace the same mistaken characterization of the holding in *Joy Music*.

. . . Held [in *Joy Music*], (1) that in considering whether a parody of a literary work constituted infringement of the copyright in that work the main test to be applied was whether the writer had bestowed such mental labour upon the material he had taken and had subjected it to such revision and alteration as to produce an original work.

. . . Put in that form, with all due respect I do not think that a correct statement of the law. The sole test is whether the defendant's work has reproduced a substantial part of the plaintiff's *ex hypothesi* copyright work. The fact that the defendant in reproducing his work may have himself employed labour and produced something original, or some part of his work which is original, is beside the point if none the less [*sic*] the resulting defendant's work reproduces without the licence of the plaintiff a substantial part of the plaintiff's work. The test every time in my judgment is, as the statute makes perfectly plain: Has there been a reproduction in the defendant's work of a substantial part of the plaintiff's work?

Limited, [1984] 10 F.S.R.⁸ 210 (Ch. D.), à la page 212, le juge Falconer a étudié la décision *Joy Music* telle que consignée dans le sommaire publié dans [1960] 2 Q.B. 60 et invoquée par la défenderesse dans *Schweppes*. Les défendeurs dans la présente instance ont semblé souscrire à la même caractérisation erronée de la décision *Joy Music*:

[TRADUCTION] . . . Arrêt [dans *Joy Music*]: (1) Sur la question de savoir si une parodie d'une œuvre littéraire constitue une violation du droit d'auteur sur cette œuvre, le critère principal à appliquer consiste à se demander si l'auteur a tellement appliqué son esprit à ce qu'il a pris et l'a tellement révisé et modifié qu'il en a résulté une œuvre originale.

. . . Je ne saurais souscrire à cet énoncé du droit, sous cette forme. Le seul critère consiste à décider si l'œuvre du défendeur a reproduit une partie importante de l'œuvre censément protégée du demandeur. Le fait que le défendeur ait, en reproduisant son œuvre, lui-même appliqué son esprit et produit quelque chose d'original, ou qu'une partie de son œuvre soit originale, n'est pas pertinent si néanmoins l'œuvre en résultant reproduit sans autorisation une partie importante de celle du demandeur. Le critère est chaque fois, à mon sens, comme la loi le précise tout à fait clairement: y a-t-il dans l'œuvre du défendeur une reproduction d'une partie importante de l'œuvre du demandeur?

55 Justice Baker in *Williamson Music Ltd. and Others v. The Pearson Partnership Ltd. and Another*, [1987] 13 F.S.R. 97 (Ch. D), at page 106 cited with approval Justice Falconer's analysis of the test for reproduction of a substantial part: "When considering any question of parody, I accept that test of Falconer J., that the test every time is, as the statute makes perfectly plain: "Has there been a reproduction in the defendant's work of a substantial part of the plaintiff's work?"

Dans *Williamson Music Ltd. and Others v. The Pearson Partnership Ltd. and Another*, [1987] 13 F.S.R. 97 (Ch. D.), le juge Baker a cité et approuvé, à la page 106, l'analyse du juge Falconer concernant le critère de la reproduction d'une partie importante: [TRADUCTION] «Lorsqu'il est question de parodie, je fais mien le critère énoncé par le juge Falconer: "le critère est chaque fois, comme la loi le précise tout à fait clairement: y a-t-il dans l'œuvre du défendeur une reproduction d'une partie importante de l'œuvre du demandeur?"»

56 In fact, in *Joy Music* at page 708, Justice McNair found that there had been no reproduction of a substantial part. The defendant in that case had taken a small portion of the original work, the immortal phrase "Rock-a-Billy, Rock-a-Billy, Rock-a-Billy, Rock" from the chorus of a rock song and modified it as a caption under a newspaper article and photo on Prince Philip's supposedly feckless and unrestrained sporting activities. The caption used was

En fait, dans *Joy Music* à la page 708, le juge McNair a conclu à l'absence de reproduction d'une partie importante. La défenderesse dans cette affaire-là avait pris une petite partie de l'œuvre originale, les paroles immortelles «Rock-a-Billy, Rock-a-Billy, Rock-a-Billy, Rock» du refrain d'une chanson rock et transformé celles-ci en légende d'un article de journal et d'une photo sur les activités sportives censément frivoles et débridées du prince Philip. La

“Rock-a-Philip Rock! Rock!” followed by parodic lyrics in two verses.

légende comportait les mots: «Rock-a-Philip Rock! Rock!», suivis de deux couplets parodiques.

57 Thus, the true test for infringement is whether the act complained of is only an act that the copyright owner could do under subsection 27(1), including reproduction of the original or a substantial part of the work. The expenditure of some mental labour is not enough to trump the fact that there has been reproduction of a substantial part of a work. Persons who adapt novels into musicals or films also expend mental effort but if there is reproduction of a substantial part of the original, there is still infringement if the consent of the copyright owner has not been obtained. To escape the charge of infringement, the defendants’ “Bibendum” must be an entirely new work, an “original result” in Justice McNair’s phrase from *Joy Music*. In effect, it is immaterial if the defendants have employed some labour and some originality if there is nonetheless reproduction of a substantial part of the original. In any event, I can find no merit in the defendants’ submission that the “Bibendum” on their posters and leaflets displayed sufficient mental labour and originality to constitute an entirely new result. It is true that the defendant CAW did not simply photocopy an existing Michelin “Bibendum” and tack the identical corporate “Bibendum” on to its campaign literature. Counsel for the defendants highlighted such ostensible points of difference between the “Bibendum” depicted on the leaflets and posters and the original copyright as the distinct smile, peculiar gleam in the eyes, upraised foot, bigger boots, the workers underneath this booted menace and the captioned dialogue. Despite all these subtle distinctions and counsel’s exacting critical acumen and appraisal, I cannot find sufficient mental effort and independent thought in the union’s “Bibendum” such that it is an entirely new work.

57 Par conséquent, le véritable critère de la contrefaçon consiste à se demander si l’acte reproché est un acte que seul le titulaire du droit d’auteur a la faculté d’exécuter en vertu du paragraphe 27(1), y compris la reproduction de l’original ou d’une partie importante de l’œuvre. La présence d’un certain effort intellectuel ne suffit pas à éclipser le fait qu’il y a eu reproduction d’une partie importante d’une œuvre. Les personnes qui adaptent des romans pour le théâtre (comédie musicale) ou pour le cinéma appliquent aussi leur esprit, mais s’il y a reproduction d’une partie importante de l’original, il y a tout de même contrefaçon si le consentement du titulaire du droit d’auteur n’a pas été obtenu. Pour échapper à l’accusation de contrefaçon, le «Bibendum» des défendeurs doit représenter une œuvre entièrement nouvelle, un [TRADUCTION] «résultat original», pour reprendre les paroles du juge McNair dans *Joy Music*. En effet, il importe peu que les défendeurs aient appliqué leur esprit et fait preuve d’originalité s’il y a néanmoins reproduction d’une partie importante de l’original. De toute façon, j’estime tout à fait dénué de fondement l’argument des défendeurs que le «Bibendum» sur leurs affiches et dans leurs prospectus attestait un effort intellectuel et une originalité suffisants pour constituer un résultat entièrement nouveau. Il est vrai que les défendeurs TCA n’ont pas simplement photocopié un «Bibendum» Michelin existant et accolé le «Bibendum» identique de la société aux documents utilisés dans leur campagne. L’avocat des défendeurs a mis en évidence les différences apparentes entre le «Bibendum» montré dans les prospectus et sur les affiches, et l’original protégé, notamment le sourire distinctif, l’éclat particulier des yeux, le pied levé, les bottes surdimensionnées, les travailleurs placés sous la botte menaçante et le dialogue dans les bulles. Malgré toutes ces distinctions subtiles, ainsi que la finesse de la critique et l’analyse rigoureuse de l’avocat, je ne peux pas conclure à l’existence dans le «Bibendum» du syndicat d’un effort intellectuel et d’une idée indépendante suffisants pour constituer une œuvre entièrement nouvelle.

58 However, I do find reproduction of a substantial part of the plaintiff's work—so much so that the original "Bibendum" is immediately apparent in the infringing work. Reproduction of a substantial part is a question of impression that minor differences in "Bibendum's" body posture and the breadth of his smile do not negate. The union has depicted a figure that is the essence of "Bibendum" because it is composed out of tires, sports boots, has a bald head, crossed arms and a bulging torso. In short, the defendant CAW has reproduced a substantial part of the "Bibendum" in the plaintiff's registered copyrights and unregistered copyright. The addition of the roughly drawn workers and their cautionary dialogue on the union's leaflets and posters does not represent a significant difference in the use of the "Bibendum" copyright. In defendant Wark's discovery testimony, quoted earlier in reference to the issue of whether the defendants had used "Bibendum" as a trade-mark, Wark spoke of seeking to use the "Bibendum" as a communication tool. However, since the question of copyright infringement is one of impression, the intention of the infringer is less important than the fact that a substantial part of the original work has been reproduced. Intention might only later become relevant if the infringer falls under an exception to copyright infringement because the use of the copyrighted original qualifies as "fair dealing for the purpose of criticism, review or newspaper summary". The message purportedly behind the union's "Bibendum" cannot overcome the fact that a substantial part of the copyright original has been reproduced. The threshold for whether an act constitutes reproduction of a substantial part and thus infringement is not so low that an upraised boot is enough to constitute a new creation. It has been said that everyone is a critic, but I have no hesitation in dashing counsel's arguments on the supposed creative spark found in the defendant CAW's posters and leaflets.

Toutefois, je conclus à l'existence d'une reproduction d'une partie importante de l'œuvre de la demanderesse—à tel point que le «Bibendum» original ressort du premier coup d'œil dans l'œuvre contrefaite. La reproduction d'une partie importante est une question d'impression que les différences mineures d'attitude du «Bibendum» et la largeur de son sourire n'annulent pas. Le syndicat a représenté un personnage qui est l'essence du «Bibendum», parce qu'il est fait de pneus, porte des bottes, est chauve, a les bras croisés et le torse gonflé. Bref, les défendeurs TCA ont reproduit une partie importante du «Bibendum» faisant l'objet des droits d'auteur enregistrés et du droit d'auteur non enregistré de la demanderesse. L'ajout des travailleurs grossièrement dessinés et du dialogue faisant office de mise en garde dans les prospectus et sur les affiches ne représente pas une différence importante dans l'utilisation du «Bibendum» faisant l'objet des droits d'auteur. Dans son interrogatoire préalable, cité précédemment à propos de la question de savoir si les défendeurs avaient employé le «Bibendum» comme marque de commerce, le défendeur Wark a dit chercher à l'utiliser comme outil de communication. Toutefois, comme la violation du droit d'auteur est une question d'impression, l'intention du contrefacteur est moins importante que le fait qu'une partie importante de l'œuvre originale a été reproduite. L'intention pourrait devenir pertinente seulement plus tard, si le contrefacteur peut faire valoir une exception à la violation du droit d'auteur, parce que l'utilisation de l'original protégé peut être qualifiée d'«utilisation équitable d'une œuvre à des fins de critique, de compte rendu ou de préparation d'un résumé destiné aux journaux». Le message qu'est censé communiquer le «Bibendum» du syndicat ne peut pas supplanter le fait qu'une partie importante de l'original protégé a été reproduite. Le critère établissant qu'il y a eu reproduction d'une partie importante, et donc contrefaçon, n'est pas si peu strict qu'une botte levée suffit pour constituer une nouvelle création. Le proverbe dit que la critique est aisée, mais je n'hésite pas à repousser les arguments de l'avocat concernant la prétendue étincelle créative manifestée dans les affiches et les prospectus des défendeurs TCA.

(ii) Parody as an exception

59 As I have ruled that the defendants have reproduced a substantial part of the plaintiff's work and thus infringed the copyright, the burden now shifts to the defendants to prove that they fall under an exception to copyright infringement. Like the plaintiff in regards to the *Trade-marks Act*, the defendants have offered a novel argument and radical interpretation of the law. In this case, the defendants argue that parody is a form of "criticism" under paragraph 27(2)(a.1), the relevant exception to copyright infringement.

Paragraph 27(2)(a.1) reads:

27. . . .

(2) The following acts do not constitute an infringement of copyright:

. . .

(a.1) any fair dealing with any work for the purposes of criticism, review or newspaper summary, if

(i) the source, and

(ii) the author's name, if given in the source, are mentioned.

60 Parody is not explicitly discussed in the *Copyright Act*. The defendants acknowledged that parody in previous cases had always been argued as an issue under subsection 3(1) or that there had been no reproduction of a substantial part of the copyright because it constituted a new work: (see *Ludlow Music Inc. v. Canint Music Corp. Ltd. et al.*, [1967] 2 Ex. C.R. 109, (hereinafter *Ludlow*); *MCA Canada Ltd.-MCA Canada Ltée et al. v. Gillberry & Hawke Advertising Agency Ltd. et al.* (1976), 28 C.P.R. (2d) 52 (F.C.T.D), (hereinafter *MCA*); and *ATV Music Publishing of Canada Ltd. v. Rogers Radio Broadcasting Ltd. et al.* (1982), 35 O.R. (2d) 417 (H.C.), (hereinafter *ATV*). This long stream of Canadian cases held that parody is not an exception to acts of copyright infringement. The defendants attempted to

(ii) La parodie en tant qu'exception

59 Comme j'ai décidé que les défendeurs ont reproduit une partie importante de l'œuvre de la demanderesse et, par conséquent, violé leur droit d'auteur, il incombe maintenant aux défendeurs de prouver qu'ils peuvent se prévaloir d'une exception à la violation du droit d'auteur. À l'instar de la demanderesse en ce qui a trait à la *Loi sur les marques de commerce*, les défendeurs ont avancé un argument innovateur et une interprétation radicale de la loi. Ils soutiennent en l'occurrence que la parodie est une forme de «critique» sous le régime de l'alinéa 27(2)a.1), l'exception pertinente à la violation du droit d'auteur.

Cette disposition est ainsi conçue:

27. . . .

(2) Ne constituent aucune violation du droit d'auteur:

. . .

a.1) l'utilisation équitable d'une œuvre à des fins de critique, de compte rendu ou de préparation d'un résumé destiné aux journaux, à condition qu'il soit fait mention de la source et du nom de l'auteur, s'il figure dans la source;

60 La parodie n'est pas traitée comme telle dans la *Loi sur le droit d'auteur*. Les défendeurs ont reconnu que, dans la jurisprudence, la parodie avait toujours été invoquée sous le régime du paragraphe 3(1) ou que le tribunal avait conclu à l'absence de reproduction d'une partie importante de l'œuvre protégée parce qu'il s'agissait d'une nouvelle œuvre: voir les affaires *Ludlow Music Inc. v. Canint Music Corp. Ltd. et al.*, [1967] 2 R.C.É. 109 (ci-après appelée *Ludlow*); *MCA Canada Ltd.-MCA Canada Ltée et al. c. Gillberry & Hawke Advertising Agency Ltd. et al.* (1976), 28 C.P.R. (2d) 52 (C.F. 1^{re} inst.) (ci-après appelée *MCA*); et *ATV Music Publishing of Canada Ltd. v. Rogers Radio Broadcasting Ltd. et al.* (1982), 35 O.R. (2d) 417 (H.C.) (ci-après appelée *ATV*). Dans cette longue série de causes, il a été décidé

distinguish the previous cases by arguing that they all discussed song parodies under subsection 3(1)⁹ or did not address the issue of whether the parody was a new work displaying original thought that did not infringe the copyright because they did not reproduce a substantial part of the work. Since words and music are so inextricably linked, the Court found in those cases that reproducing a substantial part of the music even with humorous parodic lyrics still constituted infringement of the copyright.

que la parodie n'est pas une exception à la violation du droit d'auteur. Les défendeurs ont tenté de démontrer que l'espèce est d'une toute autre nature en affirmant que ces causes concernaient toutes des parodies de chansons tombant sous le coup du paragraphe 3(1)⁹ ou ne portaient pas sur la question de savoir si la parodie était une nouvelle œuvre comportant une idée originale qui ne violait pas le droit d'auteur, parce qu'elle ne reproduisait pas une partie importante de l'œuvre. Comme les paroles et la musique sont liées inextricablement, la cour a conclu dans ces affaires que la reproduction d'une partie importante de la musique même avec un texte parodique humoristique constituait une violation du droit d'auteur.

61 I am not satisfied that these cases are applicable to the current matter on the status of parody in Canadian law even if the fair dealing exception was not strictly pleaded. Under the *Copyright Act*, "criticism" is not synonymous with parody. Criticism requires analysis and judgment of a work that sheds light on the original. Parody is defined in the *Collins Dictionary of the English Language* (2nd ed., London: Collins, 1986) as "a musical, literary or other composition that mimics the style of another composer, author, etc. in a humorous or satirical way". In *Zamacois, Miguel v. Douville, Raymond et al.*, [1944] Ex. C.R. 208; (1943), 3 Fox P.C. 44, Justice Angers, at page 71 of Fox P.C. held that the Court will consider the wider context, both the quantity and quality of quotations from the original, in its evaluation of a work as "criticism": "The right of literary criticism includes the right of citation of passages from the work criticized and the number or the importance of the citations does not modify the character of the publication if they serve only to contribute to the demonstration of the criticism undertaken". In the Canadian and Commonwealth courts, parody has never been held to figure as criticism although the term criticism is not confined to "literary criticism".

Je ne suis pas convaincu que ces causes soient applicables à la présente espèce quant à la situation de la parodie en droit canadien même si l'exception relative à l'utilisation équitable n'a pas été plaidée strictement. Sous le régime de la *Loi sur le droit d'auteur*, «critique» et parodie ne sont point synonymes. La critique suppose l'analyse et l'appréciation d'une œuvre qui permettent de comprendre l'original. La parodie est définie dans *Collins Dictionary of the English Language* (2^e éd., London: Collins, 1986) comme une [TRADUCTION] «œuvre musicale, littéraire ou autre qui imite le style d'un autre compositeur, auteur, etc. de façon humoristique ou satirique». Dans *Zamacois, Miguel v. Douville, Raymond et al.*, [1944] R.C.É. 208, le juge Angers a décidé, à la page 234, que la Cour tient compte du contexte général, tant de la quantité que de la qualité des citations de l'original, dans son évaluation de l'œuvre en tant que «critique»: «Le droit de critique littéraire comprend le droit de citation des passages de l'œuvre critiquée, et le nombre ou l'importance des citations ne modifie pas le caractère de la publication, si celles-ci ne servent qu'à concourir à la démonstration de la critique entreprise». Dans la jurisprudence canadienne et celle du Commonwealth, la parodie n'a jamais été regardée comme une critique, bien que le terme critique n'y soit pas limité à la «critique littéraire».

62 The defendants have added a twist to this usual reasoning by urging the Court to consider, in line

Les défendeurs ont donné un tour nouveau à ce raisonnement habituel en exhortant la Cour à conclu-

with the recent decision of the American Supreme Court in *Luther R. Campbell a.k.a Luke Skywalker v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 114 S. Ct. 1164 (1994), (hereinafter *Acuff-Rose*) that parody is a form of “criticism” under paragraph 27(2)(a.1). The defendants submitted that even though their “Bibendum” constituted a reproduction of a substantial part of the plaintiff’s copyright, this was a type of parody that by the very definition of the term parody required substantial reproduction of the original to make its point. The addition of the men under “Bibendum’s” upraised leg, the dialogue and the alteration in “Bibendum’s” expression created a new, integrated “Bibendum” design that was meant to ridicule and mock “Bibendum’s” usual corporate image as a benign, smiling and safe father figure. The defendants further argued that they had no need to cite the source, a requirement under paragraph 27(2)(a.1) since in a parody, the source is implicitly known to the onlooker.

re, conformément à l’arrêt récent de la Cour suprême des États-Unis *Luther R. Campbell a.k.a Luke Skywalker v. Acuff-Rose Music, Inc.* 114 S. Ct. 1164 (1994) (ci-après appelé *Acuff-Rose*), que la parodie est une forme de «critique» visée à l’alinéa 27(2)a.1). Les défendeurs ont soutenu que, bien que leur «Bibendum» constitue une reproduction d’une partie importante de l’œuvre protégée de la demanderesse, c’était un type de parodie qui, étant donné la définition même du mot «parodie», exigeait la reproduction substantielle de l’original pour être efficace. L’insertion de personnages sous la botte levée du «Bibendum», le dialogue et la modification de l’expression du «Bibendum» ont créé une nouvelle représentation intégrée qui visait à ridiculiser et railler l’image de marque de l’entreprise, savoir un «Bibendum» symbolisant une figure paternelle, incarnant la bonhomie, souriant et appelant la confiance. Les défendeurs ont aussi soutenu qu’ils n’avaient pas à citer la source, comme l’exige l’alinéa 27(2)a.1), puisque dans une parodie, la source est implicitement connue du spectateur.

63 As with the plaintiff’s creative and novel interpretations of the *Trade-marks Act*, I have rejected the defendants’ submissions. The defendants fall short because American case law permitting parody as criticism under the American doctrine of “fair use” is not applicable nor terribly persuasive in the Canadian context of a different legal regime and a longstanding trend to deny parody as an exception. As well, exceptions to copyright infringement should be strictly interpreted. I am not prepared to read in parody as a form of criticism and thus create a new exception under paragraph 27(2)(a.1).

63 Comme je l’ai fait des interprétations créatives et innovatrices, données par la demanderesse, de la *Loi sur les marques de commerce*, j’ai rejeté les arguments des défendeurs. Ceux-ci ont échoué parce que la jurisprudence américaine permettant la parodie à titre de critique conformément à la doctrine de l’«utilisation équitable» (*fair use*) n’est ni applicable ni terriblement persuasive dans le contexte canadien où la loi est différente et où la jurisprudence de longue date n’accueille pas la parodie comme exception. De plus, les exceptions à la violation du droit d’auteur doivent être interprétées strictement. Je ne suis pas disposé à donner une interprétation large du mot «critique» pour y englober la parodie et créer ainsi une nouvelle exception à l’alinéa 27(2)a.1).

(iii) American case law and strict interpretation

(iii) Jurisprudence américaine et interprétation stricte

64 The defendants pointed to the recent unanimous decision of the American Supreme Court in *Acuff-Rose, supra*, as sole authority for reading in parody as a component of criticism or the exception to infringement. In effect, the defendants are admitting,

64 Les défendeurs ont argué de l’arrêt unanime récent de la Cour suprême des États-Unis dans *Acuff-Rose, supra*, comme unique précédent autorisant une interprétation large de la critique, propre à englober la parodie ou à en faire une exception à la violation

“Yes, we did infringe the plaintiff’s copyright by copying a substantial part of the original but as a defence, we can plead that we were parodying the original, a form of fair dealing for the purpose of criticism under paragraph 27(2)(a.1)”. The defendants admitted that they were urging the Court to accept a new interpretation of paragraph 27(2)(a.1) in the light of the American decision. In *Acuff-Rose*, the defendant had used the characteristic bass riff and opening line from Roy Orbison’s classic rock song, *Pretty Woman* in its own rap song with new lewd and crude lyrics and distinctive rap background motifs. Justice Souter writing for the Court¹⁰ held at page 1173 that the Court of Appeals had erred in overstating the parodist’s commercial motive to deny the fairness of the use: “In giving virtually dispositive weight to the commercial nature of the parody, the Court of Appeals erred.” The rap version of *Pretty Woman* could still qualify as a parody or critique of the romantic fantasy embodied in the original song and could be considered an exception to copyright infringement as fair use for the purpose of criticism under section 107 of the American statute. The United States Supreme Court remanded the case to the trial level to reconsider the rap version of *Pretty Woman* against all of the factors for “fair use” in section 107.

du droit d’auteur. En effet, les défendeurs admettent: [TRADUCTION] «Oui, nous avons violé le droit d’auteur de la demanderesse en copiant une partie importante de l’original, mais pour notre défense, nous pouvons faire valoir que nous faisons une parodie de l’original, soit une forme d’utilisation équitable à des fins de critique visée à l’alinéa 27(2)a.1.» Ils ont admis qu’ils exhortaient la Cour à accepter une nouvelle interprétation de l’alinéa 27(2)a.1) en tenant compte de l’arrêt américain. Dans *Acuff-Rose*, la défenderesse avait utilisé le riff de basse caractéristique et le premier vers de la chanson rock classique de Roy Orbison, *Pretty Woman*, dans sa propre chanson rap en y ajoutant des paroles lubriques et grossières sur un fond de motifs distinctifs de rap. S’exprimant au nom de la Cour¹⁰, le juge Souter a déclaré, à la page 1173, que la Cour d’appel avait commis une erreur en surestimant le mobile commercial du parodiste pour nier le caractère équitable de l’utilisation: [TRADUCTION] «En faisant presque de la nature commerciale de la parodie un facteur décisif, la Cour d’appel a commis une erreur.» La version rap de *Pretty Woman* pouvait tout de même être qualifiée de parodie ou de critique de la fiction romantique créée par la chanson originale, et être tenue pour une exception à la violation du droit d’auteur en tant qu’utilisation équitable à des fins de critique sous le régime de l’article 107 de la loi américaine. La Cour suprême des États-Unis a renvoyé l’affaire à la juridiction de première instance afin qu’elle réexamine la version rap de *Pretty Woman* en tenant compte de tous les facteurs relatifs à l’«utilisation équitable» énoncés à l’article 107.

65 While the American case is most fascinating from both a cultural and legal perspective, I have not found it to be persuasive authority in the context of Canada’s particular copyright regime. Chief Justice Laskin in *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616, held at page 629 that a court should be prudent in applying American precedents to the Canadian context and should take into consideration the particular rules of each system of law: “they do not carry any authority beyond persuasiveness according to their relevance in the light of context, with due regard to the obvious differences that exist”. American decisions are only persuasive to the

Cette affaire américaine est certes fascinante sur le plan culturel et juridique, mais je n’estime pas qu’elle fasse autorité dans le contexte du régime particulier du Canada en matière de droit d’auteur. Dans l’arrêt *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, le juge en chef Laskin a décidé, à la page 629, qu’il convient d’appliquer avec circonspection les arrêts américains dans le contexte canadien et de prendre en considération les règles particulières de chaque système de droit: «ils n’ont d’autre autorité qu’une force de persuasion selon leur pertinence à la lumière du contexte, en tenant dûment compte des différences qui existent manifeste-

65

extent that the laws in both jurisdictions are similar: (see *Compo Company Ltd. v. Blue Crest Music Inc. et al.*, [1980] 1 S.C.R. 357, at page 367 (hereinafter *Compo*)). The plaintiff rightly pointed out many distinctions between section 107¹¹ of the American *Copyright Act* [17 U.S.C. (1994)] and our own system. Contrary to the opinion of James Zegers, author of an article entitled, "Parody and Fair Use in Canada after *Campbell v. Acuff-Rose*" in (1994), 11 *Can. Intell. Prop. Rev.* 205, I hold that these distinctions are crucial.¹² First, the American system is open-ended when it comes to exceptions. In other words, the list of exceptions is not exhaustive but should be on a case-by-case basis since section 107 reads, "for purposes such as criticism, comment" (emphasis added). As well, the four factors in section 107 for determining whether use is fair are equally not exhaustive since they are prefaced by the phrase, "shall include". This is not the case in Canada. The exceptions to acts of copyright infringement are exhaustively listed as a closed set in paragraphs 27(2)(a) to 27(2)(m) and subsection 27(3) of the *Copyright Act*. They should be restrictively interpreted as exceptions. Justice McLachlin in *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467, at pages 480-481 (hereinafter *Bishop*) cautioned the Court against reading in exceptions to copyright infringement given the detailed and explicit exemptions: "Furthermore, an implied exemption to the literal meaning of s. 3(1)(d) is all the more unlikely, in my opinion, in light of the detailed and explicit exemptions in s. 17(2) (now s. 27(2)) of the Act, providing for matters as diverse as private study, research or critical review". I cannot accept that I should give the word "criticism" such a large meaning that it includes parody. In doing so, I would be creating a new exception to the copyright infringement, a step that only Parliament would have the jurisdiction to do.

ment». Les arrêts américains ne sont persuasifs que dans la mesure où les lois des deux pays sont semblables: voir *Compo Company Ltd. c. Blue Crest Music Inc. et autres*, [1980] 1 R.C.S. 357 (ci-après appelée *Compo*), à la page 367. La demanderesse a mis en lumière à juste titre un certain nombre de différences entre l'article 107¹¹ de la loi américaine sur le droit d'auteur [17 U.S.C. (1994)] et notre propre loi en la matière. Contrairement à ce que pense James Zegers, auteur d'un article intitulé «Parody and Fair Use in Canada after *Campbell v. Acuff-Rose*» (1994), 11 *R.C.P.I.* 205, j'estime que ces distinctions sont cruciales¹². Premièrement, le système américain n'énonce pas limitativement les exceptions. Autrement dit, la liste des exceptions n'est pas exhaustive, mais chaque cas doit être étudié selon ses circonstances particulières puisque l'article 107 dit: [TRADUCTION] «à des fins telles que la critique, le commentaire» (non souligné dans l'original). En outre, les quatre facteurs énumérés à l'article 107 pour déterminer si l'utilisation est équitable ne sont pas non plus exhaustifs puisqu'ils sont précédés du mot «notamment». Or, tel n'est pas le cas au Canada. Les exceptions à la violation du droit d'auteur sont énumérées exhaustivement aux alinéas 27(2)a) à 27(2)m) et au paragraphe 27(3) de la *Loi sur le droit d'auteur*. En tant qu'exceptions, elles doivent être interprétées strictement. Dans *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, le juge McLachlin a, aux pages 480 et 481, mis la Cour en garde contre une interprétation large des exceptions à la violation du droit d'auteur, étant donné les exceptions expresses et détaillées: «De plus, une exception implicite au sens littéral de l'al. 3(1)d) est, à mon avis, d'autant moins plausible que le par. 17(2) (maintenant par. 27(2)) de la Loi prévoit des exceptions expresses et détaillées dans des cas aussi divers que l'étude privée, la recherche, l'étude critique». Je ne peux me résoudre à donner au mot «critique» une interprétation large au point d'y inclure la parodie. Je me trouverais à créer de la sorte une nouvelle exception à la violation du droit d'auteur, démarche qui relève de la compétence exclusive du législateur.

66 Second, "fair use" in the American system is not equivalent to "fair dealing" in Canada. Unlike the explicit requirement in paragraph 27(2)(a.1), the

Deuxièmement, le «*fair use*» du système américain n'est pas équivalent à l'«utilisation équitable» du régime canadien. Contrairement à l'exigence 66

American system does not require that the critic give the source and author of the copyright if this information is provided in the original. In sum, parody does not exist as a facet of “criticism”, an exception to infringement in Canadian copyright law. I do accept that parody in a generic sense can be a form of criticism; however, it is not “criticism” for the purposes of the *Copyright Act* as an exception under the fair dealing heading.

explicite de l’alinéa 27(2)a.1), le système américain n’exige pas que le critique fasse mention de la source et de l’auteur de l’œuvre protégée si ce renseignement est fourni dans l’original. Bref, la parodie n’est pas une facette reconnue de la «critique», exception à la contrefaçon prévue dans la loi sur le droit d’auteur au Canada. J’admets que la parodie au sens générique peut être une forme de critique; toutefois, ce n’est pas une «critique» pour l’application de la *Loi sur le droit d’auteur* en tant qu’exception visée par la notion d’utilisation équitable.

67 In any event, the plaintiff had argued that the “Bibendum” design on the leaflets and posters did not even qualify as a parody because the object of the parody or critical scorn has to be the original work, the original Michelin corporate “Bibendum” and not target CGEM Michelin’s role as an employer. I do not intend to discuss at length this argument over what constitutes the proper object of parody. The American Supreme Court in *Acuff-Rose, supra*, held at page 1172 that to qualify as a parody, the commentary must have “critical bearing on the substance or style of the original composition”. Since I have already ruled that parody does not exist as an exception to copyright infringement, it is immaterial to determine whether the proper target of the parody in this instance is the original work or the company represented by the original work. I will state, however, that I believe that the two are for all intents and purposes equivalent in the public’s perception. Michelin is the “Bibendum” and the “Bibendum” is Michelin, so any criticism of the “Bibendum” is criticism of Michelin and vice versa.

De toute façon, la demanderesse a soutenu que le dessin du «Bibendum» dans les prospectus et sur les affiches ne pouvait même pas être qualifié de parodie, parce que l’objet de la parodie ou de la dérision doit être l’œuvre originale, le «Bibendum» original de la société Michelin et non l’action de CGEM Michelin comme employeur. Je n’entends pas analyser en profondeur cet argument touchant l’objet propre de la parodie. Dans l’arrêt *Acuff-Rose, supra*, la Cour suprême des États-Unis a décidé, à la page 1172, que pour être tenu pour une parodie, le commentaire doit être [TRADUCTION] «une critique du fond ou du style de la composition originale». Comme j’ai déjà conclu que la parodie n’est pas une exception à la violation du droit d’auteur, il importe peu de déterminer si l’objet propre de la parodie dans la présente espèce est l’œuvre originale ou la société représentée par l’œuvre originale. Je dirai cependant que je crois que les deux sont en fait équivalentes dans la perception du public. Michelin est le «Bibendum» et le «Bibendum» est Michelin, de sorte que toute critique du «Bibendum» est une critique de Michelin, et vice versa.

(iv) Mention source and fair treatment

(iv) Mention de la source et traitement équitable

68 Thus, I hold, in line with the prevailing Canadian authorities, that parody does not exist as criticism, an exception to acts of copyright infringement. And even if I were to follow the American authority in *Acuff-Rose* and state that parody exists as a fair dealing exception to infringement, the defendants would have failed under the two secondary elements of paragraph 27(2)(a.1). First, the defendants did not mention the source and author’s name of the orig-

En conséquence, je conclus, en conformité avec la jurisprudence canadienne, que la parodie n’est pas une forme de critique reconnue, exception à la violation du droit d’auteur. Et même si je suivais le précédent américain *Acuff-Rose* et que je dise que la parodie est, à titre d’utilisation équitable, une exception à la contrefaçon, les défendeurs auraient échoué quant aux deux éléments secondaires de l’alinéa 27(2)a.1). Premièrement, ils n’ont pas fait mention

inal on their “Bibendum” leaflets and poster. This is a condition of the fair dealing exception since paragraph 27(2)(a.1) states, “if (i) the source, and (ii) the author’s name, if given in the source, are mentioned.” The defendants argued that by its very nature, every parody meets the criteria of mentioning the source and author since parody to succeed as parody must implicitly conjure up the heart of the original work. On the meaning of the term “mention”, the defendants were at pains to argue that mention is less stringent than another term like “cite” that Parliament could have used. The defendants further submitted that “mention” means a casual allusion that is met by parody’s implicit acknowledgement of the original by the mere fact of its necessary similarity to the original work.

de la source et du nom de l’auteur de l’original dans leurs prospectus et sur leurs affiches montrant un «Bibendum». Or, c’est une des conditions de l’exception touchant l’utilisation équitable, puisqu’on lit à l’alinéa 27(2)a.1): «à condition qu’il soit fait mention de la source et du nom de l’auteur, s’il figure dans la source». Les défendeurs ont soutenu que, de par sa nature, la parodie satisfait au critère de la mention de la source et de l’auteur puisque, pour être efficace, elle doit implicitement évoquer l’essence de l’œuvre originale. Quant au sens du mot «mention», les défendeurs se sont donné beaucoup de mal pour démontrer que le terme «fait mention» est moins rigoureux qu’un autre mot comme «cite» que le législateur aurait pu employer. Ils ont en outre affirmé que le terme «mention» impliquait une simple allusion, ce que la parodie comporte par la reconnaissance implicite de l’original dans le simple fait de la ressemblance nécessaire avec l’œuvre originale.

69 With respect, I have difficulty accepting the defendants’ submissions on this issue. It is circular to argue that parody implicitly mentions the source and author because it is a parody. What if the source and author is not conjured up in the onlooker’s mind because the parody is not very well executed, the parodist’s target is particularly obscure or the recipient of the parody is dull-witted? Is it only “good” parodies that qualify under paragraph 27(2)(a.1)? The law cannot permit such distinctions. As well, the defendants have to walk a very fine line in arguing that parody is a form of criticism that dispenses with the need to mention the source and author. Unfortunately for the defendants, in walking this fine line, they have fallen into the abyss of logical inconsistency. According to the defendants, the “Bibendum” depicted on the union leaflets and posters has to be similar enough to the Michelin original to implicitly “mention” the source but distinctive enough that it substantially reproduces the Michelin original but still constitutes a new work of criticism. The two facets of this argument are paradoxical and cannot be reconciled. The fact that the law requires mention of the source and author is yet another barrier to the defendants’ attempt to read in parody under the term “criticism”. If parody does

Je me trouve malheureusement dans l’obligation de dire que j’hésite à accepter les arguments des défendeurs sur ce point. C’est par un raisonnement tautologique qu’ils affirment que la parodie fait implicitement mention de la source et de l’auteur parce qu’elle est une parodie. Qu’en est-il si la source et l’auteur ne sont pas évoqués dans l’esprit du spectateur, parce que la parodie n’est pas bien faite, que la cible du parodiste est particulièrement obscure ou que le destinataire n’est guère doué? Est-ce que seulement les «bonnes» parodies remplissent les conditions de l’alinéa 27(2)a.1)? La loi ne peut pas permettre de telles distinctions. De plus, les défendeurs sont sur la corde raide lorsqu’ils affirment que la parodie est une forme de critique qui dispense d’avoir à faire mention de la source et de l’auteur. Malheureusement pour eux, s’étant placés dans cette position très instable, ils sont tombés dans un abîme d’illogisme. D’après les défendeurs, le «Bibendum» montré dans les prospectus et sur les affiches doit être assez semblable à l’original de Michelin pour «faire mention» implicitement de la source, mais assez distinctif pour reproduire substantiellement l’original de Michelin, tout en constituant néanmoins une nouvelle œuvre critique. Les deux facettes de cet argument sont paradoxales et inconciliables. Le

69

not require mention of the source because of its very nature as a parody, then parody cannot be included under the term "criticism" which so obviously requires mention of the source. The requirement to actively mention the source and author is there for a reason and not to be lightly skipped over. The need to require the source was added to amendments to the *Copyright Act in North American Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1993, c. 44, subsection 64(1). There is no Canadian case law on what "mention" means but I am in agreement with the plaintiff that it is more than a passive or implicit acknowledgment in parody. According to the *Concise Oxford Dictionary of Current English* (8th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990), mention means "to refer to briefly, to specify by name or to reveal or disclose". When the plaintiff uses the "Bibendum", it gives Michelin as the source. The author or originator is not stated so at the very least the defendants have to explicitly give the source and not the author if they hope to qualify under the fair dealing exception in paragraph 27(2)(a.1) when they use the "Bibendum" design. This they have not done.

fait que la loi exige la mention de la source et de l'auteur est un autre obstacle à la tentative des défendeurs pour interpréter largement le mot «critique» de façon à y inclure la parodie. Si la parodie, de par sa nature, n'exige pas de mention de la source, alors la parodie ne peut pas être visée par le mot «critique» qui exige bien évidemment pareille mention. L'exigence d'une mention explicite de la source et de l'auteur s'y trouve pour une raison précise et ne doit pas être écartée à la légère. L'obligation de citer la source a été ajoutée par les modifications apportées à la *Loi sur le droit d'auteur* dans la *Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, ch. 44, paragraphe 64(1). La jurisprudence canadienne ne traite pas du sens du terme «mention», mais je suis d'avis comme la demanderesse qu'il va au delà d'une reconnaissance passive et implicite dans une parodie. Le *Concise Oxford Dictionary of Current English* (8^e éd., Oxford: Clarendon Press, 1990) donne la définition suivante du terme: [TRADUCTION] «citer brièvement, nommer, révéler ou divulguer». Quand la demanderesse utilise le «Bibendum», elle précise que la source est Michelin. L'auteur ou le créateur n'est pas nommé, de sorte qu'à tout le moins, les défendeurs doivent citer explicitement la source et non le nom de l'auteur s'ils espèrent remplir les conditions pour se prévaloir de l'exception de l'utilisation équitable prévue à l'alinéa 27(2)a.1) quand ils utilisent le dessin du «Bibendum». Or, ils ne l'ont pas fait.

70 In addition, the defendants did not treat the original work in a fair manner, a further requirement of the "fair dealing" exception. The defendants argued that as a parody, their work could not be held to treat the copyright in a kid glove fashion. Parody has to bite and in some way batter the reputation of the original. However, once again, the defendants have sought to dilute the usual rules of the fair dealing exception and defeat the wording of paragraph 27(2)(a.1) simply by labelling the "Bibendum" posters and leaflets a parody. It is not enough that because it is a parody, there is no need to mention the source. Now the defendants would have the Court rule that by the mere fact of the parody label, the defendants are permitted to forego treating the plaintiff's copyright in a fair manner, a requirement for all the existing exceptions like criti-

En outre, les défendeurs n'ont pas traité l'œuvre originale d'une manière équitable, autre exigence de l'exception concernant l'«utilisation équitable». Ils ont soutenu qu'en tant que parodie, leur œuvre ne pouvait pas traiter la matière protégée avec ménagements. La parodie doit être mordante et démolir en quelque sorte la réputation de l'original. Encore une fois, cependant, les défendeurs ont cherché à diluer les règles habituelles régissant l'exception en matière d'utilisation équitable et à faire échec au libellé de l'alinéa 27(2)a.1) en dépeignant les affiches et les prospectus où figure le «Bibendum» comme une parodie. Il ne suffit pas de dire que, parce que c'est une parodie, il n'est point besoin de mentionner la source. Or, les défendeurs voudraient que la Cour décide que du simple fait de la qualification de parodie, ils sont autorisés à s'abstenir de traiter

cism, review and summary. To accept the defendants' submissions on parody would be akin to making the parody label the last refuge of the scoundrel since the Court would have to do away with two of the usual strictures of paragraph 27(2)(a.1): mentioning the source and fair treatment. The term "fair dealing" is not defined in the *Copyright Act* but I accept the plaintiff's submission that the overall use of the copyright must be "fair" or treat the copyright in a good faith manner. The Collins Dictionary defines "fair" as "free from discrimination, dishonesty, etc. just; impartial". The two secondary elements of mentioning the source and fair treatment are linked since the requirement that the critic mention the source and author's name is in some ways a testament to fair treatment. Whether the treatment of the original is in good faith is a question of degree and impression looking to the quality and quantity of the original work used: (see *Hubbard v. Vosper*, [1972] 2 Q.B. 84 (C.A.)). Once again, as was the case in determining whether there has been reproduction of a substantial part, it is a question of impression. I have already ruled that the defendants cannot avail themselves of the exception under paragraph 27(2)(a.1) but even if parody were to be read in as criticism, the defendants would have to adhere to the bundle of limitations that go with criticism, including the need to treat the copyright in a fair manner. The defendants held the "Bibendum" up to ridicule. Rather than the cuddly marshmallow creature of safety and responsibility, "Bibendum" became the boss's henchman about to stomp two workers into submission. The substantial quantity of the original work used in the leaflets and posters also casts doubt on the fairness of the defendants' treatment.

(v) Conclusions on copyright

71 I am not prepared to take the two leaps of faith urged by the defendants. The first is that parody is

l'œuvre protégée de la demanderesse d'une manière équitable, exigence attachée à toutes les exceptions existantes comme la critique, le compte rendu et la préparation d'un résumé. Accepter les arguments des défendeurs au sujet de la parodie reviendrait à faire de la parodie une grossière échappatoire car la Cour devrait écarter deux conditions habituelles dont est assorti l'alinéa 27(2)a.1): la mention de la source et le traitement équitable. Le terme «utilisation équitable» n'est pas défini dans la *Loi sur le droit d'auteur*, mais j'accepte l'argument de la demanderesse que l'utilisation de l'œuvre protégée doit être dans l'ensemble [TRADUCTION] «équitable» ou traiter celle-ci de bonne foi. Dans le dictionnaire *Collins*, le mot [TRADUCTION] «équitable» est défini comme suit: [TRADUCTION] «exempt de discrimination, de malhonnêteté, etc., juste; impartial». Les deux éléments secondaires, savoir la mention de la source et le traitement équitable, sont liés puisque la condition selon laquelle le critique doit mentionner la source et le nom de l'auteur représente en quelque sorte une attestation de l'utilisation équitable. La question de savoir si l'original a été traité de bonne foi est une question de degré et d'impression qui dépend de la qualité et de la quantité des passages de l'œuvre originale reproduits: (voir *Hubbard v. Vosper*, [1972] 2 Q.B. 84 (C.A.)). Une fois de plus, comme lorsqu'il s'est agi de déterminer s'il y a eu reproduction d'une partie importante, c'est une question d'impression. J'ai déjà décidé que les défendeurs ne pouvaient pas se prévaloir de l'exception visée à l'alinéa 27(2)a.1), mais même si la parodie était interprétée comme une critique, les défendeurs devraient respecter l'ensemble des restrictions attachées à la critique, y compris l'obligation de traiter l'œuvre protégée d'une manière équitable. Les défendeurs ont tourné le «Bibendum» en ridicule. Au lieu du personnage doux, fait en guimauve et incarnant la sécurité et la responsabilité, le «Bibendum» est devenu le suppôt prêt à réduire deux travailleurs à l'obéissance. La quantité substantielle de l'œuvre originale utilisée dans les prospectus et sur les affiches jette aussi le doute sur le caractère équitable du traitement fait par les défendeurs.

(v) Conclusions concernant le droit d'auteur

Je ne suis pas disposé à faire deux fois un saut dans l'inconnu comme le voudraient les défendeurs. 71

synonymous with criticism. The second is that the defendants can dispense with the need to mention the source and fair treatment because of the peculiar nature of parody with its implicit acknowledgment of the source. My role is not to create legislation but to apply the existing rules crafted by Parliament. If Parliament had wanted to exempt parody as a new exception under the fair dealing provision, it would have done so: (see *Bishop, supra*, at pages 483-484). Since the defendants have shown little creativity in depicting the “Bibendum”, I do not accept the defendants’ contention that their creativity is being fatally stifled by a repressive copyright regime. I am also not convinced by the defendants’ invocation of public policy. They raised the spectre of editorial cartoonists being barred from using the “Bibendum” in a parodic way. If the plaintiff were to be thin-skinned enough to attack all unflattering depictions of the “Bibendum”, I would suggest that such cartoons could be protected as sufficiently new works under subsection 3(1) if they do not reproduce a substantial part of the original and display a modicum of thought such as to produce a new result. They would therefore not be considered acts of infringement. Parody would be protected against charges of infringement by its dissimilarity to the original work as long as it did not produce a substantial portion of the original. As Zegers, *supra*, noted at page 208 of his article on the *Acuff-Rose* decision in the Canadian context, written parodies would be protected because they could not hone so closely to the original as in a song parody. As well, creative works depicting some critical variation of the “Bibendum” could be protected under the umbrella of “criticism” within the context of a newspaper or journal article describing CGEM Michelin and its subsidiary Michelin Canada.

Premièrement, en assimilant la parodie à la critique. Deuxièmement, en admettant que les défendeurs sont exemptés de l’obligation de mentionner la source et de traiter l’œuvre équitablement étant donné la nature particulière de la parodie et la reconnaissance implicite de la source qu’elle comporte. Mon rôle n’est pas de faire des lois mais d’appliquer les règles existantes conçues par le législateur. Si ce dernier avait voulu exempter la parodie à titre d’exception en vertu de la disposition relative à l’utilisation équitable, il l’aurait fait: voir l’arrêt *Bishop, supra*, aux pages 483 et 484. Comme les défendeurs ont fait preuve de peu de créativité en reproduisant le «Bibendum», je n’accepte pas leur prétention que leur créativité est étouffée par un régime de droit d’auteur répressif. Je ne suis pas convaincu non plus par l’argument de l’intérêt public invoqué par les défendeurs. Ils ont soulevé le spectre de l’interdit dont seraient frappés les caricaturistes politiques qui voudraient utiliser le «Bibendum» de manière parodique. Si la demanderesse était assez susceptible pour attaquer toutes les représentations peu flatteuses du «Bibendum», je serais d’avis que les caricatures de ce genre seraient protégées à titre d’œuvres suffisamment nouvelles en vertu du paragraphe 3(1), si elles ne reproduisent pas une partie importante de l’original et montrent un minimum de création suffisant pour produire un nouveau résultat. Elles ne seraient donc pas tenues pour des actes constituant une violation du droit d’auteur. La parodie serait à l’abri des poursuites en contrefaçon à cause de la dissemblance entre elle et l’œuvre originale pourvu qu’elle ne reproduise pas une partie importante de l’original. Comme l’a dit Zegers, *supra*, à la page 208 de son article sur la décision *Acuff-Rose* dans le contexte canadien, les parodies écrites seraient à l’abri parce qu’elles ne peuvent pas coller à l’original comme les chansons parodiques. En outre, les œuvres créatives montrant une certaine variante critique du «Bibendum» pourraient être à l’abri en tant que «critique» dans le contexte d’un article de journal ou de revue décrivant CGEM Michelin et sa filiale Michelin Canada.

72 By substantially reproducing the “Bibendum” design on their union campaign leaflets and posters, the defendants have infringed the plaintiff’s copy-

En reproduisant substantiellement le dessin du «Bibendum» dans leurs prospectus et sur leurs affiches de recrutement, les défendeurs ont violé les 72

rights. The defendants cannot claim that they fall under the fair dealing for the purpose of criticism exception under paragraph 27(2)(a.1).

droits d'auteur de la demanderesse. Ils ne peuvent pas faire valoir l'exception de l'utilisation équitable à des fins de critique prévue à l'alinéa 27(2)a.1).

73 Furthermore, the plaintiff cited subsection 3(1) specifically against the defendant Hargrove, President of the defendant CAW and defendant Wark, the union's Nova Scotia organizer, for authorizing the reproduction of the "Bibendum". In *Compo, supra*, Justice Estey at page 373, held that subsection 3(1) establishes a separate tort for authorizing the infringement of copyright apart from the actual act of reproducing the copyright. Amongst the rights of the copyright holder is the right to authorize another to use the copyright. In his *Les Dictionnaires Robert Canada SCC et al. v. Librairie du Nomade Inc. et al.* (1987), 16 C.P.R. (3d) 319 (F.C.T.D), Justice Denault, at pages 335-336, held that an individual is not personally liable for the actions of an organization merely by his or her title as senior officer or president. It is a question of fact to determine whether the individual acted with full knowledge and in a voluntary and deliberate manner to make him or herself personally liable. It is clear from their discovery testimony offered into evidence and the statement of admissions at paragraph 34 that defendants Wark and Hargrove did authorize the copying of the "Bibendum" design. I therefore rule that the defendants Hargrove and Wark are also liable separately under subsection 3(1).

73 Par surcroît, la demanderesse a invoqué le paragraphe 3(1) en particulier à l'encontre des défendeurs Hargrove, président des défendeurs TCA et Wark, organisateur du syndicat en Nouvelle-Écosse, parce qu'ils ont autorisé la reproduction du «Bibendum». Dans l'arrêt *Compo, supra*, le juge Estey a décidé, à la page 373, que le paragraphe 3(1) établit un délit distinct consistant à autoriser la violation du droit d'auteur qui s'ajoute au délit consistant à violer le droit d'auteur. Dans *Les Dictionnaires Robert Canada SCC et al. c. Librairie du Nomade Inc. et al.* (1987), 16 C.P.R. (3d) 319 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Denault, aux pages 335 et 336, a décidé qu'une personne physique n'est pas personnellement responsable des actes d'une personne morale simplement du fait qu'elle remplit les fonctions de cadre supérieur ou de président. La question de savoir si la personne physique a agi en connaissance de cause et si son acte était volontaire et délibéré, de sorte que sa responsabilité personnelle est engagée, est une question de fait. Il ressort à l'évidence de leur interrogatoire préalable versé en preuve et du paragraphe 34 des aveux judiciaires que les défendeurs Wark et Hargrove ont autorisé la reproduction du dessin du «Bibendum». Je décide en conséquence que les défendeurs Hargrove et Wark sont également responsables à titre individuel sous le régime du paragraphe 3(1).

74 However, the plaintiff does fail on an additional ground of copyright infringement. In its amended statement of claim, the plaintiff had also cited paragraph 27(4)(b) of the *Copyright Act*. Paragraph 27(4)(b) reads:

74 Toutefois, un autre motif invoqué par la demanderesse à l'appui de l'accusation de contrefaçon sous le régime de la *Loi sur le droit d'auteur* doit être rejeté. Dans sa déclaration modifiée, la demanderesse a invoqué l'alinéa 27(4)b) de cette Loi. L'alinéa 27(4)b) est ainsi libellé:

27. . . .

(4) Copyright in a work shall be deemed to be infringed by any person who

. . .

(b) distributes either for the purposes of trade or to such an extent as to affect prejudicially the owner of the copyright

27. . . .

(4) Est considéré comme ayant porté atteinte au droit d'auteur quiconque, selon le cas:

. . .

b) met en circulation, soit dans un but commercial, soit de façon à porter préjudice au titulaire du droit d'auteur;

any work that to the knowledge of that person infringes copyright or would infringe copyright if it had been made within Canada.

75 This ground of copyright infringement was only tentatively pleaded during the course of oral argument. I hold that the defendants are not liable under paragraph 27(4)(b) for distributing a work that they knew violated the copyright of another when such distribution would have a prejudicial effect. The plaintiff did not offer any evidence on the prejudicial effect to CGEM Michelin although the defendants' admitted knowledge of the plaintiff's copyright. Section 39 establishes that persons are presumed to know of the existence of copyright if it is registered. The defendants submitted that this case shows no prejudicial effect, unlike two cases not argued specifically under paragraph 27(4)(b) but where the parties successfully won interlocutory and permanent injunctions because of the threat of harm. In *Canadian Tire, supra*, the striking employees of a Canadian Tire franchise urged a boycott of the franchisor by distributing leaflets that depicted the Canadian Tire logo with an overlay of a diagonal line in the manner of international traffic signals indicating "do not enter". In *St-Hubert, supra*, the union's leaflets with a modified St-Hubert rooster—a knife in its hands!—were distributed to the larger community. In the present case, the CAW's leaflets were only distributed to Michelin workers in the hopes that they would join the union.

III. Constitutional Issues

76 Since I have already ruled that the defendants have not violated the *Trade-marks Act*, the constitutionality of the *Trade-marks Act* is not in issue when it comes to the defendants' claim under 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.)) (hereinafter the Char-

une œuvre qui, à sa connaissance, viole le droit d'auteur ou le violerait si elle avait été produite au Canada.

75 Ce motif propre à justifier une accusation de violation du droit d'auteur n'a été plaidé que timidement durant les plaidoiries orales. Je conclus que les défendeurs ne sont pas responsables en application de l'alinéa 27(4)(b) pour avoir mis en circulation une œuvre qui, à leur connaissance, violait le droit d'auteur et était de nature à porter préjudice à son titulaire. La demanderesse n'a pas présenté de preuve concernant le préjudice que CGEM Michelin risquait de subir bien que les défendeurs aient admis être au courant du droit d'auteur de la demanderesse. Aux termes de l'article 39, toute personne est réputée connaître l'existence du droit d'auteur qui est enregistré. Les défendeurs ont soutenu qu'en l'espèce aucun effet préjudiciable n'a été prouvé, contrairement à ce qui était le cas dans deux affaires qui n'ont pas été plaidées précisément sous le régime de l'alinéa 27(4)(b) mais dans lesquelles les parties ont obtenu des injonctions interlocutoires et permanentes en raison de la menace de préjudice. Dans l'affaire *Canadian Tire, supra*, les employés en grève d'un franchisé Canadian Tire avaient fait pression en vue du boycottage du franchiseur en distribuant des dépliants montrant le logo de Canadian Tire auquel ils avaient ajouté une diagonale à la manière des signaux routiers internationaux portant «défense d'entrer». Dans l'affaire *St-Hubert, supra*, les dépliants du syndicat montrant un coq St-Hubert—brandissant un couteau!—avaient été distribués dans la population en général. En l'espèce, les prospectus des TCA n'ont été distribués qu'aux employés de Michelin dans l'espoir de les recruter.

III. Questions constitutionnelles

76 Comme j'ai déjà décidé que les défendeurs n'avaient pas violé la *Loi sur les marques de commerce*, la constitutionnalité de celle-ci n'est pas en cause par rapport à leur argument concernant 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

ter). However, if I am incorrect in holding that there has been no infringement of the *Trade-marks Act*, the principles and outcome detailed below on the infringement of the *Copyright Act*, are equally relevant to the *Trade-marks Act*.

77 The defendants submit that their posters and leaflets depicting “Bibendum” are forms of expression protected by paragraph 2(b) of the Charter. The defendants further submit that if sections 3 and 27 of the *Copyright Act* limit their right to produce such pamphlets and leaflets, the sections are not saved under section 1 of the Charter as “reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”. However, the defendants are not urging the Court to simply take the bold step of invalidating the *Copyright Act*. Rather, the defendants suggest that the Court may use the technique of “reading down” the word “mention” in paragraph 27(2)(a.1) of the *Copyright Act* to preserve the constitutionality of the *Copyright Act* and safeguard the actions of the defendant CAW.

78 There had been some acknowledgement in earlier case law like *Canadian Tire, supra*, and *Lorimer, supra*, that the Charter could potentially have a bearing on cases of copyright infringement. However, the nature and scope of the Charter’s impact was left unclear. In *Canadian Tire*, Justice Strayer at page 420 held: “[w]hile there may be situations where the guarantee of freedom of expression in para. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* may properly limit the protection otherwise given to the owners of copyright, I do not believe this represents such a situation.” In *Lorimer, supra*, the issue of the impact of the Charter as a defence was also raised and quickly dismissed. Justice Mahoney, at page 1079, stated, “If, indeed, the constraints on infringement of copyright could be construed as an unjustified limitation on an infringer’s freedom of expression in some circumstances, this is not among them”. From the brief discussion in both cases of the Charter issue, it

(R.-U.) (ci-après appelée la Charte). Toutefois, si j’ai conclu à tort qu’il n’y a pas eu violation de la *Loi sur les marques de commerce*, les principes et le résultat exposés ci-après au sujet de la violation de la *Loi sur le droit d’auteur* sont tout aussi pertinents pour ce qui est de la *Loi sur les marques de commerce*.

Les défendeurs soutiennent que leurs affiches et prospectus montrant le «Bibendum» sont des formes d’expression protégées par l’alinéa 2b) de la Charte. Ils affirment en outre que si les articles 3 et 27 de la *Loi sur le droit d’auteur* restreignent leur droit de produire de tels dépliant et prospectus, ces articles ne sont pas sauvegardés en vertu de l’article premier de la Charte qui dit que ce droit ne peut être restreint que par «une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique». Toutefois, les défendeurs n’exhortent pas la Cour à simplement prendre la décision radicale d’invalidiser la *Loi sur le droit d’auteur*. Ils proposent plutôt que la Cour emploie la technique de l’interprétation atténuée du mot «mention» figurant à l’alinéa 27(2)a.1) de la *Loi sur le droit d’auteur* afin de préserver la constitutionnalité de la Loi et de sauvegarder les actes des défendeurs TCA.

La jurisprudence a parfois reconnu, par exemple dans les décisions *Canadian Tire, supra*, et *Lorimer, supra*, que la Charte pourrait avoir un effet dans les affaires concernant la violation du droit d’auteur. Toutefois, la nature et la portée de cet effet n’ont pas été précisées. Dans *Canadian Tire*, le juge Strayer a décidé ceci à la page 420: «Il est possible que la garantie de la liberté d’expression prévue à l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* restreigne parfois la protection accordée au titulaire du droit d’auteur, mais je ne crois pas que ce soit le cas en l’espèce.» Dans l’arrêt *Lorimer, supra*, le moyen de défense de l’effet de la Charte a aussi été soulevé et vite rejeté. À la page 1079, le juge Mahoney a dit ceci: «Si l’interdiction de la contrefaçon d’un droit d’auteur peut parfois être interprétée comme une limitation injustifiée de la liberté d’expression du contrefacteur dans certaines circonstances, ce n’est pas le cas en l’espèce.» Il ressort du bref examen de la question de la Charte dans ces

appears that the Court found that the infringers' use of the copyrighted material demonstrated insufficient original thought to be labelled protected expression under paragraph 2(b).

deux décisions que la Cour a conclu que l'utilisation de l'œuvre faisant l'objet du droit d'auteur exprimait une pensée originale insuffisante pour être qualifiée d'expression protégée par l'alinéa 2b).

79 The defendants argue that their parody of the plaintiff's "Bibendum" copyrighted design does deserve the label protected expression. The defendants also submit that the particular and narrow facts of the present case embody the "circumstances" and "situations" alluded to in *Canadian Tire* and *Lorimer*. I agree with the defendants that the use of a copyright by a union to parody a company logo in the midst of an organizing campaign does raise certain constitutional issues.¹³ I do, however, part company with the defendants on the resolution of the constitutional question. I hold that the defendants' right to freedom of expression was not restricted. The Charter does not confer the right to use private property—the plaintiff's copyright—in the service of freedom of expression. Since there has been no infringement of the defendants' freedom of expression, the plaintiff has no need to justify sections 3 and 27 of the *Copyright Act* under section 1 of the Charter.

79 Les défendeurs soutiennent que leur parodie du dessin du «Bibendum» de la demanderesse faisant l'objet du droit d'auteur mérite d'être qualifiée d'expression protégée. Ils soutiennent en outre que les faits particuliers et stricts de la présente espèce correspondent aux «circonstances» et aux «cas» auxquels il est fait allusion dans les décisions *Canadian Tire* et *Lorimer*. Je souscris à la prétention des défendeurs que l'utilisation d'une œuvre protégée, par un syndicat, afin de parodier le logo d'une société au cours d'une campagne de recrutement soulève certaines questions constitutionnelles¹³. Je ne suis cependant pas d'accord avec les défendeurs sur la façon de les résoudre. Je suis d'avis que le droit à la liberté d'expression des défendeurs n'a pas été restreint. La Charte ne confère pas le droit d'utiliser le bien d'autrui—l'œuvre faisant l'objet du droit d'auteur de la demanderesse—au service de la liberté d'expression. Comme il n'y a pas eu atteinte à la liberté d'expression des défendeurs, la demanderesse n'a pas à justifier les articles 3 et 27 de la *Loi sur le droit d'auteur* en vertu de l'article premier de la Charte.

80 I did not arrive at this seemingly straightforward conclusion without carefully considering the nature of the parties' rights and the proper characterization of the defendants' leaflets and posters as unprotected and improper forms of expression. I have therefore chosen to address in detail the parties' arguments throughout the analysis to do justice to the subtlety and complexity of the constitutional issues.

80 Je n'ai pas tiré cette conclusion apparemment simple sans d'abord examiner attentivement la nature des droits des parties et la caractérisation appropriée des prospectus et des affiches des défendeurs comme formes d'expression non protégées et inappropriées. J'ai donc choisi d'étudier en détail les arguments des parties tout au long de l'analyse afin de bien rendre compte de la subtilité et de la complexité des questions constitutionnelles.

Technique of Constitutional Analysis

Technique de l'analyse constitutionnelle

81 The defendants have the burden of proving that their pamphlets and leaflets were within the scope of the freedom of expression guarantee under paragraph 2(b): (see *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at page 114 (hereinafter *Oakes*)). The defendants also have to prove that the purpose or

81 Les défendeurs ont la charge de prouver que leurs dépliants et prospectus sont visés par la liberté d'expression garantie à l'alinéa 2b); voir l'arrêt *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, (ci-après appelé *Oakes*), à la page 114. Ils doivent aussi prouver que l'objet ou l'effet de la *Loi sur le droit d'auteur* est

effect of the *Copyright Act* is to restrict freedom of expression. Only if the pamphlets and leaflets were protected forms of expression restricted by the *Copyright Act* does the analysis proceed to section 1.

de restreindre la liberté d'expression. C'est seulement si les dépliants et prospectus sont des formes d'expression protégées, restreintes par la *Loi sur le droit d'auteur*, que l'analyse porte ensuite sur l'article premier.

82 Paragraph 2(b) provides:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

...

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication.

A. Was the Defendants' Activity Within the Sphere of Conduct Protected by Freedom of Expression?

(i) Do the defendants' leaflets constitute expression?

83 Activity is expressive if it attempts to convey meaning: (*Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at page 968 (hereinafter *Irwin Toy*)). Now the original corporate "Bibendum" certainly contains meaning as expression. It conveys a message of security and the positive corporate image of CGEM Michelin and its subsidiaries. However, if the message conveyed by the "Bibendum" on the defendants' pamphlets and leaflets is very different, can they lay claim to it as protected expression even though the "Bibendum" is not the fruits of the defendants' own labours? In *Lorimer, supra*, at page 1079, Justice Mahoney for the Federal Court of Appeal held that the freedom of expression defence is not available to infringers when "[s]o little of [their] own thought, belief, opinion and expression is contained in the respondent's infringing work that it is properly to be regarded as entirely an appropriation of the thought, belief, opinion and expression of the author of the infringed work". In *Lorimer*, the infringer had simply abridged into one volume the existing seven volumes of the original work, a government report entitled *The State of Competition in the Canadian Petroleum Industry*. In effect, Justice Mahoney appears to be stating that one cannot appropriate or use another's property and assert that it is your own

L'alinéa 2b) est ainsi conçu:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

...

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

A. L'activité des défendeurs fait-elle partie de la sphère des activités protégées par la liberté d'expression?

(i) Les prospectus des défendeurs constituent-ils une expression?

L'activité est expressive si elle tente de transmettre une signification: arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927 (ci-après appelé *Irwin Toy*), à la page 968. Le «Bibendum» original de l'entreprise comporte certainement une signification qui exprime quelque chose. Il transmet un message de sécurité et l'image de marque positive de CGEM Michelin et de ses filiales. Toutefois, si le message transmis par le «Bibendum» montré dans les dépliants et les prospectus des défendeurs est très différent, peuvent-ils prétendre qu'il constitue une expression protégée bien que le «Bibendum» ne soit pas le fruit de leur propre travail créatif? Dans l'arrêt *Lorimer, supra*, à la page 1079, le juge Mahoney a décidé, pour la Cour d'appel fédérale, que le contrefacteur ne peut pas se prévaloir du moyen de défense de la liberté d'expression lorsque «[l]'œuvre contrefaite par l'intimée contient si peu de sa propre pensée, de sa croyance, de son opinion et de son expression que c'est à juste titre qu'elle est considérée comme une appropriation de la pensée, de la croyance, de l'opinion et de l'expression de l'auteur de l'œuvre contrefaite». Dans l'affaire *Lorimer*, le contrefacteur avait simplement abrégé en un seul volume les sept volumes existants de l'œuvre originale, un rapport de l'État intitulé *État de la concurrence dans l'industrie pétrolière du Canada*.

82

83

expression for the purposes of the Charter.

En fait, le juge Mahoney semble affirmer que l'on ne peut pas s'approprier ou utiliser le bien d'autrui et le faire passer pour sa propre expression aux fins de la Charte.

84 The difficulty in applying this standard to the case at bar is that the "Bibendum" depicted on the defendants' leaflets and brochures is not "entirely an appropriation" of CGEM Michelin's "Bibendum" although it does reproduce a substantial part of the plaintiff's work. I had ruled previously on the copyright issue that the defendants had infringed the plaintiff's copyright because such modifications to the corporate "Bibendum" as the raised foot, about to stomp the workers into submission, did not constitute what Justice McNair, at page 708, in *Joy Music, supra*, had called an "original result" for the purposes of section 3 of the *Copyright Act*. The question now is whether these modifications, although not sufficient to constitute a new work under the *Copyright Act*, warrant the label "expression" under paragraph 2(b) of the Charter. In the words of Justice Mahoney in *Lorimer*, do the leaflets and pamphlets contain enough of the defendants' own "thought, belief, opinion and expression" to stand as expression?

Ce qui fait problème quand on veut appliquer cette norme au cas qui nous occupe c'est que le «Bibendum» montré dans les prospectus et les dépliants des défendeurs n'est pas «entièrement une appropriation» du «Bibendum» de CGEM Michelin, bien qu'il reproduise une partie importante de l'œuvre de la demanderesse. J'ai déjà décidé au sujet de la question du droit d'auteur que les défendeurs avaient violé le droit d'auteur de la demanderesse parce que les modifications apportées au «Bibendum» de l'entreprise, telles que le pied levé du personnage sur le point de réduire les travailleurs à l'obéissance, ne constituaient pas ce que le juge McNair a appelé, dans l'affaire *Joy Music, supra*, à la page 708, un «résultat original» pour l'application de l'article 3 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Il s'agit maintenant de décider si ces modifications, bien qu'insuffisantes pour constituer une nouvelle œuvre sous le régime de la *Loi sur le droit d'auteur*, peuvent être qualifiées d'«expression» sous le régime de l'alinéa 2b) de la Charte. Pour reprendre les propos du juge Mahoney dans *Lorimer*, les prospectus et dépliants contiennent-ils suffisamment de «la pensée, de la croyance, de l'opinion et de l'expression» des défendeurs pour constituer une expression?

85 In the years since the *Lorimer* decision in 1984, the Supreme Court of Canada has offered a very broad and inclusive definition of expression, including under the scope of protected expression, pornography and hate literature: (see *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452 and *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697). The required mental effort is slight since it is sufficient if the expression conveys meaning. The defendants certainly employed some mental labour in producing their leaflets and modifying the "Bibendum". The "Bibendum" as used by the defendant CAW also conveys meaning, a meaning entirely different from the original "Bibendum". At its minimum, the meaning in this instance is that Michelin workers should band together in the union before they are stomped into submission by the

Au fil des ans depuis la décision *Lorimer* de 1984, la Cour suprême du Canada a présenté une définition très large et inclusive de l'expression, y compris sous les rubriques de l'expression protégée, de la pornographie et de la littérature haineuse: voir les arrêts *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452 et *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697. L'effort intellectuel exigé est peu important puisqu'il suffit que l'expression transmette une signification. Les défendeurs ont certainement appliqué leur esprit à produire leurs prospectus et à modifier le «Bibendum». Le «Bibendum» utilisé par les défendeurs TCA transmet aussi un message, qui est entièrement différent de celui du «Bibendum» original. Au minimum, la signification en l'occurrence est que les travailleurs de Michelin doivent s'unir avant d'être réduits à

corporate powers symbolized by the “Bibendum”. I agree with the defendants that the test for expression is not whether the message or meaning is favourably received since it is sufficient if there is an attempt to convey meaning: (see *Weisfeld v. Canada*, [1995] 1 F.C. 68 (C.A.), at page 85 (hereinafter *Weisfeld*)). The test for expression under paragraph 2(b) of the Charter is also not equivalent to the strict standards for “original works” under section 3 of the *Copyright Act*. On this question of the test for expression under paragraph 2(b), I take issue with the brief allusion in *Canadian Tire* at page 420 to the need for “sufficient expression of thought”. Even though the defendants’ leaflets represent a substantial reproduction of the plaintiff’s “Bibendum” copyright and are not “original works” for the purposes of section 3 of the *Copyright Act*, they are still examples of expression.

(ii) Is the use of the “Bibendum” on the leaflets a prohibited form of expression?

86 Does my initial holding that use of the “Bibendum” constitutes expression necessarily mean that every depiction of someone else’s copyright is protected expression under paragraph 2(b)? The answer is no. It is not enough to determine that the defendants’ leaflets and posters are expression. In *Weisfeld, supra*, at page 82, Justice Linden of the Federal Court of Appeal held that the Court must also determine whether there are “any special circumstances which would warrant removing that expression from the protected sphere under the Charter”. The particular form of the expression is one such circumstance. While all content is protected under the Charter, not all forms of expression are protected. Violent forms of expression are clearly not protected: (*Irwin Toy, supra*, at page 970). In our constitutional analysis, we must now plunge into the difficulties of the interplay between content and form and the connection between the use of public and private property in the name of freedom of expression. The Court must resolve questions concerning both the proper characterization of the

l’obéissance par la puissance de l’entreprise symbolisée par le «Bibendum». Je suis d’accord avec les défendeurs pour dire que le critère de l’expression n’est pas de savoir si le message ou la signification est bien accueilli car il suffit qu’il y ait tentative de transmettre une signification: voir l’arrêt *Weisfeld c. Canada*, [1995] 1 C.F. 68 (C.A.) (ci-après appelée *Weisfeld*), à la page 85. Le critère de l’expression sous le régime de l’alinéa 2b) de la Charte n’est pas non plus équivalent aux normes strictes des «œuvres originales» sous le régime de l’article 3 de la *Loi sur le droit d’auteur*. Sur cette question du critère de l’expression sous le régime de l’alinéa 2b), je conteste la brève allusion faite dans *Canadian Tire*, à la page 420, à la nécessité d’une «pensée originale suffisante». Quoique les prospectus des défendeurs représentent une reproduction substantielle du «Bibendum» protégé de la demanderesse et ne soient pas des «œuvres originales» pour l’application de l’article 3 de la *Loi sur le droit d’auteur*, ils n’en sont pas moins des exemples d’expression.

(ii) L’utilisation du «Bibendum» dans les prospectus est-elle une forme interdite d’expression?

Ma conclusion initiale que l’utilisation du «Bibendum» constitue une expression signifie-t-elle nécessairement que toute représentation d’une œuvre faisant l’objet d’un droit d’auteur est une expression protégée en vertu de l’alinéa 2b)? Je réponds par la négative. Il ne suffit pas de déterminer que les prospectus et affiches des défendeurs sont une expression. Dans l’arrêt *Weisfeld, supra*, à la page 82, le juge Linden de la Cour d’appel fédérale a décidé que la Cour doit aussi déterminer si «des circonstances spéciales justifient l’exclusion de cette expression de la sphère des activités protégées par la Charte». La forme particulière de l’expression est l’une de ces circonstances. Certes, tout contenu est protégé en vertu de la Charte, mais toutes les formes d’expression ne le sont pas. Les formes d’expression violentes ne sont de toute évidence pas protégées: arrêt *Irwin Toy, supra*, à la page 970. Dans notre analyse constitutionnelle, nous devons maintenant affronter les difficultés de l’interaction du contenu et de la forme, et du rapport entre l’utilisation de biens publics et celle de biens privés au nom de la liberté

defendants' use of the "Bibendum" and the nature of the plaintiff's interest in the copyright as an element of private property.

87 Can use of a copyright be called a form of expression? Expression has both content and form, form being an issue of how the meaning is conveyed and often inextricably connected to content: (see *Irwin Toy, supra*, at page 968). If form is defined as "how the meaning is conveyed", it seems as if "use" of property could constitute a form of expression. The plaintiff argues that using another's private property is a prohibited form of expression or else qualifies as a special circumstance warranting the removal of the expression from the protected sphere. I agree with the plaintiff's submission that the defendants are not permitted to appropriate the plaintiff's private property—the "Bibendum" copyright—as a vehicle for conveying their anti-Michelin message. Thus, the defendants' expression is a prohibited form or is subject to what Justice Linden at page 83 in *Weisfeld, supra*, called a "special limitation" and is not protected under the umbrella of paragraph 2(b).

(iii) The use of private property and freedom of expression

88 I am not aware of any decisions from the Supreme Court of Canada providing direct guidance on how a court should evaluate the use of a copyright in determining the scope of protection under paragraph 2(b) of the Charter. However, I take support for my position that the use of private property is a prohibited form of expression from the decision of the Supreme Court of Canada in *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139 (hereinafter *Commonwealth*). In *Commonwealth, supra*, the Supreme Court suggested that choosing a public forum of expression can possibly limit the scope of protection under paragraph 2(b). By analogy, I reason that use of private

d'expression. La Cour doit résoudre des questions concernant tant la caractérisation appropriée de l'utilisation du «Bibendum» par les défendeurs que la nature de l'intérêt de la demanderesse dans le droit d'auteur à titre d'élément de la propriété privée.

L'utilisation d'une œuvre faisant l'objet d'un droit d'auteur peut-elle être tenue pour une forme d'expression? L'expression possède à la fois un contenu et une forme, la forme étant la manière dont la signification est transmise et se trouvant souvent inextricablement liée au contenu: voir l'arrêt *Irwin Toy, supra*, à la page 968. Si la forme est définie comme la «manière dont la signification est transmise», il semble que l'«utilisation» d'un bien pourrait constituer une forme d'expression. La demanderesse soutient que l'utilisation du bien d'autrui est une forme interdite d'expression ou constitue une circonstance spéciale justifiant l'exclusion de cette expression de la sphère des activités protégées. Je souscris à l'argument de la demanderesse que les défendeurs ne sont pas autorisés à s'approprier le bien privé de la demanderesse—le «Bibendum» faisant l'objet du droit d'auteur—comme moyen de transmettre leur message anti-Michelin. En conséquence, l'expression des défendeurs est une forme interdite ou est assujettie à ce que le juge Linden a appelé une «restriction spéciale» dans l'arrêt *Weisfeld, supra*, à la page 83, et n'est pas protégée sous le régime de l'alinéa 2b).

(iii) L'utilisation d'un bien privé et la liberté d'expression

Je ne connais aucune décision de la Cour suprême du Canada qui puisse guider explicitement le tribunal appelé à évaluer l'utilisation d'une œuvre faisant l'objet d'un droit d'auteur par rapport à la détermination de la portée de la protection sous le régime de l'alinéa 2b) de la Charte. Toutefois, pour affirmer que l'utilisation d'un bien privé est une forme interdite d'expression, je m'appuie sur l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139 (ci-après appelé *République*). Dans cet arrêt, la Cour suprême a émis l'avis que le choix d'un forum public d'expression pouvait limiter la portée de la protection sous le régime de l'alinéa 2b). Par analogie, j'estime

property to convey expression can also warrant removing the expression from the protection of paragraph 2(b).

89 It is clear that private property cannot be used as a location or forum for expression: As Justice Dickson (as he then was) wrote for the majority at page 219 in the pre-Charter decision of *Harrison v. Carswell*, [1976] 2 S.C.R. 200:

Anglo-Canadian jurisprudence has traditionally recognized, as a fundamental freedom, the right of the individual to the enjoyment of property and the right not to be deprived thereof, or any interest therein, save by due process of law. The Legislature of Manitoba has declared in *The Petty Trespasses Act* that any person who trespasses upon land, the property of another, upon or through which he has been requested by the owner not to enter, is guilty of an offence. If there is to be any change in this statute law, if A is to be given the right to enter and remain on the land of B against the will of B, it would seem to me that such a change must be made by the enacting institution, the Legislature, which is representative of the people and designed to manifest the political will, and not the Court.

90 In fact, the defendants do not assert a right to hand out anti-Michelin leaflets inside the factory gates. That would constitute a trespass, a clearly illegal or prohibited form of expression. However, the defendants do argue that their freedom of expression includes the right to use the plaintiff's property to convey meaning. An early Charter case on this same issue of the use of private property and free expression is *New Brunswick Broadcasting Co., Limited v. Canadian Radio-television and Telecommunication Commission*, [1984] 2 F.C. 410 (C.A.) (hereinafter *New Brunswick*). Chief Justice Thurlow at page 426 writes:

The freedom guaranteed by the Charter is a freedom to express and communicate ideas without restraint, whether orally or in print or by other means of communication. It is not a freedom to use someone else's property to do so. It gives no right to anyone to use someone else's land or platform to make a speech, or someone else's printing press to publish his ideas. It gives no right to anyone to

que l'utilisation d'un bien privé pour manifester une expression peut aussi justifier l'exclusion de cette expression du champ d'application de la protection sous le régime de l'alinéa 2b).

De toute évidence, on ne peut pas utiliser un bien privé comme lieu ou forum pour s'exprimer. Comme l'a dit le juge Dickson (plus tard juge en chef) au nom de la majorité à la page 219 dans l'arrêt *Harrison c. Carswell*, [1976] 2 R.C.S. 200, rendu avant la proclamation de la Charte:

La jurisprudence anglo-canadienne reconnaît traditionnellement comme une liberté fondamentale le droit de l'individu à la jouissance de ses biens et le droit de ne s'en voir privé, même partiellement, si ce n'est par l'application régulière de la loi. La législature du Manitoba a édicté dans le *Petty Trespasses Act* que quiconque entre illégalement dans un terrain appartenant à une autre personne malgré l'interdiction du propriétaire d'y entrer ou d'y passer, est coupable d'une infraction. Si cette loi doit être modifiée, si l'on doit permettre à A d'entrer sur le terrain de B et d'y rester contre la volonté de ce dernier, j'estime qu'il revient à l'institution qui l'a édictée, c'est-à-dire à la législature qui représente le peuple et est constituée pour exprimer sa volonté politique, et non au tribunal, d'apporter la modification voulue.

En fait, les défendeurs ne font pas valoir le droit de distribuer des prospectus anti-Michelin à l'intérieur des barrières des usines. Ce serait une violation du droit de propriété, une forme clairement illégale ou interdite d'expression. Toutefois, les défendeurs soutiennent que leur liberté d'expression inclut le droit d'utiliser le bien de la demanderesse pour transmettre une signification. L'une des premières décisions touchant la Charte et portant sur cette question de l'utilisation de biens privés et de la liberté d'expression a été *New Brunswick Broadcasting Co., Limited c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1984] 2 C.F. 410 (C.A.) (ci-après appelée *New Brunswick*). Le juge en chef Thurlow écrit à la page 426:

La liberté garantie par la Charte est la liberté d'exprimer et de communiquer des idées sans restriction aucune, que ce soit verbalement, par publication ou par d'autres moyens de communication. Il ne s'agit pas d'une liberté d'utiliser le bien d'autrui pour le faire. Elle ne confère nullement à une personne le droit d'utiliser le terrain ou la terrasse d'autrui pour faire un discours, ou la presse d'im-

89

90

enter and use a public building for such purposes. [Emphasis added.]

primerie de quelqu'un d'autre pour publier ses idées. Elle ne donne à personne le droit d'entrer dans un immeuble public et de l'utiliser pour de telles fins. [Non souligné dans l'original.]

91 However, *New Brunswick, supra*, was decided before *Commonwealth, supra*, in which the Supreme Court did rule that there is a limited right, under certain circumstances, to the use of public property as a forum for free expression. Even in *Commonwealth*, however, the Court continued to recognize that private property is not available as a forum for free expression. Justice McLachlin at page 228 was the most unequivocal:

Toutefois, l'arrêt *New Brunswick, supra*, a été rendu avant l'arrêt *République, supra*, dans lequel la Cour suprême a décidé qu'il existe un droit limité, dans certaines circonstances, d'utiliser un bien public comme lieu où l'on peut s'exprimer librement. Même dans *République*, toutefois, la Cour a continué de reconnaître que les biens privés ne sont pas des lieux où l'on peut s'exprimer librement. Le juge McLachlin a formulé la position la plus catégorique sur ce point, à la page 228:

... it has not historically conferred a right to use another's private property as a forum for expression. A proprietor has had the right to determine who uses his or her property and for what purpose. Moreover, the *Charter* does not extend to private actions. It is therefore clear that s. 2(b) confers no right to use private property as a forum for expression.

Historiquement, par exemple, elle n'a pas conféré le droit d'utiliser la propriété privée d'autrui comme forum pour s'exprimer. Le propriétaire a toujours eu le droit de décider quelles personnes utiliseront sa propriété et à quelles fins elles le feront. En outre, la *Charte* ne s'applique pas aux actes privés. Il est donc évident que l'al. 2b) ne confère aucun droit d'utiliser la propriété privée comme forum pour s'exprimer.

92 Justice McLachlin held at page 229 that the right of free expression on government property is not a given and must meet certain conditions. At pages 238-239, Justice McLachlin specified that the individual asserting such a right of access has to prove that the expression furthers one of the purposes of free expression first defined in *Irwin Toy, supra*, at page 976 as: (i) seeking truth; (ii) fostering participation in the organs and means of social and political decision-making; and (iii) enhancing the diversity of the means of individual self-fulfilment.

Le juge McLachlin a conclu à la page 229 que le droit à la liberté d'expression sur les biens de l'État n'allait pas de soi et que certaines conditions devaient être remplies. Aux pages 238 et 239, elle a précisé que la personne qui fait valoir un tel droit d'accès doit démontrer que l'expression en cause sert à promouvoir l'un des objectifs de la liberté d'expression qui ont été définis pour la première fois dans l'arrêt *Irwin Toy, supra*, à la page 976: (i) la recherche de la vérité; (ii) l'encouragement de la participation aux organes et aux moyens de prise de décisions d'intérêt social et politique; et (iii) l'encouragement de la diversité des formes d'épanouissement personnel.

93 Chief Justice Lamer in *Commonwealth* did not expressly address the issue of the use of private property but he did draw a distinction at page 154 of his decision between the "quasi-fiduciary" nature of the government's right of ownership and the exclusive rights of the private owner who "benefits personally from the places he owns". Chief Justice Lamer went on to rule that the Court, in determining the scope of the individual's right to free expression on government property under para-

Dans *République*, le juge en chef Lamer n'a pas traité expressément de la question de l'utilisation de biens privés, mais il a fait une distinction à la page 154 de ses motifs entre la nature «quasi-fiduciaire» du droit de propriété gouvernemental et les droits exclusifs du propriétaire privé qui «profite en son propre intérêt des lieux dont il est propriétaire». Il a décidé ensuite que la Cour appelée à déterminer la portée du droit de l'individu à la liberté d'expression sur la propriété publique en vertu de l'alinéa 2b) doit

graph 2(b), should first balance the government's interest in public property with the individual's right to free expression on that property. Only if the expression is compatible with the primary function of the property is the expression within the protected sphere of paragraph 2(b).

94 Justice L'Heureux-Dubé in *Commonwealth* gave the most expansive rights of access to public property and held that any restriction on the time, manner and use of public property had to be justified under section 1. However, even she recognizes at page 192 in *Commonwealth* the different and distinct status of private property:

If the government had complete discretion to treat its property as would a private citizen, it could differentiate on the basis of content, or choose between particular viewpoints and grant access to sidewalks, streets, parks, the courthouse lawn, and even Parliament Hill only to those whose message accorded with the government's preferences. [My emphasis.]

95 For two reasons, *Commonwealth* does not bear directly on the particular facts of this case—the issue of the use of copyright as private property and freedom of expression. However, the *Commonwealth* decision still contains relevant principles of law on the status of private property and the balancing of the parties' interests under paragraph 2(b). In *Commonwealth*, the Supreme Court, in various ways, elaborated what Justice McLachlin at page 232 called “a threshold test . . . to screen out cases clearly falling outside the free speech guarantee before reaching the s. 1 analysis.” What then are the differences between the facts in *Commonwealth* and the case at bar? The first difference is that the property in the *Commonwealth* case was used as a location or forum for the distribution of leaflets and other types of protected expression. The property was being “used” but only as a backdrop for expression and not to convey meaning. Unlike the case at bar, the property was not the vehicle for the defendants' message. I do agree with Justice Thurlow in *New Brunswick, supra*, that the Court should reject as out of hand anyone who argues that

d'abord soupeser l'intérêt de l'État sur la propriété publique et le droit de l'individu à la liberté d'expression sur cette propriété. C'est seulement si l'expression est compatible avec la fonction principale de la propriété publique qu'elle fait partie de la sphère des activités protégées par l'alinéa 2b).

94 Dans *République*, le juge L'Heureux-Dubé est celle qui a donné la plus grande portée aux droits d'accès à la propriété publique et elle a conclu que toute restriction quant aux heures, au mode d'expression et à l'utilisation de la propriété publique devait être justifiée en vertu de l'article premier. Toutefois, elle reconnaît à la page 192 de *République* la situation différente et distincte des biens privés:

Si le gouvernement avait le pouvoir discrétionnaire de traiter sa propriété comme le ferait un particulier, il pourrait adopter des normes différentes sur la base du contenu ou privilégier certains points de vue, donner accès aux trottoirs, aux rues, aux parcs, à la pelouse d'un palais de justice et même à la Colline parlementaire, aux seules personnes dont le message serait conforme aux préférences du gouvernement. [Non souligné dans l'original.]

95 Pour deux raisons, l'arrêt *République* ne porte pas directement sur les faits particuliers de l'espèce—la question de l'utilisation, à titre de bien privé, d'une œuvre faisant l'objet d'un droit d'auteur et la liberté d'expression. Toutefois, cet arrêt énonce tout de même des principes de droit pertinents quant à la situation des biens privés et à la pondération des intérêts des parties en vertu de l'alinéa 2b). Dans *République*, la Cour suprême a, de diverses façons, établi ce que le juge McLachlin a, à la page 232, appelé un «critère préliminaire pour éliminer les cas qui, de toute évidence, ne sont pas visés par la garantie de liberté de parole, avant de procéder à l'analyse fondée sur l'article premier». Quelles sont donc les différences entre les faits de l'affaire *République* et ceux de l'espèce? La première différence est que dans *République*, le bien avait servi de lieu ou de forum propice à la distribution de brochures et à d'autres types d'expression protégés. Le bien a été «utilisé» mais seulement comme toile de fond de l'expression et non pour transmettre une signification. Contrairement à ce qui s'est passé dans le cas qui nous occupe, le bien n'a pas été le véhicule du

paragraph 2(b) gives him or her the right to use without permission the printing press of another,—(more likely a computer in this day and age)—merely because it is used to create leaflets that are legitimately protected as expression. It remains a more open question, however, whether parodic use of a copyright, the copyright itself already imbued with meaning, should be analogous to use of a printing press. The “Bibendum” is not property like a printing press that is devoid of meaning. A printing press is truly only a vehicle for conveying meaning.

message des défendeurs. Je souscris au point de vue du juge Thurlow dans l'affaire *New Brunswick*, *supra*, selon qui le tribunal doit rejeter sur-le-champ la prétention de quiconque affirme que l'alinéa 2b) lui confère le droit d'utiliser sans permission la presse à imprimer d'autrui—ou plus vraisemblablement un ordinateur de nos jours—simplement parce qu'il en fait usage pour créer des prospectus qui sont légitimement protégés comme moyens d'expression. La solution n'est pas aussi évidente quand il s'agit de décider si l'utilisation parodique d'une œuvre faisant l'objet d'un droit d'auteur, cette œuvre étant elle-même chargée de signification, est analogue à l'utilisation d'une presse à imprimer. Le «Bibendum» n'est pas, comme une presse à imprimer, un bien dénué de signification. Une presse à imprimer n'est véritablement qu'un véhicule conçu pour transmettre une signification.

96 Second, the property in *Commonwealth* was an airport or piece of public property. The plaintiff's copyright is private property. The defendants fought against the usual characterization of copyright as private property and urged the Court to consider the plaintiff's copyright as a type of state sanctioned private property. The defendants sought to diminish the “private” nature of the plaintiff's property rights for a particular reason. They wanted the Court to apply Justice L'Heureux-Dubé's framework in *Commonwealth*, *supra*, at pages 204-206 for balancing public property rights and free expression under section 1 of the Charter to the current case. I have no hesitation in stating that I can find no merit in the defendants' characterization of the plaintiff's copyright as a piece of quasi-public property. The fact that the plaintiff's copyright is registered by a state-formulated system under the aegis of the *Copyright Act* in no way diminishes the private nature of the right. If one were to extend the defendants' test of “state sanctioned private property” to its logical extreme, no one in Canada could properly say that his or her house was “private property” since houses are also registered under various province designed systems of land title! I therefore hold that Justice L'Heureux-Dubé's analysis of the balance of public property and free expression under section 1 is not applicable to the case at bar.

La seconde différence est que dans *République*, un 96 aéroport, savoir un bien public, avait été utilisé. L'œuvre faisant l'objet du droit d'auteur de la demanderesse est un bien privé. Les défendeurs se sont opposés à la caractérisation habituelle de l'œuvre protégée par le droit d'auteur comme bien privé et ont prié la Cour de considérer le droit d'auteur de la demanderesse comme un type de propriété privée sanctionnée par l'État. Ils ont cherché à diminuer la nature «privée» des droits de propriété de la demanderesse pour une raison bien précise. Ils voulaient que la Cour applique à la présente espèce le cadre établi par le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *République*, *supra*, aux pages 204 à 206, pour la recherche de l'équilibre entre les droits de propriété publics et la liberté d'expression en vertu de l'article premier de la Charte. Je n'ai aucune hésitation à déclarer que la caractérisation du droit d'auteur de la demanderesse par les défendeurs comme un bien quasi public ne m'apparaît pas fondée. Le fait que le droit d'auteur de la demanderesse est enregistré selon les formalités établies par l'État dans la *Loi sur le droit d'auteur* ne diminue aucunement la nature privée du droit. Si l'on poussait à l'extrême le critère proposé par les défendeurs, soit la propriété privée sanctionnée par l'État, personne au Canada ne pourrait affirmer avec raison que sa maison est un «bien privé» car les maisons sont aussi enregistrées

selon les formalités de divers régimes provinciaux d'enregistrement des biens-fonds! Je conclus donc que l'analyse du juge L'Heureux-Dubé relative à la recherche de l'équilibre entre la propriété publique et la liberté d'expression en vertu de l'article premier n'est pas applicable à la présente espèce.

97 A further wrinkle in extrapolating from the *Commonwealth* case is that the entire Supreme Court agreed on the outcome but Justices McLachlin, L'Heureux-Dubé, and Chief Justice Lamer issued three distinct approaches on the subject of public property and the scope of free expression. As Justice Linden stated at page 86 of *Weisfeld, supra*, “[b]oth Chief Justice Lamer and Madam Justice McLachlin, in their separate reasons, suggested that the scope of expression protected under paragraph 2(b) of the Charter may be somewhat different when the expression takes place on government-owned property than in other situations”. It is difficult to discern the majority opinion on the methodology for determining the scope of protected expression in the use of public property by an individual asserting a right to free expression. One must carefully read the concurring opinions. Justice Sopinka concurred with the reasons of Chief Justice Lamer in their entirety while Justice Cory at pages 226-227 concurred with the same reasons specifically on Chief Justice Lamer’s balancing technique under paragraph 2(b) between the individual’s interest in expression and the primary function of the government property. Justices Gonthier and La Forest agreed with several elements of both the reasons of the Chief Justice and Justices L'Heureux-Dubé and McLachlin but they ultimately decided that in future cases, they would adopt the approach of Justice McLachlin. Thus, neither the decision of Chief Justice Lamer nor Justice McLachlin has the numerical edge. Subsequent cases like *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084 (hereinafter *Peterborough*) and *Weisfeld, supra*, have considered all three approaches in reviewing the scope of protection for free expression on public property. Finally in *Toronto (City) v. Quickfall* (1994), 16 O.R. (3d) 665 (C.A.), Justice Abella at page 668 held that Justice Iacobucci in *Peterborough, supra*, had in fact applied the approach of Chief Justice Lamer in

97 Extrapoler à partir de l'arrêt *République* présente un autre obstacle: la Cour suprême a été unanime quant au résultat, mais les juges McLachlin, L'Heureux-Dubé et le juge en chef Lamer ont rendu des motifs distincts sur la question de la propriété publique et du champ d'application de la liberté d'expression. Comme l'a dit le juge Linden à la page 86 de l'arrêt *Weisfeld, supra*, «[d]ans les motifs distincts qu'ils ont prononcés, le juge en chef Lamer et M^{me} le juge McLachlin ont laissé entendre que la portée de l'expression protégée par l'alinéa 2b) de la Charte peut être plus ou moins étendue selon qu'une propriété du gouvernement est en cause ou non.» Il est difficile de cerner l'opinion majoritaire sur la méthode à suivre pour définir la portée de l'expression protégée dans le cas où une personne fait usage de la propriété publique pour exercer son droit à la liberté d'expression. Il faut lire attentivement les opinions concordantes. Le juge Sopinka a souscrit sans réserve aux motifs du juge en chef Lamer, tandis que le juge Cory a, aux pages 226 et 227, souscrit aux mêmes motifs précisément sur la question de la façon de soupeser, sous le régime de l'alinéa 2b), l'intérêt du citoyen en matière de liberté d'expression et la fonction principale de la propriété de l'État. Les juges Gonthier et La Forest ont souscrit à divers éléments des motifs du juge en chef et des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin, pour finalement conclure que dans l'examen d'affaires futures, ils les aborderaient de la manière proposée par le juge McLachlin. Par conséquent, ni la décision du juge en chef Lamer ni celle du juge McLachlin ne l'a emporté. Des décisions postérieures comme *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084 (ci-après appelée *Peterborough*) et *Weisfeld, supra*, ont considéré les trois méthodes d'examen de la portée de la protection de la liberté d'expression sur la propriété publique. Finalement, dans *Toronto (City) v. Quickfall* (1994), 16 O.R. (3d) 665 (C.A.), le juge Abella à la page 668 a décidé que le juge

balancing the interests of property owners with the freedom of expression guarantee: “Without disavowing the other two tests proposed respectively by L’Heureux-Dubé and McLachlin JJ., both of whose approaches he reiterated, Iacobucci J. utilized the approach of Chief Justice Lamer.” I therefore have adopted by analogy the approach of Chief Justice Lamer in considering the interests of the individual asserting a right of free expression and the use of private property.

Iacobucci dans l’arrêt *Peterborough, supra*, avait en fait appliqué la méthode préconisée par le juge en chef Lamer pour soupeser les intérêts des propriétaires fonciers et la garantie de la liberté d’expression: [TRADUCTION] «Sans désavouer les deux autres méthodes proposées par les juges L’Heureux-Dubé et McLachlin respectivement, qu’il a reproduites, le juge Iacobucci a utilisé la façon d’aborder la question énoncée par le juge en chef Lamer.» J’ai donc adopté par analogie la méthode du juge en chef Lamer pour évaluer les intérêts de l’individu qui fait valoir un droit à la liberté d’expression et l’utilisation d’un bien privé.

98 Although I have analyzed in some detail below the facts of this case under Chief Justice Lamer’s balancing principle in *Commonwealth*, I also hold that the defendants would have failed to prove that their expression was a protected form of expression even under the approach elaborated by Justice McLachlin in *Commonwealth*. Justice McLachlin acknowledged at pages 229-230 of *Commonwealth* that “[t]he protection conferred by a right, even *prima facie*, should not go beyond what can be justified, having regard to the history of the right and the purpose which it serves”. Justice McLachlin established a test for when the scope of free expression is to be restricted under the paragraph 2(b) analysis. She stated at pages 238-239 of *Commonwealth, supra*, that the individual asserting a right to free expression on public property had to establish a link between the use of the public property and one of the purposes—truth, social participation and diversity of ideas—informing the protection of expression. Once again, this test from *Commonwealth* is not directly applicable to the case at bar since it concerns the use of public property as a forum for expression but it elaborates a helpful principle for distinguishing the nature of the parties’ interests in this case. I agree with the plaintiff’s argument that use of its private property, the “Bibendum” copyright, was hardly consistent with all of the purposes informing free expression. Of course, there was certainly a link between the defendants’ leaflets and brochures that did not depict the “Bibendum” and the value of expression enhancing participation in social and political decision-making. However, one

Bien que j’analyse les faits de l’espèce de façon assez détaillée un peu plus loin selon le principe énoncé par le juge en chef Lamer dans *République* à l’égard de l’examen des intérêts en cause, je conclus en outre que les défendeurs n’ont pas prouvé que leur expression était une forme protégée d’expression même suivant la méthode énoncée par le juge McLachlin dans *République*. Cette dernière a reconnu aux pages 229 et 230 que «[l]a protection conférée par un droit, même à première vue, ne saurait aller au-delà de ce qui peut être justifié compte tenu de l’historique de ce droit et de l’objectif auquel il répond.» Elle a établi un critère pour déterminer quand la portée de la liberté d’expression doit être restreinte dans le cadre de l’alinéa 2b). Elle a dit aux pages 238 et 239 de l’arrêt *République*, que celui qui revendique le droit à la liberté d’expression sur la propriété publique doit faire la preuve de l’existence d’un lien entre son utilisation de la propriété en cause et l’un des objectifs—la recherche de la vérité, la participation au sein de la société et la diversité des idées—qui sous-tendent la protection de l’expression. Une fois de plus, ce critère énoncé dans *République* n’est pas directement applicable en l’espèce puisqu’il concerne l’utilisation d’un bien public comme forum pour s’exprimer, mais il établit un principe utile pour distinguer la nature des intérêts des parties en cause. Je souscris à l’argument de la demanderesse que l’utilisation de son bien privé, le «Bibendum» faisant l’objet du droit d’auteur, n’était guère compatible avec tous les objectifs qui sous-tendent la liberté d’expression. Bien entendu, il y avait certainement un lien entre les prospectus et les

98

should not confuse the entirely socially acceptable and legitimate overarching goal of the defendants' unionization activity with their inappropriate and unprotected means of expression under paragraph 2(b). The defendants had no need to adopt a form of expression, the use of copyrighted material, that deprived the plaintiff of its property and actually subverted the third value of promoting the diversity of ideas. In other words, if copyright is not respected and protected, the creative energies of authors and artists in furthering the diversity of ideas will not be adequately compensated or recognized.

(iv) Balancing required at the paragraph 2(b) stage

99 The defendants did not lightly dismiss the fact that they have used the plaintiff's copyright. However, they urged the Court to consider this use as one element in the section 1 analysis in which the Court has to balance the nature of the parties' interests and rights. The plaintiff also offered as evidence of the fact that the defendants' freedom of expression was not restricted the multitude of anti-Michelin leaflets and brochures circulated by the defendants that did not use the "Bibendum" copyright. The plaintiff argued that freedom of expression is not impaired if the defendants can say whatever they like against Michelin (aside from defamatory statements) as long as they do not use CGEM Michelin's property. Once again, the defendants argued that the possibility of alternate forms of expression only becomes relevant at the section 1 analysis under the question of whether the *Copyright Act* is a minimal impairment of the defendants' right of free expression. The defendants argued that it is premature under the paragraph 2(b) part of the Court's Charter analysis to consider the fact that the defendants can so freely criticize Michelin's corporate policies and make their point without recourse to the plaintiff's property.

dépliants des défendeurs qui ne montraient pas le «Bibendum» et la valeur de l'expression favorisant la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique. Toutefois, l'on ne doit pas confondre l'objectif capital, tout à fait acceptable et légitime socialement, que représente l'activité de recrutement des défendeurs, et leur moyen d'expression inapproprié et non protégé en vertu de l'alinéa 2b). Ceux-ci n'avaient pas besoin d'adopter une forme d'expression, soit l'utilisation d'une œuvre faisant l'objet d'un droit d'auteur, qui a dépouillé la demanderesse de son bien et a de fait porté atteinte à la troisième valeur consistant dans l'encouragement de la diversité des idées. Autrement dit, si le droit d'auteur n'est pas respecté et protégé, l'énergie créatrice utilisée par les auteurs et les artistes dans la promotion de la diversité des idées ne sera pas adéquatement rémunérée ou reconnue.

(iv) Examen des intérêts en cause requis à l'étape de l'alinéa 2b)

Les défendeurs n'ont pas fait fi de leur utilisation de l'œuvre faisant l'objet du droit d'auteur de la demanderesse. Toutefois, ils ont exhorté la Cour à considérer cette utilisation comme un élément de l'analyse fondée sur l'article premier par laquelle la Cour doit évaluer la nature des intérêts et des droits des parties. La demanderesse a aussi versé en preuve, pour établir que la liberté d'expression des défendeurs n'était pas restreinte, la multitude de prospectus et de dépliants anti-Michelin que les défendeurs ont mis en circulation et qui ne comportaient pas le «Bibendum» faisant l'objet du droit d'auteur. La demanderesse a soutenu que la liberté d'expression des défendeurs n'est pas violée s'ils peuvent dire ce qui leur plaît contre Michelin (à l'exclusion des propos diffamatoires), pourvu qu'ils ne s'approprient pas le bien de CGEM Michelin. Encore une fois, les défendeurs ont soutenu que la possibilité d'utiliser d'autres forums pour s'exprimer n'est pertinente que dans le cadre de l'examen fondé sur l'article premier en ce qui a trait à la question de savoir si la *Loi sur le droit d'auteur* porte atteinte le moins possible au droit des défendeurs à la liberté d'expression. Ils ont affirmé qu'il était prématuré, à l'étape de l'analyse par la Cour de l'alinéa 2b), de

99

tenir compte du fait que les défendeurs ont toute liberté pour critiquer les lignes de conduite de Michelin et faire valoir leur point de vue sans utiliser ce qui appartient à la demanderesse.

100 I disagree with the defendants' submission that the balancing of the parties' interests is only properly performed in the context of section 1 of the Charter. Although the defendants are correct in stating that the balancing of the parties' interests and rights most often occurs in the section 1 analysis, some balancing, particular when it comes to the use of property, whether public or private, must take place even before the Court undertakes an inquiry under section 1 to determine if the form of expression is prohibited. Chief Justice Lamer at page 153 in *Commonwealth*, *supra*, states:

... when a person claims that his freedom of expression was infringed while he was trying to express himself in a place owned by the government, the legal analysis must involve examining the interests at issue.

101 I acknowledge that this balancing principle from *Commonwealth* is not directly applicable to the case at bar since *Commonwealth* concerned use by a person of public property as a forum for expression. The defendants have used private property not as a forum but as a means of conveying a message. However, despite these differences, I reason by analogy to *Commonwealth* that I am permitted to consider the parties' interests even before the section 1 stage of the analysis in order to examine the scope of the defendants' freedom of expression under paragraph 2(b) and determine if the expression is in a prohibited form. I hold that it is reasonable to equate doing something on private property as a forum for expression with using the property—the copyright—to convey expression.

(v) Interests of the defendants and the plaintiff

102 I recognize as Chief Justice Dickson stated at page 968 of *Irwin Toy*, *supra*, how free expression is “‘fundamental’ because in a free, pluralistic and

Je rejette l'opinion des défendeurs qu'il ne convient d'examiner les intérêts en cause des parties que dans le contexte de l'article premier de la Charte. Bien que les défendeurs aient raison de dire que l'évaluation des intérêts et des droits des parties s'inscrit le plus souvent dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier, la Cour doit procéder à une certaine évaluation pour déterminer si la forme d'expression est interdite, même avant de passer à l'analyse en vertu de l'article premier, en particulier quand il s'agit de l'utilisation de biens, publics ou privés. Voici ce qu'a dit le juge en chef Lamer à la page 153 dans l'arrêt *République*, *supra*:

... lorsqu'une personne invoque que sa liberté d'expression a été violée alors que celle-ci tentait de s'exprimer en un lieu dont le gouvernement est propriétaire, je suis d'avis qu'il faut entreprendre l'analyse juridique en examinant les intérêts en cause ...

Je reconnais que ce principe régissant l'examen n'est pas directement applicable en l'espèce, puisque l'affaire *République* portait sur l'utilisation par une personne d'un lieu public comme forum pour s'exprimer. Les défendeurs ont utilisé un bien privé non comme forum mais comme moyen de transmettre un message. Toutefois, malgré ces différences, j'estime par analogie avec l'arrêt *République*, être autorisé à évaluer les intérêts des parties même avant l'étape de l'analyse fondée sur l'article premier pour examiner la portée de la liberté d'expression des défendeurs en vertu de l'alinéa 2b) et déterminer si l'expression revêt une forme interdite. Je conclus qu'il est raisonnable d'assimiler l'acte fait sur la propriété privée, utilisée comme forum pour l'expression, et l'utilisation d'un bien—une œuvre faisant l'objet d'un droit d'auteur—pour transmettre l'expression.

(v) Les intérêts des défendeurs et de la demanderesse

Je reconnais comme le juge en chef Dickson l'a dit à la page 968 de l'arrêt *Irwin Toy*, *supra*, que la liberté d'expression est «‘fondamentale’ parce que

democratic society we prize a diversity of ideas and opinions for their inherent value both to the community and the individual.” The defendants were anxious to counter the Court’s qualms that it would have to make a radical finding that all unauthorized uses of copyrighted material are protected forms of expression. The defendants urged the Court to consider the particular facts of this case in its consideration of the effects of the *Copyright Act* on the defendants’ freedom of expression. The defendants argued that the Court could narrow the ambit of protected expression in its analysis of the effect of the *Copyright Act*. According to the defendants, a court might state that freedom of expression is only restricted when use of the copyright is for non-commercial purposes such as parody of a company symbol by a union during an organization campaign. I agree that the defendants are distinct in that their expression is for a non-commercial purpose tied to such other fundamental Charter values as freedom of association: (see *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367). This is not to say, however, that the union is necessarily a non-commercial body. One cannot give free rein to unions to use the property of another merely because they are in the midst of an organizing campaign. Freedom of expression is not an absolute value: (see *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at page 1173).

dans une société libre, pluraliste et démocratique, nous attachons une grande valeur à la diversité des idées et des opinions qui est intrinsèquement salubre tant pour la collectivité que pour l’individu». Les défendeurs se sont empressés de calmer l’inquiétude de la Cour devant la perspective d’avoir à rendre une décision radicale portant que tous les usages non autorisés de matériel faisant l’objet d’un droit d’auteur sont des formes protégées d’expression. Les défendeurs ont prié la Cour de tenir compte des faits particuliers de l’espèce dans son examen des effets de la *Loi sur le droit d’auteur* sur leur liberté d’expression. Ils ont fait valoir que la Cour pouvait limiter la portée de l’expression protégée dans son analyse de l’effet de la *Loi sur le droit d’auteur*. Selon eux, un tribunal pourrait déclarer que la liberté d’expression est restreinte seulement quand l’utilisation d’une œuvre faisant l’objet du droit d’auteur vise des fins non commerciales telles que la parodie du symbole d’une société par un syndicat durant une campagne de recrutement. Je suis d’accord pour dire que le cas des défendeurs est distinct en ce sens que leur expression vise une fin non commerciale liée à d’autres valeurs fondamentales consacrées par la Charte comme la liberté d’association: voir *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367. Cela ne signifie cependant pas que le syndicat est nécessairement une association non commerciale. L’on ne saurait laisser toute latitude aux syndicats pour utiliser le bien d’autrui simplement parce qu’ils sont en train de mener une campagne de recrutement. La liberté d’expression n’est pas une valeur absolue: voir *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, à la page 1173.

103 What then is the nature of copyright as private property? Copyright is an intangible property right. The owner therefore has a more challenging task in asserting his or her control over the use of the property. Launching an action for infringement under the aegis of the *Copyright Act* is the owner’s prime tool for asserting his or her rights. But just because the right is intangible, it should not be any less worthy of protection as a full property right: (see *Ladbroke (Football) Ltd. v. William Hill (Football) Ltd.*,

Quelle est donc la nature du droit d’auteur en tant que bien privé? Le droit d’auteur est un droit de propriété incorporel. Par conséquent, le titulaire fait face à des difficultés plus grandes lorsqu’il s’agit de contrôler l’utilisation de son bien. L’action en contrefaçon sous l’égide de la *Loi sur le droit d’auteur* est son principal moyen pour faire valoir ses droits. Mais ce n’est pas parce qu’il est incorporel que ce droit mérite moins la protection accordée à tout droit de propriété: voir *Ladbroke (Football) Ltd. v.* 103

[1964] 1 W.L.R. 273 (H.L.), at page 291). It may be easier to focus on the nature of the plaintiff's property right in the copyright if we imagine the case of an infringer dealing with a painting, a piece of tangible private property that like the copyright is already imbued with meaning. No infringer could credibly allege that freedom of expression gives him or her the right to subvert the content or message of the painting by physically drawing a moustache on the painting. However, what if the infringer asserted the right to copy or substantially reproduce the painting with a moustache? Our instincts might not be so certain about the scope of the infringer's freedom of expression because our perceptions are coloured by the intangible nature of the copyholder's right. We should guard against our instincts in this instance since they might lead us to undervalue the nature of the plaintiff's copyright and overestimate the breadth of the defendants' freedom of expression. As Chief Justice Lamer stated at page 157 in *Commonwealth, supra*, "[t]he fact that one's freedom of expression is intrinsically limited by the function of a public place is an application of the general rule that one's rights are always circumscribed by the rights of others". Rights also bring with them duties. The defendants cannot logically assert a right to use the plaintiff's private property within the scope of their freedom of expression, because then the plaintiff would have a reciprocal duty to give the defendants' access to this property.

William Hill (Football) Ltd., [1964] 1 W.L.R. 273 (H.L.), à la page 291. Il est peut-être plus facile de cerner la nature du droit de propriété de la demanderesse sur son droit d'auteur en prenant le cas du contrefacteur d'un tableau, bien privé corporel qui, comme l'œuvre faisant l'objet d'un droit d'auteur, est déjà chargé de signification. Aucun contrefacteur ne pourrait alléguer de manière plausible que la liberté d'expression lui donne le droit de porter atteinte au contenu ou au message du tableau en ajoutant une moustache au tableau. Toutefois, qu'en est-il si le contrefacteur revendique le droit de copier ou de reproduire une partie importante du tableau comportant une moustache? Nous ne pourrions peut-être pas déterminer d'instinct avec autant de certitude la portée de la liberté d'expression du contrefacteur, parce que nos perceptions sont faussées par la nature incorporelle du droit du possesseur de la copie. Nous devons nous méfier de notre instinct dans la présente espèce car nous pourrions être enclins à sous-estimer la valeur du droit d'auteur de la demanderesse et à surestimer la portée de la liberté d'expression des défendeurs. Comme l'a dit le juge en chef Lamer dans l'arrêt *République, supra*, à la page 157 «[l]e fait que la liberté d'expression soit intrinsèquement limitée par la fonction d'un endroit public est une application de la règle générale selon laquelle les droits des uns sont toujours délimités par les droits des autres.» Les droits s'accompagnent d'obligations. Les défendeurs ne peuvent pas logiquement revendiquer le droit d'utiliser, dans l'exercice de leur liberté d'expression, le bien privé de la demanderesse, parce que la demanderesse aurait l'obligation réciproque de donner aux défendeurs accès à ce bien.

104 The plaintiff argues that the defendants' use of its property in fact subverts the third value—the diversity of ideas by enhancing self-fulfilment—of expression. Copyright promotes the third value by protecting and providing an incentive for authors to create works of expression because their works will be protected under the aegis of the *Copyright Act* from unauthorized reproduction. I have no reason to doubt that the plaintiff is intent on protecting its interest in its copyright against all unauthorized users. The defendants argue that the “Bibendum” is

La demanderesse soutient que l'utilisation par les 104 défendeurs de son bien porte atteinte en fait à la troisième valeur de l'expression—la diversité des idées par l'encouragement de l'épanouissement personnel. Le droit d'auteur favorise la troisième valeur en protégeant les auteurs et en les incitant à créer des œuvres expressives, parce que leurs œuvres seront protégées par la *Loi sur le droit d'auteur* contre la reproduction non autorisée. Je n'ai aucune raison de douter que la demanderesse cherche à protéger son intérêt dans son droit d'auteur contre

freely used by both pro and anti-union forces without the permission of the owner by either side in the unionization campaign. However, the plaintiff submitted evidence that it pursues any party, pro or anti-union, who uses its intellectual property without permission. The plaintiff offered as evidence on this point memos written by Mr. George Sutherland, in-house counsel for Michelin Canada. Mr. Sutherland had written to plant managers during an earlier unionization campaign in 1986. In these memos, Mr. Sutherland asked the managers to locate who had authored anti-union leaflets depicting the "Bibendum". The managers were unable to locate the authors but the plaintiff's intent on protecting its interests and private property against all comers is apparent.

tous les utilisateurs non autorisés. Les défendeurs soutiennent que le «Bibendum» est utilisé librement sans la permission du titulaire tant par les forces pro-syndicales qu'antisyndicales dans la campagne de recrutement. Toutefois, la demanderesse a présenté des éléments de preuve établissant qu'elle poursuit toute personne, pro- ou antisyndicale, qui utilise sa propriété intellectuelle sans permission. Elle a versé en preuve sur ce point des notes écrites par M^e George Sutherland, avocat au contentieux de Michelin Canada. M^e Sutherland a écrit aux directeurs d'usine durant une campagne de recrutement antérieure en 1986. Il leur a demandé de trouver les auteurs des prospectus antisyndicaux montrant le «Bibendum». Les directeurs n'ont pu les trouver mais la volonté de la demanderesse de protéger ses intérêts et son bien privé contre chacun est évidente.

105 It is now important to consider whether the defendants' use of the plaintiff's property is a prohibited form of expression. In *Commonwealth* at page 158, Chief Justice Lamer held that in instances of use of public property, expression is protected only if it is compatible with the primary function of the property. Thus, no one has a right to set up a peace camp in the middle of a public library because such obstreperous demonstrations would be incompatible with silent study, the prime function of the library. However, a peace camp on the lawn of Parliament Hill would be compatible with the function of Parliament Hill as an arena for public discourse and debate: (see *Weisfeld, supra.*) If freedom of expression in a public forum is limited by such factors as the function of the place, the conditions and restrictions for using private property should be even stronger. By analogy to Chief Justice Lamer's reasoning on the use of public property, I hold that a person using the private property of another like a copyright, must demonstrate that his or her use of the property is compatible with the function of the property before the Court can deem the use a protected form of expression under the Charter. In the present case, subjecting the plaintiff's "Bibendum" to ridicule as the object of parody is not compatible with the function of the copyright. A "Bibendum" about to stomp hapless workers into submission does not present the original author's intent of a

Il importe maintenant de décider si l'utilisation 105 par les défendeurs du bien de la demanderesse est une forme interdite d'expression. Dans *République*, à la page 158, le juge en chef Lamer a décidé que, s'agissant d'une propriété publique, c'est seulement si l'expression est compatible avec la fonction principale de la propriété qu'elle est protégée. En conséquence, personne n'a le droit d'ériger un camp de la paix au milieu d'une bibliothèque publique parce que des manifestations aussi bruyantes seraient incompatibles avec l'étude silencieuse, fonction principale de la bibliothèque. Toutefois, un camp de la paix sur la colline du Parlement serait compatible avec la fonction de la Colline comme lieu de débat public: voir l'arrêt *Weisfeld, supra.* Si la liberté d'expression dans un forum public est limitée par des facteurs tels que la fonction du lieu, les conditions et les restrictions de l'usage de biens privés devraient être encore plus strictes. Par analogie avec le raisonnement du juge en chef Lamer sur l'utilisation de propriétés publiques, je conclus qu'une personne utilisant le bien privé d'autrui, comme une œuvre faisant l'objet d'un droit d'auteur, doit démontrer que son utilisation du bien est compatible avec la fonction du bien avant que la Cour puisse statuer que l'utilisation est réputée être une forme protégée d'expression en vertu de la Charte. Dans le cas présent, jeter le ridicule sur le «Bibendum» de la demanderesse en en faisant l'objet d'une parodie

favourable corporate image or provide an incentive for compensating artists for the integrity of their vision.

(vi) Summary on the scope of protection under paragraph 2(b)

n'est pas compatible avec la fonction de l'œuvre faisant l'objet du droit d'auteur. Un «Bibendum» sur le point de réduire à l'obéissance des travailleurs infortunés ne correspond pas à l'intention de l'auteur initial de présenter une image favorable de l'entreprise ni ne constitue une incitation à rémunérer les artistes pour l'intégrité de leur vision.

(vi) Résumé concernant la portée de la protection en vertu de l'alinéa 2b)

106 I agree with the defendants that the threshold for prohibiting forms of expression is high. Violent forms are certainly at the extreme end but a form need not be violent in order to be prohibited. In *Irwin Toy*, at page 970, Chief Justice Dickson did not “delineate precisely when and on what basis a form of expression chosen to convey a meaning falls outside the sphere of the guarantee.” The threshold for prohibiting forms of expression is not so high that use of another's private property is a permissible form of expression. Chief Justice Lamer in *Commonwealth, supra*, stated that the necessary balancing of the parties' interests in cases of a party asserting the right to use public property occurs before the section 1 analysis. I have expanded this principle to conclude that a similar but stricter balancing of interests is to occur if the party, like the defendants in the case at bar, asserts the right to use private property. In the balance of interests and rights, if the defendants have no right to use the plaintiff's “Bibendum”, they have a multitude of other means for expressing their views. However, if the plaintiff loses its right to control the use of its copyright, there is little left to the plaintiff's right of private property. The defendants seek to extend the scope of their right of free expression to include the use of another's property.

Je suis d'accord avec les défendeurs pour dire que la norme applicable pour l'interdiction de formes d'expression est élevée. Les formes violentes représentent certainement un extrême, mais une forme n'a pas à être violente pour être interdite. Dans l'arrêt *Irwin Toy*, à la page 970, le juge en chef Dickson n'a pas «défin[i] précisément dans quel cas ou pour quelle raison une forme d'expression choisie pour transmettre un message sort du champ de la garantie». La norme à appliquer pour interdire des formes d'expression n'est pas si élevée que l'utilisation du bien d'autrui soit une forme acceptable d'expression. Dans l'arrêt *République, supra*, le juge en chef Lamer a dit que, lorsqu'une personne revendique le droit d'utiliser une propriété publique, il faut examiner les intérêts des parties avant de procéder à l'analyse fondée sur l'article premier. J'ai élargi ce principe pour conclure qu'il y a lieu de faire un examen semblable mais plus strict des intérêts si une partie, comme les défendeurs en l'espèce, revendique le droit d'utiliser un bien privé. Pour ce qui est d'évaluer les intérêts et les droits, si les défendeurs n'ont pas le droit d'utiliser le «Bibendum» de la demanderesse, ils disposent par contre d'une multitude d'autres moyens d'exprimer leur point de vue. Mais en revanche, si la demanderesse perd son droit de contrôler l'utilisation de l'œuvre faisant l'objet de son droit d'auteur, il reste peu de chose de son droit de propriété privée. Les défendeurs cherchent à élargir le champ de leur droit à la liberté d'expression pour y inclure l'utilisation du bien d'autrui.

107 In 1986 and 1991, the defendants had also unsuccessfully sought to organize the workers at the three Michelin plants in Nova Scotia. On both occasions,

En 1986 et 1991, les défendeurs ont également tenté en vain de syndiquer les travailleurs des trois usines de Michelin en Nouvelle-Écosse. Les deux

the defendants had also used the plaintiff's "Bibendum" copyright without the plaintiff's permission. At that time, the plaintiff asserted its rights to the copyright in letters to the defendants. Now the defendants are asking the Court to state that their freedom of expression was infringed because the *Copyright Act* did not permit them to use the "Bibendum" in a parody. Although the case concerned disobedience of an interlocutory injunction, Chief Justice McEachern of the British Columbia Court of Appeal in *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson* (1994), 113 D.L.R. (4th) 368, at page 384 made an important point on the scope of freedom of expression: "Repeated, unlawful disregard for the rights of others is not a proper context in which to extend unilateral rights of expression that can already be freely exercised by lawful means". The defendants in this instance did freely exercise their right to criticize and lampoon Michelin in pamphlets and brochures that did not depict the plaintiff's property, the "Bibendum".

B. What is the purpose and effect of the *Copyright Act*?

108 Under paragraph 2(b), the defendants not only have to prove that their expression was protected, they also have the burden of proving that the purpose or effect of the *Copyright Act* was to restrict their freedom of expression: (*Irwin Toy, supra*, at page 970). In determining whether the aim of the *Copyright Act* was to control attempts to convey meaning through that activity, the Court examines if the Act on its face seeks to control the content of expression and not merely the physical consequences of expressive conduct. A law that attempts to control the form, and not the content of expression does not interfere with the ability to convey the message by other means: (see *Weisfeld, supra*, at page 90). Only if the purpose is first held not to restrict freedom of expression, does the Court look to the effects of the Act: (see *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at page 334). If the purpose is to restrict attempts to convey meaning, then it is unnecessary to look to the effects

fois, ils ont aussi utilisé le «Bibendum» faisant l'objet du droit d'auteur de la demanderesse sans sa permission. À l'époque, la demanderesse a fait valoir ses droits d'auteur dans des lettres aux défendeurs. Aujourd'hui, ces derniers prient la Cour de déclarer que leur liberté d'expression a été violée parce que la *Loi sur le droit d'auteur* ne les autorise pas à utiliser le «Bibendum» dans une parodie. Dans l'affaire *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson* (1994), 113 D.L.R. (4th) 368, à la page 384, quoiqu'il s'agisse de désobéissance à une injonction interlocutoire, le juge en chef McEachern de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a fait une remarque importante sur la portée de la liberté d'expression: [TRADUCTION] «Le non-respect répété, illicite, des droits d'autrui n'est pas le contexte approprié pour l'élargissement de droits unilatéraux d'expression qui peuvent déjà être exercés librement par des moyens licites.» Les défendeurs en l'espèce ont exercé librement leur droit de critiquer Michelin et de tourner en dérision dans des dépliant et des brochures qui ne montraient pas le bien de la demanderesse, le «Bibendum».

B. Quels sont l'objet et l'effet de la *Loi sur le droit d'auteur*?

En vertu de l'alinéa 2b), les défendeurs non seulement doivent prouver que leur expression était protégée, mais encore ils ont la charge de prouver que l'objet ou l'effet de la *Loi sur le droit d'auteur* était de restreindre leur liberté d'expression: arrêt *Irwin Toy, supra*, à la page 970. Pour décider si l'objectif de la *Loi sur le droit d'auteur* était de contrôler les tentatives pour transmettre une signification par cette activité, la Cour détermine si la Loi à première vue vise à contrôler le contenu de l'expression et non simplement les conséquences matérielles de la conduite expressive. Une loi qui vise à contrôler la forme et non le contenu de l'expression ne prive pas un individu de la capacité de transmettre son message par d'autres moyens: voir l'arrêt *Weisfeld, supra*, à la page 90. C'est seulement si elle a d'abord jugé que l'objet de la loi n'est pas de restreindre la liberté d'expression que la Cour considère les effets de la loi: voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la page 334. Si son

since according to the broad and content-neutral definition of expression at the first stage of the analysis, all meaning is protected expression. In determining if the government's action or legislation had an effect on the claimant's freedom of expression, the Court investigates whether the expressive activity at issue promoted at least one of the three purposes underlying freedom of expression: (see *Weisfeld, supra*, at page 90). Since the defendants in this instance have failed their initial burden of proving that the right to use another's private property is within the protected scope of freedom of expression, there is no need to proceed with an examination of the purposes or effects of the *Copyright Act*, the second stage of the constitutional analysis under paragraph 2(b).

objet est de restreindre la transmission de significations, il n'est alors pas nécessaire d'examiner les effets puisque, selon la définition large et neutre quant au contenu donnée à l'expression à la première étape de l'analyse, toute signification est une expression protégée. Pour déterminer si l'action gouvernementale ou législative a eu un effet sur la liberté d'expression du requérant, la Cour se demande si l'activité expressive en cause favorisait au moins l'un des trois objets qui sous-tendent la liberté d'expression: voir l'arrêt *Weisfeld, supra*, à la page 90. Comme les défendeurs en l'espèce ne se sont pas acquittés de la charge initiale, soit prouver que le droit d'utiliser le bien privé d'autrui fait partie de la sphère des activités protégées par la liberté d'expression, il n'est pas nécessaire d'examiner les objets ou les effets de la *Loi sur le droit d'auteur*, deuxième étape de l'analyse constitutionnelle sous le régime de l'alinéa 2b).

109 I cannot leave this discussion of the constitutional issues without offering some brief thoughts on the application of section 1 of the Charter to the *Copyright Act* and the inappropriateness of the "reading-down" technique in the current case. Even if I am incorrect in stating that the defendants have not met their burden under paragraph 2(b) of the Charter by failing to prove infringement of their freedom of expression, I would have held, according to the wording of section 1, that sections 3 and 27 of the *Copyright Act* are "reasonable limits prescribed by law . . . demonstrably justified in a free and democratic society". The Supreme Court of Canada initially set out the two-stage analysis of section 1 in *Oakes, supra*. First, the government or private actor invoking a statute found to infringe a Charter right has to prove that the objective of the impugned statute is "sufficiently important" to warrant overriding a fundamental right: (see *Oakes, supra*, at page 138). I would have had no difficulty in determining that the objective of the *Copyright Act* was "pressing and substantial", the test for a sufficiently important objective. The protection of authors and ensuring that they are recompensed for their creative energies and works is an important value in a democratic society in and of itself. As well, the pressing and substantial nature of the *Copyright Act's* objec-

Je ne peux pas mettre un terme à cet examen des questions constitutionnelles sans exprimer quelques brèves idées sur l'application de l'article premier de la Charte à la *Loi sur le droit d'auteur* et sur l'inopportunité de la méthode de l'interprétation atténuée dans la présente instance. Même si j'ai tort de dire que les défendeurs ne se sont pas acquittés de la charge qui leur incombe en vertu de l'alinéa 2b) de la Charte, n'ayant pas prouvé l'atteinte à leur liberté d'expression, j'aurais conclu, aux termes de l'article premier, que les articles 3 et 27 de la *Loi sur le droit d'auteur* constituent «des limites raisonnables prescrites par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». La Cour suprême du Canada a établi le cadre d'analyse à deux étapes de l'article premier dans l'arrêt *Oakes, supra*. Premièrement, le gouvernement ou le particulier qui invoque une loi qui, selon ce qu'a constaté le tribunal, viole un droit garanti par la Charte doit prouver que l'objectif de la loi attaquée est «suffisamment important» pour justifier la suppression d'un droit fondamental: voir l'arrêt *Oakes, supra*, à la page 138. Je n'aurais eu aucune hésitation à décider que l'objectif de la *Loi sur le droit d'auteur* est «urgent et réel», critère de l'objectif suffisamment important. La protection des auteurs et la rémunération de leur énergie et de leurs

tive is buttressed by Canada's international obligations in treaties like the Berne Convention of 1886 [*International Convention for the protection of literary and artistic works*] as revised in Berlin in 1908 and in Rome in 1928: Schedule III (section 71) of the *Copyright Act*, and *Bishop, supra*, at pages 473-474.

œuvres créatrices sont à elles seules une valeur importante dans une société démocratique. De plus, le caractère urgent et réel de l'objectif visé par la *Loi sur le droit d'auteur* est corroboré par les obligations internationales du Canada découlant de traités comme la Convention de Berne 1886 [*Convention Internationale pour la protections des œuvres littéraires et artistiques*], révisée à Berlin en 1908 et à Rome en 1928: annexe III (article 71) de la *Loi sur le droit d'auteur*, et arrêt *Bishop, supra*, aux pages 473 et 474.

110 Second, the plaintiff as the party invoking section 1 would have had to prove that the means for implementing the *Copyright Act's* objectives were reasonable and demonstrably justified: (*Oakes, supra*, at page 139). There are three prongs to what Chief Justice Dickson in *Oakes*, at page 139, called the proportionality test: (i) rational connection of the law's objectives to the means; (ii) minimal impairment of the infringed Charter right; and (iii) proportion in the effects of the means and the objectives. In performing a balance of the parties' interests in accord with Chief Justice Lamer's principle from *Commonwealth, supra*, I have already considered many of the elements of the *Oakes* proportionality test and found against the defendants' purported right of free expression.

Deuxièmement, la demanderesse en tant que partie 110 invoquant l'article premier aurait eu à démontrer que les moyens pris pour mettre en application les objectifs de la *Loi sur le droit d'auteur* étaient raisonnables et que leur justification peut se démontrer: arrêt *Oakes, supra*, à la page 139. Ce que le juge en chef Dickson a appelé, dans *Oakes*, à la page 139, le critère de proportionnalité comprend trois éléments: (i) lien rationnel entre les objectifs de la loi et les moyens; (ii) atteinte minimale au droit garanti par la Charte; (iii) proportionnalité entre les effets des moyens et les objectifs. Pour la recherche de l'équilibre entre les intérêts des parties conformément au principe énoncé par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *République, supra*, j'ai déjà étudié nombre des éléments du critère de proportionnalité de *Oakes* et tiré une conclusion défavorable au droit à la liberté d'expression auquel prétendent les défendeurs.

111 Suffice it to say that in addition to what was already stated above, the objectives of the *Copyright Act* are rationally connected to an action for copyright infringement. There is a definite and efficient link between the goal of protecting the interests of authors and copyright holders by granting them a monopoly on the right to use and reproduce their works and the ability to enforce those interests in an action for copyright infringement. The *Copyright Act* does not prohibit attacks on the authors of works or their ideas. Infringers are only liable for reproducing the work or a substantial part of the same. Copyright also minimally impairs the defendants' right of free expression by the very well-tailored structure of the *Copyright Act* with its list of exceptions in subsections 27(2) and (3). In *Irwin Toy, supra*, Chief Jus-

Qu'il suffise de dire qu'outre ce qui a déjà été dit 111 précédemment, les objectifs de la *Loi sur le droit d'auteur* ont un lien rationnel avec une action en violation de droit d'auteur. Il y a un lien explicite et effectif entre l'objectif de protéger les intérêts des auteurs et des titulaires du droit d'auteur par l'attribution d'un monopole sur le droit d'utiliser et de reproduire leurs œuvres, et la capacité de défendre ces intérêts dans une action en violation du droit d'auteur. La *Loi sur le droit d'auteur* n'interdit pas les attaques contre les auteurs ou leurs idées. Les contrefacteurs engagent seulement leur responsabilité s'ils reproduisent l'œuvre ou une partie importante de celle-ci. De plus, le droit d'auteur porte une atteinte minimale au droit des défendeurs à la liberté d'expression étant donné la structure bien conçue de

tice Dickson stated at page 999 that the Court should give Parliament a “margin of appreciation” in evaluating whether the impugned act minimally impairs the Charter right in question. In accord with the dicta from *Irwin Toy*, I cannot lightly substitute what might be my evaluation of the least drastic means for the choice of the legislature. In any event, I hold that the objectives of the *Copyright Act* are implemented with a minimal amount of impairment of the defendants’ rights. In fact, in paragraph 34 of the statement of admissions submitted June 6, the defendants admit “that use of ‘Bibendum’ by the defendant on its materials was not the only means by which this Union could convey its message to the workers in the context of the labour organizing campaign.” Finally, I find that considering the deleterious effects of the *Copyright Act*, the third element of the *Oakes* three-pronged proportionality test, confirms its status as a reasonable limit prescribed by law in a free and democratic society. The plaintiff offered into evidence a wealth of union anti-Michelin pamphlets and brochures that did not use the plaintiff’s property in violation of the *Copyright Act* (Exhibit P-26). A prohibition on using the plaintiff’s “Bibendum” copyright does not therefore create undue hardship for the defendants in conveying their message to the Michelin workers.

la *Loi sur le droit d’auteur*, notamment la liste d’exceptions des paragraphes 27(2) et (3). Dans l’arrêt *Irwin Toy*, *supra*, le juge en chef Dickson a dit à la page 999 que la Cour devait reconnaître au législateur une «certaine latitude» dans l’évaluation de ce qui constitue une atteinte minimale au droit en question garanti par la Charte. En conformité avec les opinions incidentes émises dans *Irwin Toy*, je ne peux pas, à la légère, substituer des moyens qui, à mon sens, sont moins radicaux, à ceux choisis par le législateur. De toute façon, je conclus que les objectifs de la *Loi sur le droit d’auteur* sont mis en œuvre de manière à porter atteinte le moins possible aux droits des défendeurs. En fait, au paragraphe 34 des aveux judiciaires soumis le 6 juin, les défendeurs reconnaissent [TRADUCTION] «que l’utilisation du “Bibendum” par le défendeur dans ses documents n’était pas le seul moyen par lequel ce syndicat pouvait transmettre son message aux travailleurs dans le contexte de la campagne de recrutement». Finalement, j’estime qu’en ce qui concerne les effets préjudiciables de la *Loi sur le droit d’auteur*, le troisième élément du critère de proportionnalité de *Oakes* confirme qu’il s’agit bien d’une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dans une société libre et démocratique. La demanderesse a versé en preuve un tas de dépliants et de brochures syndicaux anti-Michelin qui n’utilisent pas le bien de la demanderesse en contravention de la *Loi sur le droit d’auteur* (pièce P-26). Interdire l’utilisation du «Bibendum» de la demanderesse protégé par le droit d’auteur ne cause donc pas de difficultés excessives aux défendeurs pour ce qui est de transmettre leur message aux travailleurs de Michelin.

112 Even if I had found that the *Copyright Act* was not saved under section 1, I would have rejected “reading down” paragraph 27(2)(a.1) of the *Copyright Act* as an appropriate remedy. In *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, Justice Sopinka stated at page 102 that reading down permits a court to avoid a conclusion of unconstitutionality after it has first determined what elements of the law are incompatible with the Charter: “in order to determine which interpretation is consistent with the Charter, it is necessary to deter-

Même si j’avais conclu que la *Loi sur le droit d’auteur* n’est pas sauvegardée par l’article premier, je n’aurais pas estimé que l’«interprétation atténuée» de l’alinéa 27(2)a.1 de la *Loi sur le droit d’auteur* constituait une réparation convenable. Dans *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, le juge Sopinka a dit à la page 102 que l’interprétation atténuée permet au tribunal d’éviter une conclusion d’inconstitutionnalité, après qu’il a d’abord déterminé quels éléments de la loi sont incompatibles avec la Charte: «pour déterminer quelle inter-

mine what aspects of the statute's operation do not conform. . . . This requires not only a finding that a Charter right or freedom is infringed but that it is not justified under s. 1". In other words, in order to read down, a court must first be able to precisely determine which parts of the impugned act are constitutionally invalid. The defendants urged the Court to consider "reading down" only the word "mention" in paragraph 27(2)(a.1) of the *Copyright Act* to leave intact the rest of the section and statute. The defendants argued that "mention" should be narrowly interpreted to mean in the case of parody an implied reference to the author and source of the original work. I agree with the plaintiff's submissions that the application of the "reading down" technique is not as straightforward and piecemeal as it is presented by the defendants. There is no sifting out with precision which sections or phrases from the *Copyright Act* are constitutionally suspect under the defendants' analysis. To safeguard the fair dealing exception in paragraph 27(2)(a.1) in the current case, a court would have to first "read-in" parody as "criticism". In doing so, the Court would be hardly leaving paragraph 27(2)(a.1) intact. The Court would be creating a new exception, a role more appropriately undertaken by Parliament: (see *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232, at page 252). I disagree with the defendants' submission that the trigger for when reading down "mention" is appropriate can be skewed to the particular and narrow set of facts of a union's parody of a corporate copyright during the course of a recruiting campaign. In effect, reading down under those circumstances would be creating a whole new exception strictly for the benefit of the defendants. Reading down is an appropriate technique if it serves its goal of minimally intruding on the legislative role.

prétation est compatible avec la Charte, il faut déterminer également sous quels aspects de son application la loi ne s'y conforme pas. . . . On doit à cette fin conclure non seulement qu'il y a eu violation d'un droit ou d'une liberté garantis par la Charte, mais que cette violation n'est pas justifiée aux termes de l'article premier.» Autrement dit, pour faire une interprétation atténuée, le tribunal doit d'abord être en mesure de déterminer précisément quelles parties de la loi attaquée sont inconstitutionnelles. Les défendeurs ont prié la Cour d'envisager l'«interprétation atténuée» seulement du mot «mention» employé à l'alinéa 27(2)a.1) de la *Loi sur le droit d'auteur*, gardant intact le reste de l'article et de la Loi. Les défendeurs ont soutenu qu'il convenait d'interpréter strictement le mot «mention» de sorte qu'il s'entende, dans le cas d'une parodie, d'une simple allusion à l'auteur et à la source de l'original. Je souscris aux arguments de la demanderesse que l'application de la méthode de l'«interprétation atténuée» ne peut pas se faire de façon aussi simple et fragmentaire que le voudraient les défendeurs. Il n'est pas possible de séparer avec précision les articles ou les expressions de la *Loi sur le droit d'auteur* dont la constitutionnalité est douteuse suivant le raisonnement des défendeurs. Pour sauvegarder l'exception de l'utilisation équitable prévue à l'alinéa 27(2)a.1) dans la présente espèce, la Cour devrait d'abord donner une «interprétation large» de la «critique» qui y englobe la parodie. En agissant ainsi, la Cour ne se trouverait guère à garder l'alinéa 27(2)a.1) intact. Elle créerait une nouvelle exception, rôle qui revient au législateur: voir *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, à la page 252. Je repousse l'argument des défendeurs qu'il y a lieu de recourir à l'interprétation atténuée du mot «mention» en raison des faits particuliers et stricts de l'espèce, c'est-à-dire la parodie par un syndicat d'une œuvre faisant l'objet du droit d'auteur d'une entreprise au cours d'une campagne de recrutement. En effet, adopter une telle interprétation en pareil cas serait créer une toute nouvelle exception strictement au bénéfice des défendeurs. L'interprétation atténuée est une méthode appropriée si elle sert son objet qui est d'empiéter le moins possible sur le domaine du législateur.

IV. Conclusion

113 For the above stated reasons, I find that the defendants have not infringed the plaintiff's trademarks Nos. 255,656; 186,949; and 214,191.

114 For the above stated reasons, I find that the defendants have infringed the plaintiff's copyrights Nos. 318,640; 318,641 and 318,642 by having copied or by having substantially copied part of the said copyrights without the consent or authorization of the plaintiff.

115 As well, for the above stated reasons, I find that the defendants' freedom of expression pursuant to paragraph 2(b) of the Charter has not been infringed.

116 The defendant, the CAW, its officers and directors, its employees or servants and agents, mandataries, sponsors and all those over whom they exercise control and the defendants Hargrove and Wark are hereby ordered to refrain from reproducing, copying or making any colourable imitations of plaintiff's "Bibendum" copyright designs; from manufacturing, importing, selling or distributing on handouts, documentation or otherwise, or on any other product, unauthorized copies of the "Bibendum" copyright designs and infringing the plaintiff's copyrights in the "Bibendum" designs.

117 It is hereby ordered that the defendants, at the option of the plaintiff, deliver up or destroy, under the oath of one of their authorized officers, within thirty (30) days of the date of the judgment to intervene herein, all offending handouts, advertisements, wares or material, the use or the existence of which would violate any injunction granted herein and provide sworn evidence by an officer of the defendant CAW of same to the plaintiff, within the same delay.

IV. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, la Cour conclut que les défendeurs n'ont pas contrefait les marques de commerce de la demanderesse n^{os} 255,656; 186,949 et 214,191. 113

Pour les motifs susmentionnés, la Cour conclut que les défendeurs ont violé les droits d'auteur de la demanderesse n^{os} 318,640; 318,641 et 318,642 en copiant les œuvres faisant l'objet desdits droits d'auteur ou en copiant une partie importante de celles-ci, sans le consentement ou l'autorisation de la demanderesse. 114

De plus, pour les motifs susmentionnés, la Cour conclut que la liberté d'expression des défendeurs, protégée par l'alinéa 2b) de la Charte, n'a pas été violée. 115

La Cour ordonne, par les présentes, que les TCA, défendeurs, leurs dirigeants et administrateurs, leurs employés ou préposés et représentants, mandataires, commanditaires et tous ceux sur lesquels ils exercent un contrôle, ainsi que les défendeurs Hargrove et Wark, s'abstiennent de reproduire ou copier les dessins du «Bibendum» faisant l'objet d'un droit d'auteur et de faire toute imitation déguisée de ceux-ci; de fabriquer, d'importer, de vendre ou de distribuer des exemplaires non autorisés des dessins du «Bibendum» faisant l'objet d'un droit d'auteur, en les reproduisant dans des prospectus, des documents, sur d'autres articles ou sur tout produit; de porter atteinte aux droits d'auteur de la demanderesse sur les dessins du «Bibendum». 116

La Cour ordonne que les défendeurs, au gré de la demanderesse, remettent ou détruisent, en faisant attester ledit acte par le serment de l'un de leurs dirigeants autorisés, dans les trente (30) jours de la date du jugement qui sera rendu dans la présente instance, les prospectus, annonces, marchandises ou articles contrefaits dont l'utilisation ou l'existence violerait toute injonction décernée dans la présente instance, et fournissent à la demanderesse dans le même délai une déclaration sous serment à cet effet, signée par un dirigeant des défendeurs TCA. 117

118 It is further ordered that the defendants are to remit to the plaintiff, at the defendants' cost, the possession of all infringing copies of all the afore-said designs and all plates used or intended to be used for the production of the infringing copies, or the conversion thereof in respect of those copies having been sold.

119 It is further ordered that damages, if any, caused to plaintiff shall be the subject of a separate hearing.

120 Costs on a party to party basis shall be payable to plaintiff.

¹ TMA No. 255,656 is for the right-handed "Bibendum". It was issued on February 6, 1981. The trade-mark description states that it has been used since 1973 in Canada in association with tourist guides and maps. TMA No. 186,949 for the left-handed "Bibendum" was issued on December 1, 1972. It has been used since January 1975 in association with tires and key chains.

² TMA No. 214,191 states that the term "Michelin" has been used since at least 1938 in connection with automotive-related wares, including maps and tourist guides, and since at least 1975 in connection with clothing and other items.

³ Clairol also pleaded and argued s. 7, the unfair competition provisions of the *Trade-marks Act*, which is not in issue in the present case.

⁴ Under the *World Trade Organization Agreement Implementation Act*, S.C. 1994, c. 47, s. 196, s. 20 was amended to include s. 20(2) which reads, "[n]o registration of a trade-mark prevents a person from making any use of any of the indications mentioned in subsection 11.18(3) in association with a wine or any of the indications mentioned in subsection 11.18(4) in association with a spirit." The indications cited in s. 20(2) refer to the geographical place names of wines and spirits as further exceptions to infringing use of a registered trade-mark. S. 20(2) only came into force on January 1, 1996 and was not pleaded in the current case.

⁵ Justice Lesyk of the Quebec Superior Court in *St-Hubert* did not have to address the meaning of use under ss. 19 and 20 when he examined whether a trade union in that case had used the plaintiff's trade marks during a labour dispute. He did hold that "use" as defined in *Clairol* had not been altered by subsequent case law.

La Cour ordonne en outre que les défendeurs 118 remettent à la demanderesse, à leurs frais, tous les exemplaires contrefaits de tous les dessins précités et toutes les planches servant ou destinées à servir à la production des exemplaires contrefaits, ou le produit de leur conversion dans le cas des exemplaires vendus.

La Cour ordonne en outre que les dommages 119 causés, le cas échéant, à la demanderesse fassent l'objet d'une audition distincte.

Les dépens entre parties sont adjugés à la deman- 120 deresse.

¹ La marque de commerce n° 255,656 vise le «Bibendum» droitier. Elle a été délivrée le 6 février 1981. D'après la description qui en a été donnée, la marque a été employée au Canada depuis 1973 en liaison avec des guides et des cartes touristiques. La marque n° 186,949 visant le «Bibendum» gaucher a été délivrée le 1^{er} décembre 1972. Elle a été utilisée depuis janvier 1975 en liaison avec des pneus et des porte-clefs.

² La marque de commerce n° 214,191 dit que le mot «Michelin» a été employé depuis au moins 1938 en liaison avec des marchandises dans le domaine de l'automobile, dont des cartes et des guides touristiques, et depuis 1975 au moins en liaison avec des vêtements et d'autres articles.

³ Clairol a également invoqué l'art. 7 renfermant les dispositions de la *Loi sur les marques de commerce* relatives à la concurrence déloyale, qui n'est pas en cause dans la présente espèce.

⁴ En vertu de l'art. 196 de la *Loi de mise en oeuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce*, L.C. 1994, ch. 47, l'art. 20 a été modifié par insertion du paragraphe (2), qui est ainsi libellé: «L'enregistrement d'une marque de commerce n'a pas pour effet d'empêcher une personne d'utiliser les indications mentionnées au paragraphe 11.18(3) en liaison avec un vin ou les indications mentionnées au paragraphe 11.18(4) en liaison avec un spiritueux.» S'agissant des vins et spiritueux, les indications précitées sont les dénominations du lieu d'origine reconnues comme exceptions supplémentaires à la contrefaçon de marque de commerce. L'art. 20(2) n'est entré en vigueur que le 1^{er} janvier 1996 et n'a pas été invoqué en l'espèce.

⁵ Dans *St-Hubert*, le juge Lesyk de la Cour supérieure du Québec ne s'est pas arrêté au sens du mot «emploi» aux art. 19 et 20 quand il a examiné la question de savoir si, dans cette affaire, un syndicat avait employé les marques de commerce de la demanderesse durant un conflit de travail. Il a décidé que l'interprétation donnée du mot

Justice Lesyk at p. 447 also stated: [TRANSLATION] "Unless otherwise provided, the term "use" defined in section 2 of the Act, must have the same meaning every time it is employed in the Act". With respect, I cannot agree that the term "use" must receive the same meaning every time it is employed in the *Trade-marks Act*. Justice Thurlow in *Clairol*, *supra*, clearly added a secondary component—the need to also prove "use as a trade-mark" —to the term "use" as it is cited in ss. 19 and 20 since the focus is on the owner's right of exclusive use. This secondary component is absent in s. 22. In other respects, I agree with the holding in *St-Hubert* on the continuing validity of the *Clairol* decision.

⁶ In trade-mark No. 340,453, registered on May 20, 1988 for the CAW logo depicted on the union's leaflets, the wares are specified as: "(1) Lapel pins, crests, briefcases, clipboards, pens, notepads". The services are "services provided by a labour union to its members, namely bargaining services, informational services, educational services, medical services, welfare services, pension services, and the promotion of union fraternity." Trade-mark No. 333,624, registered on October 30, 1987 for the acronym "CAW", relates only to services and includes a phrase missing from the description of the services for the CAW logo since it includes "the promotion of union fraternity amongst the members of the union, with other unions, and with non-members."

⁷ The relevant portions of s. 6 read:

6. . . .

(2) The use of a trade-mark causes confusion with another trade-mark if the use of both trade-marks in the same area would be likely to lead to the inference that the wares or services associated with those trade-marks are manufactured, sold, leased, hired or performed by the same person, whether or not the wares or services are of the same general class.

. . .

(5) In determining whether trade-marks or trade-names are confusing, the court or the Registrar, as the case may be, shall have regard to all the surrounding circumstances including

- (a) the inherent distinctiveness of the trade-marks or trade-names and the extent to which they have become known;
- (b) the length of time the trade-marks or trade-names have been in use;
- (c) the nature of the wares, services or business;

«emploi» dans *Clairol* n'avait pas été modifiée par la jurisprudence. À la p. 447, le juge Lesyk a ajouté: «Le terme ou mot "emploi" ou "usage" défini à l'article 2 de la Loi doit recevoir, sauf indication contraire, la même signification ou sens chaque fois qu'il est utilisé dans la Loi.» Je ne saurais souscrire à l'opinion que le mot «emploi» doit recevoir la même signification chaque fois qu'il est utilisé dans la *Loi sur les marques de commerce*. Dans la décision *Clairol*, *supra*, le juge Thurlow a clairement ajouté un élément secondaire—la nécessité de prouver en outre l'«emploi comme marque de commerce»—au terme «emploi» employé aux art. 19 et 20 puisque l'accent y est mis sur le droit du propriétaire à l'usage exclusif. Cet élément secondaire est absent à l'art. 22. Sous tous autres rapports, je souscris à la conclusion tirée dans l'affaire *St-Hubert* sur la validité de la décision *Clairol*.

⁶ Dans la marque de commerce n° 340,453, déposée le 20 mai 1988, qui vise le logo utilisé par les TCA dans les prospectus du syndicat, les marchandises sont ainsi décrites: [TRADUCTION] «épinglettes, insignes, porte-documents, planchettes à pince, stylos-bille, blocs-notes». Les services sont les [TRADUCTION] «services fournis par un syndicat à ses membres, savoir les services de négociation, les services d'information, les services d'éducation, les services médicaux, les services d'aide sociale, les services de pensions et le développement de la fraternité entre syndiqués.» La marque de commerce n° 333,624, déposée le 30 octobre 1987, qui vise le sigle «TCA», ne concerne que les services et inclut une expression absente de la description des services liés au logo des TCA puisqu'elle englobe [TRADUCTION] «le développement de la fraternité entre syndiqués, et entre le syndicat et les autres syndicats et les personnes non syndiquées.»

⁷ Les parties pertinentes de l'art. 6 sont ainsi conçues:

6. . . .

(2) L'emploi d'une marque de commerce crée de la confusion avec une autre marque de commerce lorsque l'emploi des deux marques de commerce dans la même région serait susceptible de faire conclure que les marchandises liées à ces marques de commerce sont fabriquées, vendues, données à bail ou louées, ou que les services liés à ces marques sont loués ou exécutés, par la même personne, que ces marchandises ou ces services soient ou non de la même catégorie générale.

. . .

(5) En décidant si des marques de commerce ou des noms commerciaux créent de la confusion, le tribunal ou le registraire, selon le cas, tient compte de toutes les circonstances de l'espèce, y compris:

- a) le caractère distinctif inhérent des marques de commerce ou noms commerciaux, et la mesure dans laquelle ils sont devenus connus;
- b) la période pendant laquelle les marques de commerce ou noms commerciaux ont été en usage;
- c) le genre de marchandises, services ou entreprises;

(d) the nature of the trade; and

(e) the degree of resemblance between the trademarks or trade-names in appearance or sound or in the ideas suggested by them.

⁸ «F.S.R.» stands for «Fleet Street Reports», a British reporting series for intellectual property decisions.

⁹ In *Ludlow*, the song in question was *This Land is Your Land* by Woody Guthrie, in *MCA* the song was *Downtown*, and in *ATV* the song was *Revolution* by the Beatles.

¹⁰ Justice Kennedy filed a concurring opinion.

¹¹ S. 107 reads:

Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, newsreporting, teaching (including multiple copies for classroom use) scholarship or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include:

- (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- (2) the nature of the copyrighted work;
- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

¹² See also Lesley Ellen Harris, *Canadian Copyright Law* (Toronto: McGraw-Hill Ryerson, 1995), at p. 124 who cautions against using the American concept of «fair use» interchangeably with the distinct Canadian notion of «fair dealing».

¹³ Under s. 57 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, the defendants had to give notice to the federal and provincial authorities of their constitutional challenge of the *Copyright Act*. None of the government bodies chose to intervene.

d) la nature du commerce;

e) le degré de ressemblance entre les marques de commerce ou les noms commerciaux dans la présentation ou le son, ou dans les idées qu'ils suggèrent.

⁸ «F.S.R.» signifie «Fleet Street Reports», recueil de jurisprudence britannique en matière de propriété intellectuelle.

⁹ Dans *Ludlow*, la chanson de Woody Guthrie, *This Land is Your Land* était en cause, dans *MCA* c'était la chanson *Downtown* et dans *ATV* c'était la chanson des Beatles, *Revolution*.

¹⁰ Le juge Kennedy a émis une opinion concordante.

¹¹ L'art. 107 est ainsi libellé:

[TRADUCTION] Par dérogation aux dispositions des articles 106 et 106A, l'utilisation équitable d'une œuvre protégée, y compris l'utilisation par reproduction d'exemplaires ou d'enregistrements sonores ou par tout autre moyen spécifié dans cet article, à des fins telles que la critique, le commentaire, le reportage, l'enseignement (y compris les exemplaires multiples destinés à l'usage des écoles), les études et la recherche, ne constitue aucune violation du droit d'auteur. Pour déterminer si l'utilisation d'une œuvre dans un cas donné est une utilisation équitable, le tribunal tient compte notamment des facteurs suivants:

- (1) l'objet et le caractère de l'utilisation, y compris la nature commerciale ou le but éducatif et non lucratif de l'utilisation;
- (2) la nature de l'œuvre protégée;
- (3) le nombre et l'importance des passages utilisés par rapport à l'ensemble de l'œuvre protégée;
- (4) l'effet de l'utilisation sur le marché possible ou la valeur de l'œuvre protégée.

¹² Voir aussi Lesley Ellen Harris, *Canadian Copyright Law* (Toronto: McGraw-Hill Ryerson, 1995) à la p. 124, qui souligne le danger de confondre la notion américaine de «fair use» et la notion canadienne distincte d'«utilisation équitable».

¹³ En vertu de l'art. 57 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, les défendeurs devaient donner avis aux autorités fédérale et provinciales de leur contestation constitutionnelle de la *Loi sur le droit d'auteur*. Aucun des organismes gouvernementaux n'a choisi d'intervenir.

APPENDIX I



“Bibendum”
Trade-mark registration
No. TMA 255,656

ANNEXE I



«Bibendum»
Marque de commerce
n° TMA 255,656



“Left-handed Bibendum”
Trade-mark registration
No. TMA 186,949



«Bibendum» gaucher
Marque de commerce
n° TMA 186,949



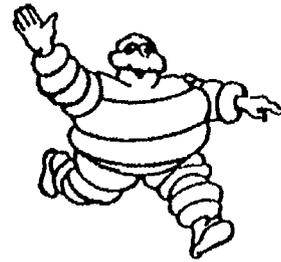
“Variation Bibendum”
Copyright registration no. 318,641



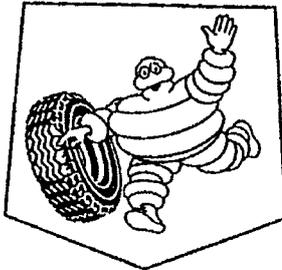
«Bibendum» modifié
Droit d’auteur n° 318,641



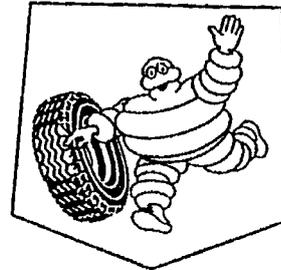
“Bibendum”
Copyright registration No. 318,640



«Bibendum»
Droit d’auteur n° 318,640

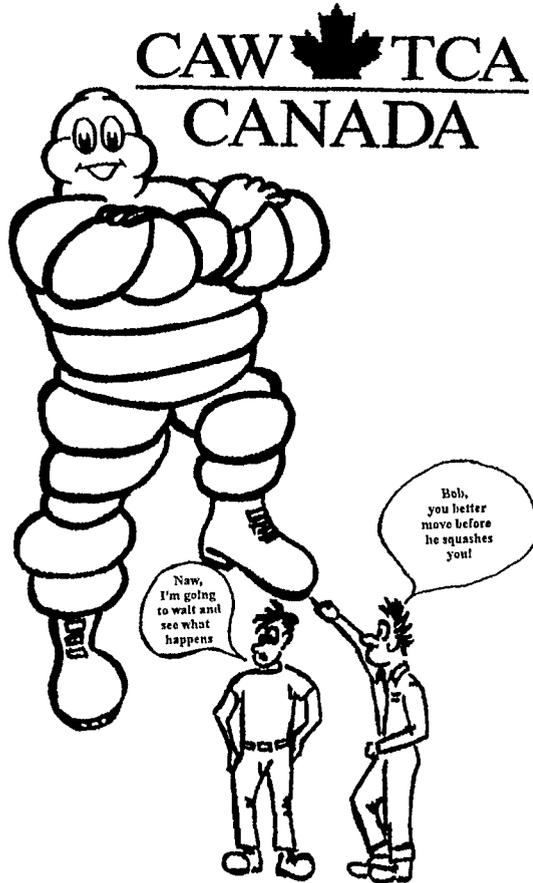


“Bibendum with tire”
Copyright registration No. 318,642



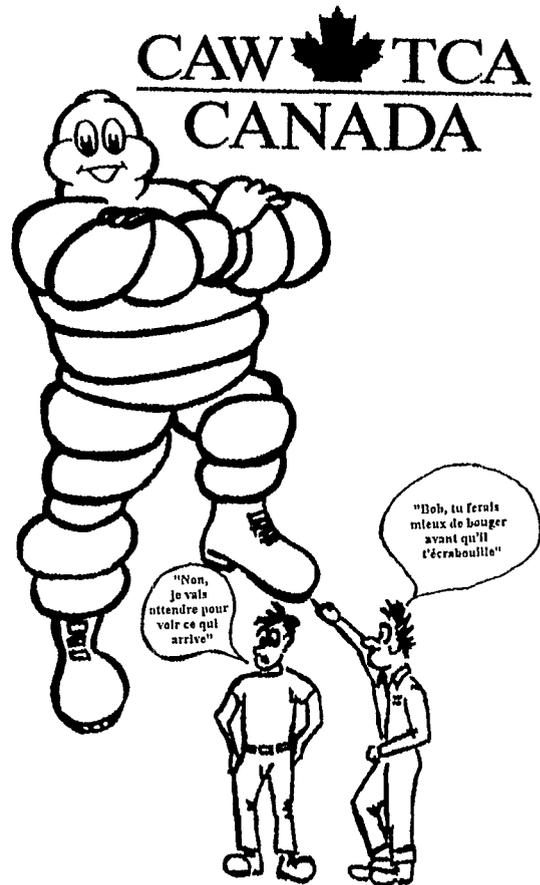
«Bibendum» avec un pneu
Droit d’auteur n° 318,642

APPENDIX II



Don't Wait until it's too late! Because the job you save may be your own. Sign today for a better tomorrow.
CAW Granton Office: 752-7415

ANNEXE II



«N'attendez pas qu'il soit trop tard» parce que l'emploi que vous préservez peut être le vôtre. Signez aujourd'hui pour un avenir meilleur.
Bureau des TCA à Granton: 752-7415

T-309-97

T-309-97

John Edward Dixon (*Applicant*)**John Edward Dixon** (*requérant*)

v.

c.

The Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia and the Governor in Council (*Respondents*)**La Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie et le gouverneur en conseil** (*intimés*)

T-317-97

T-317-97

John Edward Dixon (*Applicant*)**John Edward Dixon** (*requérant*)

v.

c.

The Governor in Council (*Respondent*)**Le gouverneur en conseil** (*intimé*)**INDEXED AS: DIXON v. CANADA (COMMISSION OF INQUIRY INTO THE DEPLOYMENT OF CANADIAN FORCES TO SOMALIA) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: DIXON c. CANADA (COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LE DÉPLOIEMENT DES FORCES CANADIENNES EN SOMALIE) (1^{re} INST.)**

Trial Division, Simpson J.—Vancouver, March 25, 26 and April 1, 1997.

Section de première instance, juge Simpson—Vancouver, 25 et 26 mars et 1^{er} avril 1997.

Inquiries — Commission of Inquiry into deployment of Canadian Forces to Somalia — Order in Council establishing Commission to investigate, report on 6 topics, 19 issues — Final report due December 22, 1995 but two extensions granted — Commission needing even more time but Order in Council imposing final deadlines — Motion for order of mandamus requiring Commission to comply with mandate or declaring that Governor in Council amend Commission's terms of reference by limiting inquiry and order declaring Governor in Council's decision on final deadlines contrary to law — Importance, independence of public inquiries — Whether Commission required to report on all matters mandated — Who decides whether investigation complete — Whether commission unable to report on full mandate — Original reporting date unrealistic, never intended to be final — Commission of Inquiry not like government department to be created, directed, disbanded as Governor in Council sees fit — Governor in Council not entitled to decide when enough evidence received — To lawfully curtail mandate, Governor in Council must list items deleted from Commission's mandate — Order in Council imposing final deadlines ultra vires for (1) non-compliance with Interpretation Act, s. 31(4); (2) breaching rule of law by requiring the impossible; (3) breaching rule of law by disrespect of Commissioners' independence.

Enquêtes — Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie — Décret constituant une Commission pour faire enquête sur six questions et 19 sujets — Le rapport final devait être présenté le 22 décembre 1995, mais l'échéance a été reportée à deux reprises — La Commission avait besoin d'encore plus de temps, mais des échéances finales ont été imposées par décret — Requêtes introductives d'instance visant à obtenir, d'une part, une ordonnance de mandamus obligeant la Commission d'enquête à se conformer à son mandat et, d'autre part, une ordonnance décrétant que la décision du gouverneur en conseil relative aux échéances finales était contraire à la loi — Importance, indépendance des commissions d'enquêtes — La Commission devait-elle faire rapport sur toutes les questions énumérées dans son mandat? — Qui pouvait décider si l'enquête était terminée? — La Commission se trouvait-elle dans l'impossibilité de s'acquitter complètement de son mandat? — La date initiale de présentation du rapport était irréaliste et n'a jamais censé être une date de présentation d'un rapport final — La Commission d'enquête n'est pas comme un service gouvernemental qui peut être créé, dirigé et démantelé selon le bon vouloir du gouverneur en conseil — Il n'appartient pas au gouverneur en conseil de décider quand la Commission a obtenu suffisamment de preuves — Pour restreindre le mandat de la Commission d'une manière légitime, le gouverneur en conseil doit expressément énumérer les questions du mandat qu'il faut considérer comme retranchées — Il y a trois raisons pour lesquelles le décret qui imposait les échéances finales est

Armed Forces — Commission of Inquiry into deployment of Canadian Forces to Somalia — Inquiry undertaken in response to national outrage over murder of Somalis by Canadian soldiers — Commission's broad mandate including inquiring, reporting on leadership within chain of command, discipline, whether cultural differences impacted on operations, actions of Department of National Defence, allegations of cover-up, evidence destruction — Governor in Council imposing final deadlines for Commission's investigations, report — Applicant was Special Advisor to Defence Minister Campbell, directly involved in communications between C.F., Minister — Controversy between applicant, C.F. representative as to date applicant told of Somali's torture, murder by Canadian Airborne Regiment members — Media questioning whether applicant cover-up participant — Applicant denied standing due to government's imposition of final deadlines — Applicant seeking order of mandamus requiring Commission to comply with mandate or declaring that Governor in Council amend Commission's terms of reference and declaring decision imposing final deadlines contrary to law — Order in Council imposing final deadlines held ultra vires.

Practice — Parties — Standing — Motion for mandamus requiring Somalia Commission of Inquiry to comply with mandate or other relief — Applicant Special Advisor to then Minister of Defence — Directly involved with communications between Minister, representatives of Canadian Armed Forces — Disputing date Minister's staff told of torture, murder in Somalia by members of Canadian Airborne Regiment — Allegations of cover-up — Within Commission's mandate, but applicant denied standing because Commission's mandate truncated when Governor in Council deciding to end hearings March 31, 1997 — Applicant directly affected, having standing to bring motion pursuant to Federal Court Act, s. 18.1.

These were originating motions for *mandamus* requiring the Commission of Inquiry to comply with its mandate;

ultra vires: 1) il n'est pas conforme à l'art. 31(4) de la Loi d'interprétation; 2) il enfreint les principes de droit en exigeant l'impossible des commissaires; 3) il enfreint les principes de droit en ne respectant pas l'indépendance dont jouissent les commissaires.

Forces armées — Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie — Commission d'enquête constituée en réaction au scandale national suscité par l'assassinat de Somaliens par des soldats canadiens — Dans le cadre de son large mandat, la Commission devait faire enquête et rapport sur le leadership au sein de la chaîne de commandement, la discipline, la mesure dans laquelle les différences culturelles ont influé sur la conduite des opérations, les mesures prises par le ministère de la Défense nationale, les allégations de camouflage et la destruction d'éléments de preuve — Le gouverneur en conseil a imposé des échéances finales relativement à l'enquête et au dépôt du rapport final de la Commission — Le requérant était conseiller spécial du ministre de la Défense nationale de l'époque, M^{me} Kim Campbell et à ce titre, il participait directement aux communications entre la ministre et les représentants des Forces canadiennes, avec lesquels il est en désaccord quant à la date à laquelle il a été informé de la torture et de l'assassinat d'un Somalien par des membres du Régiment aéroporté du Canada — Les médias ont soulevé la question de savoir si le requérant avait pris part à une opération de camouflage — La demande du requérant visant à obtenir le droit d'être entendu a été rejetée, vu les échéances finales fixées — Le requérant vise à obtenir, d'une part, une ordonnance de mandamus obligeant la Commission d'enquête à se conformer à son mandat et, d'autre part, une ordonnance décrétant que la décision du gouverneur en conseil d'imposer des échéances finales était contraire à la loi — Le décret imposant les échéances finales est ultra vires.

Pratique — Parties — Qualité pour agir — Demande d'une ordonnance de mandamus obligeant la Commission d'enquête à se conformer à son mandat ou à accorder une autre réparation — Le requérant était conseiller spécial du ministre de la Défense nationale de l'époque — Il participait directement aux communications entre la ministre et les représentants des Forces canadiennes, avec lesquels il est en désaccord quant à la date à laquelle il a été informé de la torture et de l'assassinat d'un Somalien par des membres du Régiment aéroporté du Canada — Les allégations de camouflage relevaient du mandat de la Commission d'enquête, mais la demande du requérant visant à obtenir le droit d'être entendu par celle-ci a été rejetée, le gouverneur en conseil ayant décidé de mettre fin aux audiences le 31 mars 1997 — Le requérant était directement touché et avait donc le droit d'être entendu en vertu de l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale.

Il s'agit de deux requêtes introductives d'instance visant à obtenir, d'une part, une ordonnance de *mandamus* obli-

and a declaration that the Governor in Council's decision to require the Commission to terminate its public hearings by March 31, 1997 and to submit its final report by June 30, 1997 was contrary to law.

The Commission of Inquiry was established under the *Inquiries Act* by Order in Council P.C. 1995-442 to investigate the deployment of the Canadian Airborne Regiment Battle Group to Somalia, in response to national outrage over both the Arone murder and the events of March 4, 1993, when one Somali was killed and another wounded. The Order in Council required the Commission to inquire into and report on six topics with respect to the Canadian Forces deployment to Somalia, including "actions and decisions of the Canadian Forces; and actions and decisions of the Department of National Defence" and 19 specific issues. The Commission was also expected to make recommendations to correct problems identified in the course of its investigation. A final report was due December 22, 1995, but an extension to June 28, 1996 was granted. A second extension to September 1997 was requested, citing nine reasons therefor, including the delay caused by "missing, altered or destroyed documents". An extension to March 31, 1997 was granted. In November 1996, the Commission Chairman explained the difficulties in meeting the March 31, 1997 reporting deadline, noting the enormous number of documents received and the "dilatatory manner" in which the Department of National Defence had treated the Commission's entreaties for cooperation and assistance. Although the Commission was of the view that it would be impossible to complete the work assigned before December 31, 1997, an extension of only three months, to June 30, 1997 was granted. Hearings were to be completed by March 31, 1997. These dates were confirmed by Order in Council P.C. 1997-174. When the final deadlines were imposed, the mandate was not reduced.

In 1993 the applicant was employed as a Special Advisor to the Right Honourable Kim Campbell, then Minister of National Defence. As such he was directly involved in the communications between the Minister and representatives of the Canadian Forces, with whom he now disputes the date on which the Minister's staff was told about the torture and murder of Shidane Arone by members of the Canadian Airborne Regiment in Somalia. When the controversy was made public, media speculation began about whether the applicant was part of a cover-up.

geant la Commission d'enquête à se conformer à son mandat et, d'autre part, une ordonnance décrétant que la décision du gouverneur en conseil d'exiger que la Commission d'enquête mette fin à ses audiences publiques avant le 31 mars 1997 et présente son rapport final avant le 30 juin 1997 était contraire à la loi.

La Commission d'enquête a été constituée en vertu de la *Loi sur les enquêtes*, par le décret C.P. 1995-442, pour faire enquête sur le déploiement en Somalie du groupe tactique du Régiment aéroporté du Canada, en réaction au scandale national suscité par l'assassinat d'Arone ainsi que par les faits survenus le 4 mars 1993, où un Somalien a été tué et un autre blessé. Le décret confiait à la Commission d'enquête le mandat de faire enquête et faire rapport sur six sujets concernant le déploiement des Forces canadiennes en Somalie, dont «les mesures et les décisions des Forces canadiennes, et les mesures et les décisions du ministère de la Défense nationale», et 19 questions précises. La Commission d'enquête était également censée formuler des recommandations appropriées en vue de corriger les difficultés qu'elle relevait au cours de ses travaux. Elle a reçu instruction de présenter un rapport final le 22 décembre 1995, mais cette échéance a été reportée au 28 juin 1996. Une autre prolongation de l'échéance relative à la présentation du rapport final, soit à septembre 1997, a été demandée et, à l'appui de cette demande, neuf motifs ont été invoqués, dont le retard occasionné par des [TRADUCTION] «documents manquants, altérés ou détruits». L'échéance a été reportée au 31 mars 1997. En novembre 1996, le président a expliqué les difficultés qu'avait la Commission d'enquête à respecter l'échéance du 31 mars 1997 concernant la présentation du rapport final, notant en particulier le nombre fort considérable de documents que la Commission d'enquête avait reçus et la [TRADUCTION] «manière dilatoire» avec laquelle le ministère de la Défense nationale avait traité les prières de collaboration et d'assistance des commissaires. Bien que la Commission d'enquête fût d'avis qu'il serait impossible d'effectuer le travail qui lui était confié avant le 31 décembre 1997, une prolongation de trois mois seulement, soit jusqu'au 30 juin 1997, lui a été accordée. La Commission d'enquête devait conclure ses audiences publiques vers le 31 mars 1997. Ces dates ont été confirmées par le décret C.P. 1997-174 daté du 4 février 1997. Lorsque les échéances finales ont été imposées, le mandat n'a pas été réduit.

En 1993, le requérant a été détaché au ministère de la Défense nationale, à titre de conseiller spécial du ministre de la Défense nationale de l'époque, M^{me} Kim Campbell. À ce titre, il participait directement aux communications entre la ministre et les représentants des Forces canadiennes, avec lesquels il est en désaccord quant à la date à laquelle les membres du personnel de la ministre ont été informés de la torture et de l'assassinat de Shidane Arone par des membres du Régiment aéroporté du Canada, en Somalie. Quand la controverse est devenue publique, les

The applicant was refused standing before the Commission of Inquiry. The hearing and reporting deadlines in Order in Council P.C. 1997-174 precluded the Commission of Inquiry from examining the nature and adequacy of the response of National Defence Headquarters (NDHQ) to the events in Somalia, and the "crucial issue" of a possible cover-up in the upper echelons of NDHQ and the Canadian Forces. The Commission's mandate covered the allegations of possible cover-up and the applicant's evidence would be important on that issue.

The issues were: (1) whether the applicant had standing to bring these motions; (2) whether the mandate as set out in Order in Council P.C. 1995-442 required the Commission to report on all matters mentioned or whether the Commission had a discretion to report only on those issues which it considered important; (3) whether the Governor in Council or the Commission decides whether the investigation is complete; (4) whether it was impossible for the Commission of Inquiry to complete its mandate; (5) whether *Interpretation Act*, subsection 31(4) imposed any requirements on the Governor in Council; (6) whether Order in Council 1997-174 was *ultra vires* the Governor in Council.

Held, the motion for *mandamus* should be dismissed; Order in Council 1997-174 should be declared *ultra vires*.

(1) The applicant was personally involved in the events whereby the Minister was advised of the Arone murder. He had been scheduled to be a witness at the Commission of Inquiry for a long time and his lawyer for this purpose was provided by the federal government. Thus the applicant was directly affected and therefore had standing pursuant to *Federal Court Act*, subsection 18.1(1).

(2) By asking the Commission to "inquire into and report", Order in Council P.C. 1995-442 imposed a duty to report on all of the six topics and 19 designated issues. The Commission did not have a discretion to report only on those issues they chose to deal with in the time available. A mandate could have been written so as to provide such a discretion. The initial reporting date was unrealistic. But December 22, 1995 was never intended to be a final reporting date. It was a target date and there was nothing unlawful in the Governor in Council imposing target dates.

médias ont soulevé la question de savoir si le requérant avait pris part à une opération de camouflage. La demande du requérant visant à obtenir le droit d'être entendu par la Commission d'enquête a été rejetée. Les échéances fixées par le décret C.P. 1997-174 à propos de la tenue des audiences et de la présentation du rapport empêchaient la Commission d'enquête d'examiner la nature et la pertinence de la réponse du Quartier général de la Défense nationale (le QGDN) aux événements marquants qui ont eu lieu en Somalie, et à la [TRADUCTION] «question cruciale» d'un camouflage possible dans les hautes sphères du QGDN et des Forces canadiennes. Le mandat conféré à la Commission d'enquête englobait les allégations d'un camouflage possible, et le témoignage du requérant serait important à cet égard.

Les points en litige étaient les suivants: 1) Le requérant avait-il le droit de présenter ces requêtes? 2) Le mandat exposé dans le décret C.P. 1995-442 obligeait-il la Commission d'enquête à faire rapport sur toutes les questions qui y étaient mentionnées, ou lui permettait-il de faire rapport uniquement sur les questions que les commissaires jugeaient importantes? 3) Qui du gouverneur en conseil ou de la Commission d'enquête pouvait décider si l'enquête de cette dernière était terminée? 4) La Commission se trouvait-elle dans l'impossibilité de s'acquiescer complètement de son mandat? 5) Le paragraphe 31(4) de la *Loi d'interprétation* imposait-il des exigences quelconques au gouverneur en conseil? 6) Le décret 1997-174 excédait-il les pouvoirs du gouverneur en conseil?

Jugement: la demande de *mandamus* doit être rejetée; le décret C.P. 1997-174 doit être infirmé parce qu'il excède les pouvoirs du gouverneur en conseil.

1) Le requérant a personnellement été mêlé aux événements par lesquels la ministre a été informée de l'assassinat d'Arone. Il était censé témoigner devant la Commission d'enquête depuis longtemps, et l'avocat qui le représente à cette fin a été fourni par le gouvernement fédéral. Ces faits suffisent pour conclure que le requérant était directement touché et avait donc le droit d'être entendu en vertu du paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

2) En demandant aux commissaires de «faire enquête et faire rapport», le décret C.P. 1995-442 obligeait ces derniers à faire rapport sur les six sujets ainsi que sur les 19 questions désignés. Il n'était donc pas loisible aux commissaires de faire rapport uniquement sur les questions qu'ils choisissaient d'examiner dans le délai imparti. Il aurait été possible de rédiger un mandat qui prévoyait une telle latitude. La date initiale de présentation du rapport était irréaliste. Cependant, le 22 décembre 1995 n'a jamais censé être une date de présentation d'un rapport final. Il s'agissait plutôt d'une échéance, et il n'y avait rien d'illégal à ce que le gouverneur en conseil imposât des échéances.

(3) The Commission decides when the investigation has been adequate. The Governor in Council can create a commission of inquiry, establish the mandate, appoint the commissioners, set reasonable target dates and terminate a commission of inquiry in a lawful manner. But, at a minimum, a commission of inquiry is independent when its decisions relate to the manner in which it will carry out its mandate. This independence means that it is the Commission, where it is compelled to investigate and report, which must decide when it has received sufficient evidence to enable it to make the findings of fact necessary to support conclusions in its report. The Governor in Council is not entitled to decide when the Commission has received sufficient evidence.

(4) If the Commission must report on all issues, and if it is entitled to decide when it has sufficient evidence, then if it is left with a full mandate, it is impossible for it to fulfil its duty to provide a full report and respect the final deadlines. This impossibility was known to the Governor in Council when it imposed the final deadlines, which were six months earlier than the Commission indicated was needed to complete its work. Nothing could undermine the value of a public inquiry more than the spectre of a government curtailing the activities of a commission.

(5) The Governor in Council does have the power to curtail the mandate. *Interpretation Act*, subsection 31(4) provides that commissions may be amended or varied "in the same manner" as that in which they are created. In Order in Council P.C. 1995-442, the mandate was established by a detailed listing of six topics and 19 designated issues. To curtail the mandate in a manner that meets the requirements of the *Interpretation Act*, the Governor in Council must specifically list those items in the mandate which are to be considered deleted. If the Governor in Council wants to curtail the mandate, it must do so in clear and specific terms.

(6) Order in Council P.C. 1997-174, which imposed the final deadlines was *ultra vires* because: (1) it did not comply with *Interpretation Act*, subsection 31(4) which requires an order in council which reduces the mandate in clear terms; (2) it breaches the rule of law by requiring the impossible of the Commission and by placing it in a position where it cannot obey the law; and (3) it breaches the rule of law by not respecting the Commission's independence.

3) Il revient à la Commission de décider quand l'enquête est suffisante. Le gouverneur en conseil peut créer une commission d'enquête, fixer le mandat et désigner les commissaires. Il peut aussi fixer des échéances raisonnables et mettre fin à une commission d'enquête de manière légitime. Cependant, à tout le moins, une commission d'enquête est indépendante lorsque ses décisions se rapportent à la façon dont elle exécutera son mandat. Cette indépendance doit signifier qu'il appartient aux commissaires, dans une situation comme celle-ci où ils se trouvent dans l'obligation de faire enquête et rapport, de décider quand ils ont entendu ou par ailleurs obtenu suffisamment de preuves pour leur permettre de tirer les conclusions de fait nécessaires à l'appui des conclusions qu'ils formuleront dans leur rapport. Le gouverneur en conseil n'a pas le droit de décider quand les commissaires ont obtenu suffisamment de preuves.

4) Si les commissaires doivent faire rapport sur toutes les questions, et s'ils ont le droit de décider quand ils disposent de preuves suffisantes, il s'ensuit donc que s'ils ont à s'acquitter d'un mandat intégral, il leur est impossible de remplir leur obligation de présenter un rapport complet et de respecter les échéances finales. En outre, le gouverneur en conseil était au courant de cette impossibilité lorsqu'il a imposé les échéances finales, qui précédaient de six mois l'échéance dont les commissaires ont indiqué qu'ils avaient besoin pour terminer leur travail. Rien ne pourrait miner davantage la valeur d'une enquête publique que le spectre d'un gouvernement qui restreint les activités d'une commission.

5) Le gouverneur en conseil a effectivement le pouvoir de restreindre le mandat. Le paragraphe 31(4) de la *Loi d'interprétation* dispose que les commissions peuvent être modifiées ou remplacées dans des conditions d'exercice «restant les mêmes» que celles dans lesquelles elles ont été créées. Dans le décret C.P. 1995-442, le mandat a été établi au moyen d'une liste détaillée des six sujets et des 19 questions désignés. Pour restreindre le mandat d'une manière légitime qui satisfasse aux exigences de la *Loi d'interprétation*, le gouverneur en conseil doit expressément énumérer les questions du mandat qu'il faut considérer comme retranchées. Si le gouverneur en conseil désire restreindre le mandat, il doit le faire en termes clairs et précis.

6) Il y a trois raisons pour lesquelles le décret C.P. 1997-174, qui imposait les échéances finales, est *ultra vires*: 1) il n'est pas conforme au paragraphe 31(4) de la *Loi d'interprétation*, qui exige qu'un décret qui restreint le mandat soit énoncé en termes clairs; 2) il enfreint les principes de droit en exigeant l'impossible des commissaires et en les mettant dans une situation où ils ne peuvent se conformer à la loi; et 3) il enfreint les principes de droit en ne respectant pas l'indépendance dont jouissent les commissaires.

There was no justification for an order of *mandamus* against the Commission of Inquiry. It cannot complete its full mandate, but this was not due to an unlawful act on its part.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

An Act respecting Inquiries concerning Public Matters, S.C. 1868, c. 38.
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).
Inquiries Act, R.S.C., 1985, c. I-11, s. 13.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, ss. 2(1) "regulation", 31(4).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy), [1995] 2 S.C.R. 97; (1995), 124 D.L.R. (4th) 129; 31 Admin. L.R. (2d) 261; 39 C.R. (4th) 141; 180 N.R. 1.

REFERRED TO:

Canada (Attorney General) v. Canada (Commissioner of the Inquiry on the Blood System), [1997] 2 F.C. 36; (1997), 142 D.L.R. (4th) 237; 207 N.R. 1 (C.A.).

AUTHORS CITED

Canada. Law Reform Commission. *Administrative Law: Commissions of Inquiry: A New Act* (Working Paper No. 17), Ottawa: Supply and Services Canada, 1977.
 Lucas, Alastair R. "Public Inquiries" 29 *C.E.D. (West. 3rd)*, Title 122, 1987.
 Ontario. Law Reform Commission. *Report on Public Inquiries*. Toronto: The Commission, 1992.

MOTIONS for *mandamus* requiring the Somalia Commission to comply with the terms and conditions of its mandate and a declaration that the Governor in Council's decision to require the Commission to terminate its public hearings by March 31, 1997 and to submit its final report by June 30, 1997 was contrary to law. Motion for *mandamus* dismissed; Order in Council 1997-174 declared *ultra vires*.

Il n'existait aucune justification à une ordonnance de *mandamus* à l'encontre de la Commission d'enquête. Cette dernière ne pouvait s'acquitter de son mandat entier, mais il est manifeste que cette difficulté n'était pas attribuable à un acte illicite de sa part.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Acte concernant les enquêtes sur les affaires publiques, S.C. 1868, ch. 38.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 2(1) «règlement», 31(4).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5.
Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), ch. I-11, art. 13.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray), [1995] 2 R.C.S. 97; (1995), 124 D.L.R. (4th) 129; 31 Admin. L.R. (2d) 261; 39 C.R. (4th) 141; 180 N.R. 1.

DÉCISION MENTIONNÉE:

Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire de l'enquête sur l'approvisionnement en sang), [1997] 2 C.F. 36; (1997), 142 D.L.R. (4th) 237; 207 N.R. 1 (C.A.).

DOCTRINE

Canada. Commission de réforme du droit. *Droit administratif: Les commissions d'enquête: une nouvelle loi* (Document de travail 17), Ottawa: Approvisionnements et Services Canada, 1977.
 Lucas, Alastair R. «Public Inquiries» 29 *C.E.D. (West. 3rd)*, Title 122, 1987.
 Ontario. Law Reform Commission. *Report on Public Inquiries*. Toronto: The Commission, 1992.

REQUÊTES introductives d'instance visant à obtenir, d'une part, une ordonnance de *mandamus* obligeant la Commission d'enquête à se conformer à son mandat et, d'autre part, une ordonnance décrétant que la décision du gouverneur en conseil d'exiger que la Commission d'enquête mette fin à ses audiences publiques avant le 31 mars 1997 et présente son rapport final avant le 30 juin 1997 était contraire à la loi. La demande de *mandamus* doit

être rejetée; le décret C.P. 1997-174 doit être infirmé parce qu'il excède les pouvoirs du gouverneur en conseil.

COUNSEL:

Joseph J. Arvay, Q.C. for applicant.
W. Stanley Martin and Simon R. Coval for respondent Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia.
Donald J. Rennie for respondent Governor in Council.

AVOCATS:

Joseph J. Arvay, c.r. pour le requérant.
W. Stanley Martin et Simon R. Coval pour l'intimée la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie.
Donald J. Rennie pour l'intimé le gouverneur en conseil.

SOLICITORS:

Arvay, Finlay, Victoria, for applicant.
Russell & DuMoulin, Vancouver, for respondent Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia.
Deputy Attorney General of Canada for respondent Governor in Council.

PROCUREURS:

Arvay, Finlay, Victoria, pour le requérant.
Russell & DuMoulin, Vancouver, pour l'intimée la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé le gouverneur en conseil.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

SIMPSON J.:

LE JUGE SIMPSON:

THE MOTIONS

LES REQUÊTES

1 John Edward Dixon (the applicant) has two originating motions before the Court. Each is made pursuant to 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]. The first is in Court file T-309-97 (the first motion). In the first motion, the applicant names both the Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia (the Commission of Inquiry) and the Governor in Council. In Court file T-317-97 (the second motion), only the Governor in Council is a respondent.

1 John Edward Dixon (ci-après appelé le requérant) a soumis à la Cour deux requêtes introductives d'instance, chacune présentée 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]. La première figure dans le dossier portant le n° du greffe T-309-97 (ci-après appelée la première requête). Dans cette requête, le requérant nomme à la fois la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie (ci-après appelée la Commission d'enquête) et le gouverneur en conseil. Dans le dossier portant le n° du greffe T-317-97 (ci-après appelée la seconde requête), seul le gouverneur en conseil est nommé comme intimé.

2 In the first motion, the Court was asked to make the following orders:

2 Dans la première requête, il a été demandé à la Cour de rendre les ordonnances suivantes:

- | | |
|---|--|
| (1) an order in the nature of <i>mandamus</i> requiring the Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia (the Commission) to comply with the terms and conditions of P.C. 1995-442 as amended by P.C. 1995-1273; P.C. 1996-959 and P.C. 1997-174. | 1) une ordonnance de <i>mandamus</i> obligeant la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie (la Commission) à se conformer aux conditions du décret C.P. 1995-442, modifié par les décrets C.P. 1995-1273, C.P. 1996-959 et C.P. 1997-174. |
| (2) in the alternative an order declaring that the Governor in Council amend the Commission's terms of reference by either limiting the matters to be inquired into and reported upon or to extend the date by which the Commission is to conclude its public hearings and submit a final report. | 2) subsidiairement, une ordonnance décrétant que le gouverneur en conseil modifie le mandat de la Commission soit en limitant les sujets sur lesquels celle-ci doit faire enquête et rapport, soit en prolongeant le délai avant lequel la Commission doit conclure ses audiences publiques et présenter un rapport final. |

3 In the second motion, the following orders were sought:

Dans la seconde requête, les ordonnances demandées sont les suivantes: 3

- | | |
|---|--|
| (1) an order declaring that the Governor in Council's decision to require the Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia (the Commission) to terminate its public hearings by March 31, 1997 and to submit its final report by June 30, 1997 was contrary to law; | 1) une ordonnance décrétant que la décision du gouverneur en conseil d'exiger que la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie (la Commission) mette fin à ses audiences publiques avant le 31 mars 1997 et présente son rapport final avant le 30 juin 1997 était contraire à la loi; |
| (2) in the alternative an order declaring that the Governor in Council amend the Commission's terms of reference by either limiting the matters to be inquired into and reported upon or to extend the date by which the commission is to conclude its public hearings and submit a final report. | 2) subsidiairement, une ordonnance décrétant que le gouverneur en conseil modifie le mandat de la Commission soit en limitant les sujets sur lesquels celle-ci doit faire enquête et rapport, soit en prolongeant le délai avant lequel la Commission doit conclure ses audiences publiques et présenter un rapport final. |

4 The pre-hearing procedures for these motions were expedited at the applicant's request so that both motions could be heard and decided before March 31, 1997, which is the date suggested by Order in Council P.C. 1997-174 for the conclusion of the oral hearings before the Commission of Inquiry. By orders of Denault J. dated March 4, 1997, the applicant was to file his supplementary application record on Monday, March 24, 1997, and his applications were to be heard on or before Thursday, March 27, 1997.

Les procédures préalables à l'audience qui ont trait à ces requêtes ont été accélérées à la demande du requérant de manière à ce que les deux soient entendues et réglées avant le 31 mars 1997, soit la date suggérée par le décret C.P. 1997-174 pour la conclusion des audiences tenues devant la Commission d'enquête. Par la voie d'ordonnances du juge Denault datées du 4 mars 1997, le requérant devait déposer son dossier de demande supplémentaire le lundi 24 mars 1997, et ses demandes devaient être entendues avant le jeudi 27 mars 1997 inclusivement. 4

5 Accordingly, the hearing was held on Tuesday, March 25 and for a short time on Wednesday, March 26. An order disposing of the two motions was made on Thursday, March 27, 1997, on the basis that reasons would be released the following week. These are the promised reasons.

En conséquence, l'affaire a été entendue le mardi 25 mars et, pendant une courte période, le mercredi 26 mars. Une ordonnance réglant les deux requêtes a été rendue le jeudi 27 mars 1997, étant entendu que des motifs seraient diffusés la semaine suivante. Voici les motifs promis. 5

THE PARTIES

(i) John Edward Dixon

6 In January 1991, the applicant was seconded from his position as an instructor in philosophy at Capilano College in North Vancouver to serve in the Department of Justice in Ottawa under the terms of a federal executive interchange program. At the Department of Justice, the applicant worked for a time as Senior Policy Advisor to the Deputy Minister of Justice. Thereafter, in January 1993, he was seconded to the Department of National Defence as a Special Advisor to the Right Honourable Kim Campbell who was then the Minister of National Defence (the Minister).

7 As Special Advisor to the Minister, the applicant was directly involved in the communications between representatives of the Canadian Forces and the Minister. One representative of the Canadian Forces was Captain Blair of the Office of the Judge Advocate General (Blair). The applicant and Blair have different recollections about the date on which the applicant and others on the Minister's staff were told about the torture and murder of Shidane Arone by members of the Canadian Airborne Regiment in Somalia on March 16, 1993 (the Arone murder).

8 Blair says in a memorandum dated November 2, 1994, that he made the Arone murder known to the applicant and others on the Minister's staff on March 26, 1993. On the other hand, in his letter to *Esprit de corps* magazine earlier in 1994, the applicant had indicated that "neither Minister Campbell nor any member of her staff had knowledge of the atrocity until March 31." This controversy between Blair and the applicant became public when, on January 13, 1997, the Commission of Inquiry released Blair's memorandum of November 2, 1994. As a result, a Canadian press story dated January 15, 1997, raised the question whether the applicant and his colleagues had participated in a cover-up.

LES PARTIES

i) John Edward Dixon

6 En janvier 1991, le requérant a été détaché du poste d'instructeur en philosophie qu'il occupait au Collège Capilano, à North Vancouver, pour servir auprès du ministère de la Justice, à Ottawa, dans le cadre d'un programme fédéral de permutation de cadres. Au ministère de la Justice, le requérant a travaillé pendant un certain temps comme conseiller supérieur en politiques auprès du sous-ministre. Par la suite, en janvier 1993, il a été détaché au ministère de la Défense nationale, à titre de conseiller spécial du ministre de la Défense nationale de l'époque, la très honorable Kim Campbell (ci-après appelée la ministre).

7 À titre de conseiller spécial de la ministre, le requérant participait directement aux communications entre les représentants des Forces canadiennes et la ministre. Un de ces représentants était le capitaine Blair, du cabinet du Juge-avocat général. Le requérant et le capitaine Blair ont des souvenirs différents quant à la date à laquelle le requérant et d'autres membres du personnel de la ministre ont été informés de la torture et de l'assassinat de Shidane Arone par des membres du Régiment aéroporté du Canada, en Somalie, le 16 mars 1993 (incident appelé ci-après l'assassinat d'Arone).

8 Dans une note de service datée du 2 novembre 1994, le capitaine Blair déclare qu'il a informé le requérant et d'autres membres du personnel de la ministre de l'assassinat d'Arone le 26 mars 1993. Par contre, dans sa lettre adressée à la revue *Esprit de corps*, plus tôt en 1994, le requérant avait indiqué que [TRADUCTION] «ni la ministre Campbell ni aucun membre de son personnel n'étaient au courant de l'atrocité avant le 31 mars». Cette controverse entre le capitaine Blair et le requérant est devenue publique quand, le 13 janvier 1997, la Commission d'enquête a diffusé la note de service du capitaine Blair datée du 2 novembre 1994. C'est à la suite de cela que la Presse canadienne, dans un article daté du 15 janvier 1997, a soulevé la question de savoir si le requérant et ses collègues avaient pris part à une opération de camouflage.

- 9 Following these events, the applicant moved before the Commission of Inquiry on January 27, 1997, for an order granting him standing. However, in an order dated February 4, 1997, the Commission of Inquiry refused the applicant's request. In its reasons for order, the Commission of Inquiry indicated that, because its mandate had been "truncated" by the government's decision to end the hearings on or about March 31, 1997, it would be unable to investigate the role and responsibilities of high-ranking governmental officials, including the matter of interest to the applicant, which was whether there was a cover-up of the Arone murder. However, the Commission of Inquiry made it clear that, had it been able to pursue the matter of the cover-up, the applicant's evidence would have commanded attention.
- À la suite de ces événements, le requérant a demandé à la Commission d'enquête, le 27 janvier 1997, une ordonnance lui donnant le droit d'être entendu. Toutefois, dans une ordonnance datée du 4 février 1997, la Commission d'enquête a rejeté la demande. Dans ses motifs d'ordonnance, elle a indiqué qu'étant donné que son mandat avait été [TRADUCTION] «tronqué» par la décision du gouvernement de mettre fin aux audiences vers le 31 mars 1997, elle se trouverait dans l'impossibilité de faire enquête sur le rôle et les responsabilités de fonctionnaires de haut rang, y compris la question qui intéressait le requérant, soit de savoir si l'assassinat d'Arone avait été camouflé ou non. Toutefois, la Commission d'enquête a clairement indiqué que si elle avait pu poursuivre l'affaire du camouflage, le témoignage du requérant aurait été important.
- 10 The Governor in Council has correctly noted that the applicant has no formal standing before the Commission of Inquiry and that he has not received a notice of a charge of misconduct under section 13 of the *Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11. He is therefore, in the Governor in Council's submission, merely a potential witness at the Commission of Inquiry who "has no right to use judicial review as a remedy for perceived civil wrongs". However, the mandate of the Commission of Inquiry in Order in Council P.C. 1995-442 covers the allegations of possible cover-up and the commissioners have acknowledged that the applicant's evidence would be important on that issue.
- Le gouverneur en conseil a noté avec raison que le requérant n'a pas officiellement le droit d'être entendu devant la Commission d'enquête, et qu'il n'a pas été informé d'une faute qui lui est imputée, aux termes de l'article 13 de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11. Le requérant est donc, d'après le gouverneur en conseil, un simple témoin éventuel à la Commission d'enquête qui [TRADUCTION] «n'a pas le droit de se prévaloir d'un contrôle judiciaire comme recours contre des préjudices civils perçus». Cependant, le mandat que confère à la Commission d'enquête le décret C.P. 1995-442 englobe les allégations d'un camouflage possible, et les commissaires ont reconnu qu'à cet égard, le témoignage du requérant serait important.
- 11 The applicant was personally involved in the events whereby the Minister was advised of the Arone murder. The applicant has been scheduled to be a witness at the Commission of Inquiry for a long time and his lawyer for this purpose is provided by the federal government. In my view, these facts are sufficient to conclude that the applicant is directly affected and therefore entitled to standing pursuant to subsection 18.1(1) of the *Federal Court Act*. In view of this conclusion, it is not necessary to decide whether the applicant could also have been given public interest standing.
- Le requérant a personnellement été mêlé aux événements par lesquels la ministre a été informée de l'assassinat d'Arone. Il est censé témoigner devant la Commission d'enquête depuis longtemps, et l'avocat qui le représente à cette fin est fourni par le gouvernement fédéral. À mon avis, ces faits suffisent pour conclure que le requérant est directement touché et a donc le droit d'être entendu en vertu du paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Compte tenu de cette conclusion, il n'est pas nécessaire de décider si l'on aurait pu aussi accorder au requérant qualité pour agir dans l'intérêt public.

(ii) The Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia

12 The Commission of Inquiry was established under Part I of the *Inquiries Act* by Order in Council P.C. 1995-442 on March 20, 1995. Shortly thereafter, the Commission of Inquiry received its formal name by means of Order in Council P.C. 1995-528, dated March 28, 1995. For accuracy, I should make two observations. First, there is technically no entity known as a "commission of inquiry". There are commissioners who are commissioned to undertake an inquiry. However, the term "commission of inquiry" is a practical fiction which is commonly used to describe the commissioners and their task. Second, as the Commission of Inquiry in this case was not established by letters patent, it is not a royal commission.

13 The Honourable Gilles Létourneau was appointed as a commissioner and as the chairperson of the Commission of Inquiry (the Chairman). He is a judge of the Federal Court of Appeal. Peter Desbarats, who is a well-known Canadian journalist, is a commissioner, as is the Honourable Robert Campbell Rutherford. He is a judge of the Ontario Court of Justice (General Division). The three commissioners will hereinafter be described collectively as the Commissioners.

14 The Chairman and Commissioner Desbarats were both appointed when the Commission of Inquiry was first established on March 20, 1995. Commissioner Rutherford was appointed at a later date to replace a commissioner who had resigned. The relevant Order in Council was P.C. 1995-614 dated April 23, 1995. However, Commissioner Rutherford was not able to begin his work as a commissioner until May 23, 1995.

15 It is well known that the Commission of Inquiry was established to investigate the deployment of the Canadian Airborne Regiment Battle Group to Somalia, and that the inquiry was undertaken largely in response to national outrage over both the Arone

ii) La Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie

12 La Commission d'enquête a été constituée en vertu de la partie I de la *Loi sur les enquêtes*, par le décret C.P. 1995-442, daté du 20 mars 1995. Peu après, la Commission d'enquête a obtenu son nom officiel par le décret C.P. 1995-528, daté du 28 mars 1995. Par souci d'exactitude, il y a deux observations que je devrais faire. Premièrement, il n'existe, techniquement, aucune entité connue sous le nom de «commission d'enquête». Il y a des commissaires qui sont chargés d'entreprendre une enquête. Cependant, l'expression «commission d'enquête» est une fiction pratique dont on se sert habituellement pour décrire les commissaires et la tâche qu'ils doivent accomplir. Deuxièmement, étant donné qu'en l'espèce, la Commission d'enquête n'a pas été établie par des lettres patentes, il ne s'agit pas d'une commission royale.

13 L'honorable Gilles Létourneau a été nommé commissaire et président de la Commission d'enquête (ci-après appelé le président). M. Létourneau est juge de la Cour d'appel fédérale. M. Peter Desbarats, un journaliste canadien bien connu, est commissaire, tout comme l'honorable Robert Campbell Rutherford. Ce dernier est juge de la Cour de justice de l'Ontario (Division générale). Les trois commissaires sont, ci-après, appelés collectivement les commissaires.

14 Le président et le commissaire Desbarats ont tous deux été nommés au moment où la Commission d'enquête a été constituée, le 20 mars 1995. Le commissaire Rutherford a été nommé plus tard, en remplacement d'un commissaire qui avait démissionné. Le décret pertinent est le décret C.P. 1995-614, daté du 23 avril 1995. Cependant, le commissaire Rutherford n'a pas pu commencer à remplir ses fonctions avant le 23 mai 1995.

15 Il est notoire que la Commission d'enquête a été établie pour faire enquête sur le déploiement en Somalie du groupement tactique du Régiment aéroporté du Canada, et que l'enquête a été entreprise surtout en réaction au scandale national suscité par

murder on March 16, 1993, and the events of March 4, 1993, when one Somali was killed and another wounded (the shooting incident).

l'assassinat d'Arone le 16 mars 1993, ainsi que par les faits survenus le 4 mars 1993, où un Somalien a été tué et un autre blessé (faits appelés ci-après l'incident des coups de feu).

16 What is not widely known, however, is the extraordinary scale of the mandate given to the Commission of Inquiry in Order in Council P.C. 1995-442. In the description which follows, I have underlined and emphasized with bold type the material which, in my view, is particularly relevant to these motions. The Commissioners were appointed **to inquire into and report on** the following six matters (the six topics) with respect to the Canadian Forces deployment to Somalia:

1. the chain of command system;
2. leadership within the chain of command;
3. discipline;
4. operations;
5. **actions and decisions of the Canadian Forces; and**
6. **actions and decisions of the Department of National Defence.**

The Commission of Inquiry was further directed that, without restricting the generality of the matters listed above, it was also **to inquire into and report on** nineteen specific issues (the designated issues). Those issues relate to the pre-deployment period before January 10, 1993, the in-theatre period from January 10 to June 10, 1993, and the post-deployment period from June 11, 1993 to November 28, 1994. To illustrate the enormity of the task given to the Commission of Inquiry, I have reproduced the designated issues in their entirety.

17 In the pre-deployment period, the Commission of Inquiry was to inquire into and report on:

- (a) the suitability of the Canadian Airborne Regiment for service in Somalia;

16 Il y a toutefois un point moins bien connu, et il s'agit de l'extraordinaire portée du mandat confié à la Commission d'enquête dans le décret C.P. 1995-442. Dans la description qui suit, j'ai souligné et fait ressortir en caractères gras les éléments qui, à mon sens, ont particulièrement trait aux requêtes dont il est question en l'espèce. Les commissaires ont été nommés **pour faire enquête et faire rapport** sur les six sujets suivants (appelés ci-après les six sujets) concernant le déploiement des Forces canadiennes en Somalie.

1. le fonctionnement de la chaîne de commandement;
2. le leadership au sein de la chaîne de commandement;
3. la discipline;
4. les opérations;
5. **les mesures et les décisions des Forces canadiennes;**
6. **les mesures et les décisions du ministère de la Défense nationale.**

La Commission d'enquête a aussi eu pour instruction, notamment, **de faire enquête et faire rapport** sur 19 questions précises (appelées ci-après les questions désignées), se rapportant à la période antérieure au déploiement (avant le 10 janvier 1993), à la période des opérations sur le théâtre (du 10 janvier au 10 juin 1993), ainsi qu'à la période qui a suivi le déploiement (du 11 juin 1993 au 28 novembre 1994). J'ai reproduit le texte intégral des questions désignées afin d'illustrer l'immensité de la tâche confiée à la Commission d'enquête.

17 En ce qui concerne la période antérieure au déploiement, la Commission d'enquête était tenue de faire enquête et rapport sur les points suivants:

- (a) la question de savoir si le Régiment aéroporté du Canada était apte à se déployer en Somalie;

- | | |
|---|--|
| <p>(b) the mission and tasks assigned to the Canadian Airborne Regiment Battle Group (CARBG) and the suitability of its composition and organization for the mission and tasks assigned;</p> <p>(c) the operational readiness of the CARBG, prior to deployment, for its mission and tasks;</p> <p>(d) the adequacy of selection and screening of officers and non-commissioned members for the Somalia deployment;</p> <p>(e) the appropriateness of the training objectives and standards used to prepare for deployment of the Airborne Regiment;</p> <p>(f) the state of discipline within the Canadian Airborne Regiment prior to the establishment of the CARBG and within the CARBG prior to deployment;</p> <p>(g) the effectiveness of the decisions and actions taken during the training period prior to deployment by leadership at all levels of the Airborne Regiment to prepare for its mission and tasks in Somalia;</p> <p>(h) the effectiveness of the decisions and actions taken by leadership at all levels within Land Forces Command to resolve the operational, disciplinary and administrative problems that developed in the Canadian Airborne Regiment and the CARBG in the period leading up to the CARBG deployment to Somalia;</p> <p>(i) the effectiveness of the decisions and actions taken by Canadian Forces leadership at all levels to ensure that the CARBG was operationally ready, trained, manned and equipped for its mission and tasks in Somalia.</p> | <p>b) la mission et les tâches assignées au groupement tactique du Régiment aéroporté du Canada (GTRAC) et l'aptitude de sa composition et de son organisation à exécuter la mission et les tâches qui lui ont été confiées;</p> <p>c) l'état de préparation opérationnelle du GTRAC avant son déploiement afin qu'il accomplisse la mission et les tâches qui lui ont été confiées;</p> <p>d) le bien-fondé de la présélection et de la sélection des officiers et des militaires du rang appelés à participer au déploiement en Somalie;</p> <p>e) l'à-propos des objectifs et des normes d'entraînement ayant servi à préparer le déploiement du Régiment aéroporté;</p> <p>f) l'état de la discipline au sein du Régiment aéroporté du Canada avant l'établissement du GTRAC et au sein du GTRAC avant son déploiement;</p> <p>g) l'efficacité des décisions et des mesures prises durant la période d'entraînement antérieure au déploiement par les leaders à tous les niveaux du Régiment aéroporté afin de le préparer à la mission et aux tâches qui lui incombaient en Somalie;</p> <p>h) l'efficacité des décisions et des mesures prises par les leaders à tous les niveaux du Commandement de la Force terrestre afin de résoudre les problèmes d'ordre opérationnel, disciplinaire et administratif qu'ont connus le Régiment aéroporté du Canada et le GTRAC au cours de la période qui a mené au déploiement du GTRAC en Somalie;</p> <p>i) l'efficacité des décisions et des mesures prises par les leaders des Forces canadiennes à tous les niveaux pour faire en sorte que le GTRAC soit en état de préparation opérationnelle, dûment entraîné et doté des effectifs et de l'équipement nécessaires pour accomplir la mission et les tâches qui lui incombaient en Somalie.</p> |
|---|--|

18 In the in-theatre period the Commissioners were to inquire into and report on:

- (j) the mission and tasks of the Canadian Joint Task Force Somalia and the suitability of the composition and organization of the Task Force for its mission and tasks;
- (k) **the manner in which the Task Force conducted its mission and tasks in-theatre and responded to the operational, disciplinary and administrative problems encountered, including allegations of cover-up and destruction of evidence;**

En ce qui concerne la période des opérations sur le théâtre, les commissaires étaient tenus de faire enquête et rapport sur ce qui suit:

- j) la mission et les tâches dévolues à la Force interarmées du Canada en Somalie et l'aptitude de la composition et de l'organisation de cette force à exécuter la mission et les tâches qui lui incombaient;
- k) **la façon dont la Force interarmées a accompli sa mission et ses tâches sur le théâtre des opérations et dont elle a réagi aux problèmes d'ordre opérationnel, disciplinaire et administratif survenus, y compris les allégations de camouflage et la destruction d'éléments de preuve;**

18

- | | |
|---|--|
| <p>(l) the extent, if any, to which cultural differences affected the conduct of operations;</p> <p>(m) the attitude of all rank levels towards the lawful conduct of operations, including the treatment of detainees;</p> <p>(n) the appropriateness of professional values and attitudes in the Task Force and the impact of deployment in Somalia on those values and attitudes;</p> <p>(o) the extent to which the Task Force Rules of Engagement were effectively interpreted, understood and applied at all levels of the Canadian Forces chain of command;</p> <p>(p) the effectiveness of the decisions and actions taken by leadership at all levels of the chain of command within the Task Force in response to the operational, disciplinary and administrative problems encountered during the deployment;</p> <p>(q) <u>the effectiveness with which information concerning operations, discipline and administration and problems encountered in-theatre was reported through the chain of command:</u></p> <p style="padding-left: 20px;">(i) within the Canadian Joint Task Force Somalia,</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) <u>from Canadian Joint Task Force Somalia Headquarters to National Defence Headquarters,</u></p> <p style="padding-left: 20px;">(iii) <u>within National Defence Headquarters;</u></p> <p>(r) <u>the effectiveness of the decisions and actions taken by leadership at all levels of National Defence Headquarters in response to the operational, disciplinary and administrative problems encountered during the Somalia deployment.</u></p> | <p>l) la mesure dans laquelle les différences culturelles ont influé sur la conduite des opérations, le cas échéant;</p> <p>m) l'attitude de tous les militaires de tout grade vis-à-vis de la conduite licite des opérations, y compris le traitement des personnes détenues;</p> <p>n) la justesse des valeurs et des attitudes professionnelles de la Force interarmées et l'incidence du déploiement en Somalie sur ces valeurs et ces attitudes;</p> <p>o) la mesure dans laquelle les règles d'engagement de la Force interarmées ont bien été interprétées, comprises et appliquées à tous les niveaux de la chaîne de commandement des Forces canadiennes;</p> <p>p) l'efficacité des décisions et des mesures prises par les leaders à tous les niveaux de la chaîne de commandement de la Force interarmées en réponse aux problèmes d'ordre opérationnel, disciplinaire et administratif survenus durant le déploiement;</p> <p>q) <u>l'efficacité avec laquelle l'information concernant les opérations, la discipline et l'administration ainsi que les problèmes survenus sur le théâtre a été transmise par la chaîne de commandement:</u></p> <p style="padding-left: 20px;">(i) au sein de la Force interarmées du Canada en Somalie,</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) <u>du Quartier général de la Force interarmées du Canada en Somalie au Quartier général de la Défense nationale,</u></p> <p style="padding-left: 20px;">(iii) <u>au sein du Quartier général de la Défense nationale;</u></p> <p>r) <u>l'efficacité des décisions et des mesures prises par les leaders à tous les niveaux du Quartier général de la Défense nationale en réponse aux problèmes d'ordre opérationnel, disciplinaire et administratif survenus durant le déploiement en Somalie;</u></p> |
|---|--|

19 And finally, in post-deployment, the report was to specifically address the results of an inquiry into:

- (s) the manner in which the chain of command of the Canadian Forces responded to the operational, disciplinary and administrative problems related to the Somalia deployment.

Et, enfin, au sujet de la période qui a suivi le déploiement, le rapport devait précisément traiter des résultats d'une enquête sur:

- s) les mesures de suivi prises par la chaîne de commandement des Forces canadiennes durant le déploiement du Régiment aéroporté du Canada en Somalie et par la suite afin de résoudre les problèmes d'ordre opérationnel, disciplinaire et administratif liés à ce déploiement.

20 It is also noteworthy that the Commissioners were empowered to:

- establish their own procedures;

Il vaut aussi la peine de signaler que les commissaires étaient habilités à:

- établir leurs propres procédures;

- sit wherever and whenever in Canada they wished;
 - rent whatever space and facilities they required;
 - hire experts and others as required; and
 - sit *in camera* if they considered it necessary in the public interest.
- siéger aux moments et aux endroits au Canada qu'ils jugeaient opportuns;
 - louer les locaux et installations dont ils avaient besoin;
 - retenir les services d'experts et d'autres personnes requises;
 - siéger à huis clos s'ils jugeaient nécessaire de le faire dans l'intérêt public.

21 Finally, before me, counsel for the Governor in Council and counsel for the Commission of Inquiry agreed that both parties understand that the role the Commission of Inquiry is actually playing is both investigatory and advisory. Accordingly, in addition to investigating and reporting on the designated issues, the Commission of Inquiry is expected to make appropriate recommendations aimed at correcting problems it identifies in the course of its investigation. The Commission of Inquiry's entire assignment, as set out in Order in Council P.C. 1995-442, will hereinafter be described as its "mandate".

Enfin, devant moi, l'avocat du gouverneur en conseil et celui de la Commission d'enquête ont convenu que les deux parties savent que la Commission d'enquête joue en réalité un rôle d'enquête et de consultation. En conséquence, en plus de faire enquête et rapport sur les questions désignées, la Commission d'enquête est censée formuler des recommandations appropriées en vue de corriger les difficultés qu'elle relève au cours de ses travaux. La tâche toute entière confiée à la Commission d'enquête, telle qu'exposée dans le décret C.P. 1995-442, est donc décrite ci-après comme étant son «mandat».

22 The Commissioners were directed to submit a final report on the mandate in both official languages not later than December 22, 1995. This gave the Commissioners nine months to complete their work.

Les commissaires ont reçu instruction de présenter un rapport final sur le mandat dans les deux langues officielles, le 22 décembre 1995 au plus tard. Cela leur donnait neuf mois pour accomplir leur travail.

(iii) The Governor in Council

iii) Le gouverneur en conseil

23 The Governor in Council is the source of the executive power in the Government of Canada. In practice, Governor in Council is a term which describes a process whereby the decisions of the Prime Minister and his Cabinet are implemented by the Governor General. In this case, the decisions were implemented by subordinate legislative enactments known as orders in council.

Le gouverneur en conseil est la source du pouvoir exécutif au sein du gouvernement du Canada. En pratique, le gouverneur en conseil est une expression qui décrit un processus par lequel le gouverneur général met en application les décisions du premier ministre et de son cabinet. En l'espèce, les décisions ont été mises en œuvre par des textes de législation déléguée, appelés «décrets».

THE INQUIRIES ACT

LA LOI SUR LES ENQUÊTES

24 The Commission of Inquiry was established pursuant to Part I of the *Inquiries Act*. Part I is entitled "Public Inquiries". Section 2 under Part I reads as follows:

La Commission d'enquête a été constituée en vertu de la partie I de la *Loi sur les enquêtes*. Cette partie s'intitule «Enquêtes publiques». Le texte de l'article 2, qui figure sous cette partie, est le suivant:

2. The Governor in Council may, whenever the Governor in Council deems it expedient, cause inquiry to be made into and concerning any matter connected with the

2. Le gouverneur en conseil peut, s'il l'estime utile, faire procéder à une enquête sur toute question touchant le bon gouvernement du Canada ou la gestion des affaires

good government of Canada or the conduct of any part of the public business thereof.

publiques.

25 Professor Alastair R. Lucas, in an article entitled "Public Inquiries" in the *Canadian Encyclopedic Digest*¹ (the article), indicates that the first Canadian inquiries statute was enacted as a temporary measure in 1846 by the Assembly of the United Provinces, and that a later permanent version of the original statute was enacted as *An Act respecting Inquiries concerning Public Matters* [S.C. 1868, c. 38]. This Act was given Royal Assent on May 22, 1868. It contained only two sections but one was virtually identical to section 2 in the present Act.

25 Dans un article intitulé «Public Inquiries», paru dans le *Canadian Encyclopedic Digest*¹ (ci-après appelé l'article), le professeur Alastair R. Lucas écrit que la première loi canadienne sur les enquêtes a été édictée provisoirement en 1846 par l'Assemblée des provinces unies, et qu'une version permanente ultérieure de la loi originale a été adoptée sous le nom de *Acte concernant les enquêtes sur les affaires publiques* [S.C. 1868, ch. 38]. Cette Loi, qui a obtenu la sanction royale le 22 mai 1868, ne contenait que deux dispositions, mais la première était quasi identique à l'article 2 de la présente Loi.

26 Over the years, legislative amendments have given commissions of inquiry the power to compel the production of documents from public offices and institutions and to issue subpoenas. As well, the protection of the *Canada Evidence Act* [R.S.C., 1985, c. C-5] was given to witnesses and commissioners were entitled to engage counsel, experts and staff, and delegate their powers. Notices of proposed findings of misconduct were established, and commissioners were empowered to give those investigated the right to counsel.

26 Au fil des ans, diverses modifications législatives ont conféré aux commissions d'enquête le pouvoir de contraindre les bureaux publics et les institutions à produire des documents, ainsi que de décerner des citations à comparaître. En outre, la protection de la *Loi sur la preuve au Canada* [L.R.C. (1985), ch. C-5] a été accordée aux témoins, et les commissaires ont eu le droit de retenir les services d'avocats, d'experts et d'employés, ainsi que de déléguer leurs pouvoirs. Des avis de conclusions proposées d'inconduite ont été établis, et les commissaires ont été habilités à accorder aux personnes faisant l'objet d'une enquête le droit d'être représentées par un avocat.

27 The Law Reform Commission of Canada has also provided a brief history of the Act in its "Working Paper 17 on Commissions of Inquiry", which was published in 1977 (the CLRC Paper).² The CLRC Paper estimates that, in the period from 1867 to 1977, approximately 400 federal commissions of inquiry were appointed under Part I of the Act.

27 La Commission de réforme du droit du Canada a également présenté un bref historique de la Loi dans son «Document de travail 17 sur les commissions d'enquête», publié en 1977 (ci-après appelé le document de la CRDC)². Selon le document de la CRDC, entre les années 1867 et 1977, environ 400 commissions d'enquête fédérales ont été nommées en vertu de la partie I de la Loi.

THE INDEPENDENCE OF PUBLIC INQUIRIES

L'INDÉPENDANCE DES ENQUÊTES PUBLIQUES

28 The issue of the nature and extent of the independence of commissions of inquiry was not fully argued before me. However, it was submitted and I accept, that there are differing degrees of indepen-

28 La question de la nature et de l'étendue de l'indépendance des commissions d'enquête n'a pas été pleinement débattue devant moi. Cependant, il a été soutenu, et j'en conviens, qu'il existe des degrés

dence. At one end of the spectrum there is the independence accorded to the judiciary. It is free from executive action and subject only to the will of Parliament. At the other end of the spectrum is a situation where there is virtually no independence, in which a commission of inquiry is considered to be an aid to the executive with a position akin to that of a department in a government ministry. Then there is a middle ground where, once established, a commission of inquiry has independence regarding its procedure and the manner in which it fulfills its mandate.

29 The Supreme Court of Canada had occasion to comment on the importance and independence of commissions of inquiry in its decision in *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97. At pages 137-138, the Court noted that:

Commissions of inquiry have a long history in Canada. This Court has already noted (*Starr v. Houlden, supra*, at pp. 1410-11) the significant role that they have played in our country, and the diverse functions which they serve. As *ad hoc* bodies, commissions of inquiry are free of many of the institutional impediments which at times constrain the operation of the various branches of government. They are created as needed, although it is an unfortunate reality that their establishment is often prompted by tragedies such as industrial disasters, plane crashes, unexplained infant deaths, allegations of widespread child sexual abuse, or grave miscarriages of justice.

At least three major studies on the topic have stressed the utility of public inquiries and recommended their retention: Law Reform Commission of Canada, Working Paper 17, *Administrative Law: Commissions of Inquiry* (1977); Ontario Law Reform Commission, *Report on Public Inquiries* (1992); and Alberta Law Reform Institute, Report No. 62, *Proposals for the Reform of the Public Inquiries Act* (1992). They have identified many benefits flowing from commissions of inquiry. Although the particular advantages of any given inquiry will depend upon the circumstances in which it is created and the powers it is given, it may be helpful to review some of the most common functions of commissions of inquiry.

One of the primary functions of public inquiries is fact-finding. They are often convened, in the wake of public

d'indépendance différents. À une extrémité de la gamme se trouve l'indépendance accordée aux cours de justice. Elle est à l'abri de toute action du pouvoir exécutif, et n'est soumise qu'à la volonté du Parlement. À l'autre extrémité de la gamme se trouve une situation où il n'existe presque aucune indépendance, une situation dans laquelle une commission d'enquête est considérée comme une aide au pouvoir exécutif, et occupe une position similaire à celle d'un service au sein d'un ministère. Il y a ensuite la situation médiane où, après avoir été établie, une commission d'enquête est indépendante pour ce qui est de sa procédure et de la manière dont elle s'acquitte de son mandat.

La Cour suprême du Canada a eu l'occasion de commenter l'importance et l'indépendance des commissions d'enquête dans l'arrêt *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97. Aux pages 137 et 138 du recueil, la Cour signale ce qui suit: 29

Les commissions d'enquête existent depuis longtemps au Canada. Notre Cour a déjà souligné (*Starr c. Houlden, précité*, aux pp. 1410 et 1411) le rôle important qu'elles ont joué dans notre pays et les nombreuses fonctions qu'elles remplissent. En tant qu'organismes *ad hoc*, les commissions d'enquête sont libres d'un bon nombre des entraves institutionnelles qui limitent parfois l'action des diverses branches de gouvernement. Elles sont constituées pour répondre à un besoin, bien qu'il faille malheureusement admettre qu'elles doivent souvent leur existence à des tragédies comme un désastre industriel, des écrasements d'avions, des décès inexplicables de jeunes enfants, des allégations d'exploitation sexuelle d'enfants largement répandue ou des erreurs judiciaires graves.

Au moins trois études d'importance sur le sujet ont mis en évidence l'utilité des enquêtes publiques et ont recommandé qu'elles soient maintenues: Commission de réforme du droit du Canada, Document de travail 17, *Droit administratif: les commissions d'enquête* (1977); Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Public Inquiries* (1992); Alberta Law Reform Institute, Report No. 62, *Proposals for the Reform of the Public Inquiries Act* (1992). D'après ces études, les commissions d'enquête présentent de nombreux avantages. Bien que ces avantages dépendent du contexte de la création de chaque commission et des pouvoirs qui lui sont conférés, il peut être utile de passer en revue certaines des fonctions les plus courantes de ces commissions.

L'une des principales fonctions des commissions d'enquête est d'établir les faits. Elles sont souvent formées

shock, horror, disillusionment, or scepticism, in order to uncover "the truth". Inquiries are, like the judiciary, independent; unlike the judiciary, they are often endowed with wide-ranging investigative powers. In following their mandates, commissions of inquiry are, ideally, free from partisan loyalties and better able than Parliament or the legislatures to take a long-term view of the problem presented. Cynics decry public inquiries as a means used by the government to postpone acting in circumstances which often call for speedy action. Yet, these inquiries can and do fulfil an important function in Canadian society. In times of public questioning, stress and concern, they provide the means for Canadians to be apprised of the conditions pertaining to a worrisome community problem and to be a part of the recommendations that are aimed at resolving the problem. Both the status and high public respect for the commissioner and the open and public nature of the hearing help to restore public confidence not only in the institution or situation investigated but also in the process of government as a whole. They are an excellent means of informing and educating concerned members of the public. [My emphasis.]

pour découvrir la «vérité», en réaction au choc, au sentiment d'horreur, à la désillusion ou au scepticisme ressentis par la population. Comme les cours de justice, elles sont indépendantes; mais au contraire de celles-ci, elle sont souvent dotées de vastes pouvoirs d'enquête. Dans l'accomplissement de leur mandat, les commissions d'enquête sont, idéalement, dépourvues d'esprit partisan et mieux à même que le Parlement ou les législatures d'étudier un problème dans la perspective du long terme. Les cyniques dénigrent les commissions d'enquête, parce qu'elles seraient un moyen utilisé par le gouvernement pour faire traîner les choses dans des situations qui commanderaient une prompt intervention. Pourtant, elles peuvent remplir, et remplissent de fait, une fonction importante dans la société canadienne. Dans les périodes d'interrogation, de grande tension et d'inquiétude dans la population, elles fournissent un moyen d'informer les Canadiens sur le contexte d'un problème préoccupant pour la collectivité et de prendre part aux recommandations conçues pour y apporter une solution. Le statut et le grand respect dont jouit le commissaire, ainsi que la transparence et la publicité des audiences, contribuent à rétablir la confiance du public non seulement dans l'institution ou la situation visées par l'enquête, mais aussi dans l'ensemble de l'appareil de l'État. Elles constituent un excellent moyen d'informer et d'éduquer les citoyens inquiets. [Non souligné dans l'original.]

30 It is worthy of note that the Supreme Court has accorded public inquiries a degree of independence equivalent to that given to the judiciary. It is also interesting that the Federal Court of Appeal recently adopted the Supreme Court's description of commissions of inquiry.³ However, neither Court was asked to consider the impact, if any, of this type of independence on the Governor in Council's ability to terminate a commission of inquiry before it completes its mandate.

Il vaut la peine de signaler que la Cour suprême a accordé aux enquêtes publiques un degré d'indépendance qui équivaut à celui conféré aux cours de justice. Il est intéressant aussi que la Cour d'appel fédérale a récemment fait sienne la description que donne la Cour suprême des commissions d'enquête³. Cependant, il n'a été demandé à aucune de ces deux cours d'examiner l'impact, si impact il y a, de cette sorte d'indépendance sur la capacité du gouverneur en conseil de mettre fin à une commission d'enquête avant qu'elle termine son mandat.

31 On this topic, the Ontario Law Reform Commission in its *Report on Public Inquiries* in 1992 cautioned at page 30 that:

À ce sujet, la Commission de réforme du droit de l'Ontario, dans son *Report on Public Inquiries*, publié en 1992, formule la mise en garde suivante, à la page 30:

Another innovative and important use of the order in council is to impose a reporting date on a public inquiry. Such reporting dates have been imposed on five of the last ten Ontario public inquiries, although in some cases subsequent orders in council have been issued to extend the deadline. There are some advantages in terms of controlling delay and limiting costs in giving inquiries a definite reporting date. On the other hand, a reporting date could limit the thoroughness of an inquiry and perhaps

[TRADUCTION] Une autre utilisation innovatrice et importante du décret est l'imposition, à une enquête publique, d'une date de production d'un rapport. De telles dates ont été imposées à cinq des dix dernières enquêtes publiques menées en Ontario, encore que, dans certains cas, des décrets subséquents aient été passés pour prolonger le délai fixé. Le fait d'imposer une date précise pour la production d'un rapport comporte certains avantages, pour ce qui est de limiter les retards et les coûts. En revanche,

compromise its independence if an extension is requested by the commission but denied by the Cabinet. [My emphasis.]

cela pourrait restreindre l'intégralité d'une enquête et, peut-être, compromettre son indépendance si la commission demandait une prolongation mais que le Cabinet la refusait. [Non souligné dans l'original.]

32 It also comments at page 206 in the following terms:

Although the independence of public inquiries is not absolute, its central features should be protected. If they could not be protected, the case for retaining public inquiries as a unique instrument of government would be weakened considerably.

The most important attribute of a public inquiry's independence is that once appointed, the commission has complete freedom to conduct its proceedings and deliver its report for public release. Nothing could undermine the value of a public inquiry more than the spectre of a government preventing the issue of a report that it would rather not see released, or curtailing the activities of a commission. [My emphasis.]

La Commission ajoute également ce qui suit, à la page 206 du document: 32

[TRADUCTION] Bien que l'indépendance des enquêtes publiques ne soit pas absolue, ses caractéristiques principales doivent être protégées. Sans cela, l'argument voulant que l'on conserve les enquêtes publiques comme un instrument unique du gouvernement serait nettement affaibli.

La caractéristique la plus importante de l'indépendance d'une enquête publique est la suivante: une fois établie, la commission a entière liberté pour ce qui est de conduire ses procédures et de présenter son rapport pour fins de diffusion publique. Rien ne pourrait miner davantage la valeur d'une enquête publique que le spectre d'un gouvernement qui fait obstacle à la publication d'un rapport qu'il préférerait ne pas voir diffuser, ou qui restreint les activités d'une commission. [Non souligné dans l'original.]

33 Finally, on this issue, it is subsection 31(4) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, which provides the Governor in Council with the power to amend the mandate. Subsection 31(4) reads:

31. . . .

(4) Where a power is conferred to make regulations, the power shall be construed as including a power, exercisable in the same manner and subject to the same consent and conditions, if any, to repeal, amend or vary the regulations and make others.

Subsection 2(1) of the *Interpretation Act* defines a "regulation" to include a commission such as that which establishes a commission of inquiry.

THE WORK OF THE COMMISSION OF INQUIRY

34 Having reviewed the material filed for these motions, it is clear to me that the Commissioners have worked systematically and diligently on their enormous task. Any suggestion that the Commission of Inquiry did not "get on with it" would be wholly unwarranted. The Commissioners' investigatory

Enfin, pour ce qui est de cette question, c'est le paragraphe 31(4) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, qui confère au gouverneur en conseil le pouvoir de modifier le mandat. Le texte de cette disposition est le suivant: 33

31. . . .

(4) Le pouvoir de prendre des règlements comporte celui de les modifier, abroger ou remplacer, ou d'en prendre d'autres, les conditions d'exercice de ce second pouvoir restant les mêmes que celles de l'exercice du premier.

Dans la définition du mot «règlement», le paragraphe 2(1) de la *Loi d'interprétation* inclut les commissions similaires à celles qui établissent une commission d'enquête.

LE TRAVAIL DE LA COMMISSION D'ENQUÊTE

Après avoir passé en revue les documents déposés dans le cadre des présentes requêtes, il m'apparaît clairement que les commissaires se sont occupés de leur tâche énorme de manière systématique et avec diligence. Il serait tout à fait injustifié de laisser entendre de quelque façon que la Commission d'en-

work has not been confined to public hearings. It has taken many forms. For example:

- Orders were issued to compel the production of documents. On April 21, 1995, the Commission of Inquiry issued an order requiring the Department of National Defence and the Canadian Forces to file with the Commission of Inquiry within 30 days certain “Somalia-related” documents. On May 18, 1995, the Commission of Inquiry issued further orders to the Clerk of the Privy Council and to the Deputy Minister of Foreign Affairs for the disclosure of “Somalia-related” documents located in their respective departments. Almost one year later, the first order had not been complied with to the Commission of Inquiry’s satisfaction. Accordingly, on April 2, 1996, the Commission of Inquiry issued another order to the Minister of National Defence summoning the Department of National Defence and the Canadian Forces to file with the Commission of Inquiry within 48 hours all records and documents relating to the issue of the responses of the Department and the Forces to public requests for information, and relating to the April 21, 1995 order for the production of documents.
 - Experts’ studies were commissioned to deal with specific issues. The Commission of Inquiry planned to table (in conjunction with or prior to the final report) a collection of six or seven studies of specific issues.
 - A procedural hearing was held. On May 24, 1995, immediately after Commissioner Rutherford began his work, the Commission of Inquiry held a hearing to establish the Commission of Inquiry’s rules of procedure and to determine who would be granted standing before the Commission of Inquiry.
 - Policy hearings were held. In the period from June 19 to 23, 1995, the Commission of Inquiry received an overview of the policies, regulations,
- quête n’a pas [TRADUCTION] «fait son travail». Le travail d’enquête des commissaires ne s’est pas limité à tenir des audiences publiques; il a revêtu de nombreuses formes. Par exemple:
 - Des ordonnances ont été délivrées en vue d’obliger à produire des documents. Le 21 avril 1995, la Commission d’enquête a ordonné au ministère de la Défense nationale et aux Forces canadiennes de déposer auprès d’elle, dans les 30 jours suivants, certains documents «liés à la Somalie». Le 18 mai 1995, la Commission d’enquête a délivré d’autres ordonnances à l’intention du greffier du Conseil privé ainsi qu’au sous-ministre des Affaires étrangères en vue de la communication de documents «liés à la Somalie» que détenaient leur ministère respectif. Près d’un an plus tard, on ne s’était pas conformé à la première ordonnance à la satisfaction de la Commission d’enquête. En conséquence, le 2 avril 1996, celle-ci a délivré une autre ordonnance au ministre de la Défense nationale, sommant le ministère de la Défense nationale et les Forces canadiennes de déposer auprès d’elle, dans les 48 heures suivantes, tous les registres et documents concernant la question des réponses du Ministère et des Forces aux demandes d’information publique, et liés à l’ordonnance du 21 avril 1995 en vue de la production de documents.
 - Des études d’experts ont été commandées sur des questions particulières. La Commission d’enquête prévoyait de déposer (en même temps que le rapport final, ou avant ce dernier) une série de six ou sept études portant sur des questions précises.
 - Une audience de nature procédurale a été tenue. Le 24 mai 1995, aussitôt après que le commissaire Rutherford a commencé son travail, la Commission d’enquête a tenu une audience en vue de fixer ses règles de procédure et de déterminer qui aurait qualité pour agir devant elle.
 - Des audiences relatives aux politiques ont été tenues. Entre le 19 et le 23 juin 1995, la Commission d’enquête a reçu un aperçu des politi-

rules and practices of the Canadian Armed Forces, the structure and organization of the Canadian Armed Forces, the Department of National Defence, and the Canadian military justice system.

- Documents were reviewed and assessed. An enormous volume of documents has been received by the Commission of Inquiry. As of February 26, 1997, the Commission of Inquiry has received over 150,000 documents totalling over 600,000 pages. The Commission of Inquiry hired a document management team to track and monitor these documents as they were received. Every document was numbered and reviewed, page by page, assessed for relevance and catalogued chronologically and by issue.
 - Documents from other proceedings were requested. The Commission of Inquiry has obtained the 4,000-page Board of Inquiry report and the transcripts of the fourteen court martial proceedings arising from incidents that occurred in Somalia during the in-theatre period.
 - Issues hearings were held and the Commission of Inquiry decided to work through the issues in the order in which they were set out in its mandate. The first phase of public hearings, the “pre-deployment phase”, was held from October 2, 1995 to February 22, 1996, and involved testimony from 46 witnesses. The second phase, the “in-theatre phase” began on April 1, 1996, but, after hearing 12 witnesses, this phase was suspended while the Commission of Inquiry held a public investigation into alleged document tampering and document destruction in the Directorate General Public Affairs. This investigation consumed 40 hearing’ days from April 15, 1996, to August 30, 1996. The “in-theatre phase” testimony resumed in the week of September 9, 1996, but it has recently stopped due to the March 31, 1997 deadline imposed by Order in Council P.C. 1997-174.
- Des documents ont été examinés et évalués. La Commission d’enquête a reçu une quantité énorme de documents: au 26 février 1997, plus de 150 000 documents, totalisant plus de 600 000 pages. Elle a retenu les services d’une équipe de gestion de documents de manière à suivre et contrôler ces documents à mesure qu’elle les recevait. Chaque document a été numéroté et examiné, page par page, évalué afin d’en déterminer la pertinence et catalogué en ordre chronologique et par date de publication.
 - Les documents liés à d’autres instances ont été demandés. La Commission d’enquête a obtenu le rapport du Comité d’enquête (4 000 pages) ainsi que les transcriptions des 14 procédures en cour martiale découlant des incidents survenus en Somalie durant les opérations sur le théâtre.
 - Des audiences relatives à diverses questions ont été tenues, et la Commission d’enquête a décidé de s’occuper de ces questions dans l’ordre dans lequel elles avaient été énoncées dans son mandat. La première phase des audiences publiques, la [TRADUCTION] «phase antérieure au déploiement» s’est déroulée du 2 octobre 1995 au 22 février 1996, et 46 témoins ont été entendus. La deuxième phase, la [TRADUCTION] «phase des opérations sur le théâtre», a commencé le 1^{er} avril 1996; toutefois, après que la Commission d’enquête eut entendu 12 témoins, cette phase a été suspendue pendant que la Commission d’enquête menait une enquête publique sur l’altération et la destruction présumées de documents au sein du bureau du Directeur général, Affaires publiques. Cette enquête a duré 40 jours d’audience, entre le 15 avril 1996 et le 30 août 1996. Les témoignages relatifs à la «phase des opérations sur le théâtre» se sont poursuivis dans la semaine du 9 septembre 1996, mais cette étape a été récemment arrêtée en raison de l’échéance du 31 mars 1997 qu’impose le décret C.P. 1997-174.

- 35 In addition to its investigatory work, the Commissioners addressed management issues. They dealt with the administrative and logistical matters relating to the establishment and conduct of the Commission of Inquiry. Commission of Inquiry counsel and staff were recruited, basic operations and procedures implemented, scheduling issues were addressed, media facilities were established, and offices and a hearing room were eventually arranged (the procedure and policy hearings held in May and June of 1995 were held in borrowed premises). In addition, the Commissioners obtained expert advice as to the mechanics of printing and publishing their final report (the Commissioners were advised that at least four months were required to edit, translate, print and publish their 1,500 to 2,000 page report). They also provided the Governor in Council with comprehensive reports on their progress in the context of seeking extensions of their reporting deadlines.
- 36 In response to the hearing and reporting deadlines set on January 10, 1997, the Commission finished hearing evidence relating to the shooting incident and then stopped its in-theatre hearings. The first week of April 1997 was reserved for submissions from parties and, thereafter, the Commission of Inquiry will prepare its report to meet the June 30, 1997, deadline.
- 37 There is no evidence before me about what the Commission of Inquiry will include in its report. However, in his remarks of January 13, 1997, the Chairman indicated that the hearing and reporting deadlines in Order in Council P.C. 1997-174 precluded the Commission of Inquiry from examining the nature and adequacy of the response of National Defence Headquarters to the important events that transpired in Somalia (especially, the shooting incident that occurred on March 4, 1993, which the Commission of Inquiry had been examining, and the Arone murder on March 16, 1993). He added that the deadlines almost completely eliminated the
- Outre leur travail d'enquête, les commissaires se sont occupés de questions de gestion. Ils ont réglé les points d'ordre administratif et logistique relatifs à l'établissement et à la conduite de la Commission d'enquête. Des avocats et des employés ont été recrutés, des activités et des méthodes de base ont été mises en œuvre, des questions d'échéancier ont été réglées, des installations ont été établies pour les médias, et des bureaux et une salle d'audience ont finalement été obtenus (les audiences relatives à la procédure et aux politiques, tenues en mai et en juin 1995, se sont déroulées dans des locaux empruntés). En outre, les commissaires ont obtenu les conseils de spécialistes quant aux détails relatifs à l'impression et la publication de leur rapport final (on les a informés qu'il faudrait au moins quatre mois pour réviser, traduire, imprimer et publier leur rapport de 1 500 à 2 000 pages). Ils ont aussi fourni au gouverneur en conseil des rapports complets sur les progrès qu'ils accomplissaient en tentant d'obtenir que les échéances fixées pour la présentation de leur rapport soient prolongées.
- En réponse aux échéances fixées le 10 janvier 1997 pour la tenue des audiences et la présentation du rapport, la Commission a conclu l'audition des témoignages relatifs à l'incident des coups de feu, et a ensuite arrêté ses audiences concernant les opérations sur le théâtre. La première semaine d'avril 1997 a été réservée aux arguments des parties et, par la suite, la Commission d'enquête rédigera son rapport de manière à respecter l'échéance du 30 juin 1997.
- Aucune preuve ne m'a été présentée au sujet de la teneur du rapport de la Commission d'enquête. Cependant, dans ses remarques du 13 janvier 1997, le président a indiqué que les échéances fixées par le décret C.P. 1997-174 à propos de la tenue des audiences et de la présentation du rapport empêchaient la Commission d'enquête d'examiner la nature et la pertinence de la réponse du Quartier général de la Défense nationale aux événements marquants qui ont eu lieu en Somalie (surtout l'incident des coups de feu survenu le 4 mars 1993, que la Commission d'enquête examinait, et l'assassinat d'Arone le 16 mars 1993). Il a ajouté que les échéances empê-

Commissioners' ability to probe the "crucial issue" of a possible cover-up in the upper reaches of National Defence Headquarters and the Canadian Forces. These matters are covered in the mandate at issues (k), (q) and (r) of the designated issues and in topics 5 and 6 of the six topics.

chaient presque entièrement les commissaires d'analyser la [TRADUCTION] «question cruciale» d'un camouflage possible dans les hautes sphères du Quartier général de la Défense nationale et des Forces canadiennes. Ces points sont visés dans le mandat aux questions k), q) et r) des questions désignées, ainsi qu'aux sujets 5 et 6 des six sujets.

38 As well, in its reasons for order of February 4, 1997, refusing the applicant's request for standing, the Commission of Inquiry stated:

38 En outre, dans ses motifs d'ordonnance du 4 février 1997, par lesquels elle refusait la demande du requérant en vue d'obtenir le droit d'être entendu, la Commission d'enquête a déclaré ce qui suit:

It is now well understood that the Government, in choosing to cut off this inquiry in the course of its investigation, has precluded an examination of crucial aspects of the Somalia Affair, including *inter alia* the vital aspects of possible cover-up within the higher ranks of the military and the adequacy of the response of the Canadian Forces and National Defence Headquarters to the myriad problems that were encountered by Canadian troops in the Somalia theatre.

[TRADUCTION] Il est maintenant bien compris qu'en choisissant de mettre fin à la présente enquête, le gouvernement a empêché d'examiner des aspects cruciaux de l'affaire de la Somalie, y compris, notamment, les aspects capitaux d'un camouflage possible au sein des hautes sphères de l'armée, et la justesse de la réponse des Forces canadiennes et du Quartier général de la Défense nationale à la foule de difficultés auxquelles se sont heurtées les troupes canadiennes sur le théâtre de la Somalie.

REPORTING DATES AND REQUESTS FOR EXTENSIONS

DATES DE PRÉSENTATION DU RAPPORT ET DEMANDES DE PROLONGATION

39 Pursuant to Order in Council P.C. 1995-442 dated March 20, 1995, the Commissioners were directed to submit a final report in both official languages to the Governor in Council not later than December 22, 1995. However, very soon after Commissioner Rutherford joined the Commission of Inquiry, the Commissioners realized that the report date was unrealistic. Accordingly, by a letter dated June 2, 1995, to Jocelyne Bourgon, Clerk of the Privy Council and Secretary to the Cabinet, the Chairman requested an extension of the Commission of Inquiry's final reporting deadline to September 20, 1996. In requesting this extension, the Chairman cited, *inter alia*, the "monumental" nature of the Commissioners' mandate and the delay resulting from the late assumption of duties (on May 23, 1995) by the newly-appointed Commissioner Rutherford. He also noted that he was "unaware of any Royal Commission established in recent years that has operated under a deadline as tight as that which has initially been established for our Inquiry". In reply, pursuant to Order in Council P.C. 1995-1273 dated July 26, 1995, the Governor in Council granted the

39 Conformément au décret C.P. 1995-442 daté du 20 mars 1995, les commissaires ont reçu instruction de présenter au gouverneur en conseil un rapport final dans les deux langues officielles au plus tard le 22 décembre 1995. Toutefois, peu après l'arrivée du commissaire Rutherford au sein de la Commission d'enquête, les commissaires se sont rendus compte que la date de présentation du rapport était irréaliste. En conséquence, dans une lettre datée du 2 juin 1995 et adressée à M^{me} Jocelyne Bourgon, greffière du Conseil privé et secrétaire du Cabinet, le président a demandé que soit prolongée jusqu'au 20 septembre 1996 l'échéance fixée pour la présentation du rapport final de la Commission d'enquête. Dans sa demande, le président a fait état, notamment, de la nature «monumentale» du mandat des commissaires ainsi que du retard dû à l'entrée en fonction tardive (23 mai 1995) du commissaire Rutherford, nouvellement nommé. Il a aussi indiqué qu'il n'était [TRADUCTION] «au courant d'aucune commission royale établie ces dernières années qui soit soumise à une échéance aussi serrée que celle qui a été fixée au départ pour notre enquête». En réponse, conformé-

Commission's request for an extension of the deadline for filing the final report, but only to June 28, 1996, not to September 20, 1996, as had been requested.

40 On March 6, 1996, the Chairman wrote again to Ms. Bourgon requesting a further extension of the final reporting deadline from June 28, 1996 to March 31, 1997. In requesting this second extension, the Chairman noted, *inter alia*, the appearance of new issues, the significant underestimation of the volume of documents expected to be filed with the Commission of Inquiry, and the delays encountered in obtaining essential documents from the Department of National Defence. In a subsequent letter dated May 3, 1996, to Ms. Margaret Bloodworth, Deputy Clerk of the Privy Council Office, the Chairman indicated that he proposed to provide the Privy Council Office with "a more elaborate projection and an adjusted request concerning the Commission's ultimate reporting deadline". This was done in a four-page letter dated May 9, 1996, to Ms. Bloodworth. In that letter, the Chairman requested a further extension of the final reporting deadline to September 30, 1997, and gave nine reasons in support of the request including the delay caused by "missing, altered or destroyed documents". In this letter, the Chairman expressed the Commissioners' resolve to complete the final report—estimated to be from 1,500 to 2,000 pages in length—by March 31, 1997, but requested the September 30, 1997, report date because "it would be safer at this point before our request formally goes to the Treasury Board for its formal consideration, for us to build an additional six months into our time line".

41 The Chairman emphasized that the Commissioners had no desire to prolong the inquiry process, noting, in particular, that Commissioner Rutherford, who as a supernumerary judge would normally be expected to assume reduced responsibilities, had

ment au décret C.P. 1995-1273 daté du 26 juillet 1995, le gouverneur en conseil a fait droit à la demande de prolongation de l'échéance relative à la présentation du rapport final de la Commission, mais uniquement jusqu'au 28 juin 1996, et non au 20 septembre 1996, comme demandé.

Le 6 mars 1996, le président a écrit de nouveau à M^{me} Bourgon pour demander une prolongation supplémentaire, soit du 28 juin 1996 au 31 mars 1997. En demandant cette deuxième prolongation, le président a fait état, notamment, de l'apparition de nouvelles questions, de la sous-estimation considérable de la quantité de documents qui devraient être déposés auprès de la Commission d'enquête, ainsi que des retards subis en obtenant des documents essentiels du ministère de la Défense nationale. Dans une lettre subséquente datée du 3 mai 1996, adressée à M^{me} Margaret Bloodworth, sous-greffière du Conseil privé, le président a indiqué qu'il se proposait de fournir au Bureau du Conseil privé [TRADUCTION] «une projection plus détaillée et une demande rajustée au sujet de l'échéance ultime concernant la présentation du rapport de la Commission». Cela a été fait dans une lettre de quatre pages, datée du 9 mai 1996, à l'attention de M^{me} Bloodworth. Dans cette lettre, le président a demandé une autre prolongation de l'échéance relative à la présentation du rapport final, soit au 30 septembre 1997, et, à l'appui de sa demande, il a invoqué neuf motifs, dont le retard occasionné par des [TRADUCTION] «documents manquants, altérés ou détruits». Dans ce document, le président a fait part de la détermination des commissaires à terminer le rapport final—d'une longueur estimative de 1 500 à 2 000 pages—avant le 31 mars 1997, mais il demandait que l'échéance soit reportée au 30 septembre 1997 parce que [TRADUCTION] «il serait plus sûr à ce stade-ci, avant que notre demande soit transmise au Conseil du Trésor pour examen officiel, que nous prévoyions six mois de plus dans notre échéancier».

Le président a souligné que les commissaires ne souhaitaient aucunement prolonger le processus d'enquête, faisant remarquer en particulier que le commissaire Rutherford qui, à titre de juge surnuméraire, serait normalement censé assumer des respon-

been working “more than full time” for the Commission of Inquiry. Despite the Commissioners’ request, the Governor in Council, pursuant to Order in Council P.C. 1996-959 dated June 20, 1996, extended the Commission’s final reporting deadline to March 31, 1997, rather than to September 30, 1997. In a letter to the Chairman dated June 21, 1996, Ms. Bourgon explained that:

... the Government of Canada, the Canadian Forces and all Canadians are anxious to resolve the questions surrounding the incidents which occurred in Somalia. The Government would encourage you to proceed as quickly as possible with this Inquiry so that it can have the benefit of the commission’s view in considering the options in any reform of the Canadian Forces. We agree that this is a challenging task, but note that your current reporting date is already an extension of the original deadline.

Ms. Bourgon concluded the letter by saying:

This extension will give the Commission an additional nine months to continue its work. The Commission’s progress can be assessed further in the fall. [My emphasis.]

sabilités réduites, travaillait [TRADUCTION] «plus qu’à plein temps» pour la Commission d’enquête. Malgré la requête des commissaires, le gouverneur en conseil, conformément au décret C.P. 1996-959 daté du 20 juin 1996, a reporté l’échéance au 31 mars 1997, plutôt qu’au 30 septembre 1997. Dans une lettre adressée au président, en date du 21 juin 1996, M^{me} Bourgon explique que:

[TRADUCTION] ... le gouvernement du Canada, les Forces canadiennes et tous les Canadiens sont impatients de régler les questions entourant les incidents survenus en Somalie. Le gouvernement vous encourage à procéder le plus rapidement possible de manière à ce qu’il puisse disposer du point de vue de la Commission en examinant les options possibles concernant toute réforme des Forces canadiennes. Nous sommes d’accord qu’il s’agit d’une tâche ardue, mais il est à noter que la date actuellement fixée pour la présentation du rapport est déjà une prolongation de l’échéance initiale.

Et d’ajouter M^{me} Bourgon, en conclusion:

[TRADUCTION] Cette prolongation accordera à la Commission un délai supplémentaire de neuf mois pour poursuivre son travail. Il sera possible d’évaluer plus avant les progrès accomplis par la Commission à l’automne. [Non souligné dans l’original.]

42 Further to the June 21, 1996 letter, the Commissioners and senior Commission of Inquiry personnel met with Mr. Dion and Ms. Poirier of the Privy Council Office in November 1996 to discuss the Commission of Inquiry’s scheduling and final report publication projections, and the Commissioners’ requirement of a further extension beyond March 31, 1997. In an eight-page letter to Mr. Dion dated November 27, 1996, the Chairman explained the Commission of Inquiry’s difficulties in meeting the March 31, 1997, reporting deadline, noting in particular the enormous number of documents received by the Commission of Inquiry and the “dilatatory manner” in which the Department of National Defence had treated the Commissioners’ entreaties for cooperation and assistance. The Chairman noted that “serious shortfalls in the document disclosure process”, including revelations of document destruction and alteration, had necessitated additional hearings.

42 À la suite de la lettre datée du 21 juin 1996, les commissaires et les membres du personnel supérieur de la Commission d’enquête ont rencontré M. Dion et M^{me} Poirier, du Bureau du Conseil privé, en novembre 1996, afin de discuter des projections de la Commission d’enquête au sujet de l’échéancier et de la publication du rapport final, de même que du besoin des commissaires d’obtenir une prolongation supplémentaire de l’échéance du 31 mars 1997. Dans une lettre de huit pages adressée à M. Dion, en date du 27 novembre 1996, le président a expliqué les difficultés qu’avait la Commission d’enquête à respecter l’échéance du 31 mars 1997 concernant la présentation du rapport final, notant en particulier le nombre fort considérable de documents que la Commission d’enquête avait reçus et la [TRADUCTION] «manière dilatoire» avec laquelle le ministère de la Défense nationale avait traité les prières de collaboration et d’assistance des commissaires. Le président a fait remarquer que [TRADUCTION] «de sérieuses lacunes dans le processus de communication de documents», y compris des révélations de destruc-

tion et d'altération de documents, avaient nécessité des audiences supplémentaires.

Dans sa lettre du 27 novembre 1996, le président a présenté trois scénarios concernant la conclusion des audiences et la préparation du rapport final; chaque scénario nécessitait une prolongation de l'échéance relative à la présentation dudit rapport. La date la plus rapprochée qu'envisageaient les commissaires était le 31 décembre 1997, selon leur troisième scénario (ci-après appelé le scénario n° 3). Le gouverneur en conseil savait donc, dès novembre 1996, que la Commission d'enquête n'avait pas le sentiment de pouvoir faire rapport efficacement sur son mandat avant le 31 décembre 1997.

Le scénario n° 3 fixait le calendrier le plus serré. Il prévoyait environ 23 semaines d'audiences pour entendre des témoignages portant principalement sur i) l'assassinat d'Arone, ii) les mesures et les décisions des hauts dirigeants du Quartier général de la Défense nationale, ainsi que iii) la question d'un camouflage possible. Ces audiences devaient prendre fin en juillet 1997.

Les commissaires ont indiqué que le scénario n° 3 les avait obligés à faire des choix difficiles au sujet de la manière d'exécuter leur travail en temps opportun. Par exemple, ils avaient prévu d'obtenir des témoignages oraux avant de rendre compte d'incidents survenus en Somalie, autres que celui des coups de feu et l'assassinat d'Arone, mais ils ont décidé plutôt de faire rapport sans entendre de témoignages. En outre, ils ont proposé de ne pas entendre de témoignages sur les activités des Forces canadiennes au cours de la période qui a suivi le déploiement, mais ils prévoyaient quand même inclure le sujet dans leur rapport final.

Vers la fin de la lettre, les commissaires ont indiqué au gouverneur en conseil ce qui suit:

[TRADUCTION] Les commissaires sont fermement d'avis qu'il serait impossible d'effectuer le travail qui leur est confié d'une manière exhaustive, raisonnable et efficace s'il leur est demandé de respecter, pour la présentation d'un rapport, une échéance antérieure au 31 décembre 1997.

43 In his November 27, 1996 letter, the Chairman provided three scenarios for completing the hearings and preparing the final report; each scenario required an extension of the reporting date. The earliest reporting deadline contemplated by the Commissioners was December 31, 1997, pursuant to their third scenario (scenario No. 3). Accordingly, the Governor in Council was aware, as early as November 1996, that the Commission of Inquiry did not feel it could report effectively on its mandate prior to December 31, 1997.

44 Scenario No. 3 set the most compressed timetable. It allowed for approximately 23 hearing weeks to hear evidence principally about (i) the Arone murder and (ii) the actions and decisions of senior personnel in National Defence Headquarters, and (iii) the issue of a possible cover-up. These hearings were to conclude in July 1997.

45 The Commissioners indicated that scenario No. 3 had required them to make some hard choices about how to complete their work in a timely fashion. For example, they had planned to receive oral evidence before they reported on incidents in Somalia other than the shooting incident and the Arone murder, but they decided instead to proceed to report without hearing evidence. As well, they proposed to hear no oral evidence about the Canadian Forces' activities in the post-deployment period but still they planned to include the topic in their final report.

46 Towards the end of the letter, the Commissioners advised the Governor in Council that:

The Commissioners are firmly of the view that it would be impossible to complete the work assigned to them in a comprehensive, reasonable and effective manner if they are asked to adhere to a reporting deadline that is earlier than December 31, 1997.

47 In his letter of reply dated January 10, 1997, Mr. Dion of the Privy Council Office informed the Chairman that the Commissioners would receive an extension of only three months, to June 30, 1997, to allow the Commission of Inquiry to complete its work and file its final report. The letter also said that the Commission of Inquiry must complete its public hearings on or about March 31, 1997. These dates (the final deadlines) were confirmed by Order in Council P.C. 1997-174 dated February 4, 1997. It is important to note that, when the final deadlines were imposed, the mandate was not reduced.

48 Mr. Dion's explanation for the final deadlines was as follows:

Although all scenarios proposed in your workplan were examined, given the Government's desire to pursue solutions as quickly as possible, it was not regarded as being in the national interest to have to wait at least another year to receive the Commission's input.

49 However, to put the matter of the timing of the final report in another perspective, I should observe that the Commissioners' request for an extension to December 31, 1997, under scenario No. 3 represented only three months more than they had sought in their letter of May 9, 1996, prior to the amendment of Order in Council P.C. 1996-959. It is noteworthy that the Commissioners were never given the extensions they sought.

50 The Commissioners' requests for extensions from their initial reporting date of December 22, 1995, and the related orders in council are summarized in the following table:

O.I.C.	Date	Current Report Date
P.C. 1995-1273	July 26, 1995	December 22, 1995
P.C. 1996-959	June 20, 1996	June 28, 1996
P.C. 1997-174	February 4, 1997	March 31, 1997

47 Dans sa lettre de réponse datée du 10 janvier 1997, M. Dion, du Bureau du Conseil privé, a informé le président que les commissaires obtiendraient une prolongation de trois mois seulement, soit jusqu'au 30 juin 1997, afin de permettre à la Commission d'enquête de terminer son travail et de déposer son rapport final. La lettre indique aussi que la Commission d'enquête devait conclure ses audiences publiques vers le 31 mars 1997. Ces dates (appelées ci-après les échéances finales) ont été confirmées par le décret C.P. 1997-174 daté du 4 février 1997. Il est important de signaler que lorsque les échéances finales ont été imposées, le mandat n'a pas été réduit.

48 L'explication qu'a donnée M. Dion pour les échéances finales est la suivante:

[TRADUCTION] Les scénarios proposés dans votre plan de travail ont tous été examinés, mais, comme le gouvernement entend trouver des solutions le plus rapidement possible, on a considéré qu'il n'était pas dans l'intérêt du pays d'avoir à attendre au moins un an de plus avant de recevoir le rapport de la Commission.

49 Toutefois, pour considérer sous un autre angle la question de la date de présentation du rapport final, je fais remarquer que la demande des commissaires en vue de faire repousser l'échéance au 31 décembre 1997, d'après le scénario n° 3, ne représentait que trois mois de plus que ce qu'ils avaient demandé dans leur lettre du 9 mai 1996, avant que le décret C.P. 1996-959 soit modifié. Soulignons que les commissaires n'ont jamais obtenu les prolongations qu'ils demandaient.

50 Le tableau suivant présente sous forme résumée les demandes des commissaires en vue d'obtenir des prolongations par rapport à la date initiale de présentation du rapport final, soit le 22 décembre 1995, ainsi que les décrets connexes:

Décret	Date	Date de dépôt du rapport
C.P. 1995-1273	26 juillet 1995	22 décembre 1995
C.P. 1996-959	20 juin 1996	28 juin 1996
C.P. 1997-174	4 février 1997	31 mars 1997

Extension Requested	Extension Granted	Prolongation demandée	Prolongation accordée
September 20, 1996	June 28, 1996	20 septembre 1996	28 juin 1996
September 30, 1997	March 31, 1997	30 septembre 1997	31 mars 1997
December 31, 1997*	June 30, 1997 for final report March 31, 1997 (approx.) as cut off date of hearings	31 décembre 1997*	30 juin 1997 Rapport final 31 mars 1997 (approx.) comme date de fin des audiences

* this was the minimum pursuant to Scenario Three

* le minimum, selon le scénario n° 3

THE ISSUES

51 The question is whether Order in Council P.C. 1997-174, which imposed the final deadlines, is *ultra vires* of the Governor in Council in the circumstances of this case.

52 This question raises a number of issues:

1. What is the nature of the mandate? Does the mandate as set out in Order in Council P.C. 1995-442 require the Commission of Inquiry to report on all matters mentioned or does it give it discretion to report only on those issues which the Commissioners consider to be important?
2. Who decides whether the Commission of Inquiry's investigation is complete?
3. Is it impossible for the Commission of Inquiry to complete its mandate?
4. Does subsection 31(4) of the *Interpretation Act* impose any requirements on the Governor in Council?

THE PARTIES' POSITIONS

(i) The applicant

53 The applicant submits that the practical effect of Order in Council P.C. 1997-174 is that the Commission of Inquiry remains legally required to report on its entire mandate even though such a report has become an impossibility due to the final deadlines. It is also the applicant's position that, given the Chairman's letter to the Deputy Chief of the Privy

LES POINTS EN LITIGE

La question qui se pose est celle de savoir si le décret C.P. 1997-174, qui imposait les échéances finales, excède les pouvoirs du gouverneur en conseil dans les circonstances de l'espèce. 51

Cette question soulève un certain nombre de points: 52

1. Quelle est la nature du mandat? Ce dernier, tel qu'exposé dans le décret C.P. 1995-442, oblige-t-il la Commission à faire rapport sur toutes les questions mentionnées, ou lui permet-elle de faire rapport uniquement sur les questions que les commissaires jugent importantes?
2. Qui décide si l'enquête de la Commission est terminée?
3. La Commission se trouve-t-elle dans l'impossibilité de s'acquitter complètement de son mandat?
4. Le paragraphe 31(4) de la *Loi d'interprétation* impose-t-il des exigences quelconques au gouverneur en conseil?

LES POSITIONS DES PARTIES

i) Le requérant

Le requérant fait valoir que le décret C.P. 1997-174 a pour effet pratique que la Commission d'enquête demeure légalement tenue de faire rapport sur son mandat intégral, même si le rapport en question est maintenant impossible à présenter en raison des échéances finales imposées. Il est également d'avis que, compte tenu de la lettre que le président 53

Council of November 27, 1996, the Governor in Council knew, when it imposed the final deadlines, that the Commission of Inquiry would be unable to report on all the matters set out in the mandate by June 30, 1997.

a envoyée au sous-chef du Conseil privé le 27 novembre 1996, le gouverneur en conseil savait, en imposant les échéances finales, que la Commission d'enquête ne serait pas en mesure de faire rapport sur toutes les questions énoncées dans le mandat avant le 30 juin 1997.

54 The applicant states that laws, including subordinate legislation such as the orders in council in this case, must be capable of performance and that, because Order in Council P.C. 1997-174 imposes the final deadlines but also leaves the full mandate to be fulfilled, the Order in Council creates a situation in which it is impossible for the Commission of Inquiry to obey the law.

Le requérant déclare que les lois, y compris la législation déléguée, telle que les décrets qui s'appliquent en l'espèce, doivent pouvoir être exécutées et que, comme le décret C.P. 1997-174 impose les échéances finales mais ne permet pas de s'acquitter du mandat intégral, ledit décret crée une situation dans laquelle la Commission d'enquête se trouve dans l'impossibilité de se conformer à la loi. 54

55 The applicant further submits that the Governor in Council acts without jurisdiction when it issues an order in council which cannot be performed. He adds that it also is unseemly and contrary to the rule of law for the Commission of Inquiry to be placed in a position where it cannot comply with the law because it cannot report on its full mandate as required.

Le requérant fait valoir de plus que le gouverneur en conseil agit en dehors des limites de sa compétence quand il décerne un décret qui ne peut être exécuté. Il ajoute qu'il est également inconvenant et contraire aux principes du droit que la Commission d'enquête soit mise dans une situation où elle ne peut se conformer à la loi parce qu'elle ne peut faire rapport, ainsi qu'il est exigé, sur son mandat intégral. 55

56 The applicant concedes, without prejudice to his right to make an argument to the contrary in future, that the Governor in Council does have the power, by reason of subsection 31(4) of the *Interpretation Act*, to impose the final deadlines and to reduce the mandate of the Commission of Inquiry. However, he submits that, in the unprecedented circumstances of this case, where the effect of the final deadlines is to preclude the Commission of Inquiry from reporting on its full mandate as it is legally required to do, an order in council, to be lawful, must clearly identify those matters about which the Commissioners need not report. This must be done so that it will be possible for the Commissioners to fulfill the mandate and meet the final deadlines.

Le requérant admet, sous réserve de son droit de présenter ultérieurement un argument contraire, que le gouverneur en conseil est habilité, de par le paragraphe 31(4) de la *Loi d'interprétation*, à imposer les échéances finales et à restreindre le mandat de la Commission d'enquête. Toutefois, fait-il valoir, dans les circonstances sans précédent de l'espèce, quand les échéances finales ont pour effet d'empêcher la Commission d'enquête de faire rapport sur son mandat intégral ainsi qu'elle est légalement tenue de le faire, un décret, pour être légitime, doit clairement indiquer sur quelles questions il n'est pas nécessaire que les commissaires fassent rapport. Cela doit être fait pour qu'il soit possible aux commissaires de s'acquitter du mandat et de respecter les échéances finales. 56

57 The applicant takes the position that it was both offensive and unlawful for the Governor in Council to reduce the mandate by the "back door" imposition of the final deadlines in Order in Council P.C.

Le requérant soutient qu'il était à la fois offensant et illicite pour le gouverneur en conseil de restreindre le mandat en imposant [TRADUCTION] «par des moyens détournés» les échéances finales dans le 57

1997-174. He further submits that, to pass a new order in council which directly reduces the mandate by clearly listing specific items about which the Commission of Inquiry need not report, would also be offensive but would be lawful and would give the public and the Commissioners a clear understanding of how the Governor in Council wants the Commission of Inquiry to proceed. This would make the Governor in Council accountable for a decision to reduce the mandate.

décret C.P. 1997-174. En outre, ajoute-t-il, il serait offensant d'adopter un nouveau décret qui restreindrait directement le mandat en énumérant clairement les questions précises sur lesquelles il n'est pas nécessaire que la Commission d'enquête fasse rapport, mais il s'agirait d'une mesure légitime, qui permettrait au grand public et aux commissaires de bien saisir comment le gouverneur en conseil entend que la Commission d'enquête procède. Cela rendrait le gouverneur en conseil responsable d'une décision de restreindre le mandat.

58 The applicant says that the Governor in Council's reasons for issuing the final deadlines are not of significance in this application. Various ministers of the Crown have made statements about the Governor in Council's motives and there has been much public speculation about possible motives, but, in the applicant's submission, motive is irrelevant. What matters is the fact that the Commission of Inquiry is not complying with Order in Council P.C. 1995-442.

58 Le requérant déclare que les motifs pour lesquels le gouverneur en conseil a fixé des échéances finales sont sans importance dans la présente demande. Divers ministres ont fait des déclarations au sujet des motifs du gouverneur en conseil, et bien des conjectures publiques ont été faites au sujet des motifs possibles, mais, de l'avis du requérant, la question des motifs importe peu. Ce qui compte, c'est le fait que la Commission d'enquête ne se conforme pas au décret C.P. 1995-442.

59 What is most egregious, according to the applicant, is that the Governor in Council is responsible for the Commission of Inquiry's failure to comply with the law because it has left the full mandate in place and imposed the unrealistic final deadlines. The applicant says that the intervention of this Court is needed to restore a sense of order and legality to the situation. At the moment, in his submission, Order in Council P.C. 1995-442 is a sham because it cannot be performed.

59 Le pire, selon le requérant, c'est que le gouverneur en conseil est responsable du fait que la Commission d'enquête ne se conforme pas à la loi, car il n'a pas touché au mandat intégral et a imposé les échéances finales irréalistes. Le requérant ajoute qu'il est nécessaire que la Cour intervienne pour rétablir l'ordre et la légalité de la situation. À ce stade-ci, selon lui, le décret C.P. 1995-442 est une imposture parce qu'il ne peut être exécuté.

(ii) The Commission of Inquiry

ii) La Commission d'enquête

60 The Commission of Inquiry's position is that an order of *mandamus* against it is inappropriate. It says that, to be successful, the applicant would need to show that the Commission of Inquiry had unlawfully refused or failed to carry out its duty, and that it would be possible for it to perform its duty in response to an order of *mandamus*. It says that neither of these tests can be met on the facts of this case.

60 La Commission d'enquête est d'avis qu'il ne convient pas de prononcer contre elle une ordonnance de *mandamus*. Pour obtenir gain de cause, le requérant devrait montrer que la Commission d'enquête a irrégulièrement refusé ou négligé d'accomplir sa tâche, et qu'il lui serait possible d'exécuter cette dernière en réponse à une ordonnance de *mandamus*. Elle indique qu'au vu des faits de l'espèce, il n'est possible de satisfaire à ni l'un ni l'autre de ces critères.

(iii) The Governor in Council

61 The Governor in Council submits that the mandate is a matter of discretion, and that the Commissioners are not legally required to report on all items in the mandate. In the Governor in Council's view the mandate sets the boundaries of the investigation but, within those boundaries or "fence posts", the Commissioners are free to assign priority to those issues they consider to be most worthy of investigation and delete other issues from their consideration and final report. The designated issues are simply optional topics for a final report. It was submitted, for example, that a final report that provided absolutely no information on six of the designated issues would fulfill the mandate from the perspective of the Governor in Council. The Governor in Council states that, under Order in Council P.C. 1995-442, the Commissioners have jurisdiction to inquire into the six topics and the designated issues, but they have no duty to so inquire.

62 The Governor in Council also takes the position that the mandate does not require a meaningful report even on those issues which the Commissioners choose to investigate. It was submitted that, on the issue of a possible cover-up for example, a report that provided no findings of fact or recommendations but which was limited to a list of questions which might be pursued in another forum, would be an adequate report on the issue from the perspective of the Governor in Council. It was submitted that it is for the Governor in Council, not the Commissioners, to decide when the mandate has been adequately fulfilled, and it is the duty of the Commissioners to organize themselves to do the best job they can given the time and budget they are allocated. In other words, "meaningful" is defined by money and deadlines set by the Governor in Council. It is not defined by the Commissioners.

63 Counsel for the Governor in Council also noted that the *Interpretation Act*, subsection 31(4), is the source of its power to amend the mandate. He submitted that the Governor in Council's action was

iii) Le gouverneur en conseil

61 Le gouverneur en conseil allègue que le mandat est une question discrétionnaire, et que les commissaires ne sont pas légalement tenus de faire rapport sur tous les points qu'il contient. De l'avis du gouverneur en conseil, le mandat fixe les limites de l'enquête mais que, à l'intérieur de ces limites, de ces [TRADUCTION] «piquets de clôture», les commissaires sont libres de donner la priorité aux questions qui, selon eux, valent le plus la peine de faire l'objet d'une enquête, et de retrancher d'autres questions de leur examen et du rapport final. Les questions désignées ne sont que des sujets facultatifs à inclure dans un rapport final. Il a été allégué, par exemple, qu'un rapport final qui ne fournirait aucune information que ce soit sur six des questions désignées remplirait le mandat selon le gouverneur en conseil. Ce dernier déclare qu'en vertu du décret C.P. 1995-442, les commissaires ont compétence pour faire enquête sur les six sujets et les questions désignées, mais qu'ils ne sont nullement tenus de le faire.

62 Le gouverneur en conseil est également d'avis que le mandat n'exige même pas de produire un rapport significatif à propos des questions sur lesquelles les commissaires ont choisi de faire enquête. Ainsi, au sujet de la question d'un camouflage possible, par exemple, un rapport qui ne présenterait aucune conclusion de fait ou aucune recommandation, mais se limiterait à une liste de questions qu'il serait possible d'approfondir au sein d'une autre tribune, constituerait, aux yeux du gouverneur en conseil, un rapport convenable sur le sujet. Il a été allégué qu'il appartient au gouverneur en conseil, et non aux commissaires, de décider quand le mandat a été convenablement rempli, et il incombe aux commissaires de s'organiser pour faire le meilleur travail possible dans les limites temporelles et budgétaires qui leur sont fixées. Autrement dit, le mot [TRADUCTION] «significatif» est défini d'après les fonds et les échéances que détermine le gouverneur en conseil. Ce ne sont pas les commissaires qui le définissent.

63 L'avocat du gouverneur en conseil a fait remarquer aussi que le paragraphe 31(4) de la *Loi d'interprétation* est la source du pouvoir de modification du mandat. En outre, le gouverneur en conseil a agi

taken in the national interest and that the decision to impose the final deadlines rather than restrict the mandate was made intentionally to avoid the appearance of interference with the Commission of Inquiry's independence and its right to select those issues on which it would report.

dans l'intérêt du pays, et la décision d'imposer les échéances finales plutôt que de restreindre le mandat a été prise à dessein afin d'éviter de donner l'impression d'une ingérence dans l'indépendance de la Commission d'enquête et du droit de cette dernière de choisir les questions sur lesquelles elle ferait rapport.

64 The Governor in Council also takes issue with the Commissioners' position that it is unable to report on its full mandate. Reference is made to the Chairman's letter of November 27, 1996, in which he says that:

64 Le gouverneur en conseil conteste aussi la position des commissaires selon laquelle ces derniers se trouvent dans l'impossibilité de faire rapport sur le mandat intégral. Il est fait référence, à cet égard, à la lettre du président datée du 27 novembre 1996, dans laquelle ce dernier déclare ce qui suit:

In all, the Commissioners have received in the neighbourhood of 150,000 documents totalling over 600,000 pages. What they have considered and admitted into evidence, in their judgment, constitutes the essential documentation necessary to address the core issues identified in nineteen (19) key paragraphs of the Order-in-Council establishing the Commission and setting out the Commissioners' terms of reference.

[TRADUCTION] Les commissaires ont reçu dans l'ensemble environ 150 000 documents totalisant plus de 600 000 pages. Ce qu'ils ont examiné et admis en preuve, selon leur jugement, constitue les documents essentiels qui sont nécessaires pour examiner les questions de base relevées dans dix-neuf (19) paragraphes clés du décret établissant la Commission et énonçant les attributions des commissaires.

The Chairman also noted that:

Le président signale aussi que:

Serious shortfalls in the document disclosure process including the destruction and alteration of Somalia-related documents created a need for additional hearings. Although time-consuming, these unanticipated hearings were of real value inasmuch as they addressed important questions bearing on the central issue of cover-up.

[TRADUCTION] De sérieuses lacunes dans la communication des documents, dont la destruction et l'altération de documents liés à la Somalie, ont obligé à tenir des audiences supplémentaires. Bien qu'elles aient pris un temps considérable, ces audiences imprévues ont été réellement utiles, dans la mesure où elles portaient sur des questions importantes qui avaient une incidence sur la question centrale du camouflage.

65 Counsel for the Governor in Council argued that, if there is documentation on all the designated issues and oral evidence has already been received about the cover-up issue, a meaningful report can reasonably be anticipated on all issues and, therefore, impossibility of performance has not been shown.

65 L'avocat du gouverneur en conseil a fait valoir que s'il existe des documents sur toutes les questions désignées et si des témoignages oraux ont déjà été obtenus au sujet de la question du camouflage, on peut raisonnablement s'attendre à recevoir un rapport significatif sur toutes les questions et que, de ce fait, il n'a pas été démontré qu'il est impossible d'exécuter le mandat.

66 In contrast to the applicant, the Governor in Council casts Order in Council P.C. 1997-174 in a positive light. He stresses that it was favourable in that it granted the Commission of Inquiry a three-month extension for the final report. The Governor in Council asks: how can granting an extension be an *ultra vires* act?

66 Contrairement au requérant, le gouverneur en conseil présente le décret C.P. 1997-174 sous un jour favorable, en ce sens que, souligne-t-il, ce dernier accordait à la Commission d'enquête une prolongation de trois mois pour présenter le rapport final. Le gouverneur en conseil pose la question suivante: comment le fait d'accorder une prolongation peut-il être un acte *ultra vires*?

67 Finally, with respect to scenario No. 3 in the Chairman's letter of November 27, 1996, the Governor in Council's position is that the requested final report date of December 31, 1997, was unacceptable because it meant that the report was another year away, and it was in the national interest to speed up its delivery so that the Governor in Council could proceed with the reform of the military with the benefit of the Commissioners' final report.

67 Enfin, en ce qui concerne le scénario n° 3 présenté dans la lettre du président datée du 27 novembre 1996, le gouverneur en conseil estime que la date demandée pour la présentation du rapport final, soit le 31 décembre 1997, était inacceptable parce qu'elle signifiait que le rapport était repoussé d'une année de plus, et qu'il était dans l'intérêt du pays d'en activer la production de manière à ce que le gouverneur en conseil puisse entreprendre de réformer l'armée en s'appuyant sur le rapport final des commissaires.

DISCUSSION AND CONCLUSIONS

ANALYSE ET CONCLUSIONS

68 In my view, by asking them to "inquire into and report", Order in Council P.C. 1995-442 imposed a duty on the Commissioners to report on all of the six topics and on all of the designated issues. Accordingly, I am unable to accept the Governor in Council's submission that the Commissioners had the discretion to report only on those issues they chose to deal with in the time available.

68 Selon moi, en demandant aux commissaires de «faire enquête et faire rapport», le décret C.P. 1995-442 obligeait ces derniers à faire rapport sur les six sujets ainsi que sur toutes les questions désignées. Il m'est donc impossible de souscrire à l'argument du gouverneur en conseil selon lequel il était loisible aux commissaires de faire rapport uniquement sur les questions qu'ils choisissaient d'examiner dans le délai imparti.

69 A mandate could have been written which would have provided such a discretion. It could have said, for example, "here are 19 issues of concern—please choose the four you consider to be the most important and investigate them and report" or "here are ten issues—please investigate as many as you can and report in six months". However, in this case, the mandate did not give the Commissioners such a choice. Given the horrific nature of the events which sparked the Commission of Inquiry, I am satisfied that the Governor in Council wanted an inquiry and a report on all of the six topics and all of the designated issues.

69 Il aurait été possible de rédiger un mandat qui prévoyait une telle latitude. Ce dernier aurait pu dire, par exemple, [TRADUCTION] «voici 19 questions préoccupantes—veuillez choisir les quatre que vous estimez être les plus importantes et faire enquête et rapport sur elles» ou bien [TRADUCTION] «voici dix questions—veuillez faire enquête sur le plus grand nombre possible d'entre elles, et présentez votre rapport dans six mois». Cependant, en l'espèce, le mandat ne donnait pas aux commissaires un tel choix. Vu la nature horrible des événements qui ont mené à la formation de la Commission d'enquête, je suis convaincue que le gouverneur en conseil voulait que l'on fasse enquête et rapport sur les six sujets ainsi que sur toutes les questions désignées.

70 I have also concluded that the initial reporting date of December 22, 1995, was unrealistic. There was no way that three Commissioners, even working as they did on a full-time basis, could take care of the start-up logistics, hold public hearings, obtain and review the necessary documents and write and publish a final report in both official languages on

70 J'ai également conclu que la date initiale de présentation du rapport, soit le 22 décembre 1995, était irréaliste. Jamais les trois commissaires, même en travaillant à plein temps comme ils l'ont fait, n'auraient pu s'occuper des aspects logistiques de la phase de départ, tenir des audiences publiques, obtenir et examiner les documents nécessaires et rédiger

the full mandate in nine months.

71 However, I am satisfied that December 22, 1995, was never intended to be a final reporting date. Rather, it was a target date and there was nothing unlawful about the Governor in Council imposing target dates. In this case, the existence of target dates ensured that the Commissioners planned their work in an efficient manner and made reasonable projections. The target dates encouraged this disciplined approach because they meant that, from time to time as the target deadlines approached, the Commissioners would have to justify their requests for extensions. The Commissioners made their requests in comprehensive letters which fully described the reasons for the extensions they sought. This was not, as I stated during the hearing, a commission of inquiry which was whirling out of control in the ether. The Commissioners are responsible and hard working individuals who organized their enormous workload in a professional manner.

72 However, there is no question that the Governor in Council became frustrated with the time the Commission of Inquiry was taking to investigate the matters in its mandate, and this situation raises the next issue. Does the Governor in Council or do the Commissioners decide when the investigation has been adequate?

73 The Governor in Council considered the Chairman's letter of November 27, 1996, and noted that the documents and some hearing evidence had addressed the issue of a cover-up. From my perspective, it is not clear whether the Chairman was talking about a cover-up as it related to document destruction and avoidance of access to information requests or the possible cover-up of the Arone murder by senior military officials or members of the Minister's staff. In any case, the Governor in Council concluded that the Commissioners had some evidence about a cover-up of some kind and could therefore reasonably be expected to report.

et publier un rapport final dans les deux langues officielles sur le mandat intégral, dans un délai de neuf mois.

Cependant, je suis persuadée que le 22 décembre 1995 n'a jamais censé être une date de présentation d'un rapport final. Il s'agissait plutôt d'une échéance, et il n'y avait rien d'illicite à ce que le gouverneur en conseil impose des échéances. En l'espèce, l'existence d'échéances garantissait que les commissaires planifient leur travail de manière efficace et fassent des projections raisonnables. Les échéances favorisaient cette démarche disciplinée parce qu'elles signifiaient que, de temps à autre, à mesure que s'approchaient les délais fixés, les commissaires auraient à justifier leurs demandes de prolongation. Les commissaires ont présenté leurs demandes dans des lettres exhaustives qui décrivaient entièrement les raisons pour lesquelles ils demandaient les prolongations en question. Il ne s'agissait pas, comme je l'ai déclaré à l'audience, d'une commission d'enquête qui s'éparpillait dans tous les sens. Les commissaires sont des gens raisonnables et travailleurs, qui ont organisé leur charge de travail énorme de manière professionnelle.

Toutefois, il ne fait aucun doute que le gouverneur en conseil est devenu exaspéré par le temps que prenait la Commission pour faire enquête sur les questions énoncées dans son mandat, et cet état de choses soulève la question suivante. Qui décide quand l'enquête est suffisante: le gouverneur en conseil ou les commissaires?

Le gouverneur en conseil a examiné la lettre du président datée du 27 novembre 1996, et a fait remarquer que les documents et certaines preuves données à l'audience avaient réglé la question d'un camouflage possible. Selon moi, il n'est pas clair si le président, en parlant de camouflage, faisait référence à la destruction de documents et à l'évitement de demandes d'accès à l'information, ou au camouflage possible de l'assassinat d'Arone par des hauts gradés ou des membres du personnel du ministre. Quoi qu'il en soit, le gouverneur en conseil a conclu que les commissaires disposaient de quelques éléments de preuve au sujet d'un camouflage et que

74 The Commissioners, on the other hand, have clearly stated that, without public hearings and the oral testimony of those involved, including Blair, the applicant and the Minister, they do not consider that they have adequately investigated a possible cover-up of the Arone murder.

75 In the *Westray Mine Tragedy* case, as noted on page 407 *supra*, the Supreme Court of Canada said that “[o]ne of the primary functions of public inquiries is fact-finding.” This being so, it is entirely reasonable for the Commissioners to believe that they must hear from those directly involved before making factual findings about a possible cover-up of the Arone murder. Where they are directed to inquire and report, the report must be meaningful. It cannot be a nil report or simply a list of unanswered questions as the Governor in Council suggested.

76 The Governor in Council takes the view that it is entitled to treat the Commission of Inquiry like a government department which can be created, directed and disbanded as the Governor in Council sees fit. There is no question that the Governor in Council can create a commission of inquiry, establish the mandate and appoint the commissioners. It can also set reasonable target dates and terminate a commission of inquiry in a lawful manner. However, in my view, at a minimum, a commission of inquiry is independent when its decisions relate to the manner in which it will carry out its mandate. I am also satisfied that this independence must mean that it is for the commissioners, in a situation such as this where they are compelled to investigate and report, to decide when they have heard or otherwise received sufficient evidence to enable them to make the findings of fact necessary to support conclusions in their report. In my view, the Governor in Council is not entitled to decide when the commissioners have received sufficient evidence.

l’on pouvait donc s’attendre raisonnablement à ce qu’ils produisent un rapport.

Les commissaires, en revanche, ont clairement 74 indiqué qu’ils estiment que, sans audiences publiques et sans le témoignage des personnes en cause, dont le capitaine Blair, le requérant et la ministre, ils n’ont pas convenablement enquêté sur le camouflage possible de l’assassinat d’Arone.

Dans l’arrêt *Tragédie de la mine Westray*, ainsi 75 qu’il est noté précédemment à la page 407, la Cour suprême du Canada a déclaré que «[l]’une des principales fonctions des commissions d’enquête est d’établir les faits». Cela étant le cas, il est tout à fait raisonnable que les commissaires croient qu’ils doivent entendre les personnes directement en cause avant de tirer des conclusions de fait au sujet d’un éventuel camouflage de l’assassinat d’Arone. En ce qui concerne les questions sur lesquelles ils ont reçu instruction de faire enquête et rapport, le rapport doit être significatif. Il ne peut s’agir d’un rapport «néant» ou simplement d’une liste de questions sans réponses comme l’a laissé entendre le gouverneur en conseil.

Le gouverneur en conseil est d’avis qu’il a le droit 76 de traiter la Commission d’enquête comme un service gouvernemental qui peut être créé, dirigé et démantelé selon son bon vouloir. Il ne fait aucun doute que ce dernier peut créer une commission d’enquête, fixer le mandat et désigner les commissaires. Il peut aussi fixer des échéances raisonnables et mettre fin à une commission d’enquête de manière légitime. Cependant, à mon avis, à tout le moins, une commission d’enquête est indépendante lorsque ses décisions se rapportent à la façon dont elle exécutera son mandat. Je suis convaincue aussi que cette indépendance doit signifier qu’il appartient aux commissaires, dans une situation comme celle-ci où ils se trouvent dans l’obligation de faire enquête et rapport, de décider quand ils ont entendu ou par ailleurs obtenu suffisamment de preuves pour leur permettre de tirer les conclusions de fait nécessaires à l’appui des conclusions qu’ils formuleront dans leur rapport. À mon avis, le gouverneur en conseil n’a pas le droit de décider quand les commissaires ont obtenu suffisamment de preuves.

- 77 This conclusion leads inexorably to a decision on the issue of impossibility. If the Commissioners must report on all issues, and if they are entitled to decide when they have sufficient evidence, then it follows that, if they are left with a full mandate, it is impossible for them to fulfill their duty to provide a full report and respect the final deadlines. Further, this impossibility was known to the Governor in Council when it imposed the final deadlines, which were six months earlier than the Commissioners indicated they needed to complete their work under scenario No. 3.
- Cette conclusion mène inexorablement à une décision au sujet de la question de l'impossibilité. Si les commissaires doivent faire rapport sur toutes les questions, et s'ils ont le droit de décider quand ils disposent de preuves suffisantes, il s'ensuit donc que s'ils ont à s'acquitter d'un mandat intégral, il leur est impossible de remplir leur obligation de présenter un rapport complet et de respecter les échéances finales. En outre, le gouverneur en conseil était au courant de cette impossibilité lorsqu'il a imposé les échéances finales, qui précédaient de six mois l'échéance dont les commissaires ont indiqué qu'ils avaient besoin pour terminer leur travail selon le scénario n° 3.
- 78 As far as I am aware, this case is without precedent in the sense that there has never been a situation where a commission of inquiry—faced with a duty to report on its full mandate—has been put in a position where it cannot report as required by the Governor in Council's imposition of reporting deadlines.
- En ce qui me concerne, cette cause est sans précédent, en ce sens qu'il n'y a jamais eu de situation où une commission d'enquête—contrainte de faire rapport sur son mandat intégral—ait été mise dans une situation où elle ne peut présenter un rapport si elle se conforme aux échéances imposées par le gouverneur en conseil.
- 79 As noted above, the Ontario Law Reform Commission, when it talked about the independence of public inquiries and the use of reporting dates, observed that nothing could undermine the value of a public inquiry more than the spectre of a government curtailing the activities of a commission.
- Comme il est indiqué précédemment, la Commission de réforme du droit de l'Ontario, en parlant de l'indépendance des enquêtes publiques et de l'application de dates de présentation de rapport, a fait remarquer que rien ne pourrait miner davantage la valeur d'une enquête publique que le spectre d'un gouvernement qui restreint les activités d'une commission.
- 80 However, as the law presently stands, the Governor in Council does have the power to curtail the mandate. Subsection 31(4) of the *Interpretation Act*, as noted at page 409 *supra*, provides that commissions, such as the one in this case, may be amended or varied "in the same manner" as that in which they are created. In Order in Council P.C. 1995-442, the mandate was established by a detailed listing of the six topics and the designated issues. To curtail the mandate in a lawful fashion that meets the requirements of the *Interpretation Act*, the Governor in Council must specifically list those items in the mandate which are to be considered deleted. This means that if the Governor in Council wants to curtail the mandate, it must do so in clear and speci-
- Toutefois, dans l'état actuel du droit, le gouverneur en conseil a effectivement le pouvoir de restreindre le mandat. Le paragraphe 31(4) de la *Loi d'interprétation*, ainsi qu'il est indiqué précédemment, à la page 409, dispose que les commissions, comme celle dont il est question en l'espèce, peuvent être modifiées ou remplacées dans des conditions d'exercice «restant les mêmes» que celles dans lesquelles elles ont été créées. Dans le décret C.P. 1995-442, le mandat a été établi au moyen d'une liste détaillée des six sujets et des questions désignées. Pour restreindre le mandat d'une manière légitime qui satisfasse aux exigences de la *Loi d'interprétation*, le gouverneur en conseil doit expressément énumérer les questions du mandat qu'il faut

fic terms.

81 To conclude, there are three reasons why Order in Council P.C. 1997-174, which imposed the final deadlines, is *ultra vires*:

1) It does not comply with subsection 31(4) of the *Interpretation Act* which requires an order in council which reduces the mandate in clear terms.

2) It breaches the rule of law by requiring the impossible of the Commissioners and by placing them in a position where they cannot obey the law.

3) It breaches the rule of law by not respecting the Commissioners' independence. They are entitled to determine how to investigate their mandate and when their investigation is sufficient to support findings in their report.

82 Finally, I could find no justification for an order of *mandamus* against the Commission of Inquiry. I am satisfied that it cannot complete its full mandate, but it is clear that this difficulty is not due to an unlawful act on its part.

considérer comme retranchées. Cela veut dire que si le gouverneur en conseil désire restreindre le mandat, il doit le faire en termes clairs et précis.

En conclusion, il y a trois raisons pour lesquelles le décret C.P. 1997-174, qui imposait les échéances finales, est *ultra vires*: 81

1) Il n'est pas conforme au paragraphe 31(4) de la *Loi d'interprétation*, qui exige qu'un décret qui restreint le mandat soit énoncé en termes clairs.

2) Il enfreint les principes de droit en exigeant l'impossible des commissaires et en les mettant dans une situation où ils ne peuvent se conformer à la loi.

3) Il enfreint les principes de droit en ne respectant pas l'indépendance dont jouissent les commissaires. Ces derniers ont le droit de déterminer comment faire enquête sur les éléments énoncés dans leur mandat et quand leur enquête est suffisante pour étayer les conclusions qu'ils exposeront dans leur rapport.

Enfin, je n'ai pu trouver aucune justification à une ordonnance de *mandamus* à l'encontre de la Commission d'enquête. Je suis convaincue que cette dernière ne peut s'acquitter de son mandat entier, mais il est manifeste que cette difficulté n'est pas attribuable à un acte illicite de sa part. 82

¹ 29 *C.E.D. (West. 3rd)*, title 122, 1987.

² Law Reform Commission of Canada, Working Paper 17, *Administrative Law: Commissions of Inquiry: A New Act* (1977).

³ *Canada (Attorney General) v. Canada (Commissioner of the Inquiry on the Blood System)*, [1997] 2 F.C. 36 (C.A.), at pp. 56-57.

¹ 29 *C.E.D. (West. 3rd.)*, Title 122, 1987.

² Commission de réforme du droit du Canada, Document de travail 17, *Droit administratif: Les commissions d'enquête: une nouvelle loi* (1977).

³ *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire de l'enquête sur l'approvisionnement en sang)*, [1997] 2 C.F. 36 (C.A.), aux p. 56-57.

T-2022-93

T-2022-93

Angelo Del Zotto and Herbert B. Noble (*Plaintiffs*)Angelo Del Zotto et Herbert B. Noble
(*demandeurs*)

v.

c.

Her Majesty the Queen in right of Canada, the
Minister of National Revenue, John Edward
Thompson and D. Reilly Watson (*Defendants*)Sa Majesté la Reine du chef du Canada, le minis-
tre du Revenu national, John Edward Thompson
et D. Reilly Watson (*défendeurs*)

INDEXED AS: DEL ZOTTO v. CANADA (T.D.)

RÉPERTORIÉ: DEL ZOTTO c. CANADA (1^{re} INST.)Trial Division, Rothstein J.—Toronto, September 3,
1996; Ottawa, January 24, 1997.Section de première instance, juge Rothstein—
Toronto, 3 septembre 1996; Ottawa, 24 janvier 1997.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Del Zotto suspected of tax evasion — Inquiry convened under Income Tax Act, s. 231.4 into his financial affairs — Del Zotto entitled to attend, representation by counsel — Noble subpoenaed to attend, give evidence, produce documents — Del Zotto not subpoenaed — Inquiry adjourned before any witness giving evidence — Neither s. 231.4 nor inquiry contravening Charter, s. 7 — Principles of fundamental justice under s. 7 encompassing protection against self-incrimination in some circumstances, related principles i.e. Crown must establish case before accused required to respond, right to silence, right to claim exception under s. 7 where Crown engaging in fundamentally unfair conduct — S. 7 not applicable as Del Zotto not subpoenaed, not conscripted against self; Noble not facing criminal charges, not compelled to testify as to own affairs — Right not to speak to police not recognized principle of fundamental justice under s. 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Del Zotto soupçonné d'évasion fiscale — Enquête ouverte sur ses affaires financières en application de l'art. 231.4 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Del Zotto avait le droit d'être présent et de se faire assister d'avocat — Noble a été assigné à comparaître, à témoigner et à produire des documents — Del Zotto n'a pas été assigné — Enquête ajournée avant qu'aucun témoin fût entendu — Ni l'art. 231.4 ni l'enquête ne va à l'encontre de l'art. 7 de la Charte — Les principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 embrassent la protection contre l'auto-incrimination dans certains cas, ainsi que les principes connexes tels que la charge incombant au ministère public d'administrer ses preuves avant que l'accusé ait à y répondre, le droit de garder le silence, l'exception à la contraignabilité, fondée sur l'art. 7, en cas de conduite fondamentalement inique du ministère public — L'art. 7 n'est pas applicable puisque Del Zotto n'a été ni assigné, ni forcé à témoigner contre lui-même; et que Noble n'est ni inculpé ni forcé à témoigner sur ses propres affaires — Le droit de ne pas parler à la police ne représente pas un principe reconnu de justice fondamentale au sens de l'art. 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Del Zotto suspected of tax evasion — Inquiry convened under Income Tax Act, s. 231.4 into his financial affairs — Entitled to attend, representation by counsel — Noble subpoenaed to attend, give evidence, produce documents — Del Zotto not subpoenaed — Inquiry adjourned before any witness giving evidence — Neither s. 231.4 nor inquiry contravening Charter, s. 8 — Hunter et al. v. Southam Inc. standards to determine reasonableness of search, seizure not applicable — Categorization of context of search, seizure but one factor to be considered — All circumstances fully weighed — Determination of intrusiveness of search, seizure based on scale of interests ranging from bodily integrity to requests for production of documents — Tax inquiry lesser form of intrusion than search of private premises — Expectation of privacy

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Del Zotto soupçonné d'évasion fiscale — Enquête ouverte sur ses affaires financières en application de l'art. 231.4 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Del Zotto avait le droit d'être présent et de se faire assister d'avocat — Noble a été assigné à comparaître, à témoigner et à produire des documents — Del Zotto n'a pas été assigné — Enquête ajournée avant qu'aucun témoin fût entendu — Ni l'art. 231.4 ni l'enquête ne va à l'encontre de l'art. 8 de la Charte — Non-applicabilité des normes dégagées par la jurisprudence Hunter et autres c. Southam Inc. pour juger du caractère raisonnable des fouilles, perquisitions ou saisies — La distinction entre catégories de fouilles, perquisitions et saisies n'est qu'un des facteurs à prendre en considération — Mise dans la balance de toutes les circonstances de la cause —

pertaining to business affairs relatively low compared to matters of intimate, personal nature — Determination of reasonable expectation of privacy not dependent on personal preference.

Income tax — Enforcement — Inquiries — Del Zotto suspected of tax evasion — Inquiry convened under Act, s. 231.4 into his financial affairs from 1979 to 1985 — Entitled to attend, representation by counsel — Noble subpoenaed to attend, give evidence, produce documents — Del Zotto not subpoenaed — Inquiry adjourned before any witness giving evidence — Neither s. 231.4 nor inquiry contravening Charter, ss. 7, 8 — Principles of fundamental justice encompassed by s. 7 canvassed — S. 7 not applicable as no self-incrimination, Del Zotto not being subpoenaed to give evidence, Noble not charged, not giving evidence against self — As to reasonableness of search, seizure, Hunter et al. v. Southam Inc. standards not applicable — Intrusiveness of search depending on scale of interests ranging from bodily integrity to requests for production of documents — Tax inquiry lesser form of intrusion than search of private premises.

This was a constitutional challenge to *Income Tax Act*, section 231.4. Plaintiff, Del Zotto, was suspected of tax evasion and in 1992 an inquiry was convened under section 231.4 into his financial affairs for the taxation years 1979 to 1985. Del Zotto was notified that he was entitled to be present and to be represented by counsel. Plaintiff, Noble, was served a subpoena to attend, give evidence and produce documents at the inquiry. Del Zotto was not subpoenaed to attend or give evidence. The inquiry was adjourned before any witness gave evidence and eventually stayed by the Federal Court of Appeal.

The plaintiffs argued that section 231.4 and the inquiry contravened Charter, sections 7 and 8. Charter, section 7 guarantees the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice. Section 8 guarantees the right to be secure against unreasonable search and seizure. Section 231.4 permits the Minister to authorize any person to make such inquiry as he may deem necessary with reference to anything relat-

Le caractère envahissant des fouilles, perquisitions et saisies se mesure selon une échelle allant de l'atteinte à l'intégrité physique à l'obligation de produire des documents — Une enquête en matière fiscale est une atteinte moins grave que la perquisition domiciliaire — L'attente en matière de protection de la vie privée concernant les activités professionnelles se situe à un niveau relativement inférieur par rapport aux questions de nature personnelle ou intime — Le jugement sur l'attente raisonnable en matière de droit à la vie privée ne dépend pas des préférences de l'individu.

Impôt sur le revenu — Exécution — Enquêtes — Del Zotto soupçonné d'évasion fiscale — Enquête ouverte sur ses affaires financières de 1979 à 1985 en application de l'art. 231.4 de la Loi — Del Zotto avait le droit d'être présent et de se faire assister d'avocat — Noble a été assigné à comparaître, à témoigner et à produire des documents — Del Zotto n'a pas été assigné — Enquête ajournée avant qu'aucun témoin fût entendu — Ni l'art. 231.4 ni l'enquête ne va à l'encontre de l'art. 7 ou de l'art. 8 de la Charte — Recension des principes de justice fondamentale couverts par l'art. 7 — L'art. 7 n'a pas application puisqu'il n'y a pas auto-incrimination, que Del Zotto n'a pas été assigné à témoigner, que Noble n'est inculpé ni forcé à témoigner sur ses propres affaires — Non-applicabilité des normes dégagées par la jurisprudence Hunter et autres c. Southam Inc. pour juger du caractère raisonnable des fouilles, perquisitions ou saisies — Le caractère envahissant des fouilles, perquisitions et saisies se mesure selon une échelle allant de l'atteinte à l'intégrité physique à l'obligation de produire des documents — Une enquête en matière fiscale est une atteinte moins grave que la perquisition domiciliaire.

Contestation de la constitutionnalité de l'article 231.4 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le demandeur Angelo Del Zotto fut soupçonné d'évasion fiscale, ce qui a conduit à l'ouverture, en application de l'article 231.4, d'une enquête en 1992 sur ses affaires financières pour les années d'imposition 1979 à 1985. Del Zotto a été informé qu'il avait le droit d'être présent et de se faire assister d'avocat. Le demandeur Noble a reçu une assignation à comparaître pour témoigner et produire des documents à l'enquête. Del Zotto n'a été assigné ni à comparaître ni à témoigner. L'enquête a été ajournée avant qu'aucun témoin fût entendu, et subséquemment suspendue par la Cour d'appel fédérale.

Les demandeurs soutiennent que l'article 231.4 et l'enquête vont à l'encontre des articles 7 et 8 de la Charte. L'article 7 garantit à chacun le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, droit auquel il ne peut être porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. L'article 8 protège contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. L'article 231.4 habilite le ministre à autoriser toute personne à faire toute enquête qu'elle estime nécessaire sur quoi que ce soit qui

ing to the administration or enforcement of the Act. A hearing officer appointed to conduct an inquiry has all the powers conferred on a commissioner by *Inquiries Act*, sections 4 and 5. With respect to section 7, the plaintiffs relied on the right against self-incrimination, the "case to meet" principle, the right to silence, the principle of fundamental unfairness, and the argument that the hearing officer in a section 231.4 inquiry is analogous to a police officer armed with subpoena powers which in the course of a criminal investigation is said to be constitutionally impermissible.

The issues were whether either section 231.4 or the inquiry infringed Charter, sections 7 or 8.

Held, the action should be dismissed. Neither section 231.4 nor the inquiry convened herein breached Charter, section 7 or 8.

(1) Section 7 did not apply.

(i) Charter, section 7 has been found in some circumstances to afford protection against self-incrimination although it does not expressly provide for the right against self-incrimination. Individuals facing possible criminal or quasi-criminal charges are not compellable if the predominant purpose for seeking their evidence is to make a case for convicting them in their own proceedings. The section 7 protection against self-incrimination is not engaged if the predominant purpose of an inquiry is the administration and enforcement of its authorizing Act. As Del Zotto had not been subpoenaed to appear and testify at the inquiry, the right against self-incrimination was not directly engaged. With respect to the testimony of Noble, the principle of self-incrimination protects individuals against being conscripted against themselves, not against incrimination by another witness. That Noble was compelled to testify as to the affairs of Del Zotto did not engage section 7 with respect to self-incrimination.

(ii) The "case to meet" principle did not provide the plaintiffs with a foundation on which to claim the protection of section 7. The "case to meet" principle is that the Crown must establish a "case to meet" before there can be any expectation that the accused should respond. It too is strongly connected with the broad concern against self-incrimination. An accused should not be forced into assisting in his or her own prosecution. An essential link was missing in the submission that section 231.4 and the inquiry infringed the "case to meet" principle on grounds that an inquiry under section 231.4 constituted a discovery against an individual in a criminal context. On the facts, there was no individual being conscripted against himself.

se rapporte à l'application et l'exécution de la Loi. La personne désignée pour présider cette enquête jouit des mêmes pouvoirs que ceux qu'un commissaire tient des articles 4 et 5 de la *Loi sur les enquêtes*. Les moyens que les demandeurs tirent de l'article 7 sont la protection contre l'auto-incrimination, le principe de la charge de la preuve incombant à la poursuite, le droit de garder le silence, la doctrine de l'iniquité fondamentale, et l'argument que le président de l'enquête prévue à l'article 231.4 s'apparente à l'agent de police investi de pouvoirs d'assignation, c'est-à-dire à quelque chose qui est constitutionnellement inadmissible dans le cours d'une enquête criminelle.

Il échet d'examiner si l'article 231.4 ou l'enquête va à l'encontre soit de l'article 7 soit de l'article 8 de la Charte.

Jugement: l'action doit être rejetée. Ni l'article 231.4 ni l'enquête ne va à l'encontre de l'article 7 ou de l'article 8 de la Charte.

(1) L'article 7 n'a pas application en l'espèce.

(i) Il a été jugé dans certains cas que l'article 7 de la Charte protège contre l'auto-incrimination, bien que cette protection n'y soit pas expressément prévue. Les individus qui risquent d'être inculpés d'une infraction criminelle ou quasi criminelle ne sont pas contraignables si le fait de les forcer à témoigner a pour objet prédominant d'obtenir des éléments de preuve qui les incrimineraient dans leur propre procès. La protection assurée par l'article 7 contre l'auto-incrimination n'entre pas en jeu si l'enquête a pour but prédominant l'administration et l'application de la loi d'habilitation. Puisque Del Zotto n'a pas été assigné à témoigner à l'enquête, le droit à la protection contre l'auto-incrimination n'est pas directement en jeu. Pour ce qui est du témoignage de Noble, le principe de la protection contre l'auto-incrimination protège l'individu de l'obligation de témoigner contre lui-même, mais non de l'incrimination par un autre témoin. Que Noble soit contraint à témoigner sur les affaires de Del Zotto ne met pas en jeu la protection assurée par l'article 7 contre l'auto-incrimination.

(ii) Le principe de la charge de la preuve de la poursuite n'assure pas aux demandeurs un moyen pour se réclamer de la protection de l'article 7. Ce principe pose que le ministère public doit administrer ses preuves avant que l'accusé ait à y répondre. Il est étroitement lié à la règle générale de la protection contre l'auto-incrimination. L'accusé ne peut être forcé à prêter son concours aux poursuites intentées contre lui-même. Il manque un chaînon essentiel dans l'argument des demandeurs que l'article 231.4 et l'enquête ouverte contre Del Zotto vont à l'encontre du principe de la charge de la preuve de la poursuite, par ce motif que l'enquête prévue à l'article 231.4 constitue un interrogatoire préalable dirigé contre un

The “case to meet” principle does not protect an individual against revealing the defence strategy of an accused or another individual facing the prospect of criminal charges. There was no evidence indicating that Noble was facing the possibility of charges under *Income Tax Act*, section 239. If any “defence” was at risk of being revealed it pertained to Del Zotto. Given that Noble was argued to be at risk of disclosing a defence that was not his own, there was no link to self-incrimination.

(iii) The principle of the right to remain silent did not arise. The right to silence has been adopted as a principle of fundamental justice under section 7. It protects an individual from being required to answer the police when under criminal investigation, and bears a close relation to the principle of self-incrimination, in so far as it protects an individual under investigation from self-incrimination. The trigger of the right to silence is founded on an adversarial relation between the state and an individual in which the individual is put at risk of incriminating himself. The concern underlying the right to silence is specific to the circumstances of the individual who is “pitted against” the prosecution. Although Del Zotto is under investigation, he has not been summoned to give testimony or produce documents at the inquiry, and has not been asked any questions at the inquiry. He was thus not “pitted against” the authorities. There was no effort on the part of the state to conscript Del Zotto against himself.

(iv) The plaintiffs were not availed of the protection of section 7 on the grounds of fundamental unfairness. A witness may be entitled to claim an exception under section 7 from the principle that the state was entitled to every person’s evidence if it is established that the Crown was engaging in fundamentally unfair conduct. Fundamentally unfair conduct will occur when the Crown is seeking, as its predominant purpose, rather than incidentally, to build or advance its case against that witness instead of acting in furtherance of those pressing and substantial purposes validly within the jurisdiction of the body compelling the testimony. But the test of fundamental unfairness is also strongly connected with the principle of self-incrimination. Since Del Zotto has not been subpoenaed and Noble is being compelled to testify as to Del Zotto’s affairs and not his own, the grounds of fundamental unfairness could not be invoked.

(v) The plaintiffs provided no support for the proposition that the right not to speak was a right afforded by section 7 of the Charter. Based on the common law right not to speak to the police, the plaintiffs argued that it was

individu dans une poursuite pénale. Si on considère les faits de la cause, personne n’est requis en l’espèce de témoigner contre soi-même. Le principe de la charge de la preuve de la poursuite ne protège personne contre l’obligation de révéler les moyens de défense d’un accusé ou d’un autre individu qui risque une inculpation. Or rien n’indique que Noble risque d’être inculpé sous le régime de l’article 239 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Si un «moyen de défense» quelconque risque d’être révélé, il s’agit indiscutablement d’un moyen de défense de Del Zotto. Étant donné que selon les demandeurs, Noble risque de dévoiler un moyen de défense qui n’est pas le sien propre, son obligation n’a rien à voir avec l’auto-incrimination.

(iii) Le droit de garder le silence n’est pas en jeu. Ce droit a été reconnu à titre de principe de justice fondamentale au sens de l’article 7 de la Charte. Il protège l’individu de l’obligation de répondre aux questions de la police dans une enquête criminelle, et est étroitement lié au principe de la protection contre l’auto-incrimination dans la mesure où il protège l’individu faisant l’objet d’une enquête de l’obligation d’administrer des preuves contre lui-même. Le droit de garder le silence entre en jeu quand l’État et l’individu se trouvent face à face dans une situation antagonique, dans laquelle ce dernier risque de s’incriminer lui-même. La préoccupation qui le sous-tend participe spécifiquement des circonstances de l’individu qui est «confronté» à la poursuite. Bien que Del Zotto ait été l’objet d’investigations, il n’a pas été assigné à témoigner ou à produire des documents à l’enquête, et ne s’y est vu poser aucune question. Il n’est donc pas «confronté» aux autorités. Il n’y a eu aucune tentative de la part de l’État pour amener Del Zotto à se compromettre lui-même.

(iv) Les demandeurs ne peuvent invoquer la protection de l’article 7 contre l’iniquité fondamentale. Un témoin peut invoquer l’article 7 pour opposer une exception à la règle de contraignabilité s’il est établi que le ministère public a des agissements fondamentalement iniques. Il y a agissements fondamentalement iniques lorsque le ministère public cherche principalement, plutôt qu’accessoirement, à réunir ou à administrer les preuves contre le témoin au lieu de poursuivre les objectifs pressants et réels qui relèvent valablement de la compétence de l’organisme qui contraint à témoigner. Mais le critère de l’iniquité fondamentale est aussi étroitement lié au principe de la protection contre l’auto-incrimination. Puisque Del Zotto n’a pas été assigné à témoigner, et que Noble est contraint à témoigner sur les affaires de ce dernier, et non sur les siennes propres, les demandeurs ne peuvent invoquer la protection de l’article 7 contre l’iniquité fondamentale.

(v) Les demandeurs n’ont rien produit à l’appui de l’argument que le droit de ne pas parler à la police est un droit garanti par l’article 7 de la Charte. S’appuyant sur ce droit reconnu en common law, ils soutiennent qu’il est

unconstitutional for a hearing officer conducting a section 231.4 inquiry to compel innocent third parties to testify against a taxpayer who is undergoing the equivalent of a criminal investigation. Although the right not to speak to the police has been adopted in Canada at common law, it has not been recognized as a principle of fundamental justice for the purposes of section 7. Iacobucci J.'s observation in *R. v. S. (R.J.)* that the police cannot have subpoena power was rooted in a concern based on the principle of self-incrimination rather than a general right not to speak to the police. Del Zotto was not subpoenaed. The plaintiffs had no ground on which to invoke section 7 in respect of the observation that the police did not have subpoena powers.

(2) Neither section 231.4 nor the inquiry was unconstitutional under section 8. In *Hunter et al. v. Southam Inc.*, the Supreme Court of Canada articulated standards under which a search and seizure may be established as reasonable. The issue was whether the *Hunter* standards applied. The Supreme Court has held that it was consistent with a flexible and purposive approach to section 8 to draw a distinction between seizures in the criminal or quasi-criminal context to which the full rigours of the *Hunter* criteria will apply, and seizures in the administrative or regulatory context to which a lesser standard may apply. A determination of the applicability of the *Hunter* standards is not based solely on the categorization of the context of the search and seizure as "criminal" or "regulatory", although that is a factor to be considered. A full weighing of all the circumstances is required. The determination as to intrusiveness of a search and seizure takes place on a scale of interests, ranging from bodily integrity to requests for the production of documents. The greater the intrusion into the privacy interests of an individual, the more likely that safeguards against unreasonable search and seizure will be required. A tax inquiry is a lesser form of intrusion than a search of private premises. Also the expectation of privacy pertains to business affairs, which is relatively low in comparison with matters of a personal or intimate nature or an expectation of privacy based on personal integrity and dignity which provides the core of the need to protect individuals from unreasonable searches and seizures. The inquiry would not require application of the *Hunter* standards. Inquiries under which individuals are required to give evidence under oath and to produce documents do not have a degree of intrusiveness which require the application of the *Hunter* standards. The determination as to a reasonable expectation of privacy and when the *Hunter* standards apply is not dependent on what an individual prefers.

inconstitutionnel pour le président de l'enquête prévue à l'article 231.4 de contraindre des tiers innocents à témoigner contre un contribuable soumis à ce qui est équivalent à une enquête criminelle. Si le droit de ne pas parler à la police a été adopté au Canada en common law, il n'a pas été reconnu à titre de principe de justice fondamentale au sens de l'article 7. L'observation faite par le juge Iacobucci dans *R. c. S. (R.J.)* au sujet du déni des pouvoirs d'assignation à la police participe d'une appréhension découlant du principe de la protection contre l'auto-incrimination, et non d'un droit général de ne pas parler à la police. Del Zotto n'a pas été assigné. Les demandeurs ne sont pas fondés à invoquer l'article 7 en s'appuyant sur cette observation que la police n'a pas pouvoir d'assignation.

(2) Ni l'article 231.4 ni l'enquête n'est inconstitutionnel au regard de l'article 8 de la Charte. Dans *Hunter et autres c. Southam Inc.*, la Cour suprême du Canada a défini les normes au regard desquelles des fouilles, perquisitions et saisies peuvent être considérées comme raisonnables. Il échet d'examiner si les normes *Hunter* s'appliquent en l'espèce. La Cour suprême a jugé qu'il est conforme à une interprétation souple et téléologique de l'article 8 de distinguer entre, d'une part, les saisies en matière criminelle ou quasi criminelle auxquelles s'appliquent dans toute leur rigueur les critères *Hunter* et, d'autre part, les saisies en matière administrative et de réglementation, auxquelles peuvent s'appliquer des normes moins strictes. Pour juger si les critères *Hunter* s'appliquent ou non, il ne suffit pas d'examiner si la fouille ou perquisition et la saisie ont eu lieu dans un contexte «pénal» ou «réglementaire», bien qu'il s'agisse là d'un facteur à prendre en considération. Il faut mettre dans la balance toutes les circonstances de la cause. Le degré d'ingérence de la fouille, de la perquisition ou de la saisie se mesure selon l'échelle des droits en jeu, allant de l'atteinte à l'intégrité physique qui est la plus grave, à la forme la plus bénigne, c'est-à-dire la production de documents. Plus grande est l'atteinte au droit à la vie privée de l'individu, plus il est probable que les garanties contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives seront nécessaires. Une enquête en matière fiscale est une atteinte moins grave que la perquisition domiciliaire. Par ailleurs, l'attente des demandeurs en matière de protection de la vie privée concerne leurs activités professionnelles, qui se situent à un niveau relativement inférieur par rapport aux questions de nature personnelle ou intime ou au droit à l'intégrité et à la dignité personnelles, qui est au cœur de la nécessité de protéger les individus contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. L'enquête ne justifie pas l'application des normes *Hunter*. Les enquêtes où les gens doivent témoigner sous serment et produire des documents ne sont pas envahissantes au point de les mettre en jeu. Le jugement sur l'attente raisonnable en matière de droit à la vie privée et sur les conditions d'application des normes *Hunter* ne dépend pas des préférences de l'individu.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 8, 13.

Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 10(1).

Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148 (as am. by S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 1), ss. 163(2) (as am. by S.C. 1978-79, c. 5, s. 7; 1980-81-82-83, c. 48, s. 90; 1984, c. 1, s. 87), 231.3 (as enacted by S.C. 1986, c. 6, s. 121), 231.4 (as enacted *idem*), 239(1)(a), (d), (f) (as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 182), (g).

Inquiries Act, R.S.C., 1985, c. I-11, ss. 4, 5.

Securities Act, S.B.C. 1985, c. 83, s. 128(1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission), [1990] 1 S.C.R. 425; (1990), 65 D.L.R. (4th) 161; 54 C.C.C. (3d) 417; 29 C.P.R. (3d) 97; 76 C.R. (3d) 129; 47 C.R.R. 1; 106 N.R. 161; 39 O.A.C. 161; *R. v. Beare*; *R. v. Higgins*, [1988] 2 S.C.R. 387; (1988), 55 D.L.R. (4th) 481; [1989] 1 W.W.R. 97; 71 Sask. R. 1; 45 C.C.C. (3d) 57; 66 C.R. (3d) 97; 36 C.R.R. 90; 88 N.R. 205; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; [1990] 5 W.W.R. 1; 47 B.C.L.R. (2d) 1; 57 C.C.C. (3d) 1; 77 C.R. (3d) 145; 49 C.R.R. 114; 110 N.R. 1; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; (1993), 99 D.L.R. (4th) 350; 78 C.C.C. (3d) 510; 18 C.R. (4th) 374; 13 C.R.R. (2d) 65; [1993] 1 C.T.C. 111; 93 DTC 5018; 146 N.R. 270.

DISTINGUISHED:

R. v. S. (R.J.), [1995] 1 S.C.R. 451; (1995), 121 D.L.R. (4th) 589; 177 N.R. 81; 78 O.A.C. 161; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; (1994), 113 D.L.R. (4th) 461; 89 C.C.C. (3d) 289; 29 C.R. (4th) 209; 21 C.R.R. (2d) 1; 165 N.R. 321; 70 O.A.C. 161; *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531; 63 C.R. (3d) 333; 37 C.R.R. 126; 25 O.A.C. 390 (Ont. C.A.); *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 8, 13.

Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148 (mod. par S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 1), art. 163(2) (mod. par S.C. 1978-79, ch. 5, art. 7; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 90; 1984, ch. 1, art. 87), 231.3 (édicte par S.C. 1986, ch. 6, art. 121), 231.4 (édicte, *idem*), 239(1)a), d), f) (mod. par L.C. 1988, ch. 55, art. 182), g).

Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 10(1).

Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), ch. I-11, art. 4, 5.

Securities Act, S.B.C. 1985, ch. 83, art. 128(1).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce), [1990] 1 R.C.S. 425; (1990), 65 D.L.R. (4th) 161; 54 C.C.C. (3d) 417; 29 C.P.R. (3d) 97; 76 C.R. (3d) 129; 47 C.R.R. 1; 106 N.R. 161; 39 O.A.C. 161; *R. c. Beare*; *R. c. Higgins*, [1988] 2 R.C.S. 387; (1988), 55 D.L.R. (4th) 481; [1989] 1 W.W.R. 97; 71 Sask. R. 1; 45 C.C.C. (3d) 57; 66 C.R. (3d) 97; 36 C.R.R. 90; 88 N.R. 205; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; [1990] 5 W.W.R. 1; 47 B.C.L.R. (2d) 1; 57 C.C.C. (3d) 1; 77 C.R. (3d) 145; 49 C.R.R. 114; 110 N.R. 1; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; (1993), 99 D.L.R. (4th) 350; 78 C.C.C. (3d) 510; 18 C.R. (4th) 374; 13 C.R.R. (2d) 65; [1993] 1 C.T.C. 111; 93 DTC 5018; 146 N.R. 270.

DISTINCTION FAITE AVEC:

R. c. S. (R.J.), [1995] 1 R.C.S. 451; (1995), 121 D.L.R. (4th) 589; 177 N.R. 81; 78 O.A.C. 161; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; (1994), 113 D.L.R. (4th) 461; 89 C.C.C. (3d) 289; 29 C.R. (4th) 209; 21 C.R.R. (2d) 1; 165 N.R. 321; 70 O.A.C. 161; *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531; 63 C.R. (3d) 333; 37 C.R.R. 126; 25 O.A.C. 390 (C.A. Ont.); *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241.

CONSIDERED:

R. v. B. (K.G.), [1993] 1 S.C.R. 740; (1993), 79 C.C.C. (3d) 257; 19 C.R. (4th) 1; 148 N.R. 241; 61 O.A.C. 1; *Rice v. Connolly*, [1966] 2 All E.R. 649 (Q.B.); *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; (1981), 121 D.L.R. (3d) 578; 59 C.C.C. (2d) 30; 20 C.R. (3d) 97; 35 N.R. 485; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; (1990), 68 D.L.R. (4th) 568; 55 C.C.C. (3d) 530; [1990] 2 C.T.C. 103; 76 C.R. (3d) 283; 47 C.R.R. 151; 90 DTC 6243; 106 N.R. 385; 39 O.A.C. 385; *Knox Contracting Ltd. v. Canada*, [1990] 2 S.C.R. 338; (1990), 106 N.B.R. (2d) 408; 73 D.L.R. (4th) 110; 265 A.P.R. 408; [1990] 2 C.T.C. 262; 58 C.C.C. (3d) 65; 90 DTC 6447; 110 N.R. 171.

REFERRED TO:

Del Zotto v. Canada, [1994] 2 F.C. 640; [1994] 1 C.T.C. 254; (1994), 94 DTC 6170; 71 F.T.R. 1 (T.D.); *Del Zotto v. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 46; (1993), 93 DTC 5271 (F.C.A.); *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; (1990), 59 C.C.C. (3d) 92; 79 C.R. (3d) 1; 113 N.R. 53; 41 O.A.C. 353; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; (1992), 94 D.L.R. (4th) 590; 75 C.C.C. (3d) 257; 15 C.R. (4th) 133; 139 N.R. 323; 55 O.A.C. 321; *Moore v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 195; (1978), 90 D.L.R. (3d) 112; [1978] 6 W.W.R. 462; 43 C.C.C. (2d) 83; 5 C.R. (3d) 289; 24 N.R. 181; *Dedman v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 2; (1985), 20 C.C.C. (3d) 97; 46 C.R. (3d) 193; 34 M.V.R. 1; 60 N.R. 34; *Baron v. Canada*, [1990] 2 F.C. 262; [1990] 1 C.T.C. 84; (1989), 90 DTC 6040; 30 F.T.R. 188 (T.D.).

AUTHORS CITED

Beaudoin, G.-A. and E. Ratushny, eds. *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.

ACTION for declaration that *Income Tax Act*, s. 231.4 and the inquiry convened thereunder into the financial affairs of plaintiff, Del Zotto, breached Charter, ss. 7 or 8. Action dismissed.

COUNSEL:

Edward L. Greenspan, Q.C. and *David W. Stratas* for plaintiff Angelo Del Zotto.
Alan D. Gold and *Tristram J. Mallett* for plaintiff Herbert B. Noble.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

R. c. B. (K.G.), [1993] 1 R.C.S. 740; (1993), 79 C.C.C. (3d) 257; 19 C.R. (4th) 1; 148 N.R. 241; 61 O.A.C. 1; *Rice v. Connolly*, [1966] 2 All E.R. 649 (Q.B.); *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; (1981), 121 D.L.R. (3d) 578; 59 C.C.C. (2d) 30; 20 C.R. (3d) 97; 35 N.R. 485; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; (1990), 68 D.L.R. (4th) 568; 55 C.C.C. (3d) 530; [1990] 2 C.T.C. 103; 76 C.R. (3d) 283; 47 C.R.R. 151; 90 DTC 6243; 106 N.R. 385; 39 O.A.C. 385; *Knox Contracting Ltd. c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338; (1990), 106 N.B.R. (2d) 408; 73 D.L.R. (4th) 110; 265 A.P.R. 408; [1990] 2 C.T.C. 262; 58 C.C.C. (3d) 65; 90 DTC 6447; 110 N.R. 171.

DÉCISIONS CITÉES:

Del Zotto c. Canada, [1994] 2 C.F. 640; [1994] 1 C.T.C. 254; (1994), 94 DTC 6170; 71 F.T.R. 1 (1^{re} inst.); *Del Zotto c. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 46; (1993), 93 DTC 5271 (C.A.F.); *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; (1990), 59 C.C.C. (3d) 92; 79 C.R. (3d) 1; 113 N.R. 53; 41 O.A.C. 353; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; (1992), 94 D.L.R. (4th) 590; 75 C.C.C. (3d) 257; 15 C.R. (4th) 133; 139 N.R. 323; 55 O.A.C. 321; *Moore c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 195; (1978), 90 D.L.R. (3d) 112; [1978] 6 W.W.R. 462; 43 C.C.C. (2d) 83; 5 C.R. (3d) 289; 24 N.R. 181; *Dedman c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 2; (1985), 20 C.C.C. (3d) 97; 46 C.R. (3d) 193; 34 M.V.R. 1; 60 N.R. 34; *Baron c. Canada*, [1990] 2 C.F. 262; [1990] 1 C.T.C. 84; (1989), 90 DTC 6040; 30 F.T.R. 188 (1^{re} inst.).

DOCTRINE

Beaudoin, G.-A. et E. Ratushny, éd. *Charte canadienne des droits et libertés*, 2^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1989.

ACTION en jugement déclarant que l'art. 231.4 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et l'enquête ouverte en application de cette disposition sur les affaires financières du demandeur Del Zotto vont à l'encontre des art. 7 et 8 de la Charte. Action rejetée.

AVOCATS:

Edward L. Greenspan, c.r., et *David W. Stratas* pour le demandeur Angelo Del Zotto.
Alan D. Gold et *Tristram J. Mallett* pour le demandeur Herbert B. Noble.

Ivan S. Bloom, Q.C., Gordon S. Campbell and John Vaissi-Nagy for defendants Her Majesty the Queen in right of Canada, the Minister of National Revenue and John Edward Thompson.
Graham F. Pinos, Q.C. for defendant D. Reilly Watson.

SOLICITORS:

Greenspan, Rosenberg & Buhr, Toronto, and *Osler, Hoskin & Harcourt*, Toronto, for plaintiff Angelo Del Zotto.
Gold and Fuerst, Toronto, for plaintiff Herbert B. Noble.
Deputy Attorney General of Canada for defendants Her Majesty the Queen in right of Canada, the Minister of National Revenue and John Edward Thompson.
Graham F. Pinos, Q.C., Toronto, for defendant D. Reilly Watson.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ROTHSTEIN J.:

INTRODUCTION

1 This case involves a constitutional challenge to the “inquiry” provision, section 231.4 [as enacted by S.C. 1986, c. 6, s. 121] of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148 as amended [as am. by S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 1] (the Act). The plaintiff, Angelo Del Zotto, came under suspicion of tax evasion following an audit in 1985 by the Audit Branch of Revenue Canada. In 1986, an investigation was commenced into Del Zotto’s financial affairs by the Special Investigations Branch of Revenue Canada, which led to the initiation in 1992 of an inquiry into Del Zotto’s financial affairs for the years 1979 to 1985 inclusive, convened under section 231.4 (the inquiry).

2 At the opening of the inquiry, the plaintiffs argued for and received an adjournment pending the outcome of an application brought by the plaintiffs to the Federal Court Trial Division to stay the

Ivan S. Bloom, c.r., Gordon S. Campbell et John Vaissi-Nagy pour les défendeurs Sa Majesté la Reine du chef du Canada, le ministre du Revenu national et John Edward Thompson.
Graham F. Pinos, c.r., pour le défendeur D. Reilly Watson.

PROCUREURS:

Greenspan, Rosenberg & Buhr, Toronto, et *Osler, Hoskin & Harcourt*, Toronto, pour le demandeur Angelo Del Zotto.
Gold and Fuerst, Toronto, pour le demandeur Herbert B. Noble.
Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs Sa Majesté la Reine du chef du Canada, le ministre du Revenu national et John Edward Thompson.
Graham F. Pinos, c.r., Toronto, pour le défendeur D. Reilly Watson.

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

LE JUGE ROTHSTEIN:

INTRODUCTION

1 Il y a en l’espèce contestation de la constitutionnalité de la disposition portant «enquête», savoir l’article 231.4 [édicte par S.C. 1986, ch. 6, art. 121], de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, modifiée [mod. par S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 1] (la Loi). Le demandeur Angelo Del Zotto fut soupçonné d’évasion fiscale à la suite d’un audit effectué par la Direction de la vérification de Revenu Canada. En 1986, la Division des enquêtes spéciales du même Ministère a commencé à regarder dans ses affaires financières, ce qui a abouti en 1992 à l’ouverture, en application de l’article 231.4, d’une enquête (l’enquête) sur ses affaires financières pour la période allant de 1979 à 1985 inclusivement.

2 À l’ouverture de l’enquête, les demandeurs se sont vu accorder un ajournement en attendant l’issue d’une requête dont ils avaient saisi la Section de première instance de la Cour fédérale pour en de-

inquiry. A stay of the inquiry was granted by this Court [*Del Zotto v. Canada*, [1994] 2 F.C. 640]. It was ordered that the inquiry would resume, if it was constitutionally permitted to resume, 30 days from a determination as to the constitutional validity of section 231.4 of the *Income Tax Act* and/or the inquiry.

ISSUES

- 3 The issues in this case are whether:
- (a) section 231.4 of the *Income Tax Act* (the inquiry provision) infringes either section 7 or 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*;
- (b) if section 231.4 is constitutional, on the facts of this case, the inquiry convened into the financial affairs of the plaintiff Angelo Del Zotto infringes either section 7 or 8 of the Charter.

RELEVANT CONSTITUTIONAL AND STATUTORY PROVISIONS

- 4 The plaintiffs are relying on sections 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search and seizure.

- 5 The impugned law is section 231.4 of the *Income Tax Act*:

231.4 (1) The Minister may, for any purpose related to the administration or enforcement of this Act, authorize any person, whether or not the person is an officer of the Department of National Revenue, to make such inquiry as he may deem necessary with reference to anything relating to the administration or enforcement of this Act.

(2) Where the Minister, pursuant to subsection (1), authorizes a person to make an inquiry, the Minister shall forthwith apply to the Tax Court of Canada for an order

mander la suspension. La Cour a accordé la suspension de l'enquête [*Del Zotto c. Canada*, [1994] 2 C.F. 640], tout en ordonnant que, si la constitutionnalité en était confirmée, elle reprendrait dans les 30 jours du jugement sur la validité constitutionnelle soit de l'article 231.4 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* soit de l'enquête elle-même.

LES POINTS LITIGIEUX

- Il échet d'examiner:
- a) si l'article 231.4 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la disposition portant enquête) va à l'encontre soit de l'article 7 soit de l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*;
- b) au cas où l'article 231.4 serait jugé constitutionnellement valide, si en l'espèce l'enquête sur les affaires financières du demandeur Angelo Del Zotto va à l'encontre soit de l'article 7 soit de l'article 8 de la Charte.

LES TEXTES CONSTITUTIONNELS ET LÉGISLATIFS EN JEU

- Les demandeurs invoquent les articles 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

- Le texte de loi contesté est l'article 231.4 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*:

231.4 (1) Le ministre peut, pour l'application et l'exécution de la présente loi, autoriser une personne, qu'il s'agisse ou non d'un fonctionnaire du ministère du Revenu national, à faire toute enquête que celle-ci estime nécessaire sur quoi que ce soit qui se rapporte à l'application et l'exécution de la présente loi.

(2) Le ministre qui, conformément au paragraphe (1), autorise une personne à faire enquête doit immédiatement demander à la Cour canadienne de l'impôt une ordon-

appointing a hearing officer before whom the inquiry will be held.

(3) For the purposes of an inquiry authorized under subsection (1), a hearing officer appointed under subsection (2) in relation thereto has all the powers conferred on a commissioner by sections 4 and 5 of the *Inquiries Act* and that may be conferred on a commissioner under section 11 thereof.

(4) A hearing officer appointed under subsection (2) in relation to an inquiry shall exercise the powers conferred on a commissioner by section 4 of the *Inquiries Act* in relation to such persons as the person authorized to make the inquiry considers appropriate for the conduct thereof but the hearing officer shall not exercise the power to punish any person unless, on application by the hearing officer, a judge of a superior or county court certifies that the power may be exercised in the matter disclosed in the application and the applicant has given to the person in respect of whom he proposes to exercise the power 24 hours notice of the hearing of the application or such shorter notice as the judge considers reasonable.

(5) Any person who gives evidence in an inquiry authorized under subsection (1) is entitled to be represented by counsel and, on request made by him to the Minister, to receive a transcript of the evidence given by that person.

(6) Any person whose affairs are investigated in the course of an inquiry authorized under subsection (1) is entitled to be present and to be represented by counsel throughout the inquiry unless the hearing officer appointed under subsection (2) in relation to the inquiry, on application by the Minister or a person giving evidence, orders otherwise in relation to the whole or any part of the inquiry on the ground that the presence of the person and his counsel, or either of them, would be prejudicial to the effective conduct of the inquiry.

Pursuant to subsection 231.4(3), a hearing officer appointed to conduct an inquiry has all the powers conferred on a commissioner by sections 4 and 5 of the *Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11, which state:

4. The commissioners have the power of summoning before them any witnesses, and of requiring them to

(a) give evidence, orally or in writing, and on oath or, if they are persons entitled to affirm in civil matters on solemn affirmation; and

(b) produce such documents and things as the commissioners deem requisite to the full investigation of the matters into which they are appointed to examine.

nance où soit nommé un président d'enquête.

(3) Aux fins d'une enquête autorisée par le paragraphe (1), le président d'enquête nommé en vertu du paragraphe (2) a tous les pouvoirs conférés à un commissaire par les articles 4 et 5 de la *Loi sur les enquêtes* et ceux qui sont susceptibles de l'être par l'article 11 de cette loi.

(4) Le président d'enquête nommé en vertu du paragraphe (2) exerce les pouvoirs conférés à un commissaire par l'article 4 de la *Loi sur les enquêtes* à l'égard des personnes que la personne autorisée à faire enquête considère comme appropriées pour la conduite de celle-ci; toutefois, le président d'enquête ne peut exercer le pouvoir de punir une personne que si, à la requête de celui-ci, un juge d'une cour supérieure ou d'une cour de comté atteste que ce pouvoir peut être exercé dans l'affaire exposée dans la requête et que si le requérant donne à la personne à l'égard de laquelle il se propose d'exercer ce pouvoir avis de l'audition de la requête 24 heures avant ou dans le délai plus court que le juge estime raisonnable.

(5) Quiconque témoigne à une enquête autorisée par le paragraphe (1) a le droit d'être représenté par avocat et, sur demande faite au ministre, de recevoir transcription de sa déposition.

(6) Toute personne dont les affaires donnent lieu à une enquête autorisée par le paragraphe (1) a le droit d'être présente et d'être représentée par avocat tout au long de l'enquête, sauf si le président d'enquête nommé en vertu du paragraphe (2) en décide autrement, sur demande du ministre ou d'un témoin, pour tout ou partie de l'enquête, pour le motif que la présence de cette personne et de son avocat ou de l'un d'eux nuirait à la bonne conduite de l'enquête.

Aux termes du paragraphe 231.4(3) ci-dessus, le président d'enquête jouit des mêmes pouvoirs que ceux qu'un commissaire tient des articles 4 et 5 de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11, que voici:

4. Les commissaires ont le pouvoir d'assigner devant eux des témoins et de leur enjoindre de:

a) déposer oralement ou par écrit sous la foi du serment, ou d'une affirmation solennelle si ceux-ci en ont le droit en matière civile;

b) produire les documents et autres pièces qu'ils jugent nécessaires en vue de procéder d'une manière approfondie à l'enquête dont ils sont chargés.

5. The commissioners have the same power to enforce the attendance of witnesses and to compel them to give evidence as is vested in any court of record in civil cases.

6 Paragraphs 239(1)(a) and (d) of the *Income Tax Act* are also relevant [paragraph 239(1)(f) (as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 182)]:

239. (1) Every person who has

(a) made, or participated in, assented to or acquiesced in the making of, false or deceptive statements in a return, certificate, statement or answer filed or made as required by or under this Act or a regulation,

...

(d) wilfully, in any manner, evaded or attempted to evade compliance with this Act or payment of taxes imposed by this Act, or

...

is guilty of an offence and, in addition to any penalty otherwise provided, is liable on summary conviction to

(f) a fine of not less than 50%, and not more than 200%, of the amount of the tax that was sought to be evaded, or

(g) both the fine described in paragraph (f) and imprisonment for a term not exceeding 2 years.

FACTS

7 The plaintiff Angelo Del Zotto is currently Chairman and Chief Executive Officer of Tridel Enterprises Inc., a public company, and Chairman and Chief Executive Officer of Tridel Corporation. He has been prominently engaged in the business of planning and obtaining financing for construction and marketing real estate projects. The plaintiff Herbert Noble is a lawyer and a business executive. There is no evidence of Noble's relationship with Del Zotto.

8 In October 1985, representatives of the Audit Branch of Revenue Canada began making inquiries regarding Del Zotto's financial affairs. Specifically, Revenue Canada was concerned about the exercise of stock options by Del Zotto in a company called Night Hawk Resources Ltd. Revenue Canada's position was that the benefit Del Zotto received

5. Les commissaires ont, pour contraindre les témoins à comparaître et à déposer, les pouvoirs d'une cour d'archives en matière civile.

6 Les alinéas 239(1)a) et d) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* entrent aussi en jeu [alinéa 239(1)f) (mod. par L.C. 1988, ch. 55, art. 182)]:

239. (1) Toute personne qui

a) a fait des déclarations fausses ou trompeuses, ou a participé, consenti ou acquiescé à leur énonciation dans une déclaration, certificat, état ou réponse produits ou faits en vertu de la présente loi ou d'un règlement,

...

d) a, volontairement, de quelque manière, éludé ou tenté d'éluder l'observation de la présente loi ou le paiement d'un impôt établi en vertu de cette loi, ou

...

est coupable d'une infraction et, en plus de toute autre peine prévue par ailleurs, est passible, sur déclaration sommaire de culpabilité,

f) d'une amende minimale de 50 % de l'impôt que cette personne a tenté d'éluder et maximale de 200 % de cet impôt, ou

g) à la fois de l'amende prévue à l'alinéa f) et d'un emprisonnement d'au plus 2 ans.

LES FAITS DE LA CAUSE

7 Le demandeur Angelo Del Zotto est actuellement le président-directeur général de Tridel Enterprises Inc., une société ouverte, et le président-directeur général de Tridel Corporation. Il est connu pour ses activités qui consistent à planifier et à trouver le financement pour la construction et la commercialisation d'immeubles. Le demandeur Herbert Noble est avocat et cadre d'entreprise. Rien n'indique qu'il y ait un lien quelconque entre Noble et Del Zotto.

8 En octobre 1985, des représentants de la Direction de la vérification de Revenu Canada ont commencé à enquêter sur les affaires financières de Del Zotto. Plus spécifiquement, Revenu Canada s'intéressait à l'exercice par Del Zotto de ses options d'achat d'actions d'une compagnie appelée Night Hawk Resources Ltd. Revenu Canada, ayant décidé que Del Zotto

from the exercise of the stock options was \$290,250 and that the benefit was not reported. In addition to seeking payment of \$290,250, Revenue Canada considered levying a penalty under subsection 163(2) [as am. by S.C. 1978-79, c. 5, s. 7; 1980-81-82-83, c. 48, s. 90; 1984, c. 1, s. 87] of the *Income Tax Act* of up to 25% of the amount owing because the non-reporting was done knowingly or through gross negligence. Del Zotto admitted liability, but submitted that no penalty should be levied.

a réalisé à cette occasion un bénéfice de 290 250 \$ qu'il n'a pas déclaré dans son revenu, se proposait de lui réclamer cette somme avec en sus, en application du paragraphe 163(2) [mod. par S.C. 1978-79, ch. 5, art. 7; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 90; 1984, ch. 1, art. 87] de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, une pénalité égale à 25 % de la somme due, par ce motif que l'omission était intentionnelle ou tenait à une négligence grossière. Del Zotto reconnaissait sa dette fiscale, mais soutenait qu'il n'y avait pas lieu à pénalité.

9 In January 1986, the Del Zotto file was referred by the Audit Branch of Revenue Canada to the Special Investigations Branch.¹ It is apparent from the referral document that by the time of referral to Special Investigations, the Audit Branch had concluded Del Zotto had also failed to report \$90,000 of interest income for 1980, and \$4,500 of other income for 1983, bringing the total undeclared amount to \$384,750.

9 En janvier 1986, la Direction de la vérification de Revenu Canada a transmis le dossier Del Zotto à la Division des enquêtes spéciales¹. Il ressort du bordereau d'envoi qu'au moment de ce renvoi, la Direction de la vérification avait conclu que Del Zotto avait aussi omis de déclarer 90 000 \$ de revenu d'intérêts pour 1980, 4 500 \$ de revenu d'autres sources pour 1983, ce qui porte le total non déclaré à 384 750 \$.

10 During the period of 1986 to 1990, several discussions took place between Revenue Canada and Del Zotto or his representatives, and Noble or his representatives. On May 3, 1990, Revenue Canada wrote to Herbert Noble asking for particulars, including Noble's business relationship with Angelo Del Zotto, with Tridel and with Supra Investments Inc. By letter dated May 23, 1990, counsel for Noble declined to provide the information sought by Revenue Canada.

10 Durant la période allant de 1986 à 1990, il y a eu plusieurs entretiens entre Revenu Canada et Del Zotto ou ses représentants, et Noble ou ses représentants. Le 3 mai 1990, Revenu Canada a écrit à Herbert Noble pour lui demander des détails, en particulier au sujet de ses relations d'affaires avec Angelo Del Zotto, avec Tridel et avec Supra Investments Inc. Par lettre en date du 23 mai 1990, l'avocat de Noble a refusé de communiquer à Revenu Canada les renseignements demandés.

11 On April 19, 1991, at a meeting with officials of the Special Investigations Branch of Revenue Canada, counsel for Del Zotto was advised that Revenue Canada proposed to charge Del Zotto with income tax evasion under paragraphs 239(1)(a) and (d) of the *Income Tax Act*.

11 Le 19 avril 1991, l'avocat de Del Zotto a été informé au cours d'une entrevue avec des fonctionnaires de la Division des enquêtes spéciales de Revenu Canada que ce Ministère se proposait de poursuivre Del Zotto en justice pour évasion fiscale, sous le régime des alinéas 239(1)a) et d) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

12 On November 19, 1991, the Toronto District Special Investigations Branch wrote to head office of Special Investigations Branch requesting that a commission of inquiry be appointed pursuant to section 231.4 of the *Income Tax Act*. In this communication, it was specified that Del Zotto was

12 Le 19 novembre 1991, le bureau du district de Toronto de la Division des enquêtes spéciales a écrit à celle-ci pour demander l'ouverture d'une enquête conformément à l'article 231.4 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il ressort de cette communication que Del Zotto était soupçonné d'avoir omis de déclarer

under suspicion of failing to report \$5,081,519 of stock profits during the taxation years 1983 to 1984, and that the amount of tax sought to be evaded by Del Zotto was \$1,669,062.

5 081 519 \$ de bénéfices sur les valeurs mobilières durant les années d'imposition 1983 et 1984, et que le montant d'impôt qu'il cherchait à éviter s'élevait à 1 669 062 \$.

13 On or about September 30, 1992, Robert Roy, Assistant Deputy Minister, Taxation Programs Branch, forwarded a memorandum dated September 30, 1992 to Pierre Gravelle, Deputy Minister of Revenue Canada Taxation which set out particulars of the alleged contravention of the Act by Del Zotto, and requested authorization for an inquiry under subsection 231.4(1) of the Act into the financial affairs of Del Zotto. A *Globe and Mail* article dated September 9, 1987 and correspondence were sent to Gravelle along with the memorandum.

Vers le 30 septembre 1992, Robert Roy, sous-ministre adjoint, Programmes de l'impôt, a envoyé une note de service datée du même jour à Pierre Gravelle, sous-ministre du Revenu national, Impôt, pour donner le détail de l'infraction reprochée à Del Zotto, et demander l'autorisation de faire enquête, en application du paragraphe 231.4(1), sur les affaires financières de ce dernier. Un article daté du 9 septembre 1987 du journal *Globe and Mail* ainsi que la correspondance relative à l'affaire étaient joints à cette note de service.

14 After Gravelle received the memorandum from Roy, Gravelle and Roy met to discuss its contents. Gravelle read and relied on the memorandum and its attachments and enclosures in signing an authorization for the inquiry, dated October 9, 1992, in which he authorized the defendant John Edward Thompson, Q.C., with the assistance of such counsel as he should choose, to make an inquiry into the financial affairs of Del Zotto for the taxation years 1979 to 1985 inclusive. The authorization was made under subsection 231.4(1) of the Act, and was not based on a reading of evidence given under oath.

Après avoir reçu cette note de service, Gravelle a rencontré Roy pour discuter de l'affaire. Gravelle s'est ensuite fondé sur la note de service ensemble ses annexes et pièces jointes pour signer l'autorisation d'enquête du 9 octobre 1992, par laquelle il autorisait le défendeur John Edward Thompson, c.r., à enquêter, avec l'assistance de conseils que celui-ci jugerait bon de s'adjoindre, sur les affaires financières de Del Zotto à l'égard des années d'imposition 1979 à 1985 inclusivement. L'autorisation, donnée en vertu du paragraphe 231.4(1) de la Loi, ne s'appuyait sur aucun témoignage donné sous serment.

15 By an order signed December 2, 1992, Chief Judge Couture appointed the defendant D. Reilly Watson as the hearing officer for the inquiry. The order was not based on a reading of evidence given under oath. Chief Judge Couture informed Gravelle of the order by letter dated December 2, 1992, and delivered the order to Watson by letter dated December 2, 1992.

Par ordonnance en date du 2 décembre 1992, le juge en chef Couture de la Cour canadienne de l'impôt a désigné le défendeur D. Reilly Watson aux fonctions de président d'enquête. Cette ordonnance n'était pas fondée sur des témoignages donnés sous serment. Le juge en chef Couture a informé Gravelle de la délivrance de l'ordonnance par lettre en date du 2 décembre 1992, et a transmis l'ordonnance à Watson par lettre datée du même jour.

16 The inquiry was fixed to commence on May 6, 1993. Del Zotto was sent notice of the inquiry by a letter dated April 21, 1993. The letter advised Del Zotto that Thompson had been authorized to make an inquiry into his financial affairs for the taxation years 1979 to 1985 inclusive, and that Watson had been appointed as the hearing officer. The letter

L'enquête devait s'ouvrir le 6 mai 1993. Avis en a été donné à Del Zotto par lettre en date du 21 avril 1993, qui l'informait que Thompson avait été autorisé à faire enquête sur ses affaires financières à l'égard des années d'imposition 1979 à 1985 inclusivement, et que Watson avait été nommé président d'enquête. La lettre précisait la date, l'heure et le

specified the time and place of the inquiry and provided that Del Zotto was “entitled to be present and to be represented by counsel, subject to the provisions of subsection 231.4(6) of the *Income Tax Act*”.

lieu de l'enquête, et informait Del Zotto qu'il avait «le droit d'être présent et de se faire assister d'avocat, sous réserve des dispositions du paragraphe 231.4(6) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*».

17 On or about April 26, 1993, pursuant to subsection 231.4(3) of the Act, Noble was served a subpoena to attend and give evidence and produce documents at the inquiry commencing on May 6, 1993. Del Zotto was not subpoenaed to attend or give evidence or produce documents at the inquiry.

Vers le 26 avril 1993, Noble a reçu, en application du paragraphe 231.4(3) de la Loi, une assignation à comparaître pour témoigner et produire des documents à l'enquête qui devait s'ouvrir le 6 mai 1993. Del Zotto n'a été assigné ni à comparaître ni à témoigner ni à produire des documents à l'enquête.

18 The inquiry started on May 6, 1993 with Watson presiding as the hearing officer. The inquiry proceedings were being recorded on videotape so as to comply with the case *R. v. B. (K.G.)*² concerning the admissibility in court of videotaped evidence. There was also in attendance Jim Davies and David Wood (investigators and members of the Special Investigations Section), and officers Jim McGinis and Tom Anderson (from the RCMP Tax Unit).

L'enquête s'est ouverte le 6 mai 1993, sous la présidence de Watson. Le déroulement en était enregistré sur bande magnétoscopique conformément à la règle établie par la jurisprudence *R. c. B. (K.G.)*² en matière d'admissibilité en justice du témoignage sur bande vidéo. Participaient également à l'enquête Jim Davies et David Wood (enquêteurs de la Division des enquêtes spéciales), et les agents Jim McGinis et Tom Anderson (de la Section de l'impôt de la GRC).

19 At the commencement of the inquiry, Edward Greenspan, Q.C., appearing on behalf of Del Zotto, made submissions that the inquiry should be adjourned. Argument took place on the adjournment application. On the morning of May 7, 1993, Watson adjourned the inquiry pending stay proceedings regarding the inquiry brought in the Federal Court Trial Division by Del Zotto.

À l'ouverture de l'enquête, M^e Edward Greenspan, c.r., représentant Del Zotto, a soutenu qu'il y avait lieu d'ajourner l'enquête, et des débats s'en sont suivis. Le 7 mai 1993 au matin, Watson a ajourné l'enquête en attendant l'issue de la requête en suspension introduite par Del Zotto devant la Section de première instance de la Cour fédérale.

20 The stay was granted in the Federal Court of Appeal by Hugessen J.A. on May 28, 1993 [*Del Zotto v. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 46]. The inquiry has not proceeded beyond the point at which it was adjourned by Watson on May 7, 1993. As a result, no witness has testified or produced documents at the inquiry.

Le 28 mai 1993, le juge Hugessen de la Cour d'appel fédérale a ordonné la suspension de l'enquête [*Del Zotto c. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 46], qui n'avait pas progressé au-delà de l'état où elle en était lorsque Watson l'a ajournée le 7 mai 1993. Par suite, aucun témoin n'y a déposé ou produit des documents.

SECTION 7

L'ARTICLE 7

21 Section 7 of the Charter has been found in some circumstances to afford protection against self-incrimination, although it does not expressly provide for the right against self-incrimination. The right

Il a été jugé dans certains cas que l'article 7 protège contre l'auto-incrimination, bien que cette protection n'y soit pas expressément prévue. Le droit à la protection contre l'auto-incrimination est expressé-

against self-incrimination is expressly provided for in section 13 of the Charter, which states:

13. A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

22 The right against self-incrimination under section 13 is narrow. Under section 13, individuals are protected against the use of self-incriminating testimony at a proceeding against them, but not against being compelled to give such testimony at proceedings other than their own trial. Thus, the courts turned to section 7 to address the question of whether, as a matter of fundamental justice, individuals are afforded a residual right against self-incrimination at the point of being compelled to testify at a proceeding other than their own trial.

23 The Supreme Court of Canada in *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, addressed the issue of whether individuals who might subsequently be charged with a criminal or quasi-criminal offence could be compelled to give evidence and produce documents at the trial of another person. A young offender was charged with break and enter, and a second young offender, who was to be tried separately for the same offence, was being compelled to testify at the trial of the first young offender. The Supreme Court ruled that the latter young offender was compellable as a witness because he was afforded “use immunity” (his testimony could not be used against him at his own trial pursuant to section 13 of the Charter), and “derivative use immunity” (evidence gained as a result of his testimony could not be used against him at his own trial, pursuant to section 7 of the Charter).

24 The Supreme Court went on in *S. (R.J.)* to observe that in some circumstances the protections of “use immunity” and “derivative use immunity” would not be enough to protect individuals who are

ment prévu à l'article 13 de la Charte, comme suit:

13. Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

Le droit à la protection contre l'auto-incrimination, que prévoit l'article 13 ci-dessus, est un droit étroitement défini. Par application de cet article 13, les individus sont protégés contre l'utilisation de leur témoignage auto-incriminant dans des poursuites engagées contre eux-mêmes, mais non contre l'obligation de donner ce témoignage dans des instances dont ils ne font pas l'objet. C'est pourquoi les tribunaux se sont tournés vers l'article 7 pour voir si, du point de vue de la justice fondamentale, les individus n'ont pas un droit résiduel à la protection contre l'auto-incrimination, s'ils sont contraints à témoigner dans une poursuite dont ils ne font pas l'objet.

23 Dans *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, la Cour suprême du Canada a examiné si l'individu qui pourrait être subséquemment inculpé d'une infraction criminelle ou quasi criminelle, pourrait être contraint à témoigner et à produire des documents au procès d'une autre personne. Un jeune contrevenant était poursuivi pour introduction par effraction, et un autre jeune contrevenant, qui devait passer séparément en jugement pour la même infraction, a été contraint de témoigner au procès du premier. La Cour suprême a conclu que le second contrevenant était un témoin contraignable puisqu'il jouissait de «l'immunité contre l'utilisation de la preuve» (en ce que, par application de l'article 13 de la Charte, son propre témoignage ne pouvait être invoqué contre lui-même à son propre procès) et de «l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée» (en ce que, par application de l'article 7 de la Charte, la preuve découlant de son témoignage ne pouvait être utilisée contre lui à son procès).

24 La Cour suprême a ajouté dans *S. (R.J.)* que dans certains cas, la protection que constituent «l'immunité contre l'utilisation de la preuve» et «l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée» n'est pas

compelled to testify at a proceeding other than their own trial. There were varied opinions on the precise test for determining in what circumstances an exemption from being compellable would be granted. However, the general proposition emerged that individuals facing possible criminal or quasi-criminal charges would not be compellable if the predominant purpose for seeking their evidence was to make a case for convicting them in their own proceedings. This proposition was affirmed by Sopinka and Iacobucci JJ. writing for the majority in *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, at pages 14-15:

The common feature of the respective compellability tests proposed in the reasons of *S. (R.J.)* is that the crucial question is whether the predominant purpose for seeking the evidence is to obtain incriminating evidence against the person compelled to testify or rather some legitimate public purpose.

25 In *Branch*, the Supreme Court upheld the constitutionality of an inquiry under subsection 128(1) of the B.C. *Securities Act*, S.B.C. 1985, c. 83, in which two former officers of the company under investigation had been subpoenaed to testify and produce records. The protections of section 7 against self-incrimination were held not to be engaged if the predominant purpose of an inquiry was the administration and enforcement of its authorizing Act, as opposed to building evidence for a criminal prosecution. This test is stated by Sopinka and Iacobucci JJ., at pages 15-16:

Where evidence is sought for the purpose of an inquiry, we must first look to the statute under which the inquiry is authorized. The fact that the purpose of inquiries under the statute may be for legitimate public purposes is not determinative. The terms of reference may reveal an inadmissible purpose notwithstanding that the statute did not so intend: see *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366. Indeed, even if the terms of reference authorize an inquiry for a legitimate purpose in some circumstances, the object of compelling a particular witness may still be for the purpose of obtaining incriminating evidence.

suffisante pour protéger les individus contraints à témoigner dans un procès qui n'est pas le leur propre. Les avis varient sur le critère précis à observer pour décider dans quelles circonstances il y aurait lieu à exemption de l'obligation de témoigner. Cependant, le principe général qui se dégage est que les individus qui risquent d'être inculpés d'une infraction criminelle ou quasi criminelle ne seraient pas contraignables si le fait de les forcer à témoigner avait pour objet prédominant d'obtenir des éléments de preuve qui les incrimineraient dans leur propre procès. Ce principe a été confirmé par les juges Sopinka et Iacobucci par motifs de jugement prononcés au nom de la majorité dans *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, aux pages 14 et 15:

Dans l'arrêt *S. (R.J.)*, les divers critères proposés en matière de contraignabilité ont ceci de commun que la question cruciale y est de savoir si la demande de témoignage a pour objet prédominant d'obtenir des éléments de preuve incriminants contre la personne contrainte à témoigner, ou si elle vise une autre fin publique légitime.

Par l'arrêt *Branch*, la Cour suprême a confirmé la 25 constitutionnalité d'une enquête tenue en application du paragraphe 128(1) de la loi dite *Securities Act* (loi sur les valeurs mobilières de la Colombie-Britannique), S.B.C. 1985, ch. 83. Dans cette affaire, deux anciens dirigeants de la compagnie visée par l'enquête avaient été assignés à témoigner et à produire des documents. Il a été jugé que la protection assurée par l'article 7 contre l'auto-incrimination n'entre pas en jeu si l'enquête a pour but prédominant l'administration et l'application de la loi d'habilitation, et non de réunir des preuves en vue d'une poursuite pénale. Ce critère a été exposé en ces termes par les juges Sopinka et Iacobucci, en pages 15 et 16:

Lorsque le témoignage est demandé aux fins d'une enquête, nous devons d'abord examiner la loi qui autorise la tenue de cette enquête. Le fait que les enquêtes tenues en vertu de la loi puissent viser des fins publiques légitimes n'est pas déterminant. Le mandat peut révéler un objet inacceptable, même si cela n'était pas voulu dans la loi: voir *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366. En fait, même si le mandat prévoit la tenue d'une enquête à une fin légitime dans certaines circonstances, la contrainte à témoigner exercée contre une personne donnée peut quand même viser à obtenir des éléments de preuve incriminants.

It would be rare indeed that the evidence sought cannot be shown to have some relevance other than to incriminate the witness. In a prosecution, such evidence would simply be irrelevant. There may, however, be inquiries of this type and it would be difficult to justify compellability in such a case. In the vast majority of cases, including this case, the evidence has other relevance. In such cases, if it is established that the predominant purpose is not to obtain the relevant evidence for the purpose of the instant proceeding, but rather to incriminate the witness, the party seeking to compel the witness must justify the potential prejudice to the right of the witness against self-incrimination.

Il est vraiment rare qu'il soit impossible d'établir que le témoignage recherché est pertinent à d'autres fins que d'incriminer le témoin. Dans des poursuites, pareil témoignage ne serait tout simplement pas pertinent. Cependant, il peut y avoir des enquêtes de ce genre et il serait difficile de justifier la contraignabilité dans un tel cas. Dans la grande majorité des cas, y compris la présente affaire, le témoignage est pertinent à une autre fin. Dans de tels cas, s'il est établi que l'objet prédominant est non pas l'obtention d'éléments de preuve pertinents aux fins des poursuites en cause, mais plutôt l'incrimination du témoin, la partie qui cherche à contraindre la personne à témoigner doit justifier le préjudice qui risque d'être causé au droit du témoin de ne pas s'incriminer.

26 In the case at bar, the plaintiffs have made extensive submissions to challenge section 231.4 and the inquiry based on the reasons of the Supreme Court in *S. (R.J.)* and *Branch*. The thrust of their submissions is that section 231.4 bears the unconstitutional purpose of authorizing inquiries that build cases for prosecution under section 239 of the *Income Tax Act*, which they say is a criminal provision.

En l'espèce, les demandeurs ont proposé un grand nombre d'arguments fondés sur les motifs prononcés par la Cour suprême dans *S. (R.J.)* et *Branch* pour contester et l'article 231.4 et l'enquête en question. Ils font essentiellement valoir que l'article 231.4 a pour objet inconstitutionnel d'autoriser des enquêtes destinées à réunir des éléments de preuve pour la poursuite prévue à l'article 239 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, article dont ils disent qu'il est une disposition pénale.

27 However, the case at bar is distinguishable on its facts from *S. (R.J.)* and *Branch* in a key respect. Both *S. (R.J.)* and *Branch* involved the compellability of individuals who were under investigation. In the case of *S. (R.J.)*, the young offender who was facing the same charges as the accused was being compelled to testify as a witness at the trial of the accused. In *Branch*, the former directors of the company under investigation had been summoned and required to testify and produce records. The central issue in those cases turned on whether the individuals who were themselves under investigation could be compelled. However, in the case at bar, Del Zotto has not been summoned to testify or produce documents at the inquiry. While the plaintiff Herbert Noble has been summoned to the inquiry, he is not facing possible charges under the *Income Tax Act*. Moreover, Noble is being required to testify with respect to the financial affairs of Del Zotto, not with respect to his own financial affairs.

Cependant, l'affaire en instance est, pour ce qui est des faits, différente des causes *S. (R.J.)* et *Branch* sur un point crucial. Ces deux dernières causes portaient l'une et l'autre sur la contraignabilité de l'individu qui fait l'objet de l'enquête. Dans *S. (R.J.)*, le jeune contrevenant qui était sous le coup des mêmes chefs d'accusation que l'accusé se trouvait contraint à témoigner au procès de ce dernier. Dans *Branch*, les anciens administrateurs de la compagnie visée par l'enquête avaient été assignés à témoigner et à produire des documents. Ces causes portaient au premier chef sur la question de savoir si l'individu qui fait lui-même l'objet d'une enquête peut être contraint à témoigner. En l'espèce cependant, Del Zotto n'a pas été assigné à témoigner ou à produire des documents à l'enquête. Le demandeur Herbert Noble a certes été convoqué, mais il n'est pas sous le coup des dispositions pénales de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. De surcroît, il est appelé à témoigner sur les affaires financières de Del Zotto, non sur les siennes propres.

28 In view of the fact that Del Zotto has not been subpoenaed to appear and testify at the inquiry, the

Étant donné que Del Zotto n'a pas été assigné à témoigner à l'enquête, le droit à la protection contre

right against self-incrimination is not directly engaged in this case.

l'auto-incrimination n'est pas directement en jeu.

29 With respect to the testimony of Noble, the principle of self-incrimination cannot apply directly. The principle of self-incrimination protects individuals against being conscripted against themselves, not against incrimination by another witness. In *Branch*, Sopinka and Iacobucci JJ., writing for the majority, observed, at page 29: “[I]t is the self-conscriptive effect of compulsion which the *Charter* guards against” (emphasis in the original). With this observation in mind, it is difficult to see how the fact that Noble is compelled to testify as to the affairs of Del Zotto can serve to engage the protection of section 7 with respect to self-incrimination.

29 Pour ce qui est du témoignage de Noble, celui-ci ne saurait se réclamer directement du principe de la protection contre l'auto-incrimination. Ce principe protège l'individu de l'obligation de témoigner contre lui-même, mais non de l'incrimination par un autre témoin. Dans *Branch*, les juges Sopinka et Iacobucci, prononçant les motifs de la majorité, ont fait observer en page 29: «C'est contre l'effet auto-incriminant que la *Charte* protège» (souligné dans l'original). Vu cette conclusion, il est difficile de voir comment le fait que Noble soit contraint à témoigner sur les affaires de Del Zotto peut mettre en jeu la protection assurée par l'article 7 contre l'auto-incrimination.

30 Therefore, on the facts, the present case does not fall neatly within the protection of section 7 against self-incrimination recognized by the Supreme Court in *S. (R.J.)* and *Branch*. Nonetheless, the position of the plaintiffs is that section 7 is engaged on other grounds than self-incrimination. Namely, the plaintiffs are relying on the case to meet principle, the right to silence, the principle of fundamental unfairness, and the argument that the hearing officer in a section 231.4 inquiry is analogous to a police officer armed with subpoena powers, which in the course of a criminal investigation is said to be constitutionally impermissible.

30 Eu égard donc aux faits de la cause, l'affaire en instance ne s'encadre pas dans la protection assurée par l'article 7 contre l'auto-incrimination, telle que la consacre la Cour suprême dans *S. (R.J.)* et *Branch*. Cependant, les demandeurs font valoir l'application de l'article 7 par d'autres motifs que l'auto-incrimination, savoir le principe de la charge de la preuve incombant à la poursuite, le droit de garder le silence, la doctrine de l'iniquité fondamentale, et l'argument que le président de l'enquête prévue à l'article 231.4 s'apparente à l'agent de police investi de pouvoirs d'assignation, c'est-à-dire à quelque chose qui est constitutionnellement inadmissible dans le cours d'une enquête criminelle.

“Case to Meet”

«La charge de la preuve de la poursuite»

31 The plaintiffs submit that a violation of the “case to meet” principle is sufficient to engage the plaintiffs’ rights under section 7. They maintain that the “case to meet” principle received fresh constitutional nourishment in *S. (R.J.)* and can be applied broadly to the circumstances of the present case. They maintain that section 231.4 provides for inquiries in which the predominant purpose is to conduct the equivalent of a civil discovery against individuals who are facing criminal charges under the *Income Tax Act*. The plaintiffs allege that this directly infringes the “case to meet” principle which forbids

31 Selon les demandeurs, il suffit d'une violation du principe de la charge de la preuve de la poursuite pour mettre en jeu les droits que leur garantit l'article 7. Ils soutiennent que l'assise constitutionnelle de ce principe ayant été élargie par l'arrêt *S. (R.J.)*, on peut en étendre l'application à l'affaire en instance. Et que l'enquête visée à l'article 231.4 a pour objet prédominant de réaliser l'équivalent de l'interrogatoire préalable en matière civile contre des individus qui risquent la poursuite pénale sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Pour les demandeurs, il s'agit là d'une violation directe du principe de la

the Crown from obtaining discovery of the defence in a criminal proceeding. The plaintiffs also submit that if Herbert Noble is compelled to testify, he may reveal the defence strategies of Del Zotto, which is a concern underlying the “case to meet” principle.

charge de la preuve de la poursuite, qui interdit au ministère public de s’assurer l’interrogatoire préalable de la défense dans une poursuite pénale. Ils soutiennent encore que si Noble est contraint à témoigner, il pourrait révéler les moyens de défense de Del Zotto, ce que vise justement à prévenir le principe de la charge de la preuve de la poursuite.

32 The question arises, therefore, whether the “case to meet” principle can be applied to the circumstances of the present case. This question relies for the most part on whether the “case to meet” principle can be applied independently from the principle of self-incrimination.

La question se pose donc de savoir si ce principe peut s’appliquer aux circonstances de la cause. Cette question repose à son tour en grande partie sur la question de savoir s’il peut s’appliquer indépendamment du principe de la protection contre l’auto-incrimination. 32

33 The “case to meet” principle was first adopted by the Supreme Court in *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555. In *P. (M.B.)*, the accused was being tried for sexually assaulting his niece. At trial, just after the Crown closed its case, the defence made brief submissions to the effect that the accused was going to be using an alibi defence. Following the opening statement of the defence, there was an adjournment. When the trial resumed, the Crown wanted to reopen its case, having changed its case according to the information gained from the opening statement of defence that the defence was going to be using an alibi. Chief Justice Lamer, writing for the majority, ruled that the Crown would be infringing the right of the accused against self-incrimination by using the opening statement of the defence as a discovery to make out a case against him. In applying the principle, Chief Justice Lamer observed, at page 579:

Le principe de la charge de la preuve de la poursuite a été consacré pour la première fois par la Cour suprême dans *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555. Dans cette dernière affaire, l’accusé était poursuivi pour agression sexuelle sur la personne de sa nièce. Au procès, juste après que le ministère public eut fini de présenter son réquisitoire, la défense a fait brièvement savoir que l’accusé allait exciper d’un alibi. Après l’introduction du préambule de la défense, l’audience a été ajournée. À la reprise, le ministère public a demandé à présenter un nouveau réquisitoire à la lumière des informations tirées du préambule de la défense qui annonçait qu’elle allait invoquer un alibi. Le juge en chef Lamer, prononçant le jugement de la majorité, a décidé qu’il y aurait atteinte au droit à la protection contre l’auto-incrimination si le ministère public pouvait se servir du préambule de la défense comme d’un interrogatoire préalable pour réunir des preuves contre l’accusé. Appliquant ce principe, il a conclu, en page 579: 33

... the Crown must establish a “case to meet” before there can be any expectation that the accused should respond.

... le ministère public doit avoir présenté une «preuve complète» pour qu’on puisse s’attendre à une réaction de la part de l’accusé.

All of these protections, which emanate from the broad principle against self-incrimination, recognize that it is up to the state with its greater resources, to investigate and prove its own case, and that the individual should not be conscripted into helping the state fulfil this task.

Toutes ces protections qui découlent du principe général interdisant l’auto-incrimination reconnaissent qu’il incombe à l’État, qui dispose de plus de ressources, d’enquêter et de prouver ses allégations, et que le particulier ne devrait pas être contraint d’aider l’État à remplir cette tâche.

34 The principle of “case to meet” was thus held to “emanate” from the broad principle of self-incrimination. The direct concern in *P. (M.B.)* was

Il a été donc jugé que le principe de la charge de la preuve de la poursuite «découle» du principe général de la protection contre l’auto-incrimination. 34

not broadly that the disclosure of the defence strategy had been revealed, but that the defence strategy had been conscripted from the accused himself.

Ce qui était directement en jeu dans *P. (M.B.)* n'était pas le fait que les moyens de défense eussent été révélés, mais que l'accusé eût été engagé à les révéler lui-même.

35 In *S. (R.J.)* the “case to meet” principle was adopted by Iacobucci J. (La Forest, Cory and Major JJ. concurring) as underlying the principle of self-incrimination. It was also adopted and summarized by Chief Justice Lamer, who had first applied the principle in *P. (M.B.)*. Chief Justice Lamer stated in *S. (R.J.)*, at page 469:

Dans *S. (R.J.)*, le juge Iacobucci (de même que les juges La Forest, Cory et Major) voit dans le principe de la charge de la preuve de la poursuite la règle qui sous-tend la protection contre l'auto-incrimination. Ce principe est également adopté et résumé par le juge en chef Lamer, qui l'avait appliqué pour la première fois dans *P. (M.B.)* et qui a fait l'observation suivante, en page 469 de *S. (R.J.)*:

As I observed in *P. (M.B.)*, *supra*, at p. 577, “[p]erhaps the single most important organizing principle in criminal law is the right of an accused not to be forced into assisting in his or her own prosecution”— the “case to meet” principle. This principle, I noted, “is perhaps best described in terms of the overarching principle against self-incrimination, which is firmly rooted in the common law and is a fundamental principle of justice under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*”.

Dans *P. (M.B.)*, précité, à la p. 577, je dis ceci: «Le principe directeur qui est sans doute le plus important en droit criminel est le droit de l'accusé de ne pas être contraint de prêter son concours aux poursuites intentées contre lui . . .» C'est le principe de la «preuve complète». Je fais remarquer que ce principe, «est sans doute mieux décrit [. . .] par le principe général interdisant l'auto-incrimination qui est fermement enraciné dans la common law et qui constitue un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*».

36 The observation of Chief Justice Lamer that the principle of “case to meet” is “perhaps best described in terms of the overarching principle against self-incrimination”, is yet another indication that the principle of “case to meet” is strongly connected with the broad concern against self-incrimination.

L'observation faite par le juge en chef Lamer que le principe de la charge de la preuve de la poursuite «est sans doute mieux décrit par le principe interdisant l'auto-incrimination» est une indication de plus que ce principe est étroitement lié à la règle générale de la protection contre l'auto-incrimination.

37 In turning to the submissions in the present case, I find that an essential link is missing in the plaintiffs' broad submission that section 231.4 and the inquiry convened to investigate Del Zotto infringe the “case to meet” principle on grounds that an inquiry under section 231.4 constitutes a discovery against an individual in a criminal context. On the facts in the case at bar, there is no individual being conscripted against himself. With respect to the absence of the overarching concern of self-conscripting, La Forest J. stated in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at page 538: “one should not automatically accept that s. 7 comprises a broad

Pour en revenir aux arguments proposés en l'espèce, je constate qu'il manque un chaînon essentiel dans l'argument des demandeurs que l'article 231.4 et l'enquête ouverte contre Del Zotto vont à l'encontre du principe de la charge de la preuve de la poursuite, par ce motif que l'enquête prévue à l'article 231.4 constitue un interrogatoire préalable dirigé contre un individu dans une poursuite pénale. Si on considère les faits de la cause, personne n'est requis en l'espèce de témoigner contre soi-même. Au sujet de l'absence de l'appréhension prédominante du témoignage contre soi-même, le juge La Forest a fait remarquer dans *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*,

right against self-incrimination on an abstract level". La Forest J. went on to cite *R. v. Beare*; *R. v. Higgins*, [1988] 2 S.C.R. 387, at page 401:

Like other provisions of the *Charter*, s. 7 must be construed in light of the interests it was meant to protect. It should be given a generous interpretation, but it is important not to overshoot the actual purpose of the right in question

38 Therefore, the broad attack on section 231.4 and the inquiry convened with respect to Del Zotto based on the "case to meet" principle is without foundation.

39 I find that the plaintiffs' submission that Noble may be conscripted to disclose the defence strategy of Del Zotto is also without foundation. The interest against the disclosure of a defence strategy, as it first arose in *P. (M.B.)* and was reiterated by Chief Justice Lamer in *S. (R.J.)*, is an interest against self-conscripted. Thus, the "case to meet" principle does not protect an individual against revealing the defence strategy of an accused or another individual facing the prospect of criminal charges. On the facts in this case, there is no evidence indicating that Noble is facing the possibility of charges under section 239 of the *Income Tax Act*. If any "defence" is at risk of being revealed, it clearly pertains to Del Zotto. Given that Noble is argued to be at risk of disclosing a defence that is not his own, there is no link to self-conscripted. Therefore, in the circumstances of this case, the "case to meet" principle does not provide the plaintiffs with a foundation on which to claim the protections of section 7.

"Right to Silence"

40 The right to silence has been adopted by the Supreme Court of Canada as a principle of funda-

[1990] 1 R.C.S. 425, à la page 538, que: «il ne faut cependant pas accepter automatiquement que l'art. 7 comprend abstraitement . . . un droit général de ne pas s'incriminer». Il a cité à cet égard ce passage, en page 401 de l'arrêt *R. c. Beare*; *R. c. Higgins*, [1988] 2 R.C.S. 387:

Comme d'autres dispositions de la *Charte*, l'art. 7 doit être interprété en fonction des intérêts qu'il est censé protéger. Il doit recevoir une interprétation généreuse, mais il est important de ne pas outrepasser le but réel du droit en question . . .

En conséquence, l'argument général, fondé sur le principe de la charge de la preuve de la poursuite, contre l'article 231.4 et l'enquête ouverte sur Del Zotto est dénué de fondement. 38

L'argument, proposé par les demandeurs, que Noble pourrait être forcé à révéler à son corps défendant les moyens de défense de Del Zotto est également dénué de fondement. La protection contre la révélation des moyens de défense, tel qu'il a été défini pour la première fois dans *P. (M.B.)* et réitéré par le juge en chef Lamer dans *S. (R.J.)*, est la protection contre l'administration des preuves contre soi-même. Il s'ensuit que le principe de la charge de la preuve de la poursuite ne protège personne contre l'obligation de révéler les moyens de défense d'un accusé ou d'un autre individu qui risque une inculpation. Or, rien n'indique en l'espèce que Noble risque d'être inculpé sous le régime de l'article 239 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Si un «moyen de défense» quelconque risque d'être révélé, il s'agit indiscutablement d'un moyen de défense de Del Zotto. Étant donné que selon les demandeurs, Noble risque de dévoiler un moyen de défense qui n'est pas le sien propre, son obligation n'a rien à voir avec l'auto-incrimination. Il s'ensuit que dans les circonstances de la cause, le principe de la charge de la preuve de la poursuite n'assure pas aux demandeurs un moyen pour se réclamer de la protection de l'article 7. 39

«Le droit de garder le silence»

La Cour suprême du Canada a jugé que le droit de garder le silence est un principe de justice fonda- 40

mental justice under section 7 of the Charter. As it was adopted by Cory J. in *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531 (Ont. C.A.) and discussed in *S. (R.J.)*, the right to silence protects an individual from being required to answer the police when under criminal investigation.

41 The plaintiffs argue that section 231.4 and the inquiry infringe the “right to silence”, and on this ground the plaintiffs are afforded the protections of section 7. The basis for this submission is that the purpose of a section 231.4 inquiry is criminal because it seeks to build a case for prosecuting individuals under section 239 of the *Income Tax Act*, which they say is a criminal provision. The plaintiffs maintain that since the context of the inquiry is criminal, the target of an inquiry must be afforded the right to silence. In turn, section 231.4 is argued to infringe the right to silence on grounds that subsection 231.4(3) of the *Income Tax Act* provides for the hearing officer at an inquiry to require an individual, including the target taxpayer, to testify and answer questions.

42 Under this line of submissions, the question arises as to whether the right to silence is triggered and is therefore available to the plaintiffs as a right under which to bring their challenge under section 7 in the circumstances of this case.

43 As stated, the right to silence was adopted as a principle of fundamental justice by the Ontario Court of Appeal *per* Cory J. in *Woolley*. In *Woolley*, the accused had been charged with the theft of a motor vehicle. After laying charges against him, the police asked the accused several times where the keys to the stolen vehicle were. They told him he would have to pay for new tumblers for the locks on the vehicle if he did not produce them, and that they would keep him in custody until he did so. Cory J. found that the accused was protected from incriminating himself by not having to answer the question. With respect to the right of silence, Cory J. noted, at page 539:

At the very least, it is clear that an accused person is under no legal obligation to speak to police authorities

mentale au sens de l'article 7 de la Charte. Ainsi qu'il a été défini par le juge Cory dans *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531 (C.A. Ont.), et évoqué dans *S. (R.J.)*, ce droit protège l'individu de l'obligation de répondre aux questions de la police dans une enquête criminelle.

Les demandeurs soutiennent que l'article 231.4 et l'enquête dont s'agit portent atteinte au «droit de garder le silence» et, par ce motif, qu'ils bénéficient des protections de l'article 7. Cet argument signifie que l'enquête prévue à l'article 231.4 est une enquête criminelle en ce qu'elle a pour objet de réunir les preuves en vue d'une poursuite sous le régime de l'article 239 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, article qui, selon les demandeurs, est une disposition pénale. Ils soutiennent que vu le contexte pénal de l'enquête, l'individu qui en fait l'objet doit se voir reconnaître le droit de garder le silence. Or, l'article 231.4 porte atteinte à ce droit en ce que le paragraphe 231.4(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* habilite le président d'enquête à ordonner aux personnes assignées, y compris le contribuable visé par l'enquête, de témoigner et de répondre aux questions posées.

Ces arguments posent la question de savoir si le droit de garder le silence est en jeu et si les demandeurs peuvent s'en réclamer pour invoquer l'article 7 dans les circonstances de la cause.

Comme noté *supra*, le droit de garder le silence a été adopté comme principe de justice fondamentale par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Woolley* (jugement prononcé par le juge Cory). Dans cette affaire, l'accusé devait répondre d'un vol de voiture. Après l'avoir inculpé, la police lui a demandé à plusieurs reprises où étaient les clés de la voiture. Les agents de police lui ont dit qu'il aurait à payer le remplacement des gorges de serrure du véhicule s'il ne produisait pas les clés, et qu'ils le garderaient en détention jusqu'à ce qu'il le fit. Le juge Cory a jugé que l'accusé n'avait pas à répondre à la question pour ne pas s'incriminer lui-même. Voici ce qu'il a conclu, en page 539, au sujet du droit de garder le silence:

[TRADUCTION] À tout le moins, il est clair que l'accusé n'est tenu à aucune obligation légale de parler à la police,

and there is no legal power in the police to compel an accused to speak:

et celle-ci ne tient de la loi aucun pouvoir pour l'obliger à parler. . . .

44 Therefore the right to silence protects an accused under investigation from having to answer the police. Much as with the "case to meet" principle, the right to silence bears a close relation to the principle of self-incrimination, in so far as it protects an individual under investigation from self-conscription.

Ainsi donc, le droit de garder le silence protège le suspect de l'obligation de répondre aux questions de la police. Tout comme le principe de la charge de la preuve de la poursuite, ce droit est étroitement lié au principe de la protection contre l'auto-incrimination, dans la mesure où il protège l'individu faisant l'objet d'une enquête de l'obligation d'administrer des preuves contre lui-même. 44

45 As to when the right to silence is triggered, it was held by Sopinka J., writing a concurrent judgment in *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at page 201 that:

Pour ce qui est de savoir quand le droit de garder le silence entre en jeu, le juge Sopinka a, par motifs concordants dans le jugement *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, a tiré la conclusion suivante, en page 201: 45

The right to remain silent, viewed purposively, must arise when the coercive power of the state is brought to bear against the individual—either formally (by arrest or charge) or informally (by detention or accusation)—on the basis that an adversary relationship comes to exist between the state and the individual. The right, from its earliest recognition, was designed to shield an accused from the unequal power of the prosecution, and it is only once the accused is pitted against the prosecution that the right can serve its purpose.

Le droit de garder le silence, considéré en fonction de l'objet qu'il vise, doit prendre naissance lorsque le pouvoir coercitif de l'État vient à être exercé contre l'individu—soit formellement (par l'arrestation ou l'inculpation) soit de façon informelle (par la détention ou l'accusation)—parce que c'est à ce moment qu'un rapport contradictoire naît entre l'État et l'individu. Le droit, depuis le moment où il a été reconnu pour la première fois, avait pour but de protéger un accusé du pouvoir inégal de la poursuite et ce n'est que lorsque l'accusé est confronté à la poursuite que ce droit peut répondre à son objectif.

46 Thus the trigger of the right to silence is founded on an adversarial relation between the state and an individual in which the individual is put at risk of incriminating himself. As with the principle of self-incrimination, the concern underlying the right to silence is not broad or abstract, but specific to the circumstances of the individual who is "pitted against" the prosecution.

Le droit de garder le silence entre ainsi en jeu quand l'État et l'individu se trouvent face à face dans une situation antagonique, dans laquelle ce dernier risque de s'incriminer lui-même. Tout comme pour le principe de la protection contre l'auto-incrimination, la préoccupation qui sous-tend le droit de garder le silence n'est pas générale ou abstraite, mais participe spécifiquement des circonstances de l'individu qui est «confronté» à la poursuite. 46

47 Although on the facts of the present case Del Zotto is clearly under investigation by the Special Investigations Branch of Revenue Canada, he has not been summoned to give testimony or produce documents at the inquiry, and has not been asked any questions at the inquiry. He is thus not "pitted against" the authorities in the sense that he is not being compelled to answer questions or produce documents in a manner analogous to the accused in

Bien qu'en l'espèce, Del Zotto ait été indiscutablement l'objet d'investigations de la Division des enquêtes spéciales de Revenu Canada, il n'a pas été assigné à témoigner ou à produire des documents à l'enquête dont il s'agit, et ne s'y est vu poser aucune question. Il n'est donc pas «confronté» aux autorités, car il n'est pas contraint à répondre aux questions ou à produire des documents de la même façon que l'accusé dans *Woolley*, lequel était en butte aux 47

Woolley, who was confronted with questions by the police designed to conscript the accused against himself. There is no effort on the part of the state to conscript Del Zotto against himself. In such circumstances it is hard to understand how the principle of the right to remain silent arises in this case.

48 Therefore, assuming that the inquiry convened to investigate the financial affairs of Del Zotto is being conducted for the purposes of convicting him pursuant to section 239 of the *Income Tax Act*, and assuming that section 239 is a criminal provision, there is still no “coercive power of the state” brought to bear against Del Zotto that would require the protection of the right to silence. I find that the plaintiffs’ submissions with respect to the right to silence are without foundation.

“Fundamental Unfairness”

49 In *S. (R.J.)*, L’Heureux-Dubé J. wrote a concurring judgment with respect to the general rule of compellability. She differed from the majority by adopting a test of “fundamental unfairness” as the basis of exemption from compellability in circumstances where individuals are facing the prospect of criminal or quasi-criminal charges and are compelled to testify at a proceeding other than their own trial. She stated the test, at page 608, in the following way:

A witness may be entitled to claim an exception under s. 7 from the principle that the state is entitled to every person’s evidence if it is established that the Crown is engaging in fundamentally unfair conduct. . . .

Fundamentally unfair conduct will most frequently occur when the Crown is seeking, as its predominant purpose (rather than incidentally), to build or advance its case against that witness instead of acting in furtherance of those pressing and substantial purposes validly within the jurisdiction of the body compelling the testimony. The Crown will be predominantly advancing its case against the accused when, by calling the witness, it is engaging in a colourable attempt to obtain discovery from the accused and, at the same time, is not materially advancing its own valid purposes.

50 On the basis of this test, the plaintiffs submit that section 231.4 and the inquiry are fundamentally

questions de la police qui visaient à l’amener à produire les preuves contre lui-même. En l’espèce, il n’y a eu aucune tentative de la part de l’État pour amener Del Zotto à se compromettre lui-même. Dans ces conditions, il est difficile de voir comment le droit de garder le silence entre en jeu.

48 Ainsi donc, quand bien même l’enquête ouverte sur les affaires financières de Del Zotto viserait à le prouver coupable au regard de l’article 239 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, et quand bien même ce dernier article serait une disposition pénale, on ne voit en l’espèce l’exercice d’aucun «pouvoir coercitif de l’État» sur Del Zotto, qui justifierait la protection que représente le droit de garder le silence. L’argument tiré par les demandeurs de ce droit est donc dénué de fondement.

«Iniquité fondamentale»

49 Dans *S. (R.J.)*, M^{me} le juge L’Heureux-Dubé, par motifs concordants sur la règle générale de la contraignabilité, s’est écartée de l’avis majoritaire en voyant dans «l’iniquité fondamentale» la justification de la non-contraignabilité dans le cas où l’individu, qui risque la poursuite pénale ou quasi pénale, est contraint à témoigner dans une instance autre que son propre procès. Voici comment elle définit ce critère, en page 608:

Un témoin peut être en droit de revendiquer, en vertu de l’art. 7, une exception au principe selon lequel l’État a droit au témoignage de quiconque s’il est établi que le ministère public adopte une conduite fondamentalement inéquitable . . .

La conduite fondamentalement inéquitable survient le plus souvent lorsque le ministère public cherche principalement (plutôt qu’accessoirement) à bâtir ou à faire avancer la constitution de sa preuve contre le témoin au lieu de poursuivre les objectifs pressants et réels qui relèvent valablement de la compétence de l’organisme qui contraint à témoigner. Le ministère public poursuit principalement la constitution de sa preuve contre le témoin lorsque, en assignant ce témoin, il tente de façon détournée à obtenir de lui des renseignements et, en même temps, ne poursuit pas substantiellement ses propres objectifs valides.

50 Se réclamant de ce critère, les demandeurs soutiennent que l’article 231.4 et l’enquête dont il s’agit

unfair because an inquiry convened under section 231.4 is conducted for the purpose of building a case for prosecuting individuals pursuant to section 239, which the plaintiffs say is a criminal offence.

sont fondamentalement iniques, en ce que l'enquête ouverte en application de l'article 231.4 vise à réunir les preuves en vue de la poursuite visée à l'article 239, lequel, disent-ils, est une disposition pénale.

51 However, the same impediment arises here as it did with respect to the plaintiffs' submissions under the "case to meet" principle and the right to silence in that the test of fundamental unfairness was adopted by L'Heureux-Dubé J. to address circumstances in which individuals are being conscripted against themselves. In articulating the fundamental unfairness test, L'Heureux-Dubé J. observed in *S. (R.J.)*, at pages 614-615:

51 Cependant, cet argument se heurte au même obstacle que celui qui s'oppose au moyen tiré par les demandeurs du principe de la charge de la preuve de la poursuite et du droit de garder le silence, en ce que M^{me} le juge L'Heureux-Dubé a adopté le critère de l'iniquité fondamentale à l'égard de l'individu forcé à produire des preuves contre lui-même. Articulant ce critère, voici ce qu'elle fait observer, en pages 614 et 615 de *S. (R.J.)*:

... it is trite law to say that there is no constitutional protection against being conscripted to testify against others. Only when a witness is predominantly being conscripted to testify against himself do we bring to bear the arsenal of protections collectively massed within s. 7 of the *Charter*.

... il est bien établi en droit qu'il n'existe pas de protection constitutionnelle relativement à l'obligation de témoigner contre d'autres personnes. Ce n'est que dans le cas où un témoin est principalement contraint à témoigner contre lui-même que l'on peut faire valoir l'arsenal des protections visées par l'art. 7 de la *Charte*.

52 In light of her observation, it is clear that the test of fundamental unfairness is also strongly connected with the principle of self-incrimination. I find that since Del Zotto has not been subpoenaed, and Noble is being compelled to testify as to Del Zotto's affairs and not his own, the plaintiffs are not availed of the protection of section 7 on the grounds of fundamental unfairness.

52 Il ressort de l'observation ci-dessus que le critère de l'iniquité fondamentale est aussi étroitement lié au principe de la protection contre l'auto-incrimination. Puisque Del Zotto n'a pas été assigné à témoigner, et que Noble est contraint à témoigner sur les affaires de ce dernier, et non sur les siennes propres, les demandeurs ne peuvent invoquer la protection de l'article 7 contre l'iniquité fondamentale.

"Subpoena Powers"

«Pouvoirs d'assignation»

53 As a corollary to the "case to meet" principle, the question arose in *S. (R.J.)*, at page 536: "are we prepared to arm the police with subpoena powers?" The question was posed by Iacobucci J., who answered "I do not think that we are". Chief Justice Lamer agreed with Iacobucci J. in the matter (see *S. (R.J.)*, at page 472).

53 Comme corollaire du principe de la charge de la preuve de la poursuite, le juge Iacobucci a posé, en page 536 de *R. c. S. (R.J.)* la question: «sommes-nous disposés à investir la police de pouvoirs d'assignation?», puis y a répondu: «Je ne le crois pas». Le juge en chef Lamer était du même avis (voir *S. (R.J.)*, à la page 472).

54 On the basis of the *obiter* of Iacobucci J., the plaintiffs submit that section 231.4 and the inquiry are constitutionally invalid. They maintain that a section 231.4 inquiry is a forum by means of which the Special Investigations Branch of Revenue Canada can subpoena innocent third parties in conducting an investigation aimed to convict a taxpayer

54 S'appuyant sur l'observation incidente faite par le juge Iacobucci, les demandeurs soutiennent que l'article 231.4 et l'enquête dont s'agit sont constitutionnellement invalides, par ce motif que cette dernière est un moyen pour la Division des enquêtes spéciales de Revenu Canada d'assigner des tiers innocents à témoigner dans une enquête tendant à

under section 239 of the *Income Tax Act*, which is alleged to be a criminal provision. Special Investigations may thus obtain subpoenas to compel witnesses to testify in the course of a criminal investigation, which the plaintiffs say is contrary to the holding of Chief Justice Lamer and Iacobucci J. in *S. (R.J.)* that police cannot be armed with subpoena powers.

déclarer un contribuable coupable au regard de l'article 239 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, lequel, disent-ils, est une disposition pénale. Et que la Division des enquêtes spéciales peut ainsi obtenir des assignations pour contraindre des gens à témoigner dans une enquête criminelle, ce qui va à l'encontre de la conclusion tirée par le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci dans *S. (R.J.)*, savoir que la police ne peut être investie de pouvoirs d'assignation.

55 According to the plaintiffs, the spectre of the police conducting a criminal investigation armed with subpoenas is highly persuasive with respect to the need for section 7 protections. The courts have often identified as a crucial rationale for section 7 that the principles of fundamental justice are meant to guard society from the slippery slope of becoming a police state. Certainly, the idea of a suspect being caught in a double bind at the hands of the police in the investigative stage—facing contempt if he is silent, and the risk of assisting to convict himself if he speaks, is evocative of a society that has slid the greater part of the unwanted distance.

Selon les demandeurs, le spectre de la police menant une enquête criminelle à coups d'assignations est l'illustration par excellence de la nécessité des protections prévues à l'article 7. Une des raisons d'être de cet article, telle que l'ont souvent relevée les tribunaux, tient à ce que les principes de justice fondamentale visent à protéger la société de la pente glissante vers l'État policier. Certainement, la possibilité que le suspect soit pris dans les tenailles de l'enquête policière, d'un côté l'inculpation d'outrage à la justice s'il garde le silence, de l'autre le risque de contribuer à sa propre condamnation s'il parle, évoque une société très mal engagée sur cette mauvaise pente.

56 The plaintiffs are arguing that I should embark on what seems to be a straightforward comparison between a section 231.4 inquiry and a criminal investigation conducted by the police. They say a section 231.4 inquiry is *de facto* a criminal investigation because it is convened for the purposes of building a case for the prosecution of a taxpayer under section 239. Thus they say the power of a hearing officer to subpoena witnesses would be analogous to a police officer being armed with subpoena powers. Presumably, if the analogy may be drawn between a hearing officer conducting a section 231.4 inquiry and a police officer conducting a criminal investigation, then according to the *dicta* of Iacobucci J., the powers of the hearing officer to subpoena would be constitutionally impermissible.

Selon les demandeurs, l'enquête prévue à l'article 231.4 est assimilable à l'enquête criminelle menée par la police. Ils soutiennent que la première est dans les faits une enquête criminelle, puisqu'elle est ouverte pour réunir les preuves en vue de poursuivre un contribuable sous le régime de l'article 239. Par conséquent, le fait que le président d'enquête est habilité à assigner des témoins fait penser à l'agent de police armé du pouvoir d'assignation. Si on pouvait faire le parallèle entre le président de l'enquête ouverte en application de l'article 231.4 et l'agent de police menant une enquête criminelle, on en viendrait à déduire de l'observation incidente du juge Iacobucci que les pouvoirs d'assignation du président d'enquête ne sont pas constitutionnellement valides.

57 However, I find there is a troubling ambivalence at the root of this submission. I am not satisfied that the plaintiffs are relying on any recognized principle of fundamental justice under section 7. While the observation of Iacobucci J. that the police cannot be armed with subpoena powers can be taken as a

Cet argument présente cependant une ambivalence qui ne laisse pas d'être troublante. Je ne pense pas que les demandeurs s'appuient sur aucun principe reconnu de justice fondamentale au sens de l'article 7. On peut interpréter l'observation faite par le juge Iacobucci, savoir que la police ne saurait être inves-

restatement of the principle of self-incrimination (including the principles of “case to meet” and the right of a suspect to remain silent at the investigative stage of the criminal process) the plaintiffs are arguing on another basis. The plaintiffs say Iacobucci J.’s observation about the police not having subpoena powers also refers to a more general right, namely, the right not to speak to the police. This must be their position because Del Zotto has not been subpoenaed. Their point is that third persons who are subpoenaed have a fundamental right under section 7 not to speak to the police.

58 The right not to speak to the police was acknowledged to exist at common law in the English case *Rice v. Connolly*, [1966] 2 All E.R. 649 (Q.B.) in which a police officer questioned a man who was behaving suspiciously in a location where a break and enter had recently occurred. The man refused to answer where he was going or where he had come from, and refused to give his name and address. He refused to accompany the officer to a police box for the purposes of being identified. The police officer arrested him on a charge of obstructing a constable when in the execution of his duty. It was held that no obstruction was established. In making this finding, Lord Parker C.J. stated, at page 652:

It seems to me quite clear that though every citizen has a moral duty or, if you like, a social duty to assist the police, there is no legal duty to that effect, and indeed the whole basis of the common law is that right of the individual to refuse to answer questions put to him by persons in authority, and a refusal to accompany those in authority to any particular place, short, of course, of arrest.

59 It is on the basis of this right that the plaintiffs are arguing it is unconstitutional for a hearing officer conducting a section 231.4 inquiry to compel innocent third parties to testify against a taxpayer who is undergoing the equivalent of a criminal investigation.

60 I note that although the right not to speak to the police has been adopted in Canada at common law,³ it has not received recognition as a principle of

tie de pouvoirs d’assignation, comme une nouvelle formulation du principe de la protection contre l’auto-incrimination (ce qui s’entend également du principe de la charge de la preuve de la poursuite et du droit du suspect de garder le silence au stade de l’enquête criminelle), mais l’argument des demandeurs repose sur un autre fondement. Ils tiennent que cette observation sur l’absence de pouvoirs d’assignation chez la police énonce un droit plus général, celui de ne pas parler à la police. Telle doit être leur position, puisque Del Zotto n’a pas été assigné. Leur argument est que les tiers qui sont assignés tiennent de l’article 7 le droit fondamental de ne pas parler à la police.

L’existence du droit de ne pas parler à la police a été reconnue en common law dans une cause anglaise, *Rice v. Connolly*, [1966] 2 All E.R. 649 (Q.B.). Un homme qui se comportait de façon suspecte en un lieu où s’était juste produite une entrée par effraction, a refusé de répondre à un agent de police qui voulait savoir où il allait et d’où il venait. Il a également refusé de donner ses nom et adresse, et d’accompagner cet agent à un poste de police aux fins d’identification. L’agent l’a arrêté pour entrave à un agent de police dans l’exercice de ses fonctions. Il a été jugé que l’entrave n’était pas prouvée. En tirant cette conclusion, le juge en chef lord Parker a fait observer, en page 652:

[TRADUCTION] Il est indéniable que si chaque citoyen a l’obligation morale, voire l’obligation sociale, d’assister la police, il ne s’agit pas là d’une obligation légale, et de fait, l’assise de la common law consiste dans ce droit de l’individu de refuser de répondre aux questions que lui posent des personnes en situation d’autorité, et de refuser de les accompagner quelque part, à moins bien entendu d’arrestation.

C’est par référence à ce droit que les demandeurs soutiennent qu’il est inconstitutionnel pour le président de l’enquête prévue à l’article 231.4 de contraindre des tiers innocents à témoigner contre un contribuable soumis à ce qui est équivalent à une enquête criminelle.

Je note que si le droit de ne pas parler à la police a été adopté au Canada en common law³, il n’a pas été reconnu à titre de principe de justice fondamen-

fundamental justice for the purposes of section 7. Clearly, it would be inadequate to rely on an out-of-context reading of Iacobucci J.'s comment about police subpoena powers to decide that he was broadly conferring constitutional stature on the right not to speak to the police, rather than making the observation merely to further his discussion in *S. (R.J.)* of the principle of self-incrimination.

61 If Iacobucci J., in making the observation, was merely furthering his discussion of self-incrimination, then the plaintiffs have no basis for their submission for the same reasons that they could not rely on the principle of “case to meet”, right to silence and fundamental unfairness, namely that they have no factual underpinning to assert self-incrimination in this case. However, if the observation of Iacobucci J. can be construed more broadly to encompass the right not to speak to the police, then I must turn to entertain whether the plaintiffs are afforded the protection of section 7 on this basis. It is therefore important to look to the context in which Iacobucci J. made the observation.

62 In *S. (R.J.)*, Iacobucci J. posed the question whether the police could have subpoena powers in the context of discussing the need for extra protection beyond a general compellability rule providing “use immunity” and “derivative use immunity”. He stated his primary concern, at page 535:

For if it be accepted that a person can always be compelled as a witness and that protection by way of evidentiary immunity will always be sufficient, then it must also be accepted that we have gone considerable distance toward diluting the principle of the case to meet without ever having said so.

63 Iacobucci J. was therefore raising the prospect that an absolute compellability rule would have significant effects on the “case to meet” principle. He went on to identify the brunt of the problem by quoting from Beaudoin and Ratushny, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed., (Toronto:

tale au sens de l'article 7. Il ne convient certainement pas de citer hors de contexte l'observation du juge Iacobucci sur l'absence de pouvoirs d'assignation chez la police pour conclure qu'elle revenait à reconnaître un fondement constitutionnel au droit de ne pas parler à la police, alors que cette observation ne servait qu'à éclairer son analyse de la protection contre l'auto-incrimination dans *S. (R.J.)*.

61 Si par cette observation, le juge Iacobucci ne visait qu'à éclairer son analyse de la protection contre l'auto-incrimination, l'argument des demandeurs serait dénué de fondement tout comme ils ne pourraient invoquer le principe de la charge de la preuve de la poursuite, le droit de garder le silence et l'iniquité fondamentale, c'est-à-dire que leur moyen tiré de la protection contre l'auto-incrimination ne repose sur aucun fait. Par contre, si l'observation du juge Iacobucci pouvait être interprétée plus libéralement de façon à embrasser le droit de ne pas parler à la police, il y aurait lieu d'examiner si les demandeurs jouissent de la protection de l'article 7 sous ce chef. Il est donc important d'examiner le contexte dans lequel le juge Iacobucci a fait cette observation.

62 C'est dans le contexte général de l'analyse de la nécessité d'un surcroît de protection allant au-delà de la règle générale de contraignabilité portant «immunité contre l'utilisation de la preuve» et «immunité contre l'utilisation de la preuve privée», que le juge Iacobucci a posé dans *S. (R.J.)* la question de savoir si la police pouvait être investie de pouvoirs d'assignation. Il a expliqué sa principale appréhension en ces termes, à la page 535:

En effet, si on acceptait qu'une personne peut toujours être contrainte à témoigner et que la protection au moyen de l'immunité relative à la preuve est toujours suffisante, il faudrait reconnaître également que nous avons aussi beaucoup atténué le principe de la preuve complète sans l'avoir dit.

63 Le juge Iacobucci faisait ainsi entrevoir les effets considérables qu'une règle de contraignabilité absolue pourrait avoir sur le principe de la charge de la preuve de la poursuite. Il a ensuite identifié l'essentiel du problème en citant ce passage de l'ouvrage de Beaudoin et Ratushny, *Charte canadienne des*

Carswell, 1989), at page 535 (which is worthwhile to quote in part here):

The basic problem is that many of the protections provided by the criminal process may be subverted by calling the suspect or accused as a witness at some other proceeding prior to his criminal trial.

It is true that such a witness may prevent his testimony from being introduced at a subsequent criminal trial. However, the damage may be done in other ways. The earlier hearing might be used as a 'fishing expedition' to subject the witness to extensive questioning with a view to uncovering possible criminal conduct. The questioning might also be used to investigate a particular offence.

64 It was in this context that Iacobucci J. stated in *S. (R.J.)*, at page 536:

To put the matter another way, the *Charter's* structure as described above is founded upon the Crown's obligation to make a case, but it also assumes a general rule of compellability coupled with evidentiary immunity. If, however, the *Charter* places no limits on when this structure may be invoked, then the *Charter* could, in fact, condone an inquisition of the most notorious kind. Such condonation would bespeak an impossible dualism. To ask a question by paraphrasing a concern voiced in *Thomson Newspapers*, *supra*, at p. 606 (*per* Sopinka J.): are we prepared to arm the police with subpoena powers?

I do not think that we are, but the difficulty lies in fashioning an acceptable response. Because the status of individuals cannot be manipulated in any meaningful way to confine the reach of a general compellability rule, one is left with the difficult task of focusing on the character of proceedings at which testimony is sought to be compelled. This is a task which I do not relish, but it seems absolutely demanded by the structure of the *Charter*.

65 Upon reading the observation as it was put in *S. (R.J.)*, it becomes clear that Iacobucci J. posed the question "are we prepared to arm the police with subpoena powers?" in the context of a concern that the state may use a proceeding to circumvent the protections that are afforded to a suspect or an accused in the criminal process. The underlying concern is that an individual should not be compellable to testify against himself at a proceeding that is a criminal investigation, whether the

droits et libertés, 2^e édition, Montréal: Wilson & Lafleur, 1989, aux pages 535 et 536 (passage qu'il y a lieu de reproduire en partie ci-dessous):

Le problème est le suivant: il est possible pour l'accusation de priver l'accusé ou le suspect de bon nombre des protections du processus pénal en l'assignant comme témoin à des procédures autres que son procès.

Il est vrai qu'un témoin peut empêcher que son témoignage soit présenté comme preuve contre lui dans un procès criminel subséquent. Il peut, cependant, subir d'autres préjudices. Il est possible qu'on utilise la procédure comme une «expédition de pêche» où l'on interrogera le témoin de façon serrée pour tenter de découvrir s'il a déjà participé à des infractions. Ou encore, on tentera de voir s'il a participé à une infraction en particulier.

C'est dans ce contexte que le juge Iacobucci a tiré 64 la conclusion suivante dans *S. (R.J.)*, à la page 536:

En d'autres termes, l'économie déjà décrite de la *Charte* est fondée sur l'obligation du ministère public de présenter une preuve, mais elle suppose aussi l'application d'une règle générale de contraignabilité assortie d'une immunité relative à la preuve. Toutefois, si la *Charte* ne restreint pas les cas où l'on peut invoquer cette économie, alors elle pourrait, en fait, se trouver à tolérer une inquisition de l'espèce la plus notoire. Pareille tolérance annoncerait un dualisme impossible. Pour paraphraser, sous forme de question, une préoccupation exprimée dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, à la p. 606 (le juge Sopinka): sommes-nous disposés à investir la police de pouvoirs d'assignation?

Je ne le crois pas; cependant, il est difficile de formuler une réponse acceptable. Puisqu'il est impossible d'exploiter utilement la situation des personnes pour restreindre la portée générale de contraignabilité, il nous reste à entreprendre la difficile tâche de nous concentrer sur la nature des procédures au cours desquelles on cherche à contraindre une personne à témoigner. C'est une tâche qui ne me sourit guère, mais qui semble absolument nécessaire compte tenu de l'économie de la *Charte*.

Il ressort de l'observation ci-dessus, telle qu'elle 65 était formulée dans *S. (R.J.)*, que le juge Iacobucci a posé la question «sommes-nous disposés à investir la police de pouvoirs d'assignation?» face à l'appréhension que l'État puisse se servir de l'instance pour contourner les protections assurées au suspect ou à l'accusé dans le processus pénal. La préoccupation sous-jacente est qu'un individu ne doit pas être contraignable à témoigner contre lui-même dans ce qui est en fait une enquête criminelle, qu'il s'agisse

investigation is a straightforward one conducted by the police, or it is *de facto* a criminal investigation conducted in some other guise, ostensibly as a public inquiry, or as a preliminary hearing, or the trial of another person.

d'une enquête proprement dite de la police, ou d'une enquête criminelle *de facto* menée sous quelque autre forme, ostensiblement en tant qu'enquête publique, enquête préliminaire, ou procès d'une autre personne.

66 In terms of whether such an ostensible use of a section 231.4 inquiry would be possible, if it were the case that a hearing officer issued a subpoena to a taxpayer who was under investigation pursuant to section 239 of the *Income Tax Act*, the taxpayer could challenge whether he was compellable not merely on the basis of an observation that the police cannot have subpoena powers, but also pursuant to the predominant purpose test laid out by the Supreme Court in *Branch*. *Branch* stands for the proposition that police cannot have subpoena powers because, according to the predominant purpose test, the authorities cannot hide behind the veneer of a nominally administrative proceeding in order to conscript an individual who is the target of a criminal investigation into giving self-incriminating testimony. If the predominant purpose of the inquiry is that of building a case against the taxpayer for the purposes of a criminal or quasi-criminal prosecution, then the taxpayer will receive constitutional protection under section 7 from being conscripted against himself by means of the subpoena based on the principle of self-incrimination.

Pour ce qui est de savoir si pareil recours ostensible à l'enquête prévue à l'article 231.4 est possible, on voit que dans le cas où le président d'enquête assigne un contribuable faisant l'objet d'une enquête en application de l'article 239 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ce contribuable pourrait contester sa propre contraignabilité en invoquant non seulement cette observation que la police ne peut être investie de pouvoirs d'assignation, mais aussi le critère de l'objet prédominant, que la Cour suprême a défini dans *Branch*. Cette dernière jurisprudence pose que la police ne peut être investie de pouvoirs d'assignation parce que, selon le critère de l'objet prédominant, les autorités ne peuvent se cacher derrière le vernis d'une procédure soi-disant administrative afin de forcer un individu visé par une enquête criminelle à donner un témoignage par lequel il s'incriminerait lui-même. Si l'enquête a pour objet prédominant de monter un dossier contre le contribuable en vue d'une poursuite pénale ou quasi pénale, celui-ci jouit de la protection constitutionnelle de l'article 7 contre l'assignation à produire des preuves contre lui-même, et ce par application du principe de la protection contre l'auto-incrimination.

67 Therefore, the observation as to the police having power to subpoena is rooted in a concern based on the principle of self-incrimination rather than a general right not to speak to the police. In the case at bar, if Del Zotto had been subpoenaed, I would have been obliged to make a finding, not by testing the soundness of an analogy between the hearing officer and a police officer in the course of a criminal investigation, but by using the predominant purpose test in *Branch* to answer the question whether Del Zotto would be exempted from being compelled by the protection afforded by section 7 based on the principle of self-incrimination. However, Del Zotto has not been subpoenaed.

On voit de ce qui précède que l'observation au sujet du déni des pouvoirs d'assignation à la police participe d'une appréhension découlant du principe de la protection contre l'auto-incrimination, et non d'un droit général de ne pas parler à la police. En l'espèce, si Del Zotto avait été assigné, je n'aurais eu d'autre choix que de me prononcer, non pas en mettant à l'épreuve la validité de l'analogie entre le président d'enquête et un agent de police menant une enquête criminelle, mais en m'appuyant sur le critère de l'objet prédominant établi par la jurisprudence *Branch* pour répondre à la question de savoir si Del Zotto devait être protégé de la contraignabilité par l'article 7 selon le principe de la protection contre l'auto-incrimination. Cependant, Del Zotto n'a pas été assigné.

66

67

68 I conclude that the *obiter* of Iacobucci J. is not based on the right not to speak to the police. Thus, I find the plaintiffs have no ground on which to invoke section 7 in respect of the observation of Iacobucci J. that the police do not have subpoena powers.

69 As to whether the plaintiffs can bring a challenge to section 231.4 and the inquiry based purely on the right not to speak to the police, independently of any connection with the *dicta* of Iacobucci J. in *S. (R.J.)*, I find that the plaintiffs have provided no support for the proposition that the right not to speak to police is a right afforded by section 7 of the Charter. While they have asserted that the right not to speak to the police is a constitutional right, they have made no substantive submissions to this effect (except that the *dicta* of Iacobucci J. gave it such a status, which is a submission I have already dispensed with), nor have they attempted to show how the right would apply in this case. It is clear that Del Zotto is not being asked any questions by the police or any person in authority in the context of the inquiry, so the right cannot apply to protect him. Nor have they explained how or why Noble is entitled to section 7 protection in this case.

70 In conclusion, I can identify no basis under section 7 on which the plaintiffs can make out a challenge against subsection 231.4 of the *Income Tax Act*, or the inquiry convened to investigate the financial affairs of Del Zotto, or the subpoena issued to Noble by the respondents. I find, therefore, that section 7 has no application in this case.

SECTION 8

71 Section 8 of the Charter was given an interpretive foundation in *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, in which the Supreme Court established that section 8 guaranteed a broad and general right for individuals to be secure from unreasonable searches and seizures. In *Hunter*, several combines investigation officers entered the business premises of the respondents to examine and seize documents pursuant to subsection 10(1) of the *Combines Inves-*

68 Je conclus que l'observation incidente faite par le juge Iacobucci ne touche pas au droit de ne pas parler à la police. Les demandeurs ne sont donc pas fondés à invoquer l'article 7 en s'appuyant sur cette observation que la police n'a pas pouvoir d'assignation.

69 Pour ce qui est de savoir s'ils peuvent contester l'article 231.4 et l'enquête en question en invoquant juste le droit de ne pas parler à la police, sans aucune référence à l'observation incidente faite par le juge Iacobucci dans *S. (R.J.)*, je conclus qu'ils n'ont rien produit à l'appui de l'argument qu'il s'agit là d'un droit garanti par l'article 7 de la Charte. Ils affirment que ce droit est garanti par la Constitution, mais n'ont présenté aucun argument de fond à cet effet (à part le fait que ce statut découle de l'observation incidente du juge Iacobucci, argument que j'ai rejeté); ils n'ont pas essayé non plus de démontrer comment ce droit aurait application en l'espèce. Il est clair que Del Zotto ne s'est vu poser aucune question par la police ou une quelconque personne en situation d'autorité dans le cadre de l'enquête; ce droit ne peut donc entrer en jeu pour le protéger. Les demandeurs n'ont pas expliqué non plus comment ou pourquoi Noble a droit à la protection de l'article 7 en l'espèce.

70 En conclusion, je ne vois dans l'article 7 rien que les demandeurs puissent invoquer pour contester l'article 231.4 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ou l'enquête ouverte sur les affaires financières de Del Zotto, ou encore l'assignation signifiée par les intimés à Noble. Je conclus donc que l'article 7 n'a pas application en l'espèce.

L'ARTICLE 8

71 L'article 8 de la Charte a été interprété dans l'arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, par lequel la Cour suprême a posé que cette disposition prévoit pour l'individu une protection générale et étendue contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. Plusieurs agents des enquêtes sur les coalitions étaient entrés dans les locaux des intimés pour examiner et saisir des documents en application du paragraphe 10(1) de la *Loi relative*

tigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, which provided that the Director of Investigation and Research of the Combines Investigation Branch could authorize searches and seizures. The issue before the Supreme Court was whether the search and seizure powers under subsection 10(1) of the *Combines Investigation Act* were inconsistent with section 8. Dickson J. (as he then was), writing for the majority, laid out the foundation of section 8 analysis, at pages 159-160:

The guarantee of security from unreasonable search and seizure only protects a reasonable expectation. This limitation on the right guaranteed by s. 8, whether it is expressed negatively as freedom from “unreasonable” search and seizure, or positively as an entitlement to a “reasonable” expectation of privacy, indicates that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public’s interest in being left alone by government must give way to the government’s interest in intruding on the individual’s privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement.

72 Dickson J. went on to articulate the *Hunter* standards under which a search and seizure conducted against an individual with a reasonable expectation of privacy may be established as a reasonable search.⁴

73 In 1990, the Supreme Court further developed the application of the safeguards provided by the *Hunter* standards in two cases decided at the same time: *Thomson Newspapers (supra)*, and *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627. In both cases the Supreme Court observed that the *Hunter* standards had been developed in a criminal or quasi-criminal context, and addressed the question whether the same standards applied to searches and seizures conducted in a regulatory or administrative context.

74 In *Thomson*, several officers of the corporation under investigation were summoned before the Restrictive Trade Practices Commission to testify and produce documents pursuant to section 17 of the *Combines Investigation Act*. The compulsion to produce documents before the Commission was found to constitute a “seizure” for the purposes of

aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, qui habilitait le directeur des enquêtes et recherches, Direction des enquêtes sur les coalitions, à autoriser des fouilles, perquisitions et saisies. La Cour suprême était appelée à juger si le pouvoir de fouille, de perquisition et de saisie prévu au paragraphe 10(1) de cette Loi allait à l’encontre de l’article 8. Le juge Dickson (tel était son titre à l’époque), prononçant le jugement de la majorité, a défini le mode d’analyse de l’article 8 comme suit, aux pages 159 et 160:

La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu’une attente raisonnable. Cette limitation du droit garanti par l’art. 8, qu’elle soit exprimée sous la forme négative, c’est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies «abusives», ou sous la forme positive comme le droit de s’attendre «raisonnablement» à la protection de la vie privée, indique qu’il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s’immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d’assurer l’application de la loi.

Il a ensuite défini les normes au regard desquelles 72 les fouilles, perquisitions et saisies opérées contre l’individu qui compte sur un droit raisonnable à la vie privée, peuvent être considérées comme raisonnables⁴.

En 1990, la Cour suprême a approfondi la ques- 73 tion de l’application des garanties issues des normes *Hunter*, dans deux causes jugées au même moment: *Thomson Newspapers (supra)* et *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627. Dans les deux causes, elle a noté que les normes *Hunter* ont été établies dans un contexte pénal ou quasi pénal, et a examiné si elles s’appliquaient aux fouilles, perquisitions et saisies opérées dans un contexte réglementaire ou administratif.

Dans *Thomson*, plusieurs dirigeants de la compa- 74 gnie soumise à l’enquête ont été convoqués à comparaître devant la Commission sur les pratiques restrictives du commerce, pour témoigner et produire des documents conformément à l’article 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Il a été jugé que le fait de forcer à produire des documents de-

section 8. The Supreme Court held, however, that the seizure was not unreasonable, and there was therefore no breach of section 8. In addressing the matter of the distinction between regulatory or administrative and criminal or quasi-criminal contexts, La Forest J., writing for the majority, observed at page 506:

The application of a less strenuous and more flexible standard of reasonableness in the case of administrative or regulatory searches and seizures is fully consistent with a purposive approach to the elaboration of s. 8.

La Commission constituait une «saisie» au sens de l'article 8. La Cour suprême a cependant conclu que cette saisie n'était pas abusive et qu'il n'y avait par conséquent pas violation de l'article 8. En ce qui concerne la distinction entre contexte réglementaire ou administratif et contexte pénal ou quasi pénal, le juge La Forest, prononçant les motifs de la majorité, a fait l'observation suivante, en page 506:

L'application d'une norme du caractère raisonnable moins sévère et plus souple dans le cas des fouilles, des perquisitions et des saisies en matière administrative ou réglementaire est tout à fait conforme à une interprétation fondée sur l'objet de l'art. 8.

75 In *McKinlay*, two companies under audit by Revenue Canada were served with letters demanding the production of a broad array of documentation pursuant to section 231.3 [as enacted by S.C. 1986, c. 6, s. 121] of the *Income Tax Act* for the purposes of the audit. This was also held to be a seizure within the meaning of section 8. With respect to the significance of the context in which the seizure took place, Wilson J., writing for the Court (concurring reasons were written by La Forest, L'Heureux-Dubé, and Sopinka JJ.), observed, at page 647:

It is consistent with this [a flexible and purposive] approach [to section 8], I believe, to draw a distinction between seizures in the criminal or quasi-criminal context to which the full rigours of the *Hunter* criteria will apply, and seizures in the administrative or regulatory context to which a lesser standard may apply depending upon the legislative scheme under review.

Dans *McKinlay*, deux compagnies soumises à une vérification par Revenu Canada ont été sommées de produire une variété de documents en application de l'article 231.3 [édicte par S.C. 1986, ch. 6, art. 121] de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et aux fins de la vérification. Il a été jugé qu'il s'agit là d'une saisie au sens de l'article 8. En ce qui concerne l'importance du contexte dans lequel la saisie a eu lieu, M^{me} le juge Wilson, prononçant le jugement de la Cour (avec motifs concordants des juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka), a fait l'observation suivante, en page 647:

J'estime qu'il est conforme à cette interprétation de faire une distinction entre, d'une part, les saisies en matière criminelle ou quasi criminelle auxquelles s'appliquent dans toute leur rigueur les critères énoncés dans l'arrêt *Hunter* et, d'autre part, les saisies en matière administrative et de réglementation, auxquelles peuvent s'appliquer des normes moins strictes selon le texte législatif examiné.

76 In the case at bar, the issue under section 8 is whether the *Hunter* standards apply to section 231.4 of the *Income Tax Act* and the inquiry.

En l'espèce, la question qui se pose au regard de l'article 8 est de savoir si les critères *Hunter* s'appliquent à l'article 231.4 et à l'enquête dont il s'agit.

77 The plaintiffs have submitted that section 231.4 infringes section 8 because subsection 231.4(3) provides to a hearing officer the power to subpoena witnesses *duces tecum*, which constitutes a seizure conducted without a warrant or reasonable or probable grounds. They maintain that when section 231.4 is used to investigate the financial affairs of a taxpayer in order to build a case for prosecution under section 239 of the *Income Tax Act*, the context of the seizure is clearly criminal and therefore

Les demandeurs soutiennent que l'article 231.4 va à l'encontre de l'article 8 parce que son paragraphe (3) habilite le président d'enquête à assigner des témoins à produire des documents, ce qui constitue une saisie sans mandat ni motifs raisonnables ou probables. Lorsque, disent-ils, l'article 231.4 est invoqué pour ouvrir une enquête sur les affaires financières du contribuable en vue de constituer un dossier d'accusation sous le régime de l'article 239 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la saisie s'inscrit

the *Hunter* standards must apply.

78 The plaintiffs have made extensive submissions to the effect that section 239 of the *Income Tax Act* is a criminal provision. They have drawn especially on the decision in *Knox Contracting Ltd. v. Canada*, [1990] 2 S.C.R. 338 in which Cory J., writing for the majority, observed, at pages 348-349:

Section 231.3 provides for the issuance of search warrants where they may afford evidence of an "offence" under the Act. Section 239 describes those offences. They are by their very nature criminal. Upon reading s. 239 the key descriptive words spring from the page, such as: "false or deceptive statements", "to evade payment of a tax imposed by this Act, destroyed, altered, mutilated, secreted . . . records", "false or deceptive entries" and "wilfully . . . evaded". The section speaks of fraud, deception, destruction and alteration of documents, false statements, false documents and the wilful evasion of income tax.

It is readily apparent that those who commit these offences have deliberately committed acts which by their very nature come well within the definition of what constitutes criminal law. The offences described in s. 239 are "clearly harmful to the State". The fact that these offences may be prosecuted upon indictment and that terms of imprisonment of up to 5 years may be imposed serves to further strengthen the conclusion that these offences are criminal in nature.

79 The plaintiffs have also presented extensive evidence from T.O.M. to establish that the Special Investigations Branch of Revenue Canada is conducting a "criminal" type of investigation when it instigates a section 231.4 inquiry to investigate a taxpayer. Moreover, they have closely examined the statutory history of section 231.4 and have shown how, although the provision began as a regulatory instrument, it has for a considerable number of years been re-oriented by amendment and employed by Revenue Canada solely as a criminal investigatory instrument.

80 I note that a finding that section 239 is "criminal" does not mean, as the plaintiffs have argued, that the

indubitablement dans un contexte pénal, elle est donc soumise aux critères *Hunter*.

78 Les demandeurs soutiennent avec force arguments que l'article 239 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est une disposition pénale. Ils invoquent en particulier la décision *Knox Contracting Ltd. c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338, dans laquelle le juge Cory, prononçant le jugement de la majorité, a tiré la conclusion suivante, en pages 348 et 349:

L'article 231.3 prévoit que des mandats de perquisition peuvent être décernés lorsqu'ils peuvent fournir des éléments de preuve de la perpétration d'une «infraction» à la Loi. L'article 239 décrit des infractions. De par leur nature même, ils constituent du droit criminel. À la lecture de l'art. 239, les mots clés qui en ressortent sont: «déclarations fausses ou trompeuses», «a, pour éluder le paiement d'un impôt établi par la présente loi, détruit, altéré, mutilé, caché les registres», «inscriptions fausses ou trompeuses» et «a, volontairement . . . éludé». L'article parle de fraude, de tromperie, de destruction et d'altération de documents, de déclarations fausses, de faux documents et d'évasion fiscale volontaire.

Il est facile de constater que ceux qui commettent ces infractions ont délibérément commis des actes qui, de par leur nature même, s'inscrivent bien dans la définition de ce qui constitue du droit criminel. Les infractions décrites à l'art. 239 sont clairement «préjudiciables à l'État». Le fait que ces infractions puissent faire l'objet de poursuites en vertu d'un acte d'accusation et que des amendes très importantes et des peines d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à cinq ans puissent être infligées contribue à renforcer davantage la conclusion que ces infractions sont de nature criminelle.

79 Les demandeurs citent également de nombreuses dispositions du M.O.I. pour soutenir que la Division des enquêtes spéciales de Revenu Canada se livre à une enquête «criminelle» chaque fois qu'elle déclenche l'enquête prévue à l'article 231.4 contre un contribuable. Ils retracent en outre l'historique législatif de l'article 231.4 afin de démontrer comment cet article, d'outil de régulation à l'origine, a été modifié depuis de nombreuses années pour servir maintenant exclusivement d'outil d'enquête criminelle pour Revenu Canada.

80 À mon avis, de conclure que l'article 239 est une disposition «pénale» ne signifie pas, comme le pré-

seizure made against Del Zotto is *ipso facto* unreasonable, requiring application of the *Hunter* standards to a section 231.4 inquiry. Perhaps if it was a matter of choosing categorically between a regulatory or administrative context on one hand (in which the standards do not apply) and a criminal or quasi-criminal context on the other (in which the standards always apply), the plaintiffs might establish a breach of section 8 simply on the basis that the context is criminal or quasi-criminal, for it is not in dispute that subsection 231.4(3) provides for warrantless seizures contrary to the *Hunter* criteria. However, the determination is not based solely on the categorization as between regulatory or administrative and criminal or quasi-criminal contexts.

tendent les demandeurs, que la saisie ordonnée contre Del Zotto est, *ipso facto*, abusive au point de déclencher l'application des critères *Hunter* à l'enquête ouverte en application de l'article 231.4. S'il ne s'agissait que d'un choix catégorique entre contexte réglementaire ou administratif d'une part (dans lequel ces critères ne s'appliquent pas), et contexte pénal ou quasi pénal de l'autre (dans lequel ils s'appliquent invariablement), les demandeurs pourraient peut-être prouver qu'il y a violation de l'article 8 du seul fait que le contexte de l'enquête dont il s'agit est pénal ou quasi pénal, car il est constant que le paragraphe 231.4(3) autorise la saisie sans mandat, contrairement aux critères *Hunter*. Cependant, le jugement n'est pas uniquement affaire de distinction entre contexte réglementaire ou administratif et contexte pénal ou quasi pénal.

81 In keeping with the flexible and purposive approach taken to section 8, the Supreme Court clarified the matter of the significance of the distinction between regulatory and criminal contexts in *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416. In *Baron* officers of Revenue Canada sought and were granted a search warrant pursuant to section 231.3 of the *Income Tax Act* from the Federal Court, Trial Division [[1990] 2 F.C. 262]. The issue was whether section 231.3 infringed section 8 on the ground that the wording of the section (that a judge "shall issue the warrant") left no residual discretion for the judge to refuse to issue the warrant. The Supreme Court struck down section 231.3 of the *Income Tax Act* on the ground that the wording of the section removed the residual discretion that was required by section 8. On the issue of the context of the search and seizure, Sopinka J., writing for the majority, observed at pages 443-444:

At page 649 [*McKinlay Transport*], Wilson J. recognized that relaxation of the *Hunter* standards with respect to the demand provisions by reason of the characterization of the statutory provision as regulatory would not validate all forms of searches and seizures under the *ITA*. She continued:

The state interest in monitoring compliance with the legislation must be weighed against an individual's privacy interest. The greater the intrusion into the priva-

Conformément à sa conception souple et téléologique de l'article 8, la Cour suprême a clarifié la question de l'importance de la distinction entre contexte réglementaire et contexte pénal dans *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416. Dans cette dernière affaire, des agents de Revenu Canada ont demandé et se sont vu décerner, par la Section de première instance de la Cour fédérale [[1990] 2 C.F. 262], un mandat de perquisition en vertu de l'article 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Appelée à juger si cet article allait à l'encontre de l'article 8 du fait que ses termes (prévoyant que le juge «décerne un mandat») ne laissent au juge aucun pouvoir discrétionnaire résiduel pour refuser de décerner le mandat, la Cour suprême l'a invalidé par ce motif que ses termes ne laissent pas de place au pouvoir discrétionnaire résiduel qu'impose l'article 8. Sur la question du contexte de la perquisition et de la saisie, le juge Sopinka, prononçant le jugement de la majorité, a fait l'observation suivante, en page 443:

À la page 649 [de l'arrêt *McKinlay Transport*], le juge Wilson a reconnu que l'adoucissement des normes de l'arrêt *Hunter* relativement aux dispositions concernant la demande, en raison de la qualification de la disposition législative comme mesure de réglementation, ne validerait pas toutes les formes de perquisitions et de saisies effectuées sous le régime de la *LIR*. Elle a poursuivi:

L'intérêt qu'a l'État à contrôler le respect de la Loi doit être soupesé en fonction du droit des particuliers à la protection de leur vie privée. Plus grande est l'atteinte

81

cy interests of an individual, the more likely it will be that safeguards akin to those in *Hunter* will be required. Thus, when the tax officials seek entry onto the private property of an individual to conduct a search or seizure, the intrusion is much greater than a mere demand for production of documents. (Emphasis added.)

The point is that the characterization of certain offences and statutory schemes as “regulatory” or “criminal”, although a useful factor, is not the last word for the purpose of *Charter* analysis. [Emphasis added.]

82 Thus, a determination of the applicability of the *Hunter* standards does not hinge on whether the context of the search and seizure is “criminal” or “regulatory”, although that is a factor to be considered. A full weighing of all the circumstances is required. For this task, the Supreme Court developed a scale of interests as discussed by Sopinka J. in *Baron*, at pages 444-445:

Physical search of a private premises . . . is the greatest intrusion of privacy short of a violation of bodily integrity. It is quite distinct from compelling a person to appear for examination under oath and to bring with them certain documents, under a *subpoena duces tecum* (*Thomson Newspapers*, *supra*), or to produce documents on demand (*McKinlay Transport*, *supra*). Both La Forest and L’Heureux-Dubé JJ. acknowledged in *Thomson Newspapers*, *supra*, at pp. 520 and 594, respectively, that the power to search premises is more intrusive of an individual’s privacy than the mere power to order the production of documents.

83 The determination as to intrusiveness of a search and seizure takes place on this scale, starting with bodily integrity as the greatest intrusion, and ranging to the least form of intrusion, namely, requests for the production of documents. In keeping with *McKinlay* [at page 649], “[t]he greater the intrusion into the privacy interests of an individual, the more likely it will be that safeguards akin to those in *Hunter* will be required”.

aux droits à la vie privée des particuliers, plus il est probable que des garanties semblables à celles que l’on trouve dans l’arrêt *Hunter* seront nécessaires. Ainsi, le fait pour des agents du fisc de pénétrer dans la propriété d’un particulier pour y faire une perquisition et une saisie constitue une immixtion beaucoup plus grande que la simple demande de production de documents. (Je souligne.)

Il convient de dire que la qualification de certaines infractions et de certains régimes législatifs comme étant des «mesures de réglementation» ou des «mesures pénales», bien qu’il s’agisse d’un facteur utile, n’est pas décisive aux fins de l’analyse fondée sur la *Charte*. [Non souligné dans l’original.]

Ainsi donc, pour juger si les critères *Hunter* s’appliquent ou non, il n’est pas nécessaire d’examiner au préalable si la fouille ou perquisition et la saisie ont eu lieu dans un contexte «pénal» ou «réglementaire», bien qu’il s’agisse là d’un facteur à prendre en considération. Il faut mettre dans la balance toutes les circonstances de la cause. À cette fin, la Cour suprême, par le jugement du juge Sopinka, a établi une échelle des degrés d’ingérence dans la vie privée, en pages 444 et 445 de l’arrêt *Baron*: 82

La perquisition dans des locaux privés . . . constitue la plus grave atteinte à la vie privée, abstraction faite de l’atteinte à l’intégrité physique. Cela est tout à fait différent que d’obliger une personne à comparaître lors d’un interrogatoire sous serment et à apporter avec elle certains documents, en vertu d’un *subpoena duces tecum* (*Thomson Newspapers*, précité) ou à produire des documents sur demande (*McKinlay Transport*, précité). Les juges La Forest et L’Heureux-Dubé ont tous deux reconnu dans l’arrêt *Thomson Newspapers*, précité, aux pp. 520 et 594 respectivement, que le pouvoir d’effectuer une perquisition dans un endroit porte plus atteinte à la vie privée d’un particulier que le simple pouvoir d’ordonner la production de documents.

Le degré d’ingérence de la fouille, de la perquisition ou de la saisie se mesure selon cette échelle, allant de l’atteinte à l’intégrité physique qui est la plus grave, à la forme la plus bénigne, c’est-à-dire la production de documents. Conformément à la jurisprudence *McKinlay* [à la page 649], «[p]lus grande est l’atteinte aux droits à la vie privée des particuliers, plus il est probable que des garanties semblables à celles que l’on trouve dans l’arrêt *Hunter* seront nécessaires». 83

84 I find that on the facts, the case at bar resembles the case of *Thomson*, in the sense that the *modus operandi* of a tax inquiry involves "compelling a person to appear for examination under oath and to bring with them certain documents, under a *subpoena duces tecum*". For the purposes of the scale of interests articulated in *Baron*, this would place the inquiry as a lesser form of intrusion than a search of private premises. The present case also resembles *Thomson* in that the plaintiffs' expectation of privacy pertains to business affairs, which is relatively low in comparison with matters of a personal or intimate nature (see *Thomson*, at page 517) or an expectation of privacy based on personal integrity and dignity which provides the core of the need to protect individuals from unreasonable searches and seizures. In keeping with *Thomson*, the inquiry would not require the application of the *Hunter* standards.

85 However, to distinguish *Thomson*, the plaintiffs have submitted that their concern is not merely against an intrusion in the form of a *subpoena duces tecum* under which witnesses would be obliged to produce business records, and against which the witnesses would have relatively little expectation of privacy. Rather, they maintain that the inquiry taken as a whole constitutes an intrusion of Del Zotto's privacy in the setting in which he conducts his business affairs. They maintain that Del Zotto will suffer serious prejudice in conducting his business affairs because his relationships with his business acquaintances will be upset if those acquaintances are subpoenaed to testify and produce documents at the inquiry. Along this line, they say that on a comparative basis, the inquiry constitutes a greater intrusion to Del Zotto's privacy than a search of his home. Thus, their position is that in respect to the scale of interests articulated in *Baron*, an inquiry is more intrusive, and Del Zotto's expectation of privacy is more considerable than a physical search of private premises, and on this basis the *Hunter* standards must apply.

86 The submission by the plaintiffs that a seizure under section 231.4 will cause prejudice to Del

84 Je constate que du point de vue des faits, l'affaire en instance s'apparente à la cause *Thomson*, en ce que le *modus operandi* d'une enquête en matière fiscale est «d'obliger une personne à comparaître lors d'un interrogatoire sous serment et à apporter avec elle certains documents, en vertu d'un *subpoena duces tecum*». Sur l'échelle des degrés d'ingérence établie par la jurisprudence *Baron*, l'enquête dont il s'agit serait une atteinte moins grave que la perquisition à domicile. L'affaire en instance s'apparente aussi à la cause *Thomson* en ce que l'attente des demandeurs en matière de protection de la vie privée concerne leurs activités professionnelles, qui se situent à un niveau relativement inférieur par rapport aux questions de nature personnelle ou intime (voir *Thomson*, à la page 517) ou au droit à l'intégrité et à la dignité personnelles, qui est au cœur de la nécessité de protéger les individus contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. Conformément à la jurisprudence *Thomson*, l'enquête dont il s'agit ne justifie pas l'application des normes *Hunter*.

85 À la différence cependant de l'affaire *Thomson*, les demandeurs soutiennent que ce qu'ils contestent en l'espèce, ce n'est pas simplement une atteinte à la vie privée sous forme de *subpoena duces tecum*, qui oblige le témoin à produire ses livres et auquel il ne peut guère opposer l'argument de l'attente en matière de droit à la vie privée. Ils soutiennent au contraire que l'enquête, prise dans son ensemble, constitue une atteinte à la vie privée de Del Zotto dans le milieu où il exerce son commerce. Et qu'il subira un grave préjudice dans son entreprise puisque ses rapports avec les gens avec lesquels il est en relations d'affaires seront ébranlés si ceux-ci sont assignés à témoigner et à produire des documents. Et que de ce fait, l'enquête constitue une atteinte plus grave à la vie privée de Del Zotto qu'une perquisition à son domicile. L'argument des demandeurs est donc que, sur l'échelle des degrés d'ingérence définie par l'arrêt *Baron*, une enquête est plus envahissante, et l'attente de Del Zotto en matière de vie privée plus touchée, qu'en cas de perquisition chez lui, et que de ce fait, les normes *Hunter* doivent s'appliquer.

86 L'argument proposé par les demandeurs qu'une saisie opérée en application de l'article 231.4 con-

Zotto's relationships in his business community is a concern that La Forest J. addressed in *Thomson*, at pages 507-508:

For reasons that go to the very core of our legal tradition, it is generally accepted that the citizen has a very high expectation of privacy in respect of such [criminal] investigations. The suspicion cast on persons who are made the subject of a criminal investigation can seriously, and perhaps permanently, lower their standing in the community. This alone would entitle the citizen to expect that his or her privacy would be invaded only when the state has shown that it has serious grounds to suspect guilt . . . The stigma inherent in a criminal investigation requires that those who are innocent of wrongdoing be protected against overzealous or reckless use of the powers of search and seizure by those responsible for the enforcement of the criminal law. [Emphasis added.]

87 La Forest J. went on to find that the expectation of privacy of the directors subjected to the requirements of an inquiry conducted pursuant to section 17 of the *Combines Investigation Act* was less than that of persons under criminal investigation. La Forest J. observed that the *Combines Investigation Act* regulated conduct on the basis of broad economic or utilitarian concerns rather than moral reprehensibility. He stated, at page 510:

It is, in short, not conduct which would be generally regarded as by its very nature criminal and worthy of criminal sanction. It is conduct which is only criminal in the sense that it is in fact prohibited by law . . . It is conduct which is made criminal for strictly instrumental reasons.

88 To support his finding as to the juristic character of the *Combines Investigation Act*, La Forest J. compared it with the *Income Tax Act*, at pages 515-516:

As a final comment, I would point out that the *Combines Investigation Act* is not, as regards sanctions, unlike the *Income Tax Act*. Under section 239 of the latter Act, a taxpayer can be liable to imprisonment to a term "not exceeding 5 years", provided he is, at the election of the Attorney General of Canada, proceeded against by way of indictment. The offences in relation to which this punishment can be imposed are defined in s. 239(1). . . All of

promettra les rapports de Del Zotto avec ses relations d'affaires, représente un sujet de préoccupation que le juge La Forest a analysé dans *Thomson*, en page 508:

Pour des raisons qui relèvent du fondement même de nos traditions juridiques, on comprend généralement que les attentes du citoyen sont très grandes quant au respect de son droit à la vie privée dans le cadre de ces enquêtes. Le soupçon qui pèse sur les personnes qui font l'objet d'une enquête criminelle peut compromettre sérieusement et peut-être même de façon permanente leur statut dans la collectivité. Cet aspect à lui seul permettrait au citoyen de s'attendre à ce qu'on porte atteinte à son droit à la vie privée seulement lorsque l'État a démontré qu'il a des motifs sérieux de soupçonner qu'il est coupable . . . Les stigmates inhérents aux enquêtes criminelles exigent que ceux qui n'ont commis aucun délit soient protégés contre l'exercice excessif ou téméraire de pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie que détiennent les responsables de l'application du droit criminel. [Non souligné dans l'original.]

Le juge La Forest conclut ensuite que l'attente en matière de droit à la vie privée des administrateurs soumis à l'enquête ouverte en vertu de l'article 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* est moins touchée que celle des personnes visées par une enquête criminelle. Il note que cette loi vise à réglementer la conduite des gens en fonction de préoccupations économiques ou utilitaires générales, et non en fonction de sa nature moralement répréhensible. Et de conclure, en page 510:

Bref, ce n'est pas une conduite qui, de par sa nature même, serait généralement considérée comme criminelle et passible de sanctions criminelles. C'est une conduite qui n'est criminelle que parce qu'elle est effectivement interdite par la loi . . . C'est une conduite qui est rendue criminelle pour des raisons strictement pratiques.

À l'appui de sa conclusion sur la nature juridique de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, le juge La Forest la compare à la *Loi de l'impôt sur le revenu* en ces termes, aux pages 515 et 516:

Comme dernière remarque, je soulignerais que la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* n'est pas différente de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en ce qui concerne les sanctions. En vertu de l'art. 239 de cette dernière loi, un contribuable peut être passible «d'un emprisonnement d'au plus 5 ans» si le procureur général du Canada choisit de le poursuivre par voie de mise en accusation. Les infractions qui font l'objet de cette peine sont définies au par. 239(1)

these offences relate to conduct that might well be discovered by the exercise of the power to order the production of documents which s. 231(3) confers on the Minister of National Revenue. This has not prevented this Court from characterizing s. 231(3) as a regulatory or administrative power of investigation; see *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, *supra*. I do not see why we should regard the possibility of imprisonment as having a different effect in the case of s. 17 of the *Combines Investigation Act*.

To recapitulate, the relevance of the regulatory character of the offences defined in the Act is that conviction for their violation does not really entail, and is not intended to entail, the kind of moral reprimand and stigma that undoubtedly accompanies conviction for the traditional "real" or "true" crimes. It follows that investigation for purposes of the Act does not cast the kind of suspicion that can affect one's standing in the community and that, as was explained above, entitles the citizen to a relatively high degree of respect for his or her privacy on the part of investigating authorities. [Emphasis added.]

89 As already stated, *Baron* has shifted the emphasis of a section 8 analysis away from a discussion which labels an investigation as "administrative" or "criminal", and thus the reasoning in *Thomson* is to some extent tempered in this regard. In *Baron*, Sopinka J. did not find it necessary to decide whether section 239 was criminal. Instead, he focused on the degree of intrusiveness of the search and seizure, and relied on *Thomson* to distinguish between the high degree of intrusiveness of a search and seizure on the taxpayer's premises and an inquiry in which a seizure is conducted in the form of a *subpoena duces tecum*.

90 In *Baron*, Sopinka J. made no mention of *Knox*. More specifically, he did not comment on Cory J.'s finding that section 239 of the *Income Tax Act* was a criminal provision (Cory J. sat on the Court in *Baron* and made no dissent in the matter). I take it, therefore, that in adopting *Thomson* which established the scale of interests as to the intrusiveness of searches and seizures, Sopinka J. affirmed the

. . . Toutes ces infractions se rapportent à une conduite qui pourrait fort bien être découverte par l'exercice du pouvoir d'ordonner la production de documents que le par. 231(3) confère au ministre du Revenu national. Cela n'a pas empêché notre Cour de dire que le pouvoir d'enquête du par. 231(3) est de nature réglementaire ou administrative; voir l'arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, précité. Je ne vois pas pourquoi nous devrions considérer le risque d'emprisonnement comme ayant un effet différent dans le cas de l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*.

En résumé, l'importance de la nature réglementaire des infractions définies dans la Loi réside dans le fait que la déclaration de culpabilité par suite de leur violation n'entraîne pas véritablement, et n'a pas pour but d'entraîner, le type de réprimande et de stigmatisation de nature morale qui accompagne indubitablement la déclaration de culpabilité par suite de la perpétration d'un crime «proprement dit» au sens où on l'entend traditionnellement. Il s'ensuit que l'enquête aux fins de la Loi ne fait pas peser le genre de soupçon qui peut porter atteinte au statut d'une personne dans la collectivité et, comme je l'ai déjà expliqué, qui permet au citoyen de s'attendre à ce que les responsables de l'enquête accordent un respect relativement élevé à son droit en matière de vie privée. [Non souligné dans l'original.]

Comme noté *supra*, l'analyse au regard de l'article 8 a cessé, avec l'arrêt *Baron*, de se centrer sur la distinction entre enquête «administrative» et enquête «criminelle» et, de ce fait, le raisonnement tenu dans *Thomson* doit être, dans une certaine mesure, tempéré en conséquence. Dans *Baron*, le juge Sopinka n'a pas jugé nécessaire d'examiner si l'article 239 était une disposition pénale ou non. Il s'est attaché par contre au degré d'ingérence de la fouille ou perquisition ou de la saisie, et s'est appuyé sur l'arrêt *Thomson* pour distinguer entre le caractère hautement envahissant de la perquisition et de la saisie dans les locaux du contribuable d'une part, et l'enquête dans laquelle la saisie revêt la forme d'un *subpoena duces tecum*, d'autre part.

Dans *Baron*, le juge Sopinka n'a fait nulle mention de la cause *Knox*. Plus précisément, il ne disait rien de la conclusion tirée par le juge Cory que l'article 239 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* était une disposition pénale (le juge Cory siégeait dans l'affaire *Baron* et n'a pas donné un avis dissident). Il faut donc présumer qu'en adoptant la jurisprudence *Thomson* qui définissait l'échelle des degrés d'ingé-

Supreme Court's findings in *Thomson* to the effect that inquiries under which individuals are required to give evidence under oath and to produce documents do not have a degree of intrusiveness which require the application of the *Hunter* standards. The fact that in *Thomson*, La Forest J. makes an explicit link between sanctions in what was then the *Combines Investigation Act* and section 239 of the *Income Tax Act* tends to reinforce the application of *Thomson* to the present case.

rence des fouilles, perquisitions et saisies, le juge Sopinka a réitéré la conclusion tirée par la Cour suprême dans cette dernière affaire que les enquêtes où les gens doivent témoigner sous serment et produire des documents ne sont pas envahissantes au point de mettre en jeu les normes *Hunter*. Le fait que dans l'arrêt *Thomson*, le juge La Forest a expressément fait un parallèle entre les sanctions prévues par la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* en vigueur à l'époque et celles prévues par l'article 239 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, tend à renforcer l'application de cette jurisprudence en l'espèce.

91 The plaintiffs' submission that Del Zotto will suffer prejudice in his business relations as a result of the inquiry pursuant to section 231.4 does not further their case with respect to the degree of privacy that may be reasonably expected. Nor are the plaintiffs assisted by the argument that Del Zotto would find Revenue Canada entering his home and conducting a search less intrusive than Revenue Canada conducting an inquiry and issuing subpoenas to individuals with whom he is conducting business. *Baron* and *Thomson* indicate that the determination as to a reasonable expectation of privacy and when the *Hunter* standards apply is not dependent on what an individual prefers. The expectation of privacy an individual is entitled to expect regarding a home compared with that regarding a place of business and the production of business documents was set out by La Forest J. in *Thomson*, at pages 521-522:

The proposition that those associated with a business have a greater privacy interest in the physical integrity of their homes than in the records and documents of that business should require no demonstration. But this hardly means that a significant privacy interest does not also subsist in relation to one's business premises. While it can fairly be said that business records do not usually contain information relating to one's personal affairs, opinions and associations, the same cannot be said with confidence of everything that may be found or observed in business files or premises. People who work in offices (the type of workplace that would typically be searched under combines legislation) think of their own offices as personal space in a manner somewhat akin to the way in which they view their homes, and act accordingly. In part this reflects an understandable need to humanize an environ-

L'argument proposé par les demandeurs que Del Zotto subira un préjudice dans ses relations d'affaires par suite de l'enquête ouverte sous le régime de l'article 231.4, n'est pas concluant pour ce qui est du degré de vie privée que celui-ci peut raisonnablement attendre. N'est pas fondé non plus leur argument qu'une perquisition par Revenu Canada chez Del Zotto serait moins envahissante que le fait de soumettre à une enquête et à des assignations ceux avec lesquels il entretient des relations d'affaires. Les jurisprudences *Baron* et *Thomson* posent que le jugement sur l'attente raisonnable en matière de droit à la vie privée et sur les conditions d'application des normes *Hunter* ne dépend pas des préférences d'un individu. Le droit à la vie privée, tel qu'un individu a le droit d'y compter chez lui, par opposition à son lieu de travail et à la production des dossiers de son entreprise, a été défini par le juge La Forest dans *Thomson*, en pages 521 et 522:

Il va de soi que les personnes qui font partie d'une entreprise attachent plus d'importance à l'intégrité physique de leur domicile qu'aux dossiers et documents de l'entreprise. Mais cela ne signifie pas qu'ils n'attachent pas non plus d'intérêt à la protection des locaux de leur entreprise. Bien que l'on puisse raisonnablement dire que les dossiers d'entreprise ne contiennent habituellement pas de renseignements relatifs aux affaires, aux opinions et aux fréquentations personnelles d'un particulier, on ne peut affirmer la même chose avec autant de conviction de tout ce qui peut être trouvé ou observé dans les dossiers ou les locaux de l'entreprise. Les gens qui travaillent dans des bureaux (le genre de milieu de travail où l'on perquisitionnerait habituellement en vertu de la loi relative aux coalitions) perçoivent ceux-ci comme un endroit personnel, un peu comme ils perçoivent leur domicile, et agis-

ment in which people spend a good deal of their waking hours. It may in part reflect the simple reality that human life is not divisible into mutually exclusive compartments of professional and personal which correspond with the office and the home. Indeed, an office may actually be more private than the home in so far as one's relations with family are concerned. Whatever the reason, it is a fact that in an office one is likely to find personal letters, private telephone and address directories, and many other indicators of the personal life of its occupant. The requirement to submit to a search of business premises by agents of the state can therefore amount to a requirement to reveal aspects of one's personal life to the chilling glare of official inspection. It seriously invades the right to be secure against unreasonable search and seizure. This is not the case with a power to order the production of records and documents relevant to the investigation of anti-competitive offences; there the eyes of the state can see no further than the business records it is entitled to demand. [Emphasis added.]

- 92 In keeping with *Baron* and *Thomson*, the degree of privacy that the plaintiffs can expect against the inquiry with respect to their business affairs is relatively low, and does not require the protections afforded by the *Hunter* standards. Therefore, neither section 231.4 nor the inquiry are unconstitutional under section 8 of the Charter.

CONCLUSION

- 93 I find that section 231.4 of the *Income Tax Act*, and the inquiry convened to investigate the financial affairs of Del Zotto do not infringe either section 7 or 8 of the Charter. The action is dismissed. At the close of trial, costs were reserved. Any party wishing to pursue the matter of costs may contact the Registrar to arrange a convenient time for submissions to be made, probably by conference call.

¹ Special Investigations is the enforcement branch of Revenue Canada. Their stated objective is found in the Taxation Operations Manual (T.O.M.), which is the official policy manual of Special Investigations, at chapter 1110:

sent en conséquence. Cela traduit en partie le besoin compréhensible d'humaniser un environnement fréquenté une bonne partie de la journée. Cela peut refléter en partie le simple fait que la vie humaine ne peut être compartimentée en sections professionnelles et personnelles étanches correspondant au bureau et au domicile. D'ailleurs, un bureau peut s'avérer plus privé que le domicile en ce qui concerne les relations familiales. Peu importe la raison, il est effectivement probable que l'on trouvera dans un bureau des lettres personnelles, des répertoires d'adresses et bien d'autres indices de la vie personnelle de son occupant. L'obligation de subir la perquisition des lieux de l'entreprise par des fonctionnaires de l'État peut donc revenir à obliger le particulier à révéler des aspects de sa vie privée au regard froid des fonctionnaires. Cela porte sérieusement atteinte au droit d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. On ne peut dire la même chose du pouvoir d'ordonner la production de dossiers et de documents qui ont rapport à l'enquête relative à une infraction contre la concurrence: alors, le regard de l'État s'arrête aux dossiers de l'entreprise qu'il peut exiger. [Non souligné dans l'original.]

- Par application des jurisprudences *Baron* et *Thomson*, le droit à la vie privée dont les demandeurs peuvent se réclamer contre l'enquête sur leurs affaires se situe à un niveau relativement bas, et ne met pas en jeu les protections assurées par les normes *Hunter*. En conséquence, ni l'article 231.4 ni l'enquête dont il s'agit n'est inconstitutionnel au regard de l'article 8 de la Charte.

CONCLUSION

- 93 Je conclus que ni l'article 231.4 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ni l'enquête ouverte sur les affaires financières de Del Zotto ne va à l'encontre de l'article 7 ou de l'article 8 de la Charte. Les demandeurs sont déboutés de leur action. À la clôture de l'instance, la Cour a mis de côté la question des frais et dépens. La partie qui souhaite poursuivre cette question peut se mettre en rapport avec le greffier afin de convenir de la date et de l'heure pour soumettre des conclusions à cet égard, probablement par conférence téléphonique.

¹ La Division des enquêtes spéciales est le service de police de Revenu Canada. Sa mission est définie au chapitre 1110 du Manuel des opérations de l'impôt (M.O.I.), qui est le manuel de politique officiel de cette division:

1110 POLICY

1111 OBJECTIVE AND GOALS

(1) The objective of Special Investigations is to plan and administer criminal investigation programs that will provide maximum deterrence to non-compliance by investigating, penalizing and recommending prosecution of significant cases in all categories of taxpayers for deliberate or wilful evasion practices.

² In *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, the Supreme Court expanded on an admissibility rule developed in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531 and *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915 that prior inconsistent statements of a witness other than an accused are substantively admissible if they are found to be "reliable" and "necessary". Previous to the new rule, prior inconsistent statements could only be admitted at trial for the purposes of a finding as to the credibility of a witness. Prior inconsistent statements were not entered substantively because they were subject to dangers similar to the classical dangers of hearsay. In *R. v. B. (K.G.)*, it was held that the videotaping of evidence given under oath outside the context of a trial rendered the testimony reliable, so that if that testimony is used to contradict the testimony of the witness at trial, it can be entered into the trial for the truth of its substance.

³ In Canada, the right not to speak to the police was adopted by the Supreme Court from its English roots in *Rice v. Connolly*, in the case *Moore v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 195. See also: *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *Dedman v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 2; and *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555. The Canadian basis of the right not to speak to the police was distinguished from self-incrimination in *Rothman* by Lamer J. [as he then was], at p. 683:

In Canada the right of a suspect not to say anything to the police is not the result of a right of no self-incrimination but is merely the exercise by him of the general right enjoyed in this country by anyone to do whatever one pleases, saying what one pleases or choosing not to say certain things, unless obliged to do otherwise by law. It is because no law says that a suspect, save in certain circumstances, must say anything to the police that we say that he has the right to remain silent, which is a positive way of explaining that there is on his part no legal obligation to do otherwise. His right to silence here rests on the same principle as his right to free speech, but not on a right to no self-incrimination.

⁴ The *Hunter et al. v. Southam Inc.* standards, as summarized by Wilson J. in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practice Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 449 are:

1110 POLITIQUE

1111 OBJECTIF ET BUTS

(1) L'objectif des enquêtes spéciales est de planifier et d'administrer des programmes d'enquêtes criminelles de manière à décourager au maximum la fraude fiscale en inquiétant, en pénalisant et en recommandant des poursuites pour les cas importants dans toutes les catégories de contribuables où il y a eu des pratiques délibérées et volontaires d'évasion fiscale.

² Dans *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, la Cour suprême a développé la règle d'admissibilité définie par *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, et *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, pour poser que les déclarations antérieures incompatibles d'un autre témoin que l'accusé sont admissibles au fond si elles sont jugées «fiables» et «nécessaires». Auparavant, les déclarations antérieures incompatibles n'étaient admissibles au procès que pour attaquer la crédibilité de leur auteur. Elles n'étaient pas admissibles au fond parce qu'elles présentaient les mêmes dangers que le ouï-dire. Dans *R. c. B. (K.G.)*, il a été jugé que l'enregistrement sur bande magnétoscopique du témoignage donné sous serment en dehors du procès rend ce témoignage fiable, de telle façon que s'il est utilisé pour réfuter ce que dit le témoin au procès, il est admissible pour faire foi de son contenu.

³ Au Canada, le droit de ne pas parler à la police, tel qu'en faisait état la jurisprudence anglaise *Rice v. Connolly*, a été reconnu par la Cour suprême dans *Moore c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 195. Voir aussi *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *Dedman c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 2; et *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555. Dans *Rothman*, le juge Lamer [tel était alors son titre] a distingué en ces termes, en p. 683, entre le droit de ne pas parler à la police, au sens du droit canadien, et la protection contre l'auto-incrimination:

Au Canada, le droit d'un suspect de ne rien dire à la police ne découle pas d'un droit de ne pas s'incriminer, mais n'est que l'exercice, de sa part, du droit général dont jouit toute personne de ce pays de faire ce qui lui plaît, de dire ce qui lui plaît, ou de choisir de ne pas dire certaines choses à moins que la loi ne l'y oblige. C'est parce qu'aucune loi ne dit qu'un suspect, sauf dans certaines circonstances, doit dire quelque chose à la police que nous disons qu'il a le droit de garder le silence; c'est une façon positive d'expliquer que la loi ne l'oblige pas à agir autrement. Son droit de garder le silence s'appuie alors sur le même principe que celui qui lui accorde la liberté de parole, mais non sur un droit de ne pas s'incriminer.

⁴ Les normes *Hunter et autres c. Southam Inc.*, telles qu'elles sont résumées par M^{me} le juge Wilson dans *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, à la p. 449, consistent en ce qui suit:

- (a) a system of prior authorization, by an entirely neutral and impartial arbiter who is capable of acting judicially in balancing the interests of the State against those of the individual;
 - (b) a requirement that the impartial arbiter must satisfy himself that the person seeking the authorization has reasonable grounds, established upon oath, to believe that an offence has been committed;
 - (c) a requirement that the impartial arbiter must satisfy himself that the person seeking the authorization has reasonable grounds to believe that something which will afford evidence of the particular offence under investigation will be recovered; and
 - (d) a requirement that the only documents which are authorized to be seized are those which are strictly relevant to the offence under investigation.
- a) une procédure d'autorisation préalable par un arbitre tout à fait neutre et impartial qui est en mesure d'agir de façon judiciaire en conciliant les intérêts de l'État et ceux de l'individu;
 - b) une exigence que l'arbitre impartial s'assure que la personne qui demande l'autorisation a des motifs raisonnables, établis sous serment, de croire qu'une infraction a été commise;
 - c) une exigence que l'arbitre impartial s'assure que la personne qui demande l'autorisation a des motifs raisonnables de croire que l'on découvrira quelque chose qui fournira une preuve que l'infraction précise faisant l'objet de l'enquête a été commise; et
 - d) une exigence que les seuls documents dont la saisie est autorisée soient ceux se rapportant strictement à l'infraction faisant l'objet de l'enquête.

A-434-94 (T-2001-90)

74712 Alberta Ltd. (formerly Cal-Gas & Equipment Ltd.) (Appellant)

v.

Her Majesty the Queen (Respondent)**INDEXED AS: 74712 ALBERTA LTD. v. M.N.R. (C.A.)**

Court of Appeal, Strayer, Linden and Robertson J.J.A.—Calgary, November 21, 1996; Ottawa, January 29, 1997.

Income tax — Income calculation — Deductions — Appeal from Trial Division judgment dismissing appeal from Tax Court decision dismissing appeal from reassessment under Income Tax Act, s. 20(1)(c)(i) (permitting deduction of interest on borrowed money used to earn non-exempt income from business or property) — Parent company obtaining \$7.4 million credit facility with CIBC of which \$3.3 million available as line of credit to taxpayer, related companies — Remainder representing pre-existing indebtedness of group — Taxpayer guaranteeing loan — Borrowing money to honour guarantee — Appeal dismissed — Purpose of loan to honour guarantee, not earn income — Borrowed funds not used to produce income — Interpretation Bulletin IT-445 (permitting deduction of interest on money borrowed to honour guarantee, given for “adequate consideration”) inapplicable as inadequate consideration — Robertson J.A.’s concurring reasons analysis of Bronfman v. The Queen indicating S.C.C. recognizing possibility of exceptions to direct-use rule — IT-445 restatement of reasonable expectation of profit requirement.

This was an appeal from a Trial Division judgment dismissing an appeal from the Tax Court’s dismissal of an appeal from a reassessment disallowing the deduction of interest payments on a loan to discharge the appellant’s guarantee of the indebtedness of its parent corporation. The appellant is one of a group of corporations of which Trennd became the parent after restructuring in 1979. Prior to the restructuring, the appellant had an opportunity to enter into a lucrative contract with Husky Oil, but in order to exploit the opportunity, it needed to purchase equipment. To that end, it borrowed money from the

A-434-94 (T-2001-90)

74712 Alberta Ltd. (autrefois Cal-Gas & Equipment Ltd.) (appelante)

c.

Sa Majesté la Reine (intimée)**RÉPERTORIÉ: 74712 ALBERTA LTD. c. M.R.N. (C.A.)**

Cour d’appel, juges Strayer, Linden et Robertson, J.C.A.—Calgary, 21 novembre 1996; Ottawa, 29 janvier 1997.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Appel d’un jugement par lequel la Section de première instance a rejeté l’appel interjeté de la décision par laquelle la Cour de l’impôt avait rejeté l’appel d’une nouvelle cotisation en vertu de l’art. 20(1)c)(i) de la Loi de l’impôt sur le revenu (qui permet la déduction des intérêts payés sur de l’argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu imposable d’une entreprise ou d’un bien) — La société mère a obtenu de la CIBC une entente de crédit de 7,4 millions de dollars, dont 3,3 millions de dollars ont été mis à la disposition de la contribuable et de ses sociétés liées à titre de marge de crédit — Le reste du prêt correspondait aux dettes antérieures contractées par le groupe — La contribuable a garanti le remboursement du prêt — Elle a emprunté l’argent pour honorer sa garantie — L’appel est rejeté — Le but du prêt était d’honorer une garantie, et non de gagner un revenu — L’argent emprunté n’a pas été utilisé pour gagner un revenu — Le bulletin d’interprétation IT-445 (qui permet la déduction des frais d’intérêt sur l’argent emprunté pour honorer une garantie qui a été donnée «moyennant une contrepartie suffisante») ne s’applique pas, étant donné que la contrepartie fournie est insuffisante — Il ressort de l’analyse de l’arrêt Bronfman c. La Reine que le juge Robertson fait dans ses motifs concourants que la C.S.C. a reconnu qu’il était possible qu’il existe des exceptions au principe de l’utilisation directe — Le bulletin d’interprétation IT-445 est une façon de formuler autrement la condition relative à l’expectative raisonnable de profit.

Il s’agit de l’appel d’un jugement par lequel la Section de première instance a rejeté l’appel interjeté de la décision par laquelle la Cour de l’impôt avait rejeté l’appel d’une nouvelle cotisation refusant la déduction des intérêts payés par l’appelante sur un emprunt qu’elle avait contracté pour honorer la garantie qu’elle avait donnée à l’égard des dettes de sa société mère. L’appelante fait partie d’un groupe de sociétés dont la Trennd est devenue la société mère par suite d’une restructuration effectuée en 1979. Avant la restructuration, l’appelante s’est vu offrir l’occasion de conclure un contrat très lucratif avec la

CIBC. In 1980, Trennd consolidated the financial arrangements of the sister corporations into a \$7.4 million credit facility with the CIBC, which required cross-guarantees by members of the group, including the appellant. Of that amount \$3.3 million was made available as an operating line of credit to which the appellant and its related companies had access. The remainder represented the pre-existing indebtedness of the Trennd companies, including that of the appellant. In 1981 and 1982 the CIBC called on its guarantees. The appellant borrowed \$1.7 million from Wells Fargo to satisfy its guarantee and deducted the interest payments pursuant to *Income Tax Act*, subparagraph 20(1)(c)(i), which permits the deduction of amounts paid pursuant to a legal obligation to pay interest on borrowed money used to earn non-exempt income from a business or property. The Minister denied the deduction. The Tax Court dismissed taxpayer's appeal, holding that while it would not have been feasible for Cal-Gas to sell off its assets in order to satisfy its guarantee, the true purpose and direct use of the loan was to pay off a debt owed by Trennd. This finding was based on an application of *Bronfman Trust v. The Queen*, according to which, absent "exceptional circumstances", the taxpayer must demonstrate that its *bona fide* intention was to borrow the money for the direct purpose of earning income in order to come within subparagraph 20(1)(c)(i). It is not enough to trace the borrowed money to an indirect purpose of earning income. The Tax Court held that the circumstances were not exceptional. The Trial Judge reached the same result as the Tax Court on the preservation of assets argument, and rejected the alternative argument that the purpose of the loan should be traced back to the provision of the credit facility which enabled the appellant to enter into the Husky Oil contract. The Trial Judge found that the taxpayer had already started to reap the rewards of the contract and was financially independent before the consolidated credit facility was established and that the appellant had received inadequate consideration for the guarantee because the only new thing which the credit facility extended to the taxpayer was an operating line of credit of which it ultimately made little use. Consequently, Interpretation Bulletin IT-445, which states that "interest expense on money borrowed to honour a guarantee which had been 'given for adequate consideration' is generally deductible", was not applicable. The Trial Division Judge agreed that the true purpose of the loan was to help out the parent corporation. As the taxpayer was not in the business of giving and paying guarantees, it could not deduct interest payments on loans for this purpose.

Husky Oil, mais pour être en mesure de saisir cette occasion, elle devait acheter de l'équipement. À cette fin, elle a emprunté de l'argent de la CIBC. En 1980, la Trennd a consolidé les dispositions financières prises par ses filiales sous la forme d'une entente de crédit de 7,4 millions de dollars avec la CIBC. Cette entente de crédit exigeait des garanties mutuelles de la part des sociétés du groupe, y compris de l'appelante. Sur cette somme, 3,3 millions de dollars ont été avancés sous forme de marge de crédit d'exploitation à laquelle l'appelante et ses sociétés liées avaient accès. Le reste du prêt correspondait aux dettes antérieures contractées par les compagnies du groupe Trennd, y compris celles de l'appelante. En 1981 et 1982, la CIBC a réalisé ses garanties. L'appelante a emprunté 1,7 millions de dollars de la Wells Fargo pour honorer sa garantie et elle a déduit les intérêts payés en vertu du sous-alinéa 20(1)(c)(i) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qui permet la déduction des sommes payées en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien. Le ministre a refusé la déduction. La Cour de l'impôt a rejeté l'appel de la contribuable en déclarant que, même s'il n'aurait pas été faisable pour l'appelante de vendre ses actifs pour honorer sa garantie, la fin véritable et l'utilisation directe de l'argent emprunté avaient été le remboursement d'une dette contractée par la Trennd. Cette conclusion reposait sur l'application de l'arrêt *Bronfman Trust c. La Reine*, suivant lequel, en l'absence de «circonstances exceptionnelles», le contribuable doit, pour tomber sous le coup du sous-alinéa 20(1)(c)(i) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, démontrer que sa véritable intention était d'emprunter l'argent dans le but direct de gagner un revenu. Il ne suffit pas d'établir un lien entre l'argent emprunté et une fin indirecte de gagner un revenu. La Cour de l'impôt a jugé que les circonstances n'étaient pas exceptionnelles. Le juge de première instance est arrivé au même résultat que la Cour de l'impôt au sujet de l'argument de la conservation des actifs, et il a rejeté le moyen subsidiaire suivant lequel on devait établir un lien entre la fin du prêt et la fourniture du crédit qui avait permis à l'appelante de conclure un contrat avec la Husky Oil. Le juge de première instance a conclu que l'appelante avait déjà commencé à récolter les fruits du contrat et qu'elle était indépendante sur le plan financier avant la mise en place de l'entente de crédit consolidé et que l'appelante avait reçu une contrepartie insuffisante pour la garantie, parce que la seule chose nouvelle que l'entente de crédit avait procurée à l'appelante était une marge de crédit d'exploitation dont elle s'était en fin de compte peu servi. Par conséquent, le bulletin d'interprétation IT-445, qui déclare que «[l]es frais d'intérêt sur l'argent emprunté pour consentir un prêt à un taux d'intérêt raisonnable ou pour honorer une garantie qui a été donné "moyennant une contrepartie suffisante" sont généralement déductibles» ne s'applique pas. Le juge de première instance a convenu que la fin réelle de l'emprunt était de venir en aide à la société mère.

The issue was whether the interest payments were on "borrowed money used for the purpose of earning income from a business or property" as stipulated in subparagraph 20(1)(c)(i).

Held, the appeal should be dismissed.

Per Linden J.A. (Strayer J.A. concurring): The interest payment deduction allowed by subparagraph 20(1)(c)(i) has been strictly applied by the courts because such payments are usually made to increase the capital holdings of taxpayers. Without statutory authorization, no deduction would be permitted for these payments. However, because Canadian fiscal policy seeks to encourage the augmentation of income earning potential, certain deductions for interest are permitted in paragraph 20(1)(c). The Trial Judge correctly concluded that the loan was taken to honour the taxpayer's guarantee and was not taken or used directly for the purpose of earning income from business or property. The loan was not one from which the taxpayer might earn profit, and hence any interest paid thereon was not deductible. Even if the initial trigger for the borrowing was the guarantee, the borrowed money was not actually used to produce income, but to pay off the *Trennd* debts. Any remedy for the taxpayer must come from Parliament or the Supreme Court of Canada.

IT-445 did not apply because there was inadequate consideration for the loan and the use of the money was not the use to which the funds were originally put.

Per Robertson J.A.: Interest payments on the \$1.7 million bank loan were not deductible from income.

Interpretation Bulletin No. IT-445 presents a direct challenge to the ruling in *Bronfman* that interest payments on funds borrowed for a direct ineligible use are not deductible from income. But, the reasoning of the Supreme Court in *Bronfman* left open the possibility of recognizing exceptions to the direct-use rule for the following reasons. (1) Such an exceptional category accords with the object and purpose of subparagraph 20(1)(c)(i), which was to lessen the impact of paragraph 18(1)(b) and encourage the accumulation of capital used in the produc-

Comme l'appelante n'exploitait pas une entreprise consistant à fournir et à payer des garanties, elle ne pouvait déduire les intérêts sur les sommes empruntées à cette fin.

La question à trancher est celle de savoir si les intérêts payés en l'espèce étaient des intérêts sur «de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien» au sens du sous-alinéa 20(1)(c)(i).

Arrêt: l'appel devrait être rejeté.

Le juge Linden (avec l'appui du juge Strayer): Les tribunaux appliquent strictement la déduction d'intérêts autorisée par le sous-alinéa 20(1)(c)(i), parce que les contribuables se servent habituellement de ces paiements pour augmenter leurs immobilisations. Si la loi n'autorisait pas cette déduction, aucune déduction ne serait normalement permise au titre de ce type de paiements. Toutefois, comme la politique fiscale canadienne vise à favoriser l'augmentation des possibilités de produire un revenu, le sous-alinéa 20(1)(c)(i) autorise certaines déductions d'intérêts. Le juge de première instance a conclu à bon droit que l'emprunt avait été contracté dans le but d'honorer la garantie que l'appelante avait donnée, et non pour tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien. Le prêt ne pouvait pas être considéré comme un prêt duquel la contribuable pouvait tirer un profit et, partant, les intérêts payés sur ce prêt ne sont pas déductibles. Même si l'élément déclencheur initial de l'emprunt était la garantie donnée par l'appelante, l'argent emprunté n'a pas été effectivement utilisé pour produire un revenu, mais bien pour rembourser les dettes contractées par la *Trennd*. C'est au législateur fédéral ou à la Cour suprême du Canada, et non à notre Cour, qu'il appartient de corriger la situation dans laquelle se trouve l'appelante. Le bulletin d'interprétation IT-445 ne s'applique pas parce que la contrepartie reçue pour le prêt était insuffisante et que l'utilisation de l'argent ne correspondait pas à son utilisation originale.

Le bulletin d'interprétation IT-445 ne s'appliquait pas parce que la contrepartie reçue pour le prêt était insuffisante et parce que l'utilisation de l'argent ne correspondait pas à son utilisation originale.

Le juge Robertson: Les intérêts payés sur le prêt de 1,7 million de dollars consenti par la banque ne sont pas déductibles du revenu.

Le bulletin d'interprétation IT-445 heurte de front le principe de l'utilisation directe posé dans l'arrêt *Bronfman* suivant lequel les intérêts payés sur de l'argent qui a été emprunté pour être affecté à une utilisation directe inadmissible ne sont pas déductibles du revenu. Mais, le raisonnement de la Cour suprême dans l'arrêt *Bronfman* laisse ouverte la possibilité de reconnaître des exceptions au principe de l'utilisation directe pour les raisons suivantes. (1) La catégorie des circonstances exceptionnelles concorde avec l'objet et le but du sous-alinéa 20(1)(c)(i),

tion of taxable income. (2) Recognition of an exceptional category does not negate the policy objective of tax equity underlying the existence of the direct-use rule. To allow deduction of interest payments on the basis of an indirect eligible use, such as the preservation of income-producing assets, when the direct use serves no economic purpose, would provide a windfall to affluent Canadians, and be unfair to less wealthy taxpayers. (3) The Supreme Court in *Bronfman* did not expressly overrule *Trans-Prairie Pipelines, Ltd. v. M.N.R.*, [1970] C.T.C. 537 (Ex. Ct.), wherein it was held that a taxpayer could deduct from income interest payments on funds borrowed for an indirect eligible use. This supports acceptance of a discrete category of exceptions to the general rule on deductibility of interest. (4) Finally, the exceptional category accords with the directive in *Bronfman* that transactions be viewed with an eye to "commercial realities". Commercial reality is that corporate borrowing is as integral to the income-earning process as is the provision of third-party security. The same could not be said of a capital allocation to a beneficiary under a trust.

Bronfman identified two criteria to be applied when determining whether interest payments on funds borrowed for a direct ineligible use are deductible: (1) that the taxpayer establish a *bona fide* purpose to use the funds to earn income, and (2) a reasonable expectation that the borrowing would yield income in excess of the interest expense. IT-445 is simply another way of restating the reasonable expectation of profit requirement. Thus there was a legal foundation for IT-445. Accordingly, interest paid on funds borrowed to honour guarantees given for adequate consideration may be deducted from income even though the use of such funds has only an indirect effect on the taxpayer's income-earning capacity. The indirect eligible use is therefore not too remote in all instances.

Regardless of whether "eligibility of use" is assessed as of the date when the guarantee was granted or when the funds were borrowed to honour the guarantee, the taxpayer was unable to satisfy the direct-use rule. The granting of the guarantee was intended to facilitate the income-earning capacity of the principal debtor, *Trennd*, not the guarantor, *Cal-Gas*. The borrowed funds were

qui est d'atténuer les incidences de l'alinéa 18(1)*b*) et d'encourager l'accumulation de capitaux utilisés pour produire un revenu imposable. (2) La reconnaissance de cette catégorie ne contredit pas les raisons de principe qui sont à la base de l'existence du principe de l'utilisation directe. Permettre aux contribuables de déduire de leur revenu les intérêts qu'ils ont payés sur le fondement d'une utilisation indirecte admissible, comme la conservation de biens productifs de revenus, alors que l'utilisation directe ne vise aucune fin économique, reviendrait à accorder un bénéfice inattendu à de riches Canadiens et serait injuste pour les contribuables moins nantis. (3) Dans l'arrêt *Bronfman*, la Cour suprême n'a pas expressément écarté l'arrêt *Trans-Prairie Pipelines, Ltd. c. M.N.R.*, [1970] C.T.C. 537 (C. de l'É.), dans lequel il avait été jugé que le contribuable pouvait déduire de son revenu les intérêts payés sur l'argent qu'il avait emprunté pour une utilisation indirecte admissible. L'arrêt de la Cour suprême justifie l'acceptation de l'existence d'une catégorie distincte d'exceptions à la règle générale sur la déductibilité des intérêts. (4) Finalement, la catégorie des circonstances exceptionnelles s'accorde avec la directive que l'on trouve dans l'arrêt *Bronfman* et suivant laquelle les opérations doivent être examinées en fonction des «réalités commerciales». La réalité commerciale est la suivante: les emprunts que contractent les compagnies font partie intégrante de leur processus de production de revenu au même titre que la fourniture de la garantie d'un tiers. On ne peut en dire autant des prélèvements sur le capital qui sont versés au bénéficiaire d'une fiducie.

Dans l'arrêt *Bronfman*, la Cour mentionne les deux critères à appliquer pour déterminer si les intérêts payés sur des fonds empruntés pour une utilisation directe inadmissible sont déductibles du revenu: (1) le contribuable doit démontrer que la fin réelle (l'intention) qu'il visait en utilisant les fonds était de gagner un revenu; (2) le contribuable s'attendait raisonnablement à ce que l'opération d'emprunt lui procure un revenu supérieur aux intérêts payés. Le bulletin d'interprétation IT-445 est tout simplement une façon de formuler autrement la condition relative à l'expectative raisonnable de profit. Le bulletin d'interprétation IT-445 est donc fondé en droit. En conséquence, les intérêts payés sur l'argent emprunté pour honorer les garanties données moyennant une contrepartie suffisante peuvent être déduits du revenu même si l'utilisation de cet argent n'a qu'un effet indirect sur la capacité du contribuable de gagner un revenu. L'utilisation indirecte admissible n'est donc pas trop éloignée dans tous les cas.

Peu importe que le moment retenu pour apprécier «l'admissibilité de l'utilisation» soit celui où la garantie a été donnée ou la date à laquelle l'argent a été emprunté en vue d'honorer la garantie, l'appelante n'est pas en mesure de respecter le principe de l'utilisation directe. La fourniture de la garantie visait à faciliter la capacité de production de revenu du débiteur principal, la *Trennd*, et non

applied to a direct ineligible use.

In certain instances funds borrowed for the purpose of satisfying the debt of a third party may not offend the direct-use rule. There may be cases where a taxpayer is able to establish that he had access to and did actually receive proceeds of the loan guaranteed. In such instances the borrowing is directly related to the income-earning capacity of the guarantor. Had Cal-Gas been able to establish that all or a portion of the \$1.7 million it was required to pay on the guarantee related to its own indebtedness, interest payments could have been deducted under subparagraph 20(1)(c)(i). The debt being guaranteed would be that of Cal-Gas. However, Cal-Gas had repaid all the monies which it owed Trennd by the time the Bank demanded payment. The right to deduct interest payments must be limited to that portion which can be traced directly to the indebtedness incurred by the guarantor in the course of earning income and which remains outstanding when the guarantee is called.

The interest payments were not deductible from income unless the exceptional circumstances qualification articulated in *Bronfman* was applicable. But Cal-Gas received inadequate consideration from Trennd in return for the granting of its guarantee. The adequacy issue must be approached in terms of whether two reasonable and unrelated business entities would have agreed to contractual terms such as were agreed to in this case. Were it not for the fact that Cal-Gas and Trennd were related companies, it is doubtful that Cal-Gas would have granted the guarantee on the basis of what it received and having regard to the potential liability that it had assumed. Cal-Gas failed to establish that the benefits to be derived from the availability of the credit facility outweighed the potential risk and magnitude of loss arising from the granting of the guarantee. Any income-earning purpose attributable to the granting of the guarantee is, in the absence of persuasive evidence to the contrary, too remote.

The Trial Judge correctly rejected the business necessity argument. It was not established on a balance of probabilities that the corporate reorganization and the establishment of the credit facility were effected to permit Cal-Gas to exploit the Husky Oil contract.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 20.1 (as enacted by S.C. 1994, c. 21, s. 13).

celle du garant (la Cal-Gas). L'argent emprunté a été affecté à une utilisation directe inadmissible.

Dans certains cas, il se peut que l'argent emprunté en vue de rembourser la dette d'un tiers ne contrevenne pas au principe de l'utilisation directe. Il peut exister des situations dans lesquelles le contribuable est en mesure d'établir qu'il avait accès au produit de l'emprunt qu'il a garanti et qu'il a effectivement reçu le produit en question. En pareil cas, l'emprunt est directement lié à la capacité du garant de générer des revenus. Si la Cal-Gas avait réussi à établir que la somme de 1,7 million de dollars qu'elle a été obligée de payer en exécution de la garantie se rapportait en tout ou en partie à sa propre dette, les intérêts payés auraient pu être déduits en vertu du sous-alinéa 20(1)c)(i). La dette dont le remboursement serait garanti serait celle de la Cal-Gas. Toutefois, la Cal-Gas avait remboursé la totalité de l'argent qu'elle devait à la Trennd au moment où la banque a exigé le paiement. Le droit de déduire des intérêts doit être limité à la partie du prêt qui se rattache directement à la dette contractée par le garant pour tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien et qui demeure impayée au moment où la garantie est réalisée.

Les intérêts payés ne sont pas déductibles du revenu à moins que la réserve relative aux circonstances exceptionnelles qui a été formulée dans l'arrêt *Bronfman* ne s'applique. Mais ce que la Cal-Gas a reçu de la Trennd en contrepartie de l'octroi de la garantie était insuffisant. La question du caractère suffisant de la contrepartie doit être abordée en se demandant si deux entreprises commerciales raisonnables qui n'ont aucun lien entre elles se seraient entendues sur des modalités contractuelles comme celles qui ont été acceptées en l'espèce. N'eût été le fait que la Cal-Gas et la Trennd sont des compagnies liées, il est douteux que la Cal-Gas aurait donné la garantie sur le fondement de ce qu'elle a reçu et compte tenu de l'obligation éventuelle qu'elle avait prise à sa charge. L'appelante n'a pas réussi à démontrer que les avantages ou les profits que pouvait lui procurer le crédit qui a été mis à sa disposition l'emportaient sur le risque et l'ampleur possibles des pertes découlant de la fourniture de la garantie. Tout objectif de production de revenu imputable à la fourniture de la garantie est, faute d'éléments de preuve convaincants contraires, tout simplement trop «éloigné».

Le juge de première instance a rejeté à bon droit l'argument de la nécessité commerciale. Il n'a pas été établi selon la prépondérance des probabilités que la réorganisation des sociétés et la mise en place de l'entente de crédit ont été effectuées dans le but de permettre à la Cal-Gas d'exécuter le contrat de la Husky Oil.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt de guerre sur le revenu, S.R.C. 1927, ch. 97, art. 6(1)a), (5) (édicte par S.C. 1939, ch. 46, art. 8).

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 18(1)(a),(b), 20(1)(c)(i).
Income War Tax Act, R.S.C. 1927, c. 97, s. 6(1)(a), (5) (as enacted by S.C. 1939, c. 46, s. 8).
The Income Tax Act, S.C. 1948, c. 52, s. 12(1)(b).

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 20.1 (édicte par L.C. 1994, ch. 21, art. 13).
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1948, ch. 52, art. 12(1)(b).
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 18(1)(a), (b), 20(1)(c)(i).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Bronfman Trust v. The Queen, [1987] 1 S.C.R. 32; (1987), 36 D.L.R. (4th) 197; [1987] 1 C.T.C. 117; 87 DTC 5059; 25 E.T.R. 13; 71 N.R. 134; *Interior Breweries Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1955] Ex. C.R. 165; [1955] C.T.C. 143; (1955), 55 DTC 1090; *McLaws v. M.N.R.*, [1974] S.C.R. 887; (1972), 27 D.L.R. (3d) 137; [1972] C.T.C. 165; 72 DTC 6149.

DISTINGUISHED:

Imperial Oil Ltd. v. Minister of National Revenue, [1947] Ex. C.R. 527; [1948] 1 D.L.R. 305; [1947] C.T.C. 353; (1947), 3 DTC 1090; *Tonn v. Canada*, [1996] 2 F.C. 73; [1996] 1 C.T.C. 205; (1995), 96 DTC 6001; 191 N.R. 182 (C.A.).

CONSIDERED:

Bowater Canadian Ltd. v. The Queen, [1987] 2 C.T.C. 47; (1987), 87 DTC 5287; 78 N.R. 140 (F.C.A.); *Emerson (R.I.) v. The Queen*, [1986] 1 C.T.C. 422; (1986), 86 DTC 6184 (F.C.A.); leave to appeal refused [1986] 1 S.C.R. viii; (1986), 70 N.R. 160; *Canada Safeway Limited v. The Minister of National Revenue*, [1957] S.C.R. 717; (1957), 11 D.L.R. (2d) 1; [1957] C.T.C. 335; 57 DTC 1239; *Minister of National Revenue v. Steer*, [1967] S.C.R. 34; [1966] C.T.C. 731; (1966), 66 DTC 5481; *Trans-Prairie Pipelines, Ltd. v. M.N.R.*, [1970] C.T.C. 537; (1970), 70 DTC 6351 (Ex. Ct.); *M.N.R. v. Attaie*, [1990] 3 F.C. 325; [1990] 2 C.T.C. 157; (1990), 90 DTC 6413; 109 N.R. 232 (C.A.); *Mark Resources Inc. v. Canada*, [1993] C.T.C. 2259; (1993), 93 DTC 1004 (T.C.C.); *Sternthal, J v The Queen*, [1974] CTC 851; (1974), 74 DTC 6646 (F.C.T.D.); *Auld v. Minister of National Revenue* (1962), 62 DTC 27 (T.A.B.).

REFERRED TO:

Tennant v. M.N.R., [1996] 1 S.C.R. 305; (1996), 132 D.L.R. (4th) 1; [1996] 1 C.T.C. 290; 96 DTC 6121; 192 N.R. 365; *Herald and Weekly Times Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation* (1932), 48 C.L.R.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Bronfman Trust c. La Reine, [1987] 1 R.C.S. 32; (1987), 36 D.L.R. (4th) 197; [1987] 1 C.T.C. 117; 87 DTC 5059; 25 E.T.R. 13; 71 N.R. 134; *Interior Breweries Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1955] R.C.É. 165; [1955] C.T.C. 143; (1955), 55 DTC 1090; *McLaws c. M.R.N.*, [1974] R.C.S. 887; (1972), 27 D.L.R. (3d) 137; [1972] C.T.C. 165; 72 DTC 6149.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Imperial Oil Ltd. v. Minister of National Revenue, [1947] R.C.É. 527; [1948] 1 D.L.R. 305; [1947] C.T.C. 353; (1947), 3 DTC 1090; *Tonn c. Canada*, [1996] 2 C.F. 73; [1996] 1 C.T.C. 205; (1995), 96 DTC 6001; 191 N.R. 182 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Bowater Canadian Ltd. c. La Reine, [1987] 2 C.T.C. 47; (1987), 87 DTC 5287; 78 N.R. 140 (C.A.F.); *Emerson (R.I.) c. La Reine*, [1986] 1 C.T.C. 422; (1986), 86 DTC 6184 (C.A.F.); autorisation de pourvoi refusé à [1986] 1 R.C.S. viii; (1986), 70 N.R. 160; *Canada Safeway Limited v. The Minister of National Revenue*, [1957] R.C.S. 717; (1957), 11 D.L.R. (2d) 1; [1957] C.T.C. 335; 57 DTC 1239; *Minister of National Revenue v. Steer*, [1967] R.C.S. 34; [1966] C.T.C. 731; (1966), 66 DTC 5481; *Trans-Prairie Pipelines, Ltd. c. M.R.N.*, [1970] C.T.C. 537; (1970), 70 DTC 6351 (C. de l'É.); *M.R.N. c. Attaie*, [1990] 3 C.F. 325; [1990] 2 C.T.C. 157; (1990), 90 DTC 6413; 109 N.R. 232 (C.A.); *Mark Resources Inc. c. Canada*, [1993] C.T.C. 2259; (1993), 93 DTC 1004 (C.C.I.); *Sternthal, J c La Reine*, [1974] CTC 851; (1974), 74 DTC 6646 (C.F. 1^{re} inst.); *Auld v. Minister of National Revenue* (1962), 62 DTC 27 (C.A.I.).

DÉCISIONS CITÉES:

Tennant c. M.R.N., [1996] 1 R.C.S. 305; (1996), 132 D.L.R. (4th) 1; [1996] 1 C.T.C. 290; 96 DTC 6121; 192 N.R. 365; *Herald and Weekly Times Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation* (1932), 48 C.L.R.

113 (Aust. H.C.); *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; *Lyons (D M) v MNR*, [1984] CTC 2690; (1984), 84 DTC 1633 (T.C.C.); *Corbett v. Canada*, [1997] 1 F.C. 386 (C.A.); *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; (1993), 110 D.L.R. (4th) 470; 19 C.R.R. (2d) 1; [1994] 1 C.T.C. 40; 94 DTC 6001; 161 N.R. 243; *Stubart 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; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; (1996), 113 D.L.R. (4th) 289; 17 C.C.E.L. (2d) 141; 10 C.C.P.B. 213; [1996] 1 C.T.C. 303; 96 DTC 6103; 193 N.R. 241; *Canada v. Placer Dome Inc.*, [1997] 1 F.C. 780 (C.A.); *The Commissioners of Inland Revenue v. Holder (Sir H. C., Bart) and Holder (J. A.)* (1932), 16 T.C. 540 (H.L.); *Canada v. MerBan Capital Corp.*, [1989] 2 C.T.C. 246; (1989), 89 DTC 5404; 100 N.R. 383 (F.C.A.).

AUTHORS CITED

- Arnold, B. J. "Is Interest a Capital Expense?" (1992), 40 *Can. Tax J.* 533.
- Canada. Department of National Revenue. Taxation. *Interpretation Bulletin* IT-445, February 21, 1981.
- Couzin, R. *et al.* "Tax Treatment of Interest: Bronfman Trust and the June 2, 1987 Release" in *Corporate Management Tax Conference*, Toronto: Canadian Tax Foundation, 1987.
- Dixon, Gordon D. and Brian J. Arnold. "Rubbing Salt into the Wound: The Denial of the Interest Deduction After the Loss of a Source of Income" (1991), 39 *Can. Tax J.* 1473.
- Hogg, Peter W. and J. E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.
- Jones, Avery J. F. "Nothing Either Good or Bad, but Thinking Makes It So—The Mental Element in Anti-Avoidance Legislation" (1983), *British Tax Review* 9.
- Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 5th ed. Toronto: Carswell, 1995.

APPEAL from Trial Division judgment ([1994] 2 C.T.C. 191; (1994), 94 DTC 6392; 78 F.T.R. 259) dismissing appeal from Tax Court's ([1990] 2 C.T.C. 2001; (1990), 90 DTC 1407) dismissal of appeal from reassessment disallowing deduction of interest payments on loan to discharge guarantee of indebtedness of parent corporation under *Income Tax Act*, subparagraph 20(1)(c)(i). Appeal dismissed.

113 (H.C. Aust.); *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; *Lyons (D M) c MRN*, [1984] CTC 2690; (1984), 84 DTC 1633 (C.C.I.); *Corbett c. Canada*, [1997] 1 C.F. 386 (C.A.); *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; (1993), 110 D.L.R. (4th) 470; 19 C.R.R. (2d) 1; [1994] 1 C.T.C. 40; 94 DTC 6001; 161 N.R. 243; *Stubart 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; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; (1996), 113 D.L.R. (4th) 289; 17 C.C.E.L. (2d) 141; 10 C.C.P.B. 213; [1996] 1 C.T.C. 303; 96 DTC 6103; 193 N.R. 241; *Canada c. Placer Dome Inc.*, [1997] 1 C.F. 780 (C.A.); *The Commissioners of Inland Revenue v. Holder (Sir H. C., Bart) and Holder (J. A.)* (1932), 16 T.C. 540 (H.L.); *Canada c. MerBan Capital Corp.*, [1989] 2 C.T.C. 246; (1989), 89 DTC 5404; 100 N.R. 383 (C.A.F.).

DOCTRINE

- Arnold, B. J. «Is Interest a Capital Expense?» (1992), 40 *Can. Tax J.* 533.
- Canada. Ministère du Revenu national. Impôt. *Bulletin d'interprétation* IT-445, 21 février 1981.
- Couzin, R. *et al.* «Tax Treatment of Interest: Bronfman Trust and the June 2, 1987 Release» in *Corporate Management Tax Conference*, Toronto: Canadian Tax Foundation, 1987.
- Dixon, Gordon D. and Brian J. Arnold. «Rubbing Salt into the Wound: The Denial of the Interest Deduction After the Loss of a Source of Income» (1991), 39 *Can. Tax J.* 1473.
- Hogg, Peter W. and J. E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.
- Jones, Avery J. F. «Nothing Either Good or Bad, but Thinking Makes It So—The Mental Element in Anti-Avoidance Legislation» (1983), *British Tax Review* 9.
- Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 5th ed. Toronto: Carswell, 1995.

APPEL d'un jugement par lequel la Section de première instance ([1994] 2 C.T.C. 191; (1994), 94 DTC 6392; 78 F.T.R. 259) a rejeté l'appel interjeté de la décision par laquelle la Cour de l'impôt ([1990] 2 C.T.C. 2001; (1990), 90 DTC 1407) a rejeté l'appel d'une nouvelle cotisation refusant la déduction des intérêts sur un emprunt contracté pour honorer la garantie donnée à l'égard des dettes d'une société mère. Appel rejeté.

COUNSEL:

Cliff D. O'Brien, Q.C. and *Alnasir Meghji* for appellant.

Michael E. Curley and *Rhonda Nahorniak* for respondent.

SOLICITORS:

Bennett Jones Verchere, Calgary, for appellant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

AVOCATS:

Cliff D. O'Brien, c.r. et *Alnasir Meghji* pour l'appelante.

Michael E. Curley et *Rhonda Nahorniak* pour l'intimé.

PROCUREURS:

Bennett Jones Verchere, Calgary, pour l'appelante.

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

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

1 LINDEN J.A.: The issue in this case is whether interest payments made by the appellant in 1983, 1984 and 1985 on a loan of \$1.7 million from Wells Fargo Bank were deductible pursuant to subparagraph 20(1)(c)(i) of the *Income Tax Act*.¹

2 This \$1.7 million loan to Cal-Gas & Equipment Ltd. (Cal-Gas, now 74712 Alberta Ltd.) was used by the appellant to discharge its guarantee of the indebtedness of its parent corporation Trennd Investments (1979) Ltd. (Trennd) to the Canadian Imperial Bank of Commerce (CIBC).

3 What must be decided on this appeal is whether these payments of interest were on "borrowed money used for the purpose of earning income from a business or property" as stipulated in subparagraph 20(1)(c)(i) which reads:

20. (1) Notwithstanding paragraphs 18(1)(a), (b) and (h), in computing a taxpayer's income for a taxation year from a business or property, there may be deducted such of the following amounts as are wholly applicable to that source or such part of the following amounts as may reasonably be regarded as applicable thereto:

...

(c) an amount paid in the year or payable in respect of the year (depending upon the method regularly followed

1 LE JUGE LINDEN, J.C.A.: La question en litige dans la présente affaire est celle de savoir si les intérêts payés par l'appelante en 1983, 1984 et 1985 sur le prêt de 1,7 million de dollars que lui a consenti la Wells Fargo Bank étaient déductibles en vertu du sous-alinéa 20(1)c)(i) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.¹

2 L'appelante Cal-Gas & Equipment Ltd. (Cal-Gas, maintenant la 74712 Alberta Ltd.) a utilisé ce prêt de 1,7 million de dollars pour honorer la garantie qu'elle avait donnée à l'égard des dettes contractées par sa société mère, la Trennd Investments (1979) Ltd. (Trennd), envers la Banque Canadienne Impériale de Commerce (CIBC).

3 La question à trancher dans le présent appel est celle de savoir si les intérêts payés en l'espèce étaient des intérêts sur «de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien» au sens du sous-alinéa 20(1)c)(i), qui dispose:

20. (1) Nonobstant les dispositions des alinéas 18(1)a), b) et h), lors du calcul du revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition, peuvent être déduites celles des sommes suivantes qui se rapportent entièrement à cette source de revenus ou la partie des sommes suivantes qui peut raisonnablement être considérée comme s'y rapportant:

...

c) une somme payée dans l'année ou payable pour l'année (suivant la méthode habituellement utilisée par

by the taxpayer in computing his income), pursuant to a legal obligation to pay interest on

(i) borrowed money used for the purpose of earning income from a business or property (other than borrowed money used to acquire property the income from which would be exempt or to acquire a life insurance policy),

The Tax Court Judge denied the deduction [[1990] 2 C.T.C. 2001]. The Trial Division of this Court, after a trial *de novo*, also denied the deduction [[1994] 2 C.T.C. 191]. Now this Court agrees that these payments do not come within the definition of subparagraph 20(1)(c)(i).

Background Facts

4 Cal-Gas is a propane and equipment supplier. It is one of a group of corporations largely owned and operated by a single person, John Corbett Anderson (Anderson), of which Trennd became the parent after a restructuring in 1979. The reason for this restructuring, the financial situation of Cal-Gas at the time of the restructuring, and the effect of the restructuring on Cal-Gas' relationship with the CIBC are said to be relevant to the determination of this appeal. The corporate restructuring which placed Trennd at the head of the group of companies owned by Anderson was for the purpose of making Trennd the banker for the group. Just prior to the restructuring, Cal-Gas, which had been suffering financially, had an opportunity to enter into a very large and lucrative contract with Husky Oil to supply it with propane in the Lloydminster area. In order to exploit this opportunity, Cal-Gas needed to purchase equipment and so it entered into certain credit arrangements with the CIBC under the guarantee of one of its sister companies in 1979. In 1980, following the restructuring, the financial arrangements of the various sister corporations were consolidated by the CIBC into a credit facility which required cross-guarantees by members of the Trennd organization, including Cal-Gas. In return, the Trennd group received total financing of approximately \$7.4 million, which included the indebtedness which Cal-Gas had already incurred in its initial financing, an amount of \$2,016,498. Cal-

le contribuable dans le calcul de son revenu), en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur

(i) de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien (autre que l'argent emprunté et utilisé pour acquérir un bien dont le revenu serait exonéré d'impôt ou pour prendre une police d'assurance-vie),

Le juge de la Cour de l'impôt n'a pas admis la déduction [[1990] 2 C.T.C. 2001]. Au terme d'un nouveau procès, la Section de première instance de notre Cour a également refusé la déduction [[1994] 2 C.T.C. 191]. La Cour est du même avis et estime elle aussi que ces sommes ne répondent pas à la définition contenue au sous-alinéa 20(1)(c)(i).

Faits à l'origine du litige

4 La Cal-Gas est une entreprise qui fournit du propane et des appareils de chauffage. Elle fait partie d'un groupe de sociétés qui appartiennent en grande partie à une seule et même personne, M. John Corbett Anderson (Anderson), qui les exploite également. La Trennd est devenue la société mère de ce groupe par suite d'une restructuration effectuée en 1979. La raison de cette restructuration, de même que la situation financière de la Cal-Gas à l'époque de la restructuration et les conséquences de la restructuration sur les rapports de la Cal-Gas avec la CIBC seraient des facteurs dont il y a lieu de tenir compte pour régler le présent appel. La restructuration de sociétés par suite de laquelle la Trennd s'est retrouvée à la tête du groupe de compagnies appartenant à Anderson visait à faire de la Trennd le banquier du groupe. Juste avant la restructuration, la Cal-Gas, qui éprouvait des difficultés financières, s'est vu offrir l'occasion de conclure un contrat très important et très lucratif avec la Husky Oil en vue de lui fournir du propane dans la région de Lloydminster. Pour être en mesure de saisir cette occasion, la Cal-Gas devait acheter de l'équipement. Elle a donc pris en 1979 certaines dispositions de crédit avec la CIBC grâce à la garantie fournie par une autre des filiales de sa société mère. En 1980, à la suite de la restructuration en question, les dispositions financières prises par les diverses filiales de la société mère ont été consolidées par la CIBC sous la forme d'une entente de crédit qui exigeait des garan-

Gas also gained access to increased operating loans in the name of Trennd up to a total of \$3.3 million.

ties mutuelles de la part des sociétés du groupe Trennd, y compris de la Cal-Gas. En contrepartie, le groupe Trennd obtenait un financement total pour une somme d'environ 7,4 millions de dollars, qui comprenait la dette de 2 016 498 \$ que la Cal-Gas avait précédemment contractée lors de son premier financement. La Cal-Gas a également obtenu la possibilité de contracter au nom de la Trennd des prêts d'exploitation pour des sommes plus élevées, jusqu'à concurrence de 3,3 millions de dollars.

5 Following the establishment of the credit facility, however, the Trennd organization ran into serious financial trouble. Cal-Gas, which was originally a weak link in the group, was the only member which continued to thrive. As a result, in 1981 and 1982, the CIBC called on its guarantees by members of the Trennd organization, including Cal-Gas and Anderson personally. Cal-Gas borrowed \$1,700,000 from Wells Fargo in order to satisfy its guarantee of Trennd's liabilities. The money was paid directly to the CIBC and a non-interest bearing promissory note was given to Cal-Gas by Trennd. Relieved of its obligation, Cal-Gas continued to do business. A further \$500,000 was paid to the CIBC by Anderson personally in order to satisfy the remainder of the outstanding debt.

Toutefois, à la suite de la mise en place de l'entente de crédit, le groupe Trennd a connu de graves difficultés financières. La Cal-Gas, qui, à l'origine, était un des maillons faibles du groupe, était le seul membre qui continuait à prospérer. En conséquence, en 1981 et 1982, la CIBC a réalisé ses garanties en demandant aux membres du groupe Trennd, dont la Cal-Gas et à M. Anderson, à titre personnel, de payer la dette de la Trennd. La Cal-Gas a emprunté 1,7 million de dollars de la Wells Fargo pour s'acquitter de ses obligations en qualité de caution des dettes de la Trennd. L'argent a été versé directement à la CIBC et la Trennd a remis à la Cal-Gas un billet à ordre ne portant pas intérêt. Dégagée de ses obligations, la Cal-Gas a continué à exercer ses activités. Une somme supplémentaire de 500 000 \$ a été versée à la CIBC par Anderson personnellement pour régler le solde de la dette.

Decision of the Tax Court Judge

Décision du juge de la Cour de l'impôt

6 In its first effort, Cal-Gas argued before the Tax Court that "the true purpose of the borrowed money was for Cal-Gas to maintain the use of its unsaleable assets (including its accounts receivable) or to preserve its assets (i.e. its very existence) and therefore was a business purpose". Although the Tax Court Judge agreed with the appellant that it would not have been feasible for Cal-Gas to sell off its assets in order to satisfy its guarantee, he nonetheless concluded that the true purpose and direct use of the borrowed money was to pay off a debt owed to the CIBC by Trennd. He based this finding on an application of *Bronfman Trust v. The Queen*.² According to this case, in order for a taxpayer to escape the prohibition on deductibility set out in

Dans un premier temps, la Cal-Gas a soutenu devant la Cour de l'impôt que «Cal-Gas a emprunté l'argent pour pouvoir continuer d'utiliser son actif invendable (y compris ses comptes clients) et de conserver son actif (i.e. continuer d'exister) [et] qu'il s'agissait donc d'une fin commerciale». Bien qu'il se soit dit d'accord avec l'appelante pour affirmer qu'il n'aurait pas été faisable pour la Cal-Gas de vendre ses actifs pour honorer sa garantie, le juge de la Cour de l'impôt a néanmoins conclu que la fin véritable et l'utilisation directe de l'argent emprunté avaient été le remboursement d'une dette contractée par la Trennd envers la CIBC. Il a fondé cette conclusion sur l'application de l'arrêt *Bronfman Trust c. La Reine*.² Selon cet arrêt, pour qu'un contribuable

paragraph 18(1)(b) *via* subparagraph 20(1)(c)(i), absent “exceptional circumstances”, it must demonstrate that its *bona fide* intention was to borrow the money for the direct purpose of earning income. It is not enough to trace the borrowed money to an indirect purpose of earning income. Following this reasoning, the Tax Court Judge held that [at pages 2004-2005]:

Even though the Supreme Court of Canada acknowledged that there might be exceptional circumstances where it would be appropriate to allow the taxpayer to deduct interest on funds borrowed for an ineligible use because of an indirect effect on the taxpayer’s income-earning capacity, and Cal-Gas had no other business alternative but to borrow the money, the circumstances herein are not those exceptional to warrant this Court from not applying the principal laid down in *Bronfman*, *supra*.

As a result, the Tax Court Judge disallowed the deduction under subparagraph 20(1)(c)(i).

Decision of the Trial Judge

7 Having failed to persuade the Tax Court that the true purpose of the Wells Fargo loan was to preserve Cal-Gas’ assets and thus sufficient to fit it within subparagraph 20(1)(c)(i), the appellant completely recast its submissions before the Federal Court Trial Division. Here, it argued that the purpose of the loan should be traced back to the provision of the credit facility which enabled Cal-Gas to enter into the profitable business with Husky in Lloydminster. Provision of the guarantee which was eventually called on by the CIBC was, on this logic, a critical step in allowing Cal-Gas to earn income.

8 After reaching the same result as the Tax Court Judge on the preservation of assets argument, the Trial Judge also rejected the alternative characterization of purpose on two grounds. First, he found that Cal-Gas had already started to reap the rewards of the Husky opportunity and was financially independent before the consolidated credit facility

puisse se soustraire à la non-déductibilité qui est prévue à l’alinéa 18(1)(b) par le biais du sous-alinéa 20(1)(c)(i), il doit, en l’absence de «circonstances exceptionnelles», démontrer que sa véritable intention était d’emprunter l’argent en question dans le but direct de gagner un revenu. Il ne suffit pas de démontrer que l’argent emprunté a servi indirectement à gagner un revenu. Suivant ce raisonnement, le juge de la Cour de l’impôt a statué que [aux pages 2004 et 2005]:

Même si la Cour suprême du Canada a reconnu que, dans certaines circonstances exceptionnelles, le contribuable peut déduire les intérêts sur des sommes empruntées à une fin non admissible en raison de l’effet indirect sur la capacité du contribuable de gagner des revenus, et que Cal-Gas n’avait pas d’autre choix que d’emprunter de l’argent, les circonstances de cette affaire ne sont pas suffisamment exceptionnelles pour permettre à cette Cour de ne pas appliquer le principe établi par l’arrêt *Bronfman* (précité).

En conséquence, le juge de la Cour de l’impôt a refusé la déduction prévue au sous-alinéa 20(1)(c)(i).

La décision du juge de première instance

N’ayant pas réussi à convaincre la Cour de l’impôt que la fin réelle du prêt consenti par la Wells Fargo était de conserver les actifs de la Cal-Gas—ce qui aurait suffi à inscrire ce prêt dans le cadre du sous-alinéa 20(1)(c)(i) —, l’appelante a formulé de façon complètement différente sa thèse devant la Section de première instance de la Cour fédérale. En l’espèce, elle soutient que l’on devrait établir un lien entre la fin du prêt et la fourniture du crédit qui a permis à la Cal-Gas de conclure un contrat rentable avec la Husky à Lloydminster. La fourniture de la garantie que la CIBC a réalisée par la suite constituait, suivant ce raisonnement, une étape critique permettant à la Cal-Gas de gagner un revenu.

8 Après en être arrivé au même résultat que le juge de la Cour de l’impôt au sujet de l’argument de la conservation des actifs, le juge de première instance a rejeté pour deux motifs la qualification subsidiaire donnée à la fin visée. En premier lieu, il a conclu que la Cal-Gas avait déjà commencé à récolter les fruits de l’affaire conclue avec Husky et qu’elle était

was established with the CIBC. The Trial Judge further found that Cal-Gas received inadequate consideration for the guarantee which later required it to make payments to CIBC on behalf of Trennd, in part because the only new thing which the credit facility extended to Cal-Gas was an operating line of credit which it ultimately made little use of. Consequently, the Interpretation Bulletin IT-445, which states that “[i]nterest expense on money borrowed to be loaned at a reasonable rate of interest or to honour a guarantee which had been ‘given for adequate consideration’ is generally deductible”, was not applicable to this case.

- 9 Second, the Trial Judge relied on *Bronfman Trust, supra*,³ for the proposition that even if the original guarantee was for the purpose of earning or producing income, tracing to such an indirect purpose well exceeded the narrow scope of the exception set out in subparagraph 20(1)(c)(i). As a result, the Trial Judge agreed with the Minister and with the Tax Court Judge that the true purpose of the \$1.7 million loan was to help out Cal-Gas’ ailing parent corporation, Trennd. As Cal-Gas was not in the business of giving and paying guarantees, it could not deduct interest payments on loans for this purpose.

Arguments on Appeal

- 10 Before this Court, the appellant persisted with the position which it had taken in the Trial Division, which was that the money borrowed from Wells Fargo could be traced to an eligible income earning purpose if it was traced back to the reason why the guarantee was originally given. In support, the appellant argues that the financing which it initially received from the CIBC in 1979 occurred on the understanding that a consolidated credit facility with the CIBC would follow. This credit facility, it is argued, was for the purpose of ensuring that Cal-

indépendante sur le plan financier avant la mise en place de l’entente de crédit consolidé de la CIBC. Le juge de première instance a également conclu que la Cal-Gas avait reçu une contrepartie insuffisante pour la garantie, ce qui l’avait par la suite obligé à faire des versements à la CIBC pour le compte de la Trennd, en partie parce que la seule chose nouvelle que l’entente de crédit avait procuré à la Cal-Gas était une marge de crédit d’exploitation dont elle s’est en fin de compte peu servi. Par conséquent, le bulletin d’interprétation IT-445, qui déclare que «[l]es frais d’intérêt sur l’argent emprunté pour consentir un prêt à un taux d’intérêt raisonnable ou pour honorer une garantie qui a été donnée “moyennant une contrepartie suffisante” sont généralement déductibles» ne s’appliquait pas au cas qui nous occupe.

9 En second lieu, le juge de première instance s’est fondé sur l’arrêt *Bronfman Trust*, précité³, pour affirmer que, même si la garantie initiale visait à gagner un revenu, le fait d’établir un lien avec une fin aussi indirecte débordait largement le cadre étroit de l’exception énoncée au sous-alinéa 20(1)c)(i). Par conséquent, le juge de première instance a abondé dans le sens du ministre et du juge de la Cour de l’impôt en affirmant que la fin réelle de l’emprunt de 1,7 million de dollars était de venir en aide à la Trennd, la société mère de la Cal-Gas, qui était en difficulté. Comme la Cal-Gas n’exploitait pas une entreprise consistant à fournir et à payer des garanties, elle ne pouvait déduire les intérêts sur les sommes empruntées à cette fin.

Moyens invoqués en appel

10 Devant notre Cour, l’appelante persiste et soutient la même thèse que celle qu’elle a défendue devant la Section de première instance, à savoir que l’on peut établir que l’argent emprunté de la Wells Fargo a été utilisé à une fin admissible poursuivie en vue de gagner un revenu si l’on établit un lien entre l’argent en question et la raison pour laquelle la garantie a initialement été donnée. À l’appui de sa thèse, l’appelante soutient que le financement qu’elle a d’abord obtenu de la CIBC en 1979 lui a été accordé à la condition que la CIBC lui accorde par la suite une

Gas would be able to pursue the income-producing opportunity with Husky. As such, the purpose of the guarantee, at the time the guarantee was given, was to facilitate the financing arrangement which had made its participation in the Husky opportunity possible. In response to the Trial Judge's finding that Cal-Gas was financially independent at the time the guarantee was given in 1980 and so not in need of the consolidated credit facility, the appellant makes two submissions: first, the Husky deal was still in its very early stages at that point and had not yet developed to the point where Cal-Gas was on its feet;⁴ and second, the initial financing would never have been extended to Cal-Gas if the consolidated credit facility was not in the contemplation of both Cal-Gas and the CIBC at the time the leases were arranged.⁵ Finally, the appellant challenges the Trial Judge's finding that Cal-Gas received inadequate consideration for its guarantee. It suggests that the consideration it received was approximately \$1.2 million in initial financing which was received in anticipation of the consolidated credit facility, and an increase in operating credit through Trennd. As such, the appellant submits that Interpretation Bulletin IT-445 ought to be applicable to this case.

entente de crédit consolidé. Elle affirme que l'entente de crédit visait à s'assurer que la Cal-Gas soit en mesure de saisir l'occasion de gagner un revenu que lui offrait la Husky. En tant que tel, la fin de la garantie, au moment où elle a été donnée, était de faciliter la conclusion de l'entente de financement qui avait permis à la Cal-Gas de répondre à l'offre de la Husky. En réponse à la conclusion du juge de première instance suivant laquelle la Cal-Gas était financièrement indépendante au moment où la garantie a été donnée en 1980 et suivant laquelle elle n'avait donc pas besoin de l'entente de crédit consolidé, l'appelante fait valoir deux arguments. En premier lieu, elle affirme que la Cal-Gas venait à peine de commencer à exécuter le contrat qu'elle avait passé avec la Husky et que ce contrat n'avait pas été conclu depuis assez longtemps pour que la Cal-Gas soit remise en selle⁴. En second lieu, l'appelante soutient que le financement initial n'aurait jamais été accordé à la Cal-Gas si celle-ci et la CIBC n'avaient pas envisagé l'entente de crédit consolidé au moment où les conventions de location ont été signées⁵. Finalement, l'appelante conteste la conclusion du juge de première instance suivant laquelle la Cal-Gas n'a pas reçu une contrepartie suffisante pour sa garantie. Elle affirme que la contrepartie qu'elle a reçue consistait en un financement initial de 1,2 million de dollars, qu'elle a reçus en prévision de l'entente de crédit consolidé, ainsi qu'en une augmentation de la marge de crédit qu'elle pouvait utiliser par l'intermédiaire de la Trennd. L'appelante soutient que le bulletin d'interprétation IT-445 devrait s'appliquer en l'espèce.

11 The respondent argues that, in honouring its guarantee, Cal-Gas was making a payment on capital account, as Cal-Gas is not in the business of lending money. In order to bring interest payments within paragraph 20(1)(c), the taxpayer cannot rely on a "less direct eligible use". Here, the direct use was to pay a debt owed by Trennd. This use, in and of itself, produced no income. In the alternative, it is argued that even if the Court is entitled to look at the time the appellant gave the guarantee, there was sufficient evidence of increasing profits prior to the creation of the consolidated credit facility to support the Trial Judge's finding that Cal-Gas did not need

L'intimée soutient qu'en honorant sa garantie, la Cal-Gas faisait un paiement de capital, étant donné qu'elle n'exploitait pas une entreprise de prêt d'argent. Pour faire relever les intérêts de l'alinéa 20(1)c), la contribuable ne peut pas invoquer une «utilisation admissible moins directe». En l'espèce, l'argent a servi directement à rembourser la dette de la Trennd. Cette utilisation n'a en elle-même généré aucun revenu. À titre subsidiaire, l'intimée affirme que même si la Cour a le droit de considérer le moment où l'appelante a donné sa garantie, il y a suffisamment d'éléments de preuve qui tendent à démontrer que l'appelante a connu une hausse de ses

11

the credit facility to engage in the Husky opportunity.⁶ The respondent also urges that the Court is not required to follow the Minister's policy as specified in Interpretation Bulletin IT-445 and, even if it were, as the Trial Judge found, there was inadequate consideration for the guarantee here as Cal-Gas had secured the bulk of its financing prior to the establishment of the credit facility.⁷

profits avant la mise en place de l'entente de crédit consolidé pour justifier la conclusion du juge de première instance selon laquelle la Cal-Gas n'avait pas besoin de l'entente de crédit consolidé pour profiter de l'occasion que lui offrait la Husky⁶. L'intimée affirme également que la Cour n'est pas obligée de suivre la politique du ministre qui est précisée dans le bulletin d'interprétation IT-445 et que, même si elle l'était, comme le juge de première instance l'a conclu, la Cal-Gas n'a pas obtenu une contrepartie suffisante en l'espèce, étant donné qu'elle avait obtenu la plus grande partie de son financement avant la mise en place de l'entente de crédit⁷.

Analysis

Analyse

12 The interest payment deduction allowed by subparagraph 20(1)(c)(i) has been strictly applied by the courts. This is so because these payments are usually made to increase the capital holdings of taxpayers. Without statutory authorization, therefore, no deduction at all would normally be permitted for these payments. However, because Canadian fiscal policy seeks to encourage the augmentation of income earning potential, certain deductions for interest are permitted in paragraph 20(1)(c).⁸

12 Les tribunaux appliquent strictement la déduction d'intérêts autorisée par le sous-alinéa 20(1)c)(i). Cela s'explique par le fait que les contribuables se servent habituellement de ces paiements pour augmenter leurs immobilisations. Si la loi n'autorisait pas cette déduction, aucune déduction ne serait normalement permise au titre de ce type de paiements. Toutefois, comme la politique fiscale canadienne vise à favoriser l'augmentation des possibilités de produire un revenu, l'alinéa 20(1)c) autorise certaines déductions d'intérêts⁸.

13 In my view, the appellant has failed to convince this Court that the Trial Judge erred in denying the deduction either because the preservation of income-producing assets was the true purpose of the loan or because its true purpose could be traced back to the reason for which the guarantee was originally given. The Trial Judge was correct in concluding that the loan of \$1.7 million was taken in order to honour the guarantee of the appellant and was not taken or used directly for the purpose of earning income from business or property.

13 À mon avis, l'appelante n'a pas réussi à convaincre la Cour que le juge de première instance a commis une erreur en lui refusant la déduction soit parce que la fin réelle de l'emprunt était de conserver des biens productifs de revenu, soit parce que l'on pouvait établir un lien entre la fin réelle de l'emprunt et la raison pour laquelle la garantie avait initialement été donnée. Le juge de première instance a conclu à bon droit que l'emprunt de 1,7 million de dollars avait été contracté dans le but d'honorer la garantie que l'appelante avait donnée, et non pour tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien.

(i) Preservation of income-producing assets as true purpose:

(i) La fin réelle de l'emprunt était-elle de conserver des biens productifs de revenus?

14 The Trial Judge was unpersuaded that the interest on the borrowed money could be brought within

14 Le juge de première instance n'était pas persuadé que l'intérêt sur l'argent emprunté pouvait tomber

subparagraph 20(1)(c)(i) simply because Cal-Gas wished to preserve its income-producing assets while at the same time pay off the indebtedness of Trennd. The Trial Judge explained, consistently with the Tax Court Judge before him, as follows [at page 210]:

Although the plaintiff may have borrowed the money and paid it over to CIBC in order to prevent its business and assets from being put into receivership by the CIBC, the direct purpose of that particular borrowing was to allow its “parents” Anderson and Trennd (1979) to meet their debt obligations.

On the basis of this finding of fact, the Trial Judge rejected the appellant’s attempt to bring this case within the principle enunciated by President Thorson in *Imperial Oil Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1947] Ex. C.R. 527. Here, interest on a loan used to discharge liability for a ship collision was deductible because the payments were made in relation to a risk which was foreseeable in the shipping industry and thus, as the Trial Judge summarized [at page 207], “incidental to its business from which it earned its income”.⁹ The Trial Judge distinguished this case by stating that, in order to bring the Wells Fargo loan under that principle [at page 208], “there must be more to the borrowing than simply being led to the indebtedness for the purpose of paying off Anderson’s and Trennd (1979)’s debts, which were not really an incidental part of the plaintiff’s business from which it earned its income”. This finding of fact is supportable on the evidence and the Trial Judge’s conclusions of law based upon it are unimpeachable.

sous le coup du sous-alinéa 20(1)c)(i) du simple fait que la Cal-Gas désirait conserver ses biens productifs de revenu tout en remboursant en même temps en totalité la dette de la Trennd. Voici les explications que le juge de première instance a données à ce sujet et qui vont dans le même sens que celles que le juge de la Cour de l’impôt avait formulées avant lui [à la page 210]:

Bien que la demanderesse ait pu emprunter cet argent et le verser à la CIBC en vue d’empêcher que son entreprise et ses éléments d’actif soient mis sous séquestre par la CIBC, elle a utilisé directement cet emprunt précis pour permettre à sa société mère Trennd (1979) et à M. Anderson de s’acquitter de leurs dettes.

Sur le fondement de cette conclusion de fait, le juge de première instance a écarté les arguments qu’invoquait l’appelante pour prétendre que le principe posé par le président Thorson dans le jugement *Imperial Oil Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1947] R.C.É. 527, s’appliquait à la présente espèce. Dans l’affaire *Imperial Oil*, les intérêts sur les fonds empruntés qui avaient servi à régler une dette contractée à la suite de l’abordage d’un navire avaient été jugés déductibles au motif qu’ils se rapportaient à un risque qui était prévisible dans l’industrie de la navigation et que, comme le juge de première instance l’a exprimé dans une formule lapidaire, cet événement était [à la page 207] «lié de façon accessoire à l’entreprise de laquelle elle tirait un revenu»⁹. Le juge de première instance a établi une distinction entre l’espèce et l’affaire *Imperial Oil* en déclarant que, pour que le principe puisse s’appliquer au prêt consenti par la Wells Fargo [à la page 208], «il ne suffit pas que l’emprunt ait simplement été utilisé en vue de purger les dettes de M. Anderson et de Trennd (1979), ces dernières n’étant pas véritablement liées accessoirement à l’entreprise dont la demanderesse tirait un revenu». La preuve justifie cette conclusion de fait, et les conclusions de droit que le juge de première instance en a tirées sont inattaquables.

15 The Trial Judge further recognized, as the Tax Court Judge did also, that [at page 208] “the Court must have regard for what was done by the taxpayer, and not what might have been done about the putative deductions which the plaintiff now

Le juge de première instance a en outre reconnu, à l’instar du juge de la Cour de l’impôt, que [à la page 208] «la Cour doit tenir compte de ce que le contribuable a effectivement fait, et non de ce qu’il aurait pu faire, relativement aux déductions poten-

15

seeks to be allowed". This reasoning is entirely consistent with Dickson C.J.'s warning in *Bronfman Trust*, *supra*, that subparagraph 20(1)(c)(i) requires courts to respond to "what the taxpayer actually did, and not what he might have done".¹⁰ In that case, the issue as identified by Dickson C.J. was precisely the issue which is raised by the appellant's argument [at page 35]:

The issue is whether the interest paid to the bank by the Trust on the borrowings is deductible for tax purposes; more particularly, is an interest deduction only available where the loan is used directly to produce income or is a deduction also available when, although its direct use may not produce income, the loan can be seen as preserving income-producing assets which might otherwise have been liquidated.

In responding to this issue, Dickson C.J. observed that, although there has been a trend in tax cases "towards attempting to ascertain the true commercial and practical nature of the taxpayer's transactions [t]his does not mean . . . that a deduction such as the interest deduction in s. 20(1)(c)(i), which by its very text is made available to the taxpayer in limited circumstances, is suddenly to lose all its strictures".¹¹ That observation is equally applicable here.

(ii) Obtaining access to credit facility as true purpose:

16 The appellant's attempt to bring itself within subparagraph 20(1)(c)(i) on the ground that the purpose for which the original credit facility was arranged is the real trigger for the deduction sought is also unpersuasive in fact and law.

17 The Trial Judge, after examining all of the documents and hearing all the oral evidence, concluded as follows [at page 207]:

telles dont la demanderesse essaie maintenant de se prévaloir». Ce raisonnement s'accorde parfaitement avec la mise en garde formulée par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Bronfman Trust*, précité, suivant laquelle le sous-alinéa 20(1)c)(i) oblige les tribunaux à s'en tenir à «ce que le contribuable a réellement fait et non pas de ce qu'il aurait pu faire»¹⁰. Dans cette affaire, la question en litige formulée par le juge en chef Dickson était précisément celle que soulève la thèse de l'appelante [à la page 35]:

La question est de savoir si l'intérêt que la fiducie a payé sur ces emprunts est déductible aux fins de l'impôt sur le revenu; plus particulièrement, l'intérêt ne peut-il être déduit que lorsque l'emprunt est utilisé directement pour produire un revenu ou y a-t-il également lieu à déduction lorsque, bien que son utilisation directe puisse ne pas produire de revenu, il est possible de considérer l'emprunt comme un moyen de conservation de biens productifs de revenu qui auraient pu sans cela être liquidés?

Pour répondre à cette question, le juge en chef Dickson a fait remarquer que, bien qu'il existe, dans les affaires fiscales, une tendance «à essayer de déterminer la véritable nature commerciale et pratique des opérations du contribuable . . . [c]ela ne signifie . . . pas qu'une déduction telle que la déduction au titre d'intérêts prévue par le sous-al. 20(1)c)(i), laquelle, de par le texte même de cette disposition, ne peut être réclamée par un contribuable que dans des circonstances bien précises, ne doive tout à coup plus faire l'objet d'aucune restriction»¹¹. Cette observation vaut également dans le cas qui nous occupe.

(ii) La fin réelle de l'emprunt était-elle d'obtenir du crédit?

16 Les arguments que fait valoir l'appelante pour affirmer qu'elle s'inscrit dans le cadre du sous-alinéa 20(1)c)(i) au motif que c'est la fin pour laquelle elle a obtenu la première entente de crédit qui lui permet en réalité de se prévaloir de la déduction demandée ne sont pas plus convaincants en fait et en droit.

17 Après avoir examiné tous les documents et avoir entendu les témoignages, le juge de première instance a conclu [à la page 207]:

The plaintiff still argues that the true purpose of the \$1.7 million borrowing on a proper view of the transaction—truly the transactions—and the Court views them back to summer 1978—was to provide a credit facility for Cal-Gas. That was the (only) way in which it could have afforded to get into that profitable business at Lloydminster asserts plaintiff's counsel. The Court does not agree with that posture in terms of times and volume of business both long preceding the credit facility designed and proposed by Wood and Anderson in early 1980 and put in place in April, 1980 by CIBC's acceptance of their proposal, with no great variations until CIBC became restive in 1981 and later.

I can see no error in this conclusion, despite the very thorough and skilful argument of Mr. O'Brien. The Trial Judge based his findings on the documentary and oral evidence before him and I can see no way to conclude that there has been a palpable and overriding error.¹²

18 The Trial Judge also found as a matter of law that, even if Cal-Gas had entered into the consolidated credit scheme in order to better secure its ability to capitalize on the Husky opportunity, Cal-Gas is not permitted to adopt the original purpose of the guarantee as the purpose for which the loan was sought. The basis of this legal conclusion rests on the much-cited remarks of Dickson C.J. in *Bronfman Trust*:¹³

The interest deduction provision requires not only a characterization of the use of borrowed funds, but also a characterization of "purpose". Eligibility for the deduction is contingent on the use of borrowed money for the purpose of earning income. It is well-established in the jurisprudence, however, that it is not the purpose of the borrowing itself which is relevant. What is relevant, rather, is the taxpayer's purpose in using the borrowed money in a particular manner

19 According to Chief Justice Dickson, it is also necessary to focus not on the original use of the money but its current use.¹⁴ A taxpayer cannot continue to deduct interest payments merely because the original use was for income-producing purposes; the current use must also be aimed at earning income.

La demanderesse soutient néanmoins que, selon une interprétation juste de l'opération—en fait, des opérations—et la Cour considère qu'elles remontent à l'été 1978—l'emprunt de 1,7 million de dollars a véritablement été utilisé en vue de permettre à Cal-Gas d'obtenir du crédit. L'avocat de la demanderesse affirme que c'est la (seule) manière dont la société pouvait être en mesure d'exercer ses activités commerciales rentables à Lloydminster. La Cour ne peut souscrire à cette hypothèse, compte tenu de la date et du volume des opérations conclues longtemps avant que cette entente de crédit soit conçue et proposée par MM. Wood et Anderson au début de 1980, et mise en place, en avril 1980, par l'acceptation de la CIBC, sans subir de modifications majeures jusqu'à ce que la CIBC commence à s'inquiéter, à partir de 1981.

Cette conclusion m'apparaît inattaquable, malgré la plaidoirie fort éloquente et détaillée de M^c O'Brien. Le juge de première instance a fait reposer ses conclusions sur la preuve documentaire qui a été portée à sa connaissance et sur les témoignages qu'il a entendus et il m'est impossible de conclure qu'il a commis une erreur manifeste et dominante¹².

Le juge de première instance a également conclu en droit que, même si elle avait conclu l'entente de crédit consolidé pour être davantage en mesure de tirer profit du contrat de la Husky, la Cal-Gas ne peut invoquer la fin initiale pour laquelle la garantie a été donnée pour affirmer que c'est aussi la fin pour laquelle le prêt a été demandé. Cette conclusion de droit repose sur les observations souvent citées que le juge en chef Dickson a formulées dans l'arrêt *Bronfman Trust*¹³:

La disposition prévoyant la déduction des intérêts exige non seulement la détermination de l'usage auquel ont été affectés les fonds empruntés, mais aussi la détermination de la «fin». L'admissibilité à la déduction est soumise à la condition que l'argent emprunté soit utilisé pour produire un revenu. Cependant, il est bien établi par la jurisprudence que le point pertinent n'est pas la fin de l'emprunt lui-même. Ce qui est pertinent est plutôt la fin qu'a visée le contribuable en utilisant l'argent emprunté d'une manière particulière

Suivant le juge en chef Dickson, on doit par ailleurs retenir, non pas l'utilisation primitive des fonds empruntés, mais leur utilisation actuelle¹⁴. Un contribuable ne peut pas, du simple fait que l'argent emprunté a servi originellement à produire un revenu, continuer à déduire les intérêts payés; l'argent em-

18

19

The loan from Wells Fargo Bank to the taxpayer could not have been considered as one from which the taxpayer might earn profit, and, hence, any interest paid on that loan was not deductible.

prunté doit également servir actuellement à produire un revenu. Le prêt que la Wells Fargo a consenti à la contribuable ne pouvait pas être considéré comme un prêt duquel la contribuable pouvait tirer un profit et, partant, les intérêts payés sur ce prêt ne sont pas déductibles.

20 Another case which supports this conclusion is *Interior Breweries Ltd. v. Minister of National Revenue*,¹⁵ where Cameron J. of the Exchequer Court refused to allow the deduction of interest paid on a loan that was taken out to pay a bank loan. His Lordship explained¹⁶ that the borrowed money was not used to earn income, but was “used entirely to pay off the bank loan”. A deduction is allowed “only if the borrowed monies themselves are used for the purpose of earning income from the business”.¹⁷ The same comments may be made in this case where the loan money was used to honour the guarantee, not to earn income. Even if the initial trigger for the borrowing was the guarantee extended by Cal-Gas, the borrowed money was not actually used to produce income, but rather to pay off the Trennd debts to the CIBC. This is the unavoidable result of the approach which has been taken by the Supreme Court in defining the boundaries of subparagraph 20(1)(c)(i).

20 Une autre décision qui appuie cette conclusion est le jugement *Interior Breweries Ltd. v. Minister of National Revenue*¹⁵, dans lequel le juge Cameron, de la Cour de l'Échiquier, a refusé la déduction des intérêts payés sur un emprunt qui avait été contracté dans le but de rembourser un emprunt bancaire. Le juge a expliqué¹⁶ que l'argent emprunté n'avait pas servi à produire un revenu, mais qu'il avait plutôt été [TRADUCTION] «utilisé en entier pour rembourser l'emprunt bancaire». Une déduction n'est accordée [TRADUCTION] «que si l'argent emprunté sert lui-même à tirer un revenu de l'entreprise»¹⁷. On peut faire les mêmes observations dans la présente affaire, dans laquelle l'argent emprunté a servi à honorer la garantie, et non à gagner un revenu. Même si l'élément déclencheur initial de l'emprunt était la garantie donnée par la Cal-Gas, l'argent emprunté n'a pas été effectivement utilisé pour produire un revenu, mais bien pour rembourser les dettes contractées par la Trennd envers la CIBC. C'est là l'aboutissement inéluctable de la méthode qu'a retenue la Cour suprême pour définir le champ d'application du sous-alinéa 20(1)(c)(i).

21 Professors Hogg and Magee, in their book *Principles of Canadian Income Tax Law*, (1995),¹⁸ explain how the current use rule was “applied relentlessly by the Court to deny the deductibility of the interest expense where the income source that funds were borrowed to acquire had disappeared”.¹⁹ The authors indicate that the harshness of this rule was abrogated to an extent in 1994 when section 20.1 [*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (as enacted by S.C. 1994, c. 21, s. 13)] was enacted to permit deductibility of interest where the property purchased with the money borrowed ceases to earn income, at least as far as certain stocks and bonds are concerned. Consequently, in my view, any remedy for the appellant and others like it must come from Parliament or the Supreme Court of Canada,

21 Les professeurs Hogg et Magee, dans leur ouvrage *Principles of Canadian Income Tax Law*, (1995)¹⁸, expliquent comment le principe de l'utilisation actuelle a été [TRADUCTION] «appliqué implacablement par les tribunaux pour refuser la déduction des frais d'intérêts lorsque la source de revenu que les fonds avaient été empruntés pour acquérir a disparu»¹⁹. Les auteurs précisent que la rigueur de ce principe a été atténuée dans une certaine mesure en 1994 lorsque l'article 20.1 [*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 (édicé par L.C. 1994, ch. 21, art. 13)] a été édicé pour permettre la déduction des intérêts lorsque les biens achetés avec l'argent emprunté cessent de produire un revenu, du moins dans le cas de certaines actions et de certaines obligations. J'estime, en conséquence, que c'est au légis-

not this Court.²⁰

(iii) Relevance of the Interpretation Bulletin:

22 The *Interpretation Bulletin* IT-445, dated February 21, 1981, though certainly worth considering, is not of any help in this case. It reads in part as follows:

[Interpretation Bulletin IT-445] The deduction of interest on funds borrowed either to be loaned at less than a reasonable rate of interest or to honour a guarantee given for inadequate consideration in non-arms' length circumstances.

This bulletin replaces paragraph 8 of IT-239R dated April 18, 1977. The comments in 7 to 10 below are applicable commencing with a taxpayer's 1982 fiscal period. However, they will also be applicable to interest paid or payable relative to a 1981 fiscal period in respect of a loan made after the issue date of this bulletin.

1. This bulletin deals with the circumstances in which a taxpayer is permitted to deduct interest on borrowed funds which are either loaned at less than a reasonable rate of interest (see 6 below for the Department's comments on reasonableness) or are used to honour a guarantee for which adequate consideration has not been received by the guarantor. The Department's views on the deduction of an allowable capital loss resulting from either the loan or the guarantee are discussed in IT-239R2.

2. Although this bulletin refers to shareholders and corporations, these terms are interchangeable, where appropriate, with partners and partnerships where partners lend money to their partnership or guarantee the partnership's debts.

General Position

3. Interest expense on money borrowed to be loaned at a reasonable rate of interest, or to honour a guarantee which had been given for adequate consideration, is generally deductible. However, interest expense incurred on borrowed money is generally not deductible in whole or in part when that money

(a) is loaned interest-free or at less than a reasonable rate of interest.

lateur fédéral ou à la Cour suprême du Canada, et non à notre Cour, qu'il appartient de corriger la situation dans laquelle se trouvent l'appelante et certaines autres personnes²⁰.

(iii) Pertinence du bulletin d'interprétation

22 Le *Bulletin d'interprétation* IT-445, daté du 21 février 1981 n'est d'aucune utilité en l'espèce, bien qu'il mérite notre examen. En voici un extrait:

[Bulletin d'interprétation IT-445] Déductibilité de l'intérêt sur les fonds empruntés pour consentir un prêt à un taux d'intérêt inférieur à un taux raisonnable ou pour honorer une garantie donnée moyennant une contrepartie insuffisante dans les cas où il y a lien de dépendance.

Le présent bulletin remplace le numéro 8 du bulletin IT-239R du 18 avril 1977. Les commentaires des numéros 7 à 10 ci-dessous s'appliquent à compter de l'exercice financier 1982 d'un contribuable. Cependant, ils seront également applicables à l'intérêt payé ou payable pour l'exercice financier 1981 dans le cas de tout emprunt consenti après la date de publication du présent bulletin.

1. Le présent bulletin traite des circonstances dans lesquelles un contribuable a le droit de déduire l'intérêt sur des fonds empruntés pour consentir un prêt à un taux d'intérêt inférieur à un taux raisonnable (voir les observations du Ministère sur ce qu'il juge raisonnable au numéro 6 ci-dessous) ou pour honorer une garantie donnée moyennant une contrepartie insuffisante. Le bulletin d'interprétation IT-239R2 expose l'opinion du Ministère sur la déductibilité des pertes en capital admissibles résultant du prêt ou de la garantie.

2. Bien que le bulletin mentionne les expressions «actionnaires» et «corporations», ces dernières peuvent être interchangeables avec «associé» et «société», le cas échéant, lorsque des associés prêtent de l'argent à leur société ou honorent les dettes de celle-ci.

Observations générales

3. Les frais d'intérêt sur l'argent emprunté pour consentir un prêt à un taux d'intérêt raisonnable ou pour honorer une garantie qui a été donnée moyennant une contrepartie suffisante sont généralement déductibles. Cependant, les frais d'intérêt sur l'argent emprunté ne sont généralement pas déductibles, soit en totalité soit en partie, lorsque cet argent:

a) est prêté sans intérêt ou à un taux d'intérêt inférieur à un taux raisonnable;

(b) is loaned under circumstances in which the terms of payment of that reasonable rate of interest, by the person to whom the borrowed money was loaned, is not clearly established at the time of the loan, or

(c) is not used to earn income directly by the borrower in his business or from a property acquired with that borrowed money. The fact that the borrower may earn income indirectly, for example through increased dividends from a corporation to whom an interest-free loan has been made, is not sufficient cause to permit the borrower to deduct interest on his liability. (However, see exceptions discussed in 7 to 10 below.) More than just back-to-back loan situations are contemplated in this paragraph.

4. If the corporation to which money has been loaned ceases operations and there are not reasonable prospects of the corporation providing income to the shareholder, the deduction of interest on the shareholder's liability is no longer permitted. Since the corporation has ceased operating, it cannot be argued that the money loaned thereto is being used in an income-earning operation. In any given taxation year, it is the use to which the borrowed money is being put which must be taken into account, not the use to which those funds were originally put.

First, the Bulletin does not apply because the Trial Judge correctly found that there was inadequate consideration received in return for the loan as required by section 1. Second, it does not meet the criterion set out in the last sentence of section 4, because the use of the money was not the use to which the funds were originally put.

23 In affirming the decision of the Trial Judge, it should not be taken that this Court agrees with all that was written by him including his sometimes rather colourful remarks. In particular, neither counsel nor the Court could see any justification for his use of the word "concocted" in relation to an exhibit prepared for purposes of the trial.²¹

24 Lastly, I am unable to see how the decision of *Tonn v. Canada*²² can be of any assistance to the appellant in this case, which deals with a very different set of circumstances.

25 The appeal should be dismissed with costs.

b) est prêté dans des circonstances où les conditions de paiement du taux d'intérêt raisonnable par la personne à qui l'argent emprunté a été prêté ne sont pas clairement établies au moment du prêt; ou

c) n'est pas utilisé par l'emprunteur pour tirer un revenu direct de son entreprise ou d'un bien acquis avec l'emprunt. Le fait que l'emprunteur puisse tirer un revenu indirect, par exemple d'une augmentation des dividendes d'une corporation à qui un prêt sans intérêt a été consenti, ne suffit pas pour permettre à l'emprunteur de déduire l'intérêt sur sa dette. (Voir cependant les exceptions traitées aux numéros 7 à 10 ci-dessous). Ce paragraphe vise plus que les simples cas de prêts dos à dos ou complémentaires.

4. Lorsque la corporation à qui l'argent a été prêté cesse d'exploiter son entreprise et qu'il n'y a aucun espoir raisonnable pour les actionnaires de tirer un revenu de la corporation, il n'est plus permis de déduire l'intérêt sur la dette de l'actionnaire. Comme la corporation a cessé d'exploiter son entreprise, on ne peut plus soutenir que l'argent emprunté est utilisé en vue de produire un revenu. Dans une année d'imposition donnée, il faut tenir compte de l'utilisation de l'argent au cours de cette année et non pas de l'utilisation originale de ces fonds.

En premier lieu, le Bulletin d'interprétation ne s'applique pas parce que le juge de première instance a conclu, à juste titre, que la contrepartie reçue pour le prêt était insuffisante au sens de l'article premier. En second lieu, il ne satisfait pas au critère énoncé à la dernière phrase de l'article 4, parce que l'utilisation de l'argent ne correspondait pas à son utilisation originale.

Le fait que la Cour confirme la décision du juge de première instance ne signifie pas que la Cour souscrive à tout ce qu'il a écrit dans son style parfois imagé. En particulier, les avocats et la Cour trouvent injustifié l'emploi qu'il a fait du terme «manceuvre» (en anglais «concocted») au sujet d'une des pièces qui a été préparée en vue de l'instance²¹.

24 Finalement, je ne vois pas en quoi l'arrêt *Tonn c. Canada*²², qui porte sur des faits forts différents, pourrait être de quelque utilité que ce soit pour l'appelante dans le cas qui nous occupe.

L'appel devrait être rejeté avec dépens.

25

26 STRAYER J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ROBERTSON J.A. (*concurring*):

I. INTRODUCTION

27 Following a corporate reorganization, “Cal-Gas” was one of several companies under the umbrella of its parent, “Trennd”. In pursuing that reorganization, Trennd and its sole shareholder “Anderson” sought out and obtained a \$7.4 million credit facility with the “Bank of Commerce”. Of that amount, \$3.3 million was made available as an operating line of credit to which Cal-Gas and its related corporations would have access through Trennd, the group’s banker. The remainder of the credit facility represented the pre-existing indebtedness of the Trennd companies to the Bank, including \$1.3 million attributable to Cal-Gas. As a condition of granting the credit facility, the Bank required guarantees from Cal-Gas, Anderson and the other related companies. Two years later the Bank demanded repayment and called upon Cal-Gas, the only profitable arm of the Trennd group, to honour its contract of guarantee. By that date Cal-Gas had repaid all monies owing to Trennd under the credit facility. Cal-Gas complied with the Bank’s demand by borrowing \$1.7 million of the \$2.2 million needed to discharge its liability. Anderson contributed the remaining \$500,000.

28 Cal-Gas sought to deduct the interest payments pursuant to subparagraph 20(1)(c)(i) of the *Income Tax Act*. That provision states that amounts paid pursuant to a legal obligation to pay interest on borrowed money used for the purpose of earning non-exempt income from a business or property are deductible from income. By reassessment, the Min-

LE JUGE STRAYER, J.C.A.: Je suis du même avis. 26

* * *

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

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A. (*motifs concordants*):

I. GENÈSE DE L’INSTANCE

27 À la suite d’une réorganisation de sociétés, la Cal-Gas s’est retrouvée au nombre des sociétés chapeautées par sa société-mère, la Trennd. Pour réaliser cette réorganisation, la Trennd et son unique actionnaire, Anderson, ont demandé et obtenu un prêt de 7,4 millions de dollars de la Banque de commerce. Sur cette somme, 3,3 millions de dollars ont été avancés sous forme de marge de crédit d’exploitation à laquelle la Cal-Gas et ses sociétés liées avaient accès par l’intermédiaire de la Trennd, qui était le banquier du groupe. Le reste du prêt correspondait aux dettes antérieures contractées par les compagnies du groupe Trennd envers la banque, y compris un prêt de 1,3 million de dollars imputable à la Cal-Gas. Avant d’accepter de consentir le prêt en question, la banque a exigé des garanties de la part de la Cal-Gas, d’Anderson et d’autres sociétés liées. La banque a, deux ans plus tard, exigé le remboursement du prêt et a mis en demeure la Cal-Gas, la seule société rentable du groupe Trennd, d’honorer sa garantie. À ce moment-là, la Cal-Gas avait remboursé toutes les sommes qu’elle devait à la Trennd aux termes de l’entente de crédit. La Cal-Gas a répondu à la mise en demeure de la banque en empruntant 1,7 million de dollars sur les 2,2 millions de dollars qui étaient nécessaires pour exécuter son obligation. M. Anderson a payé la différence de 500 000 \$.

28 La Cal-Gas a essayé de déduire les intérêts payés en vertu du sous-alinéa 20(1)(c)(i) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Cette disposition prévoit que peuvent être déduites du revenu du contribuable les sommes qu’il a payées dans l’année en exécution d’une obligation légale de verser des intérêts sur de l’argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu

ister of National Revenue denied the deduction. Cal-Gas' appeal to the Tax Court of Canada was dismissed as was its *de novo* appeal to the Trial Division of this Court: see *74712 Alberta Ltd. v. M.N.R.*, [1990] 2 C.T.C. 2001 (T.C.C.) and [1994] 2 C.T.C. 191 (F.C.T.D.), respectively.

d'une entreprise ou d'un bien. Dans la nouvelle cotisation qu'il a établie, le ministre du Revenu national a refusé la déduction. L'appel interjeté par la Cal-Gas devant la Cour canadienne de l'impôt a été rejeté, de même que l'appel *de novo* qu'elle a interjeté devant la Section de première instance de notre Cour (voir, respectivement, *74712 Alberta Ltd. c. M.R.N.*, [1990] 2 C.T.C. 2001 (C.C.I.) et [1994] 2 C.T.C. 191 (C.F. 1^{re} inst.).

29 I have had the advantage of reading the draft reasons of my colleague, Mr. Justice Linden. I share the respectful view that interest payments on the \$1.7 million bank loan are not deductible from income. Where my opinion differs is in the legal reasoning offered in support of that legal conclusion. My reasons rest on an extensive analysis of the Supreme Court of Canada's seminal decision in *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32, and its implications. As one Tax Court Judge has rightly noted, that decision is now cited in support of many propositions: see *Mark Resources Inc. v. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 2259 (T.C.C.), at page 2269, Bowman T.C.C.J. (appeal to F.C.A. withdrawn).

J'ai eu l'avantage de lire l'ébauche de motifs de mon collègue, le juge Linden. Je suis d'accord avec lui pour dire que les intérêts payés sur le prêt de 1,7 million de dollars consenti par la banque ne sont pas déductibles du revenu. Là où mon opinion diffère de la sienne, c'est en ce qui concerne le raisonnement juridique invoqué pour justifier cette conclusion de droit. Mes motifs reposent sur une analyse fouillée de l'arrêt de principe *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32, de la Cour suprême du Canada, et sur ses répercussions. Ainsi qu'un juge de la Cour de l'impôt l'a fait remarquer à juste titre, cet arrêt est maintenant invoqué à l'appui d'un grand nombre de propositions (voir le jugement *Mark Resources Inc. c. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 2259 (C.C.I.), à la page 2269, le juge Bowman (désistement de l'appel interjeté devant la C.A.F.).

II. RELEVANT LEGISLATION

II. DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES

30 The statutory provisions relevant to this appeal read as follows:

Voici les dispositions législatives pertinentes au présent appel: 30

18. (1) In computing the income of a taxpayer from a business or property no deduction shall be made in respect of

18. (1) Dans le calcul du revenu du contribuable, tiré d'une entreprise ou d'un bien, les éléments suivants ne sont pas déductibles:

(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;

a) un débours ou une dépense, sauf dans la mesure où elle a été faite ou engagée par le contribuable en vue de tirer un revenu des biens ou de l'entreprise ou de faire produire un revenu aux biens ou à l'entreprise;

(b) an outlay, loss or replacement of capital, a payment on account of capital or an allowance in respect of depreciation, obsolescence or depletion except as expressly permitted by this Part;

b) une somme déboursée, une perte ou un remplacement de capital, un paiement à titre de capital ou une provision pour amortissement, désuétude ou épuisement, sauf ce qui est expressément permis par la présente Partie;

...

...

20. (1) Notwithstanding paragraphs 18(1)(a),(b) and (h), in computing a taxpayer's income for a taxation year from a business or property, there may be deducted such of the following amounts as are wholly applicable to that source or such part of the following amounts as may reasonably be regarded as applicable thereto:

...

(c) an amount paid in the year or payable in respect of the year (depending upon the method regularly followed by the taxpayer in computing his income), pursuant to a legal obligation to pay interest on

(i) borrowed money used for the purpose of earning income from a business or property (other than borrowed money used to acquire property the income from which would be exempt or to acquire a life insurance policy),

...

or a reasonable amount in respect thereof, whichever is the lesser;

III. BRONFMAN REVISITED

31 The trustees of the Bronfman Trust elected to make a capital allocation of \$2.5 million to a beneficiary. Rather than liquidating any of the Trust's \$70 million in capital assets, the trustees considered it advantageous to borrow the needed funds. Three years later the loan was repaid after some of the Trust's assets were sold. In the interim the Trust sought to deduct the interest payments in each of the three years the loan remained outstanding. Those amounts greatly exceeded the amount saved by not liquidating some of the Trust's capital assets. The Supreme Court began its analysis by reaffirming the principle established in *Canada Safeway Limited v. The Minister of National Revenue*, [1957] S.C.R. 717, at pages 722-723 and 727. In that case it was held that in the absence of a statutory provision authorizing the deduction of interest in respect of borrowed funds, such payments are deemed an outlay "on account of capital" and, therefore, not deductible from income pursuant to paragraph 18(1)(b) of the Act [then s. 12(1)(b) of *The Income Tax Act*, S.C. 1948, c. 52]. The decision in *Canada Safeway* is also important because it laid the analytical foundation for what would become the "direct-

20. (1) Nonobstant les dispositions des alinéas 18(1)a), b) et h), lors du calcul du revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition, peuvent être déduites celles des sommes suivantes qui se rapportent entièrement à cette source de revenus ou la partie des sommes suivantes qui peut raisonnablement être considérée comme s'y rapportant:

...

c) une somme payée dans l'année ou payable pour l'année (suivant la méthode habituellement utilisée par le contribuable dans le calcul de son revenu), en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur

(i) de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien (autre que l'argent emprunté et utilisé pour acquérir un bien dont le revenu serait exonéré d'impôt ou pour prendre une police d'assurance-vie),

...

ou une somme raisonnable à cet égard, le moins élevé des deux montants étant à retenir;

III. L'ARRÊT BRONFMAN: DIX ANS PLUS TARD

31 Les fiduciaires de la fiducie Bronfman avaient choisi de faire des prélèvements sur un capital de 2,5 millions de dollars pour les verser à une bénéficiaire. Au lieu de liquider quelques-uns des biens immobilisés de quelque 70 millions de dollars pour faire ces versements, les fiduciaires avaient jugé avantageux de contracter un emprunt pour se procurer les fonds nécessaires. L'emprunt a été remboursé trois ans plus tard à la suite de la vente de quelques-uns des actifs de la fiducie. Dans l'intervalle, la fiducie a tenté de déduire les intérêts payés sur les emprunts au cours de chacune des trois années où l'emprunt n'était pas encore remboursé. Ces sommes étaient bien supérieures à la somme qui avait été épargnée en ne liquidant pas certains des biens immobilisés de la fiducie. La Cour suprême a commencé son analyse en réaffirmant le principe posé dans l'arrêt *Canada Safeway Limited v. The Minister of National Revenue*, [1957] R.C.S. 717, aux pages 722 et 723, et 727. Dans cet arrêt, il a été jugé que, faute de disposition législative autorisant la déduction des intérêts sur des sommes empruntés, ces intérêts sont réputés être des «paiements à titre de capital» dont l'alinéa 18(1)b) [auparavant l'art.

use” rule articulated in *Bronfman*. For that reason alone it is worth revisiting the facts and legal reasoning of the former case.

12(1)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1948, ch. 52] de la Loi interdit la déduction. L'arrêt *Canada Safeway* est par ailleurs important, parce que la Cour y a posé le fondement analytique de ce qui allait devenir le principe de «l'utilisation directe» qui a été énoncé dans l'arrêt *Bronfman*. Pour ce seul motif, il vaut la peine de réexaminer les faits et le raisonnement juridique de cette première affaire.

32 In *Canada Safeway*, the corporate taxpayer (Safeway) operated a chain of grocery stores and had borrowed money to acquire the shares of a distributor of grocery products with which Safeway had substantial business dealings. The taxpayer sought to deduct the interest payments on the basis that the ownership of the shares increased its income-earning capacity by enabling it to receive, for example, preferential treatment from the distributor and a competitive advantage over other grocery store chains. The taxpayer did not argue, nor could it argue, that the shares were purchased for the purpose of gaining taxable income. At that time, intercorporate dividends were classified as tax-exempt income.

Dans l'affaire *Canada Safeway*, la compagnie 32 contribuable (Safeway) exploitait une chaîne de magasins d'alimentation. Elle avait emprunté de l'argent pour acquérir les actions d'un distributeur de produits d'alimentation avec lequel la Safeway avait des opérations commerciales importantes. La contribuable a essayé de déduire les intérêts payés au motif que le fait de détenir les actions en question augmentait sa capacité de gagner un revenu en lui permettant de bénéficier, par exemple, d'un traitement de faveur de la part du distributeur et d'un avantage concurrentiel sur les autres chaînes de magasins d'alimentation. La contribuable n'a pas prétendu—et ne pouvait pas prétendre—qu'elle avait acheté les actions en vue de gagner un revenu imposable. À l'époque, les dividendes intersociétés étaient considérés comme un revenu exempt d'impôt.

33 A majority of the Supreme Court held that the taxpayer was not entitled to deduct the interest payments. For the taxation years in question, and pursuant to subsection 6(5) of the 1939 Tax Act [*Income War Tax Act*, R.S.C. 1927, c. 97 (as enacted by S.C. 1939, c. 46, s. 8)], expenses incurred to earn tax-exempt income were not deductible. The money Safeway had borrowed was not used in the taxpayer's own business to earn taxable income but rather, was used to earn tax-exempt income in the form of dividends received from the distributor. As to the collateral benefits enjoyed by the taxpayer, it was found that they were “indirect and remote” effects (Rand J., at page 727): see also *Interior Breweries Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] Ex. C.R. 165, where interest was held to be non-deductible in circumstances where the taxpayer borrowed monies to repay a loan used to purchase dividend-producing shares.

La Cour suprême a statué, à la majorité, que la 33 contribuable n'avait pas le droit de déduire les intérêts payés. Pour les années d'imposition en question, et aux termes du paragraphe 6(5) de la Loi de l'impôt de 1939 [*Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, S.R.C. 1927, ch. 97 (édicte par S.C. 1939, ch. 46, art. 8)], les dépenses engagées pour gagner le revenu exempt d'impôt n'étaient pas déductibles. L'argent que la Safeway avait emprunté n'avait pas été utilisé dans le cadre de l'entreprise de la contribuable pour gagner un revenu imposable, mais plutôt pour gagner un revenu exempt d'impôt sous forme de dividendes versés par le distributeur. Quant aux avantages accessoires dont la contribuable avait bénéficié, la Cour a jugé qu'ils constituaient des répercussions «indirectes et éloignées» (le juge Rand, à la page 727) (voir également la décision *Interior Breweries Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] R.C.É. 165, dans laquelle les intérêts ont été jugés non déductibles dans une affaire dans laquelle la contri-

buable avait emprunté de l'argent pour rembourser un prêt qui avait servi à acheter des actions donnant droit à des dividendes).

34 I note that the Supreme Court recently acknowledged the view held by some commentators that *Canada Safeway* was “wrongly” decided: see *Tennant v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 3, at pages 316-317, Iacobucci J. I presume that that acknowledgment stems from and is limited to the holding in *Canada Safeway* that interest is necessarily an outlay on capital: see P. W. Hogg and J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (Carswell, 1995), at page 221, note 36; and B. J. Arnold, “Is Interest a Capital Expense?” (1992), 40 *Can. Tax J.* 533. If I am mistaken on this point then obviously the Supreme Court would have to re-evaluate *Bronfman* as well.

35 For the sake of completeness, I note also that the rule in *Emerson (R.I.) v. The Queen*, [1986] 1 C.T.C. 422 (F.C.A.), leave to appeal denied [1986] 1 S.C.R. viii, appears to have been abrogated by a 1994 amendment to the Act: see section 20.1. The rule in *Emerson* denies the deduction of a continuing interest expense once the source of income that was acquired with the borrowed monies ceases to exist. The rule itself has always attracted severe criticism: see G. D. Dixon and B. J. Arnold, “Rubbing Salt into the Wound: The Denial of the Interest Deduction After the Loss of a Source of Income” (1991), 39 *Can. Tax J.* 1473.

A) The Direct-Use Rule

36 For purposes of determining the deductibility of interest payments two general rules were affirmed in *Bronfman*: the “direct-use” and “current-use” rules. The ambit of the former rule can be traced to three passages found within the reasons for judgment (at pages 45-46 and 53-54):

34 Je souligne que la Cour suprême a récemment retenu le point de vue soutenu par certains auteurs qui estimaient que l'arrêt *Canada Safeway* était «mal fondé» (voir l'arrêt *Tennant c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 3, aux pages 316 et 317 (le juge Iacobucci)). Je présume que cette opinion s'explique par le fait que, dans l'arrêt *Canada Safeway*, la Cour avait conclu que les intérêts sont nécessairement des dépenses de capital, et je suppose que cette opinion se limite à cette conclusion (voir P. W. Hogg et J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (Carswell, 1995), à la page 221, note 36; et B. J. Arnold, «Is Interest a Capital Expense?» (1992), 40 *Can. Tax J.* 533). Si j'ai tort sur ce point, la Cour suprême devra également de toute évidence réévaluer l'arrêt *Bronfman*.

35 Pour dresser un tableau complet de la situation, je tiens également à faire remarquer qu'il semble que le principe posé dans l'arrêt *Emerson (R.I.) c. La Reine*, [1986] 1 C.T.C. 422 (C.A.F.), autorisation de pourvoi refusée à [1986] 1 R.C.S. viii, ait été annulé par suite de la modification apportée en 1994 à la Loi (voir l'article 20.1). Le principe établi dans l'arrêt *Emerson* veut que l'on refuse la déduction d'intérêts continus lorsque la source du revenu qui a été acquis avec l'argent emprunté cesse d'exister. Le principe lui-même a toujours fait l'objet de sévères critiques (voir G. D. Dixon et B. J. Arnold, «Rubbing Salt into the Wound: The Denial of the Interest Deduction After the Loss of a Source of Income» (1991), 39 *Can. Tax J.* 1473.

A) Le principe de l'utilisation directe

36 La Cour suprême a, dans l'arrêt *Bronfman*, formulé deux principes qui servent à déterminer si des intérêts sont déductibles: le principe de l'«utilisation directe» et le «principe de l'utilisation actuelle». On retrouve l'essentiel du premier principe dans les trois extraits suivants des motifs du jugement (aux pages 45 et 46, et 53 et 54):

Not all borrowing expenses are deductible. Interest on borrowed money used to produce tax exempt income is not deductible. Interest on borrowed money used to buy life insurance policies is not deductible. Interest on borrowings used for non-income earning purposes, such as personal consumption or the making of capital gains is similarly not deductible. The statutory deduction thus requires a characterization of the use of borrowed money as between the eligible use of earning non-exempt income from a business or property and a variety of possible ineligible uses. The onus is on the taxpayer to trace the borrowed funds to an identifiable use which triggers the deduction. Therefore, if the taxpayer commingles funds used for a variety of purposes only some of which are eligible he or she may be unable to claim the deduction: see, for example, *Mills v. Minister of National Revenue*, 85 D.T.C. 632 (T.C.C.); *No. 616 v. Minister of National Revenue*, 59 D.T.C. 247 (T.A.B.).

...

This does not mean, however, that a deduction such as the interest deduction in s. 20(1)(c)(i), which by its very text is made available to the taxpayer in limited circumstances, is suddenly to lose all its strictures. It is not lightly to be assumed that an actual and direct use of borrowed money is any less real than the abstract and remote indirect uses which have, on occasion, been advanced by taxpayers in an effort to achieve a favourable characterization. In particular, I believe that despite the fact that it can be characterized as indirectly preserving income, borrowing money for an ineligible direct purpose ought not entitle a taxpayer to deduct interest payments.

The taxpayer in such a situation has doubly reduced his or her long run income-earning capacity: first, by expending capital in a manner that does not produce taxable income; and second, by incurring debt financing charges. The taxpayer, of course, has a right to spend money in ways which cannot reasonably be expected to generate taxable income but if the taxpayer chooses to do so, he or she cannot expect any advantageous treatment by the tax assessor. In my view, the text of the Act requires tracing the use of borrowed funds to a specific eligible use, its obviously restricted purpose being the encouragement of taxpayers to augment their income-producing potential. This, in my view, precludes the allowance of a deduction for interest paid on borrowed funds which indirectly preserve income-earning property but which are not directly "used for the purpose of earning income from . . . property".

Ce ne sont pas tous les intérêts qui sont déductibles. L'intérêt sur l'argent emprunté pour produire un revenu exempt d'impôt ne l'est pas. L'intérêt sur l'argent emprunté pour acheter des polices d'assurance-vie ne l'est pas. L'intérêt sur les emprunts utilisés à des fins non productives de revenu, telles que la consommation personnelle ou la réalisation de gains en capital, ne l'est pas non plus. La déduction prévue par la loi exige donc qu'on détermine si l'argent emprunté a été utilisé en vue de tirer un revenu imposable d'une entreprise ou d'un bien, ce qui constitue une utilisation admissible, ou s'il a été affecté à quelque-une des possibles utilisations inadmissibles. Il incombe au contribuable d'établir que les fonds empruntés ont été utilisés à une fin identifiable ouvrant droit à la déduction. Par conséquent, si le contribuable mélange des fonds utilisés à différentes fins, dont une partie seulement est admissible, il peut ne pas pouvoir réclamer la déduction: voir, par exemple, *Mills c. Ministre du Revenu national*, 85 D.T.C. 632 (C.C.I.); *No. 616 v. Minister of National Revenue*, 59 D.T.C. 247 (C.A.I.).

...

Cela ne signifie toutefois pas qu'une déduction telle que la déduction au titre d'intérêts prévue par le sous-al. 20(1)c)(i), laquelle, de par le texte même de cette disposition, ne peut être réclamée par un contribuable que dans des circonstances bien précises, ne doive tout à coup plus faire l'objet d'aucune restriction. Il ne faut pas supposer à la légère qu'une utilisation effective et directe d'argent emprunté est moins réelle que les utilisations abstraites et indirectes que les contribuables ont, à l'occasion, alléguées dans une tentative d'obtenir une qualification avantageuse de l'utilisation d'emprunts. En particulier, j'estime que, même si cela peut être décrit comme une façon indirecte de conserver un revenu, l'emprunt d'argent pour une fin directe inadmissible ne devrait pas conférer à un contribuable le droit de déduire les intérêts payés.

Dans une telle situation, le contribuable réduit doublement ses possibilités à long terme de produire des revenus: premièrement, en utilisant son capital d'une façon non productive de revenu imposable; et deuxièmement, en subissant les frais de financement reliés à la dette. Bien entendu, il est loisible au contribuable de dépenser de l'argent d'une manière dont on ne peut attendre qu'elle produise un revenu imposable, mais s'il prend ce parti, il ne peut pas s'attendre à ce que le fisc lui accorde un traitement avantageux. À mon avis, le texte de la Loi exige que les fonds empruntés aient été affectés à une utilisation admissible précise, car, à l'évidence, le but restreint qu'elle vise est d'encourager les contribuables à améliorer leurs possibilités de produire des revenus. Voilà, selon moi, qui vient empêcher qu'une déduction soit permise à l'égard de l'intérêt payé sur des fonds empruntés qui servent indirectement à conserver des biens productifs de revenu, mais qui ne sont pas utilisés directement «en vue de tirer un revenu . . . d'un bien».

- 37 The above extracts render it clear that the direct-use rule has two prongs. First, it is necessary to trace the borrowed funds to an eligible use, that is, to an income-producing source, whether it be from a business or property. Second, there must be a sufficiently direct connection between the use of the borrowed funds and the source of income. Thus, even in cases where the borrowed funds are used for a purpose which has the indirect effect of enhancing the taxpayer's income-earning capacity, the interest payments remain non-deductible. The income-earning purpose is simply too remote.
- 38 The classic example of the direct-use rule involves a taxpayer who borrows for the purpose of purchasing a personal residence. In such cases the borrowed funds can be traced immediately to the purchase of an asset. That asset, however, is incapable of generating income for the taxpayer so long as the property is occupied as a personal residence. Thus, it cannot be said that the borrowed funds were used for the purpose of gaining or producing income within the meaning of paragraph 20(1)(c) of the Act. In *Bronfman*, Dickson C.J. describes the legal result in terms of a "direct ineligible use of borrowed money" or an "ineligible direct use". Even if the borrowed money has the effect of enabling the taxpayer to retain income-earning investments, interest payments remain non-deductible. This is described as an "indirect eligible use of funds". Interest payments fall outside the direct-use rule because the borrowed funds are used for the indirect purpose of enhancing the taxpayer's earning capacity, that is to say, a remote purpose.
- 39 At this point I wish to make three observations which will take on greater significance later in these reasons. First, the direct-use rule follows the principle set out in paragraph 18(1)(a) of the Act that expenses must be related to a source of income. Thus, for example, interest payments tied to consumption expenditures are not deductible because they yield no taxable income from a business or
- Il ressort à l'évidence de ces extraits que le principe de l'utilisation directe comporte deux volets. En premier lieu, il est nécessaire d'établir que les fonds empruntés ont été utilisés à une fin admissible, c'est-à-dire qu'ils se rapportent à une source productive de revenu, qu'il s'agisse d'une entreprise ou d'un bien. En second lieu, il doit exister un lien suffisamment direct entre l'utilisation de l'argent emprunté et la source de revenu. Ainsi, même dans les cas dans lesquels l'argent emprunté a été utilisé pour une fin qui a pour effet indirect d'améliorer la capacité du contribuable de gagner un revenu, les intérêts demeurent non déductibles. La fin productive de revenu est tout simplement trop indirecte.
- L'exemple classique du principe de l'utilisation directe est celui du contribuable qui emprunte de l'argent dans le but de s'acheter une résidence personnelle. En pareil cas, il est facile d'établir que l'argent emprunté a servi à acheter un bien. Le contribuable ne peut toutefois tirer un revenu de ce bien tant qu'il s'en sert comme résidence personnelle. Ainsi, on ne peut prétendre que l'argent qui a été emprunté a été utilisé en vue de tirer un revenu d'un bien au sens de l'alinéa 20(1)c) de la Loi. Dans l'arrêt *Bronfman*, le juge en chef Dickson qualifie le résultat juridique d'«utilisation directe inadmissible des fonds empruntés» ou d'«utilisation directe inadmissible». Même si l'argent emprunté a pour effet de permettre au contribuable de conserver des placements productifs de revenu, les intérêts demeurent non déductibles. C'est ce qu'on appelle une «utilisation indirecte admissible des fonds». Les intérêts échappent à l'application du principe de l'utilisation directe parce que l'argent emprunté est utilisé dans le but indirect d'améliorer la capacité du contribuable de générer des revenus, c'est-à-dire dans un but indirect.
- À cette étape-ci, je tiens à formuler trois remarques qui deviendront plus importantes plus loin dans les présents motifs. Premièrement, le principe de l'utilisation directe est conforme au principe énoncé à l'alinéa 18(1)a) de la Loi suivant lequel les dépenses doivent se rapporter à une source de revenu. Ainsi, par exemple, les intérêts imputables à des dépenses de consommation ne sont pas déductibles,

property.

40 Second, as a matter of tax planning, transactions should be structured such that the taxpayer borrows funds for business and investment purposes. For consumption purchases a taxpayer should use savings. As Professor Krishna has suggested: “Borrow for business and use savings for pleasure” (V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 5th ed. (Toronto: Carswell, 1995), at page 714).

41 Third, I see nothing in the jurisprudence, in particular the reasons of *Bronfman*, which requires a subjective appreciation of the motives or intent underlying the taxpayer’s decision to borrow funds: see also *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at page 736 to the same effect in the context of paragraph 18(1)(a) of the Act. The words “use” and “purpose” are used in paragraph 20(1)(c) in an objective not subjective sense. It is important to recognize that terms such as “motive, intent, reason, purpose, object and effect” can be applied or interpreted differently, depending on the statutory context in which they are invoked: see generally *Canada v. Placer Dome Inc.*, [1997] 1 F.C. 780 (C.A.) and J. F. Avery Jones, “Nothing Either Good or Bad, but Thinking Makes It So—The Mental Element in Anti-Avoidance Legislation” (1983), *British Tax Review* 9.

B) The Current-Use Rule

42 *Bronfman* also confirmed the validity of the current-use rule which provides that it is the current and not original use of borrowed funds that is relevant in assessing the deductibility of interest payments. Thus, for example, a taxpayer who first borrows money for a direct ineligible use (such as to purchase a residence), is unable to claim a deduction with respect to interest payments. Should, however,

parce qu’il ne s’agit pas de dépenses engagées en vue de tirer un revenu imposable d’une entreprise ou d’un bien.

Deuxièmement, sur le plan de la planification fiscale, les opérations devraient être structurées de telle sorte que l’argent emprunté par le contribuable serve à des fins commerciales et à des fins de placement. Pour les achats de consommation, le contribuable devrait puiser dans ses épargnes. Ainsi que le professeur Krishna le souligne: [TRADUCTION] «On emprunte pour son entreprise et on se sert de ses épargnes pour le plaisir» (voir Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 5^e éd., Toronto, Carswell, 1995, à la page 714).

Troisièmement, je ne vois rien dans la jurisprudence, en particulier dans les motifs de l’arrêt *Bronfman*, qui exige une appréciation subjective des mobiles ou de l’intention qui sont à la base de la décision du contribuable d’emprunter de l’argent (voir, dans le même sens, l’arrêt *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, à la page 736, dans le contexte de l’alinéa 18(1)a) de la Loi). Les termes «utilisé» et «en vue de» sont employés à l’alinéa 20(1)c) dans un sens objectif et non dans un sens subjectif. Il importe de reconnaître que des termes comme «mobile», «intention», «motif», «fin», «objet» et «effet» peuvent être appliqués ou interprétés différemment selon le contexte législatif dans lequel ils sont invoqués (voir, de façon générale, l’arrêt *Canada c. Placer Dome Inc.*, [1997] 1 C.F. 780 (C.A.); et J. F. Avery Jones, «Nothing Either Good or Bad, but Thinking Makes It So—The Mental Element of Anti-Avoidance Legislation» (1983), *British Tax Review* 9).

B) Le principe de l’utilisation actuelle

42 Dans l’arrêt *Bronfman*, la Cour suprême a également confirmé le bien-fondé du principe de l’utilisation actuelle selon lequel c’est l’utilisation actuelle et non l’utilisation primitive de l’argent emprunté dont il faut tenir compte lorsqu’il s’agit de déterminer si des intérêts sont déductibles. Ainsi, le contribuable qui emprunte initialement de l’argent pour une fin directe inadmissible (par exemple, pour acheter une

the ineligible use become an eligible one (assume the property is now rented), interest payments become deductible under subparagraph 20(1)(c)(i) of the Act. The converse is also true. The full impact of the current-use rule was canvassed most recently by the Supreme Court in *Tennant v. M.N.R.*, *supra*.

- 43 The current-use rule is premised on the legal understanding that it is the purpose underlying the use of the borrowed funds, and not the purpose for which they were borrowed, which is determinative. In many cases the purpose is the same for both the use and borrowing. In *Bronfman*, Dickson C.J. recognized the validity of that distinction (at page 46) and relied on the seminal decision of the Tax Appeal Board in *Auld v. Minister of National Revenue* (1962), 62 DTC 27 (T.A.B.). It is worthwhile reproducing the relevant passage from the Board's decision (at page 30):

In my opinion, it is not the purpose underlying the borrowing of the money which is relevant; it is the purpose underlying the use of the borrowed money. It will probably happen in most situations that the purpose is the same for both the borrowing and the use but where the purposes are different, it is the latter one which is decisive. An example makes the distinction apparent. A may borrow \$10,000 to assist him in the purchase of a residence in which he intends to live. However, after the borrowing, he decides not to purchase the house and puts the \$10,000 in his unincorporated business, where a business use is made of it. In my opinion, the interest paid on the \$10,000 clearly is deductible under section 11(1)(c) as the purpose for which it was used, was to earn income. Although the purpose for which it was borrowed had nothing to do with the earning of income, this is irrelevant. [Underlining added.]

- 44 As was true in *Bronfman*, the current-use rule has no application to the facts of the case at bar. In *Bronfman*, the immediate or original use and purpose of the borrowed funds was to make a capital allocation to the beneficiary. Consequently, the Trust received no enduring asset in return. Once paid over

résidence), ne peut déduire les intérêts payés. Toutefois, si l'utilisation inadmissible devient admissible (dans l'hypothèse où la résidence est maintenant louée), les intérêts deviennent déductibles en vertu du sous-alinéa 20(1)c)(i) de la Loi. L'inverse est également vrai. La Cour suprême a analysé très récemment toutes les répercussions du principe de l'utilisation directe dans l'arrêt *Tennant c. M.R.N.*, précité.

- Le principe de l'utilisation directe repose sur la prémisses juridique suivant laquelle c'est la fin que sous-tend l'utilisation de l'argent emprunté, et non la fin pour laquelle il a été emprunté, qui est déterminante. Dans de nombreux cas, la fin est la même tant dans le cas de l'utilisation que dans celui de l'emprunt. Dans l'arrêt *Bronfman*, le juge en chef Dickson a reconnu le bien-fondé de cette distinction (à la page 46) et s'est fondé sur la décision de principe rendue par la Commission d'appel de l'impôt dans l'affaire *Auld v. Minister of National Revenue* (1962), 62 DTC 27 (C.A.I.). Il vaut la peine de reproduire le passage pertinent de la décision de la Commission (à la page 30):

[TRADUCTION] À mon avis, ce n'est pas la fin sous-jacente à l'emprunt lui-même qui est pertinente, mais bien la fin sous-jacente à l'utilisation de l'argent emprunté. Dans la plupart des cas, la fin est la même en ce qui concerne l'emprunt et l'utilisation, mais lorsque la fin est différente, c'est la fin de l'utilisation qui est décisive. Un exemple rend cette distinction évidente. Ainsi, A peut emprunter 10 000 \$ pour l'aider à acheter une résidence dans laquelle il a l'intention de vivre. Il décide toutefois après l'emprunt de ne pas acheter la maison et de placer la somme de 10 000 \$ dans son entreprise non constituée en personne morale, au sein de laquelle il l'utilise à une fin commerciale. À mon avis, les intérêts payés sur la somme de 10 000 \$ sont de toute évidence déductibles en vertu de l'alinéa 11(1)c), étant donné que la fin pour laquelle cet argent a été utilisé était de gagner un revenu. On ne tient pas compte du fait que cet argent n'a nullement été emprunté en vue de gagner un revenu. [Non souligné dans l'original.]

- Comme c'était le cas dans l'affaire *Bronfman*, le principe de l'utilisation actuelle ne s'applique pas aux faits de l'espèce. Dans l'affaire *Bronfman*, l'utilisation et la fin immédiates ou primitives de l'argent emprunté étaient de faire des prélèvements sur le capital pour les verser à la bénéficiaire. En consé-

to the beneficiary, the borrowed funds were spent and not available to the Trust for a subsequent or current use, whether eligible or ineligible: see *Bronfman*, at page 47. Similarly, in the present case the borrowed funds were dissipated once they were paid to the Bank. In granting and honouring the guarantee, Cal-Gas received no saleable or enduring asset in return. Hence, the borrowed funds could never be traced to a subsequent or current use.

quence, la fiducie n'avait reçu aucun bien durable en contrepartie. Une fois versé à la bénéficiaire, l'argent emprunté a été dépensé et la fiducie ne pouvait plus l'affecter à une utilisation subséquente ou actuelle, que celle-ci soit admissible ou inadmissible (voir l'arrêt *Bronfman*, à la page 47). De même, dans la présente affaire, l'argent emprunté a été dissipé une fois qu'il a été payé à la banque. En consentant et en honorant la garantie, la Cal-Gas n'a reçu aucun bien vendable ou durable en retour. Il devenait donc impossible d'établir un lien entre l'argent emprunté et une utilisation subséquente ou actuelle.

C) The Impact of *Bronfman* and Administrative Practices

C) Les répercussions de l'arrêt *Bronfman* et des pratiques administratives

45 Returning to the direct-use rule, Dickson C.J. concluded in *Bronfman* that the immediate and direct use of the funds was for the purpose of making a capital allocation and not for earning income. This constituted a direct ineligible use of borrowed funds. However, the fact that the borrowing allowed the Trust to retain income-earning investments amounted to an indirect eligible use. Having regard to the principles of *stare decisis*, it cannot be said that the *ratio decidendi* of *Bronfman* is limited to the simple proposition that interest payments on borrowed funds used for the purpose of making a capital allocation to a beneficiary under a trust are not deductible from income pursuant to subparagraph 20(1)(c)(i) of the Act. Certainly that aspect of *Bronfman* has never been doubted or even criticized. But *Bronfman* also stands for a much broader rule of law: interest payments on funds borrowed for a direct ineligible use are not deductible from income.

Pour en revenir au principe de l'utilisation directe, le juge en chef Dickson a conclu, dans l'arrêt *Bronfman*, que l'argent emprunté avait servi immédiatement et directement à faire un prélèvement sur le capital et non à gagner un revenu. Cette affectation constituait une utilisation directe inadmissible de l'argent emprunté. Cependant, le fait que l'emprunt avait permis à la fiducie de conserver des placements productifs de revenu équivalait à une utilisation indirecte admissible. Compte tenu du principe de l'autorité de la chose jugée, on ne saurait prétendre que la *ratio decidendi* de l'arrêt *Bronfman* se limite à la simple proposition que les intérêts accumulés sur de l'argent emprunté dans le but de faire des prélèvements sur le capital d'une fiducie et de les verser à un bénéficiaire ne sont pas déductibles du revenu en vertu du sous-alinéa 20(1)c)(i) de la Loi. Cet aspect de l'arrêt *Bronfman* n'a jamais été mis en doute ou même critiqué. Mais l'arrêt *Bronfman* appuie un principe de droit beaucoup plus large: les intérêts payés sur de l'argent qui a été emprunté pour être affecté à une utilisation directe inadmissible ne sont pas déductibles du revenu.

46 Due to the breadth of the direct-use rule, the legal community and the Minister were taken off guard when *Bronfman* was released. For tax planners the decision raised questions about the ambit of the direct-use rule in numerous commercial settings. As to the perceived ramifications of *Bronfman*, see R. Couzin *et al.*, "Tax Treatment of Interest: *Bronfman*

46 En raison de la portée du principe de l'utilisation directe, les juristes et le ministre ont été pris au dépourvu lorsque l'arrêt *Bronfman* a été rendu. Pour les planificateurs fiscaux, cet arrêt soulevait des questions au sujet de la portée du principe de l'utilisation directe dans de nombreux contextes commerciaux. Quant aux répercussions de l'arrêt *Bronfman*,

Trust and the June 2, 1987 Release” in *Corporate Management Tax Conference* (Canadian Tax Foundation, 1987) at page 10:1.

47 Seeking to clarify the possible application of the reasoning in *Bronfman* to other apparently analogous situations, on 2 June 1987 the departments of Finance and National Revenue issued a joint press release accompanied by a notice of ways and means motion to amend the *Income Tax Act*. As stated in that release, the Minister was prepared to continue with the administrative practices set out in other interpretation bulletins. It is my understanding that the interpretation bulletins and administrative practices relating to the deductibility of interest continue to be applied today even though the Act has not been amended in this respect, save for the addition of section 20.1. Whether such practices accord with the law as stated in *Bronfman* was a matter raised by the Trial Judge below: “the superior Courts are the authentic and authoritative interpreters of the law, not the Minister” (*supra*, at page 208).

48 The Minister continues to adhere to one administrative practice which presents a direct challenge to the ruling in *Bronfman*. Before the Trial Judge, the Minister conceded that in accordance with *Interpretation Bulletin* No. IT-445, dated 21 February 1981, interest on borrowed funds used to honour a guarantee is deductible provided the taxpayer received adequate consideration at the time the guarantee was extended. This concession gives rise to two preliminary observations. First, *Interpretation Bulletin* No. IT-445 also provides that in defined instances interest is deductible even if the guarantee is given for inadequate consideration. I note that the facts of this case do not come within the criteria identified. Second, I am cognizant of the fact that *Minister of National Revenue v. Steer*, [1967] S.C.R. 34 is not supportive of the administrative practice in question. On the other hand, the brevity of the reasons for

voir la perception de R. Couzin et autres, «Tax Treatment of Interest: Bronfman Trust and the June 2, 1987 Release», *Corporate Management Tax Conference*, Association canadienne d'études fiscales, 1987, à la page 10:1.

47 Dans le but d'essayer de clarifier l'application possible du raisonnement suivi dans l'arrêt *Bronfman* à d'autres situations apparemment analogues, le ministère des Finances et le ministère du Revenu national ont, le 2 juin 1987, publié un communiqué de presse conjoint qui était accompagné d'un avis de motion de voies et moyens visant à modifier la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Ainsi qu'il est déclaré dans ce communiqué, le ministre était disposé à continuer à suivre les pratiques administratives qui étaient énoncées dans d'autres bulletins d'interprétation. Si j'ai bien compris, les bulletins d'interprétation et les pratiques administratives se rapportant à la déductibilité des intérêts s'appliquent toujours même si la Loi n'a pas été modifiée à cet égard, sauf par l'insertion de l'article 20.1. Le juge de première instance a soulevé la question de savoir si ces pratiques sont conformes aux règles de droit énoncées dans l'arrêt *Bronfman*: «ce n'est pas le ministre mais les . . . cours supérieures qui ont véritablement et officiellement la compétence pour interpréter la loi» (précité, à la page 208).

48 Le ministre continue à se conformer à une pratique administrative qui heurte de front l'arrêt *Bronfman*. Devant le juge de première instance, le ministre a reconnu que, conformément au *Bulletin d'interprétation* IT-445 du 21 février 1981, les intérêts sur les fonds empruntés et utilisés pour honorer une garantie sont déductibles à condition que le contribuable ait reçu une contrepartie suffisante au moment où la garantie a été consentie. Cette admission m'amène à formuler deux observations préliminaires. En premier lieu, le *Bulletin d'interprétation* IT-445 prévoit également que, dans certains cas déterminés, les intérêts sont déductibles même si la garantie est donnée moyennant une contrepartie insuffisante. Je constate que les faits de la présente affaire ne satisfont pas aux critères susmentionnés. En second lieu, je suis conscient du fait que l'arrêt *Minister of National Revenue v. Steer*, [1967] R.C.S. 34 n'appuie

judgment (delivered from the bench), combined with the fact that *Steer* was decided over 20 years prior to *Bronfman* are factors which suggest that that case should be approached cautiously.

pas la pratique administrative en question. En revanche, la brièveté des motifs du jugement (qui ont été prononcés à l'audience), combinée au fait que l'arrêt *Steer* a été rendu une vingtaine d'années avant l'arrêt *Bronfman* sont des facteurs qui permettent de penser que l'on doit examiner cette décision avec prudence.

49 As will be explained below, there can be no doubt that interest payments on funds borrowed for the purpose of honouring a guarantee fall within the direct ineligible use category. (I state this as a general proposition.) If that is so then it is open to ask whether there is any legal basis for the administrative practice set out in IT-445 or for that matter those set out in other relevant interpretation bulletins, which represent a challenge to the direct-use rule established in *Bronfman*. On the present appeal, the Minister pointed out that the courts are not bound by administrative policies such as those outlined in IT-445 and must apply the law to the facts. At first blush that submission seems incompatible with the concession made at trial. I shall treat that concession as an invitation to determine whether there is a legal foundation for allowing exceptions to the direct-use rule, including that based on guarantees granted for adequate consideration. I do not hesitate to pursue this line of analysis for if there is no legal basis for recognizing exceptions to the rule then I share the Trial Judge's concern that the Minister may be acting inconsistently with the rule of law.

Ainsi qu'il sera expliqué plus loin, il n'y a aucun doute que les intérêts payés sur de l'argent emprunté en vue d'honorer une garantie entrent dans la catégorie des utilisations directes inadmissibles. (Je pose ce principe de façon générale.) Si tel est le cas, il y a alors lieu de se demander s'il existe un fondement juridique quelconque qui justifie la pratique administrative énoncée dans le bulletin d'interprétation IT-445—ou, d'ailleurs, celles qui sont énoncées dans d'autres bulletins d'interprétation pertinents —, qui heurte de front le principe de l'utilisation directe posé dans l'arrêt *Bronfman*. Dans le présent appel, le ministre a souligné que les tribunaux ne sont pas liés par des politiques administratives comme celles que l'on trouve dans le bulletin d'interprétation IT-445, et il ajoute que les tribunaux doivent appliquer le droit aux faits. À première vue, cet argument semble incompatible avec l'admission qu'il a faite au procès. Je considérerai cette admission comme une invitation qui nous est faite de déterminer s'il existe un fondement juridique qui permet d'apporter des exceptions au principe de l'utilisation directe, y compris l'exception fondée sur les garanties données moyennant une contrepartie suffisante. Je n'hésite pas à poursuivre ce raisonnement, car s'il n'existe pas de fondement juridique qui permette de reconnaître l'existence d'exceptions à ce principe, je suis d'accord avec le juge de première instance pour dire qu'il se peut que le ministre ne se conforme pas au principe de droit applicable.

D) The Exceptional Circumstances Qualification

D) La réserve relative aux circonstances exceptionnelles

50 The precedential value of *Bronfman* does not end with the direct- and current-use rules. Dickson C.J. went on to consider the possibility of granting relief from the strictures of the direct-use rule in exceptional circumstances. On the facts of that case he

La valeur de l'arrêt *Bronfman* à titre de précédent ne se limite pas aux principes de l'utilisation directe et de l'utilisation actuelle. Le juge en chef Dickson a en effet poursuivi en examinant la possibilité d'assouplir le principe de l'utilisation directe dans des

was not prepared to permit the Trust to deduct the interest payments in question. At page 54 of his reasons the former Chief Justice raised the matter:

Even if there are exceptional circumstances in which, on a real appreciation of a taxpayer's transactions, it might be appropriate to allow the taxpayer to deduct interest on funds borrowed for an ineligible use because of an indirect effect on the taxpayer's income-earning capacity, I am satisfied that those circumstances are not presented in the case before us. It seems to me that, at the very least, the taxpayer must satisfy the Court that his or her *bona fide* purpose in using the funds was to earn income.

51 It would be misleading to suggest that the above passage constitutes an unqualified acceptance of a discrete category of exceptions to the direct-use rule. The phrase "[e]ven if there are exceptional circumstances" suggests that the former Chief Justice was reluctant to encourage the recognition of an exceptional category which could be used to undermine the direct-use rule. Nonetheless, I am convinced that it is proper to infer from the above passage that in certain circumstances interest payments may be deducted even though they are tied to a direct ineligible use of borrowed funds. In support of that conclusion I offer four reasons. Summarily stated, they are as follows.

52 First, the exceptional category accords with the object and purpose of subparagraph 20(1)(c)(i). Second, recognition of the exceptional category does not negate the policy objective underlying the existence of the direct-use rule. Third, the Supreme Court in *Bronfman* did not expressly overrule *Trans-Prairie Pipelines, Ltd. v. M.N.R.*, [1970] C.T.C. 537 (Ex. Ct.). In that case it was held that the taxpayer could deduct from income interest payments on funds borrowed for what may be regarded as an indirect eligible use. Fourth, the exceptional category accords with the directive found in *Bronfman* that transactions be viewed with an eye to "commercial realities". I turn now to the task of dealing with each of these rationales more fully.

circonstances exceptionnelles. Vu l'ensemble des faits de l'affaire, il n'était pas disposé à permettre à la fiducie de déduire les intérêts en question. À la page 54 de ses motifs, l'ancien juge en chef a posé la question dans les termes suivants:

Même s'il est des circonstances exceptionnelles dans lesquelles, selon une appréciation réaliste des opérations d'un contribuable, il pourrait convenir, en raison d'un effet indirect sur sa capacité de gagner des revenus, de lui permettre de déduire l'intérêt sur les fonds empruntés pour un usage inadmissible, je suis convaincu que de telles circonstances n'existent pas en l'espèce. Il me semble qu'à tout le moins, le contribuable doit convaincre la Cour que la fin réelle qu'il visait en utilisant les fonds était de gagner un revenu.

Il serait trompeur de laisser entendre que cet extrait constitue une acceptation sans réserve de l'existence d'une catégorie distincte d'exceptions au principe de l'utilisation directe. L'expression «[m]ême s'il est des circonstances exceptionnelles» permet de penser que l'ancien juge en chef était peu disposé à encourager la reconnaissance d'une catégorie de circonstances exceptionnelles qui pourrait être utilisée pour saper le principe de l'utilisation directe. Néanmoins, je suis convaincu qu'on peut à juste titre inférer du passage précité que, dans certaines circonstances, les intérêts payés peuvent être déduits même s'ils se rapportent à une utilisation directe inadmissible de l'argent emprunté. À l'appui de cette conclusion, voici en bref les quatre motifs que je propose.

51

En premier lieu, la catégorie des circonstances exceptionnelles concorde avec l'objet et le but du sous-alinéa 20(1)c)(i). Deuxièmement, la reconnaissance de cette catégorie ne contredit pas les raisons de principe qui sont à la base de l'existence du principe de l'utilisation directe. Troisièmement, dans l'arrêt *Bronfman*, la Cour suprême du Canada n'a pas expressément écarté l'arrêt *Trans-Prairie Pipelines, Ltd. v. M.N.R.*, [1970] C.T.C. 537 (C. de l'É.). Dans cette décision, il a été jugé que la contribuable pouvait déduire de son revenu les intérêts payés sur l'argent qu'elle avait emprunté pour ce qu'on peut qualifier une utilisation indirecte admissible. Quatrièmement, la catégorie des circonstances exceptionnelles s'accorde avec la directive que l'on trouve dans

52

53 Today, it is trite to acknowledge that Parliament enacted subparagraph 20(1)(c)(i) of the Act to lessen the impact of paragraph 18(1)(b) and encourage the accumulation of capital used in the production of taxable income. In *Tennant v. M.N.R.*, *supra*, at pages 320-321, this Court was faulted for failing to adopt an approach which furthers the purpose of subparagraph 20(1)(c)(i). The exceptional circumstances qualification promotes that aim and need not undermine the true policy objective underlying the direct-use rule. This is so provided the exception is carefully drawn so as not to allow it to overtake the rule. This leads to consideration of the true policy rationale underscoring the direct-use rule.

54 One cannot escape the fact that in *Bronfman* Dickson C.J. expressed repeated concern over the possibility of relaxing the strictures of the direct-use rule so as to allow the deduction of interest payments in regard to what I would label as ineligible personal uses, including the purchase of vacation homes and life insurance policies. Much of the jurisprudence cited in *Bronfman*, and that is litigated today, involves the purchase of residential properties which can be used for either personal or rental purposes. Inevitably, the issue revolves around the deductibility of mortgage interest payments: e.g., *M.N.R. v. Attaie*, [1990] 3 F.C. 325 (C.A.). But the cases are not confined to the purchase of personal residences. For example, before the Tax Review Board in *Bronfman* the Minister relied on *Sternthal, J v The Queen*, [1974] CTC 851 (F.C.T.D.) to counter the *Trans-Prairie* decision. In *Sternthal* the taxpayer, with assets greatly exceeding his liabilities, borrowed \$250,000. On the same day he extended to his children interest-free loans totalling \$280,000. Understandably, interest payments were held not to be deductible.

l'arrêt *Bronfman* et suivant laquelle les opérations doivent être examinées en fonction des «réalités commerciales». Je passe maintenant à l'examen plus détaillé de chacun de ces motifs.

53 De nos jours, c'est un lieu commun de reconnaître que le législateur fédéral a édicté le sous-alinéa 20(1)c)(i) de la Loi pour atténuer les incidences de l'alinéa 18(1)b) et pour encourager l'accumulation de capitaux utilisés pour produire un revenu imposable. Dans l'arrêt *Tennant c. M.R.N.*, précité, aux pages 320 et 321, on a reproché à notre Cour de ne pas avoir retenu une conception qui favorise l'atteinte de l'objet du sous-alinéa 20(1)c)(i). La réserve relative aux circonstances exceptionnelles favorise l'atteinte de cet objectif et ne va pas à l'encontre des véritables raisons de principe à la base du principe de l'utilisation directe. Il en est ainsi à la condition que l'exception soit soigneusement définie, de manière à ne pas lui permettre de l'emporter sur le principe. Ces considérations nous amènent à nous pencher sur la véritable raison de principe à la base du principe de l'utilisation directe.

54 On ne peut ignorer le fait que, dans l'arrêt *Bronfman*, le juge en chef Dickson a, à plusieurs reprises, évoqué la possibilité d'assouplir le principe de l'utilisation directe de manière à permettre la déduction des intérêts en ce qui concerne ce que je qualifierais d'utilisations personnelles inadmissibles, comme l'achat de maisons de vacances et de polices d'assurance-vie. La plupart des décisions citées dans l'arrêt *Bronfman*—et des affaires dont les tribunaux sont saisis de nos jours—portent sur l'achat de propriétés résidentielles qui peuvent être utilisées à des fins personnelles ou à des fins locatives. Inévitablement, le débat tourne autour de la déductibilité des intérêts payés sur le prêt hypothécaire (voir, par ex., l'arrêt *M.R.N. c. Attaie*, [1990] 3 C.F. 325 (C.A.)). Mais ces affaires ne se limitent pas à l'achat de résidences personnelles. Ainsi, dans l'affaire *Bronfman*, la ministre a invoqué devant la Commission de révision de l'impôt le jugement *Sternthal, J c La Reine*, [1974] CTC 851 (C.F. 1^o inst.), pour contester l'arrêt *Trans-Prairie*. Dans l'affaire *Sternthal*, le contribuable, dont l'actif dépassait largement le passif, avait emprunté 250 000 \$. Le même jour, il a

55 Against this background, it is understandable why the Supreme Court would not want to encourage deviation from the direct-use rule. To allow taxpayers to deduct interest payments from income on the basis of an indirect eligible use (the preservation of income-producing assets), when the direct use serves no economic purpose, would provide a windfall to affluent Canadians and be unfair to less wealthy taxpayers. This tax equity argument is expressly pursued in *Bronfman*. The blunt observations of Dickson C.J. on this point are more often than not overlooked and yet, in my view, they represent the true policy rationale underlying that decision (at pages 48-49):

In my view, neither the *Income Tax Act* nor the weight of judicial authority permits the courts to ignore the direct use to which a taxpayer puts borrowed money. One need only contemplate the consequences of the interpretation sought by the Trust in order to reach the conclusion that it cannot have been intended by Parliament. In order for the Trust to succeed, s. 20(1)(c)(i) would have to be interpreted so that a deduction would be permitted for borrowings by any taxpayer who owned income-producing assets. Such a taxpayer could, on this view, apply the proceeds of a loan to purchase a life insurance policy, to take a vacation, to buy speculative properties, or to engage in any other non-income-earning or ineligible activity. Nevertheless, the interest would be deductible. A less wealthy taxpayer, with no income-earning assets, would not be able to deduct interest payments on loans used in the identical fashion. Such an interpretation would be unfair as between taxpayers and would make a mockery of the statutory requirement that, for interest payments to be deductible, borrowed money must be used for circumscribed income-earning purposes.

56 Having regard to the policy rationale articulated above, it seems to me that in cases where the borrowed funds cannot be traced to an ineligible use of the kind witnessed in *Bronfman* or *Canada Safeway* there is some room for the application of the excep-

consenti à ses enfants des prêts sans intérêt totalisant 280 000 \$. Comme on pouvait s'y attendre, les intérêts payés ont été jugés non déductibles.

55 Dans ce contexte, on peut comprendre pourquoi la Cour suprême ne souhaite pas encourager qu'on s'écarte du principe de l'utilisation directe. Permettre aux contribuables de déduire les intérêts payés de leur revenu sur le fondement d'une utilisation indirecte admissible (la conservation de biens productifs de revenus), alors que l'utilisation directe ne vise aucune fin économique, reviendrait à accorder un bénéfice inattendu à de riches Canadiens et serait injuste pour les contribuables moins nantis. Ces préoccupations d'équité fiscale sont expressément formulées dans l'arrêt *Bronfman*. On oublie souvent les remarques tranchantes que le juge en chef Dickson a formulées à cet égard. Pourtant, elles représentent, à mon avis, la véritable raison de principe à la base de cet arrêt (aux pages 48 et 49):

À mon avis, ni la *Loi de l'impôt sur le revenu* ni la jurisprudence n'autorisent les tribunaux à ne pas tenir compte de l'usage direct qu'un contribuable fait d'argent emprunté. Il suffit d'envisager les conséquences de l'interprétation préconisée par la fiducie pour qu'on arrive à la conclusion que cette interprétation ne peut pas être celle qu'a voulue le législateur. La fiducie ne peut obtenir gain de cause que si le sous-al. 20(1)(c)(i) s'interprète de manière à permettre une déduction à l'égard des emprunts contractés par un contribuable qui possède des biens productifs de revenu. Suivant cette thèse, ce contribuable pourrait se servir du produit de l'emprunt pour acheter une police d'assurance-vie, pour s'offrir des vacances, pour se porter acquéreur de biens spéculatifs ou pour se livrer à n'importe quelle autre activité non productive de revenu ou inadmissible. L'intérêt serait néanmoins déductible. Un contribuable moins nanti, par contre, qui ne possède pas de biens productifs de revenu, ne pourrait pas déduire les intérêts payés sur des emprunts utilisés d'une manière identique. Une telle interprétation serait injuste envers certains contribuables et, en même temps, constituerait une entorse criante à l'exigence légale selon laquelle la déductibilité des intérêts est conditionnelle à l'utilisation de l'argent emprunté à des fins bien précises productives de revenu.

56 Compte tenu de la raison de principe susmentionnée, il me semble que, dans les cas où l'on ne peut établir que l'argent emprunté a été affecté à une utilisation inadmissible du type de celles dont il était question dans les affaires *Bronfman* et *Canada Safe-*

tional circumstances qualification. In support of that proposition I turn to the *Trans-Prairie* decision.

57 In *Trans-Prairie*, the corporate taxpayer wanted to raise capital by way of a bond issue for purposes of expanding its business operations. However, because of sinking fund requirements, the taxpayer could not float a bond issue unless it first redeemed its preferred shares. The taxpayer borrowed \$700,000 and used \$400,000 to redeem the preferred shares. The remaining \$300,000 was used in the expansion of the business. The Minister disallowed the deduction of four-sevenths of the amount of interest on the loan on the ground that \$400,000 of the \$700,000 was not used for the purpose of earning income from a business. President Jackett, as he then was, allowed the taxpayer's appeal and held that interest payments on the entire \$700,000 were deductible. He viewed the borrowed funds as "fill[ing] the hole left by redemption" (at page 541).

58 The legal reasoning and result reached in *Trans-Prairie* fully support the understanding that interest payments may be deductible from income even though that case involved what Dickson C.J. would appear to have characterized as an indirect eligible use of borrowed funds. Understandably, the taxpayer in *Bronfman* relied on the *Trans-Prairie* decision. Unfortunately, and with great respect, Chief Justice Dickson's treatment of the latter case is ambivalent. There are two passages in *Bronfman* which dwell on the *Trans-Prairie* decision. Both are worth reproducing (at pages 52 and 54):

With the exception of *Trans-Prairie*, then, the reasoning of which is, in my opinion, inadequate to support the conclusion sought to be reached by the respondent Trust, the jurisprudence has generally been hostile to claims based on indirect, eligible uses when faced with direct but ineligible uses of borrowed money.

way, il peut y avoir lieu d'appliquer dans certains cas la réserve relative aux circonstances exceptionnelles. Pour justifier cette proposition, je passe à l'examen de l'arrêt *Trans-Prairie*.

Dans l'affaire *Trans-Prairie*, la société contribuable voulait financer l'expansion de son entreprise par l'émission d'obligations. Elle a toutefois découvert que, en raison des exigences de son fonds d'amortissement, il lui était impossible de lancer les obligations sans avoir préalablement racheté ses actions privilégiées. La contribuable a emprunté 700 000 \$, dont 400 000 \$ ont été affectés au rachat des actions privilégiées, et les 300 000 \$ restant à l'expansion de son entreprise. Le ministre a refusé la déduction des quatre septièmes des intérêts sur le prêt, au motif que sur la somme de 700 000 \$, 400 000 \$ n'avaient pas été utilisés pour tirer un revenu d'une entreprise. Le président Jackett a accueilli l'appel interjeté par la contribuable et a déclaré déductibles les intérêts payés sur la totalité de l'emprunt de 700 000 \$. D'après lui, les fonds empruntés avaient servi à «comblar la perte laissée par le rachat» (à la page 541).

Le raisonnement juridique et le résultat auquel le tribunal est parvenu dans l'arrêt *Trans-Prairie* justifient amplement l'idée que les intérêts payés peuvent être déduits du revenu même si cette affaire impliquait une utilisation de fonds empruntés que le juge en chef Dickson aurait vraisemblablement qualifiée d'utilisation indirecte admissible. Comme on pouvait s'y attendre, dans l'affaire *Bronfman*, le contribuable a invoqué l'arrêt *Trans-Prairie*. Malheureusement, la façon dont le juge Dickson a traité cette dernière décision m'apparaît, en toute déférence, ambivalente. Dans l'arrêt *Bronfman*, le juge Dickson invoque à deux reprises la décision *Trans-Prairie*. Il vaut la peine de reproduire ces deux extraits (aux pages 52 et 54):

Donc, à l'exception de l'affaire *Trans-Prairie*, dont, à mon humble avis, le raisonnement ne justifie pas la conclusion que la fiducie intimée cherche à tirer, la jurisprudence s'est montrée généralement hostile aux réclamations fondées sur des utilisations admissibles indirectes dans des cas où il y a une utilisation directe mais inadmissible des fonds empruntés.

57

58

...
 Even if there are exceptional circumstances in which, on a real appreciation of a taxpayer's transactions, it might be appropriate to allow the taxpayer to deduct interest on funds borrowed for an ineligible use because of an indirect effect on the taxpayer's income-earning capacity, I am satisfied that those circumstances are not presented in the case before us. It seems to me that, at the very least, the taxpayer must satisfy the Court that his or her *bona fide* purpose in using the funds was to earn income. In contrast to what appears to be the case in *Trans-Prairie*, the facts in the present case fall far short of such a showing. [Underlining added.]

...
 Même s'il est des circonstances exceptionnelles dans lesquelles, selon une appréciation réaliste des opérations d'un contribuable, il pourrait convenir, en raison d'un effet indirect sur sa capacité de gagner des revenus, de lui permettre de déduire l'intérêt sur les fonds empruntés pour un usage inadmissible, je suis convaincu que de telles circonstances n'existent pas en l'espèce. Il me semble qu'à tout le moins, le contribuable doit convaincre la Cour que la fin réelle qu'il visait en utilisant les fonds était de gagner un revenu. À l'inverse de ce qui semble être le cas dans l'affaire *Trans-Prairie*, les faits en l'espèce sont loin de faire cette démonstration. [Passage non souligné dans l'original.]

59 With respect to the first quoted passage, it is apparent that the former Chief Justice viewed the facts in *Trans-Prairie* as giving rise to an indirect eligible use of borrowed funds. At least, it is generally assumed as much: see Krishna, *supra*, at page 714. What is not clear is whether the converse characterization (as a direct ineligible use) was based on an appreciation that the income-earning effects were simply too remote or the fact that the act of borrowing for the purpose of redeeming shares is not a transaction which by itself is capable of generating income or a profit. (This ambiguity raises the question of whether a borrowing transaction can give rise to an expected loss and still qualify as an eligible use. I deal with that question later on in these reasons).

59 Il ressort du premier extrait que l'ancien juge en chef était d'avis que les faits de l'affaire *Trans-Prairie* permettaient de conclure que les fonds empruntés avaient été affectés à une utilisation indirecte admissible. Du moins, c'est ce qu'on suppose en général (voir Krishna, précité, à la page 714). Ce qu'on ne sait pas avec certitude, c'est si la qualification inverse (celle d'utilisation directe inadmissible) était fondée sur le fait que la Cour estimait que les effets productifs de revenu étaient tout simplement trop indirects ou sur le fait que l'acte d'emprunter dans le but de racheter des actions ne constituait pas une opération qui était susceptible en elle-même de générer un revenu ou un profit. (Cette ambiguïté nous amène à nous demander si une opération d'emprunt peut donner lieu à une perte prévue tout en remplissant les conditions requises pour être considérée comme une utilisation admissible. Je reviendrai plus loin sur cette question dans les présents motifs.)

60 With respect to the second of the above passages, I draw two conclusions. The first is obvious. *Bronfman* did not expressly overrule *Trans-Prairie*. I believe that it is of some significance that the Supreme Court in *Bronfman* upheld the result arrived at by Pratte J.A. in the Court of Appeal. Mr. Justice Pratte did not decide that *Trans-Prairie* was wrongly decided. He distinguished it on the basis of the "gap theory" outlined above. The second and related conclusion is that Chief Justice Dickson's observations imply that the outcome in *Trans-Prairie* could be sustained on the basis of a reasonable expectation that the borrowing transaction would give rise to a profit. That fact was absent in

60 En ce qui concerne le second extrait, je tire deux conclusions. La première est évidente. Dans l'arrêt *Bronfman*, la Cour n'a pas expressément écarté l'arrêt *Trans-Prairie*. J'estime qu'il n'est pas sans intérêt de rappeler que, dans l'arrêt *Bronfman*, la Cour suprême a confirmé le résultat auquel le juge Pratte, de la Cour d'appel, était arrivé. Le juge Pratte n'a pas jugé mal fondé l'arrêt *Trans-Prairie*. Il a plutôt conclu que cette affaire portait sur des faits différents en raison de la «théorie des lacunes» susmentionnée. La seconde conclusion, qui est liée à la première, est que les observations du juge en chef Dickson impliquent que l'issue de l'affaire *Trans-Prairie* pourrait être confirmée en raison du fait que

Bronfman of which more will be said below.

l'on pouvait raisonnablement s'attendre à ce que l'opération d'emprunt donne lieu à un profit. Ce fait était absent de l'affaire *Bronfman*, sur laquelle nous reviendrons plus loin.

61 The only other case, of which I am aware, which touches on *Bronfman's* assessment of the validity of *Trans-Prairie* is *M.N.R. v. Attaie, supra*, at page 334. There, the Court observed that in *Bronfman*, Dickson C.J. upheld the reasoning in *Trans-Prairie*. The Court went on to hold that as the borrowed funds were used to finance the taxpayer's personal residence, he had failed to meet the special circumstances outlined in *Trans-Prairie*.

La seule autre décision que je connaisse qui aborde l'appréciation du bien-fondé de l'arrêt *Trans-Prairie* qui a été faite dans l'arrêt *Bronfman* est l'arrêt *M.R.N. c. Attaie*, précitée, à la page 344. Dans cet arrêt, la Cour a fait remarquer que, dans l'arrêt *Bronfman*, le juge en chef Dickson avait confirmé le raisonnement suivi dans l'arrêt *Trans-Prairie*. La Cour a poursuivi en statuant que, comme l'argent emprunté avait servi à financer la résidence personnelle du contribuable, la situation de ce dernier ne correspondait pas aux circonstances extraordinaires en cause dans l'affaire *Trans-Prairie*.

62 In my opinion, had the former Chief Justice been of the view that *Trans-Prairie* was in conflict with the decision reached in *Bronfman*, that is to say wrongly decided, he would have said as much. I appreciate that for purposes of deciding this appeal it is unnecessary to rule on the correctness of *Trans-Prairie*. It is sufficient to hold that the Supreme Court's treatment of that case supports the acceptance of a discrete category of exceptions to the general rule on deductibility of interest.

À mon avis, si l'ancien juge en chef avait été d'avis que l'arrêt *Trans-Prairie* contredisait l'arrêt *Bronfman*, c'est-à-dire qu'il était mal fondé, il l'aurait dit. Je suis conscient du fait que, pour régler le présent appel, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur le bien-fondé de la décision *Trans-Prairie*. Il suffit de déclarer que l'opinion que la Cour suprême avait de cette décision justifie l'acceptation de l'existence d'une catégorie distincte d'exceptions à la règle générale de la déductibilité des intérêts.

63 Finally, I turn to the now seminal "commercial realities" passages in *Bronfman*. They reflect, I believe, Chief Justice Dickson's willingness to admit of exceptions to the direct-use rule (at pages 52-53):

63 Finalement, je passe aux extraits de l'arrêt *Bronfman* qui concernent les «réalités commerciales» et qui font maintenant jurisprudence. J'estime qu'ils traduisent la volonté du juge en chef Dickson de reconnaître l'existence d'exceptions au principe de l'utilisation directe (aux pages 52 et 53):

I acknowledge, however, that just as there has been a recent trend away from strict construction of taxation statutes . . . so too has the recent trend in tax cases been towards attempting to ascertain the true commercial and practical nature of the taxpayer's transactions. There has been, in this country and elsewhere, a movement away from tests based on the form of transactions and towards tests based on what Lord Pearce has referred to as a "common sense appreciation of all the guiding features" of the events in question . . . [Citations omitted.]

Je reconnais toutefois que, tout comme il y a eu tendance dernièrement à s'éloigner d'une interprétation stricte des lois fiscales . . . de même la jurisprudence récente en matière fiscale a tendance à essayer de déterminer la véritable nature commerciale et pratique des opérations du contribuable. En effet, au Canada et ailleurs, les critères fondés sur la forme des opérations sont laissés de côté en faveur de critères fondés sur ce que lord Pearce a appelé une [TRADUCTION] «appréciation saine de toutes les caractéristiques directrices» des événements en question . . . [Citations omises.]

This is, I believe, a laudable trend provided it is consistent with the text and purposes of the taxation statute.

Il s'agit là, je crois, d'une tendance louable, pourvu qu'elle soit compatible avec le texte et l'objet de la loi

Assessment of taxpayers' transactions with an eye to commercial and economic realities, rather than juristic classification of form, may help to avoid the inequity of tax liability being dependent upon the taxpayer's sophistication at manipulating a sequence of events to achieve a patina of compliance with the apparent prerequisites for a tax deduction.

fiscale. Si, en appréciant les opérations des contribuables, on a présent à l'esprit les réalités commerciales et économiques plutôt que quelque critère juridique formel, cela aidera peut-être à éviter que l'assujettissement à l'impôt dépende, ce qui serait injuste, de l'habileté avec laquelle le contribuable peut se servir d'une série d'événements pour créer une illusion de conformité avec les conditions apparentes d'admissibilité à une déduction d'impôt.

64 Few tax cases are argued in this Court which do not begin with a reminder that the Court must have regard to the true commercial and practical nature of the taxpayer's transactions. All must be assessed with an eye to commercial and economic realities. What is often overlooked are the observations of Dickson C.J. found within the second passage reproduced above. Therein is found his apparent concern over the inequity of tax liability being dependent upon taxpayer sophistication and the ability to manipulate events to achieve "a patina of compliance" with the Act.

Rares sont les affaires fiscales dont notre Cour est saisie qui ne commencent pas par un rappel que la Cour doit tenir compte de la véritable nature commerciale et pratique des opérations du contribuable. Chaque affaire doit être évaluée en ayant présent à l'esprit les réalités commerciales et économiques. Ce qu'on néglige souvent, ce sont les observations du juge en chef Dickson que l'on trouve dans le second extrait précité. C'est là qu'on trouve son apparente inquiétude au sujet de l'injustice que constituerait le fait de faire dépendre l'assujettissement à l'impôt de l'habileté avec laquelle le contribuable peut se servir d'une série d'événements pour «créer une illusion de conformité» avec la Loi. 64

65 To tax practitioners the commercial realities exhortation may be a polite way of cautioning judges who may be "at sea" when dealing with complex commercial transactions. To me the exhortation also serves as a reminder that the interpretative process is not to be reduced to the simple and mistaken premise that the sole purpose of the Act is to raise revenue. The reality is that the Act seeks to achieve competing objectives and it is not always easy to divine an interpretation with respect to an ambiguous provision which does not unduly intrude on one objective at the expense of another.

Pour les fiscalistes, cette exhortation à tenir compte des réalités commerciales peut être une façon polie de mettre en garde les juges qui peuvent être perplexes lorsqu'ils examinent des opérations commerciales complexes. À mon sens, cette exhortation sert également à rappeler que le processus d'interprétation ne doit pas être réduit à la simple prémisse erronée que le seul objet de la Loi est de se procurer des recettes fiscales. En réalité, la Loi cherche à atteindre des objectifs opposés et il n'est pas toujours facile d'interpréter une disposition ambiguë sans favoriser un objectif aux dépens d'un autre. 65

66 In the present context, the commercial reality is that corporate borrowing is as integral to the income-earning process as is the provision of third-party security, granted by related corporations or shareholders to lenders. Both the giving and taking of guarantees are part of the daily income-earning process in the commercial world. The same cannot be said of a capital allocation to a beneficiary under a trust. As Judge Bowman has observed in respect of the *Bronfman* case: "The vague purpose of protecting assets that produced virtually no income was

Dans le contexte de la présente affaire, la réalité commerciale est la suivante: les emprunts que contractent les compagnies font partie intégrante de leur processus de production de revenu au même titre que la fourniture de la garantie d'un tiers qui est accordée aux prêteurs par des compagnies liées ou par des actionnaires. La fourniture et l'acceptation de garanties font partie, dans le monde du commerce, du processus quotidien de production de revenu. On ne peut en dire autant des prélèvements sur le capital qui sont versés au bénéficiaire d'une fiducie. 66

patently subservient to the direct and uneconomic purpose of distributing capital to a beneficiary of the trust" (*Mark Resources, supra*, at page 2270).

Ainsi que le juge Bowman l'avait fait remarquer au sujet de l'arrêt *Bronfman*: «La fin vague, c'est-à-dire de protéger un actif n'ayant pratiquement pas produit de revenu, était évidemment secondaire par rapport à la fin directe et peu rentable que constituait le versement du capital à un bénéficiaire de la fiducie» (*Mark Resources, précité*, à la page 2270).

67 In conclusion, I am of the respectful view that the reasoning of the Supreme Court leaves open the possibility of recognizing exceptions to the direct-use rule. At the very least the law should be willing to consider the question of deductibility of interest in cases where it can be shown that the application of the direct-use rule would not serve its intended purpose. I turn now to the difficult question of what criteria are to be applied when circumscribing the boundaries of the exceptional category.

En conclusion, j'estime, en toute déférence, que le raisonnement de la Cour suprême permet une éventuelle reconnaissance d'exceptions au principe de l'utilisation directe. À tout le moins, on devrait, en droit, être disposé à examiner la question de la déductibilité des intérêts dans les cas dans lesquels on peut démontrer que l'application du principe de l'utilisation directe ne permettrait pas d'atteindre le but visé. Je passe maintenant à l'épineuse question de savoir quels critères doivent s'appliquer pour définir les limites de la catégorie des circonstances exceptionnelles. 67

E) The Scope of the Exceptional Circumstances Category

E) Portée de la catégorie des circonstances exceptionnelles

68 Having accepted that *Bronfman* did not preclude recognition of exceptions to the direct-use rule, under the umbrella of an exceptional circumstances category, it is still necessary to isolate the criteria to be applied when determining whether interest payments on funds borrowed for a direct ineligible use are deductible from income. In *Bronfman*, Dickson C.J. mentions only two requirements: that the taxpayer establish a *bona fide* purpose (intention) to use the funds to earn income and a reasonable expectation that the borrowing transaction would yield income in excess of the interest expense.

Ayant reconnu que l'arrêt *Bronfman* n'empêche pas la reconnaissance d'exceptions au principe de l'utilisation directe dans le cadre d'une catégorie de circonstances exceptionnelles, il est quand même nécessaire d'isoler les critères à appliquer pour déterminer si les intérêts payés sur des fonds empruntés pour une utilisation directe inadmissible sont déductibles du revenu. Dans l'arrêt *Bronfman*, le juge en chef Dickson ne mentionne que deux conditions, à savoir que le contribuable doit démontrer que la fin réelle (l'intention) qu'il visait en utilisant les fonds était de gagner un revenu et qu'il s'attendait raisonnablement à ce que l'opération d'emprunt lui procure un revenu supérieur aux intérêts payés. 68

69 As a practical matter, two other obvious factors should be kept in mind when determining whether the facts of a case come within the exceptional circumstances qualification: whether the taxpayer is invoking the "preservation of income-earning assets" argument and, ultimately, whether the borrowed funds were utilized for business or economic pur-

En pratique, il convient d'avoir présent à l'esprit deux autres facteurs évidents lorsqu'il s'agit de déterminer si les faits d'une affaire déterminée font entrer celle-ci dans la catégorie des circonstances exceptionnelles. Premièrement, le contribuable invoque-t-il l'argument de la «conservation de biens productifs de revenu»? En second lieu, l'argent 69

poses. As best I can predict, the preservation of assets argument will never carry any weight.

emprunté a-t-il été utilisé à des fins commerciales ou économiques? Autant que je puisse le prévoir, l'argument de la conservation de biens productifs de revenu n'aura jamais de poids.

70 With respect to the *bona fide* requirement, it is evident that that criterion extends an invitation to the taxpayer to testify as to his or her intention to earn income. Second, it is equally obvious that the test is not a purely subjective one but rather, one which will be measured against accepted evidence and any reasonable inferences drawn therefrom. In my respectful view, however, this requirement is problematic. The inescapable inference is that the interest deduction is not available if *mala fides* on the part of the taxpayer can be established. To me that inference suggests confusion with the sham doctrine. I believe the source of the confusion can be traced to one of the arguments pursued by the Trust in *Bronfman*.

En ce qui concerne l'exigence de la fin réelle, il est évident que ce critère constitue une invitation faite au contribuable de témoigner au sujet de son intention de gagner un revenu. Deuxièmement, il est également évident que le critère n'est pas purement subjectif, mais qu'il doit être apprécié en fonction des éléments de preuve qui ont été retenus et des inférences qu'on peut légitimement en tirer. À mon humble avis toutefois, cette exigence est problématique. L'inférence inévitable est que le contribuable ne peut déduire les intérêts qu'il a payés si l'on peut démontrer qu'il n'avait pas véritablement l'intention de gagner un revenu. À mes yeux, cette inférence crée de la confusion avec la doctrine du trompe-l'œil. Je crois que l'on peut retracer les origines de cette confusion dans l'un des moyens qui étaient invoqués par la fiducie dans l'affaire *Bronfman*.

71 In *Bronfman*, the Trust argued, and the Minister conceded, that the Trust would have obtained an interest deduction if it had sold assets to make the allocation and then borrowed to purchase replacement assets. Dickson C.J. rejected this submission principally on the ground that the Trust could not ask the Supreme Court to characterize the transaction having regard to its commercial realities and, at the same time, ask that it be cast in terms of what the Trust could have done. Dickson C.J., however, also commented that had the Trust sold an asset to make the allocation and then immediately repurchased it with borrowed funds the courts might consider the sale and repurchase "to constitute a formality or a sham designed to conceal the essence of the transaction, namely that money was borrowed and used to fund a capital allocation to the beneficiary" (at page 55). Not surprisingly, and with great respect, commentators were quick to characterize the latter statement as *obiter dictum*.

Dans l'affaire *Bronfman*, la fiducie soutenait—et le ministre reconnaissait—que la fiducie aurait pu déduire les intérêts si elle avait vendu des actifs pour faire le versement à la bénéficiaire et si elle avait ensuite contracté un emprunt pour acheter des actifs de remplacement. Le juge en chef Dickson a rejeté cet argument principalement au motif que la fiducie ne pouvait pas demander à la Cour suprême de qualifier l'opération en tenant compte des réalités commerciales de la fiducie tout en lui demandant en même temps de le faire en fonction de ce que la fiducie aurait pu faire. Le juge en chef Dickson a toutefois fait remarquer que si la fiducie avait vendu un élément d'actif pour faire le versement et si elle l'avait immédiatement racheté avec l'argent emprunté, les tribunaux auraient bien pu estimer que la vente et le rachat «constituaient une formalité ou un simulacre conçu pour dissimuler le caractère essentiel de l'opération, c'est-à-dire que de l'argent a été emprunté et utilisé pour financer le paiement d'un prélèvement sur le capital à la bénéficiaire» (à la page 55). Comme on pouvait s'y attendre, les commentateurs n'ont pas tardé à qualifier cette dernière déclaration de remarque incidente.

72 The idea that structured tax avoidance transactions might run afoul of the sham doctrine is generally regarded as adding uncertainty to the law: see Krishna, *supra*, at pages 1373-1374 and Hogg, *supra*, at page 457, note 32. Based on other Supreme Court jurisprudence, it is generally accepted that that doctrine is founded on the notion of “deceit” and not on the broader ground suggested in *Bronfman*: see *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536. In the circumstances it is not difficult to appreciate why the *bona fide* requirement must be approached cautiously. More is to be gained by examining the second of the two requirements—reasonable expectation of profit.

73 It is apparent that the reasonable expectation requirement does not impose an evidential burden on the taxpayer to establish that income was actually generated by the use of the borrowed funds. It just happens that on the facts in *Bronfman* the evidence was overwhelming that there could be no “reasonable expectation” that the income yield from the Trust’s investments would exceed the interest payable on the loan. In one taxation year the interest on the loan was over \$110,000 while the return on an equivalent amount of capital so preserved totalled less than \$10,000. This was explained by Dickson C.J. at page 54 of his reasons:

Indeed, it is of more than passing interest that the assets which were preserved for a brief period of time yielded a return which grossly fell short of the interest costs on the borrowed money. In 1970, the interest costs on the \$2,200,000 of loans amounted to over \$110,000 while the return from an average \$2,200,000 of Trust assets (the amount of capital “preserved”) was less than \$10,000. The taxpayer cannot point to any reasonable expectation that the income yield from the Trust’s investment portfolio as a whole, or indeed from any single asset, would exceed the interest payable on a like amount of debt. The fact that the loan may have prevented capital losses cannot assist the taxpayer in obtaining a deduction from income which is limited to use of borrowed money for the purpose of earning income.

74 In the final analysis, Dickson C.J. concluded that the Trust was not entitled to deduct the interest

72 On estime généralement que l’idée que des opérations structurées d’évitement fiscal pourraient aller à l’encontre de la doctrine du trompe-l’œil crée de l’incertitude dans le droit (voir Krishna, précité, aux pages 1373 et 1374 et Hogg, précité, à la page 457, note 32). Sur le fondement d’autres arrêts de la Cour suprême, il est généralement accepté que cette doctrine repose sur le concept de la «tromperie» et non sur les bases plus larges dont il est question dans l’arrêt *Bronfman* (voir *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536). Dans ces conditions, il n’est pas difficile de comprendre pourquoi on doit aborder avec prudence la condition relative à la fin réelle. On gagne plus à examiner la seconde des deux conditions, celle de l’expectative raisonnable de profit.

73 Il est évident que la condition relative à l’expectative raisonnable n’oblige pas le contribuable à démontrer que l’utilisation des fonds empruntés a effectivement généré des revenus. Il se trouve seulement que, vu l’ensemble des faits de l’affaire *Bronfman*, la preuve démontrait de manière irrésistible qu’il ne pouvait y avoir d’«expectative raisonnable» que le rendement du portefeuille de la fiducie soit supérieur aux intérêts payables sur le prêt. Au cours d’une année d’imposition, les intérêts sur les emprunts dépassaient 110 000 \$, tandis que le capital équivalent ainsi conservé rapportait moins de 10 000 \$. Voici en quels termes le juge en chef Dickson a expliqué la chose à la page 54 de ses motifs:

D’ailleurs, il n’est pas simplement anecdotique que les biens, qui ont été conservés pendant une brève période, ont eu un rendement bien en deçà du loyer de l’argent emprunté. En 1970, l’intérêt sur les 2 200 000 \$ d’emprunts dépassait les 110 000 \$, tandis qu’une tranche moyenne de 2 200 000 \$ de biens de la fiducie (le montant du capital «conservé») rapportait moins de 10 000 \$. La contribuable ne peut alléguer aucune attente raisonnable que le rendement de l’ensemble du portefeuille de la fiducie, ou même d’un élément particulier de ce portefeuille, soit supérieur à l’intérêt payable sur un montant équivalent de la dette. Le fait que l’emprunt a pu servir à empêcher des pertes en capital ne peut aider la contribuable à obtenir une déduction prévue uniquement à l’égard de l’utilisation d’argent emprunté en vue de produire un revenu.

74 En dernière analyse, le juge en chef Dickson a conclu que la fiducie n’avait pas le droit de déduire

payments. There was no reasonable expectation of profit and the funds were borrowed with respect to a direct ineligible use. In other words, the borrowing transaction did not satisfy the direct-use rule and there was no basis on which to invoke the exceptional circumstances qualification.

75 In addition to the two requirements imposed by Dickson C.J. there remains the Minister's concession. As noted earlier, *Interpretation Bulletin* IT-445 provides that interest payments paid in respect of a loan, the proceeds of which are used to honour a contract of guarantee given for adequate consideration, may be deducted from income under subparagraph 20(1)(c)(i) of the Act. On reflection, it appears to me that that concession is simply another way of restating the reasonable expectation of profit requirement. A more meaningful approach may be to ask whether the guarantee represents an incidental aspect of the taxpayer's business which does not expose the taxpayer to an unreasonable risk of loss. The following hypothetical may lack commercial sophistication, but it does illustrate my point.

76 Assume a manufacturer is able to effect a sale of 10 widgets on the condition that he guarantee payment of the purchase price to the purchaser's banker. In return, the independent purchaser agrees to purchase 1000 widgets from the manufacturer over a term of 5 years without any further financial accommodation on the part of the manufacturer. One can fairly assume that a manufacturer dealing with such a purchaser is not engaged in commerce for the purpose of losing income. A reasonable entrepreneur will measure the risk of that contingent liability materializing and its costs before agreeing to provide the financial accommodation requested and fixing the sale prices of the widgets. In the event the manufacturer is called on to honour the guarantee and feels compelled to borrow the required funds then any interest payments could be deducted from income under the exceptional circumstances category. The guarantee was given in circumstances incidental to the taxpayer's business and did not expose it to an unreasonable risk of financial loss. In

les intérêts payés. Il n'y avait aucune expectative raisonnable de profit et l'argent avait été emprunté pour une utilisation directe inadmissible. En d'autres termes, l'opération d'emprunt ne respectait pas le principe de l'utilisation directe et rien ne permettait d'invoquer la réserve relative aux circonstances exceptionnelles.

75 En plus des deux conditions imposées par le juge en chef Dickson, il nous reste l'admission faite par le ministre. Ainsi qu'il a déjà été souligné, le *Bulletin d'interprétation* IT-445 prévoit que les intérêts payés sur un prêt, dont le produit a servi à honorer un contrat de garantie donnée moyennant une contrepartie suffisante, peuvent être déduits du revenu en vertu du sous-alinéa 20(1)c)(i) de la Loi. À la réflexion, il me semble que cette admission est tout simplement une façon de formuler autrement la condition relative à l'expectative raisonnable de profit. Il serait plus logique de se demander si la garantie représente un aspect accessoire de l'entreprise du contribuable qui n'expose pas celui-ci à un risque de perte déraisonnable. L'hypothèse qui suit est peut-être un peu simpliste sur le plan commercial, mais elle illustre bien ma thèse.

76 Supposons qu'un fabricant réussisse à vendre dix gadgets à la condition qu'il garantisse le paiement du prix d'achat au banquier de l'acheteur. En contrepartie, l'acheteur indépendant convient d'acheter 1 000 gadgets au fabricant sur une période de cinq ans sans autre disposition financière de la part du fabricant. On peut légitimement supposer que le fabricant qui fait affaire avec un tel acheteur n'est pas dans le commerce dans le but de perdre des revenus. L'entrepreneur raisonnable calculera les risques que cette obligation éventuelle ne se matérialise et ses coûts avant d'accepter de consentir la disposition financière demandée et de fixer le prix de vente de ses gadgets. Si le fabricant est appelé à honorer sa garantie et qu'il s'estime forcé d'emprunter les fonds requis, les intérêts qu'il paiera pourraient être déduits de son revenu au motif qu'ils font partie de la catégorie des circonstances exceptionnelles. La garantie a été donnée dans des circonstances accessoires à l'entreprise du contribuable et n'a pas exposé celui-ci à des risques déraisonnables de per-

short, the consideration was adequate or gave rise to a reasonable expectation of profit.

tes financières. En bref, la contrepartie était suffisante ou elle donnait lieu à une expectative raisonnable de profit.

77 In summary, I am of the opinion that there is a legal foundation for the Minister's concession as reflected in *Interpretation Bulletin* IT-445. Accordingly, interest paid on funds borrowed to honour guarantees given for adequate consideration may be deducted from income even though the use of such funds has only an indirect effect on the taxpayer's income-earning capacity. The indirect eligible use is therefore not too remote in all instances.

77 En résumé, je suis d'avis que l'admission du ministre est fondée en droit, ainsi qu'il ressort du *Bulletin d'interprétation* IT-445. En conséquence, les intérêts payés sur l'argent emprunté pour honorer les garanties données moyennant une contrepartie suffisante peuvent être déduits du revenu même si l'utilisation de cet argent n'a qu'un effet indirect sur la capacité du contribuable de gagner un revenu. L'utilisation indirecte admissible n'est donc pas trop éloignée dans tous les cas.

IV. ANALYSIS

IV. ANALYSE

78 Returning to the case at hand, and applying the principles stated in *Bronfman*, the first question to be addressed is whether the direct-use rule is satisfied. Before the Trial Judge, Cal-Gas argued that had it not honoured the guarantee the Bank would have placed Cal-Gas in receivership. In response, the Trial Judge held that Cal-Gas was obliged: "to demonstrate a *bona fide*, and not farfetched or impossible-of-achievement intention, on the facts, that the taxpayer borrowed the money for the purpose of earning income" (at page 209). The Trial Judge then went on to reject the receivership argument. Acknowledging that Cal-Gas may have borrowed the money and paid it to the Bank in order to avoid such a result, he held that: "the direct purpose of that particular borrowing was to allow [the] 'parents' Anderson and Trennd (1979) to meet their debt obligations" (at page 210).

78 Pour revenir au cas qui nous occupe, et en appliquant les principes posés dans l'arrêt *Bronfman*, la première question à aborder est celle de savoir si le principe de l'utilisation directe est respecté en l'espèce. Devant le juge de première instance, la Cal-Gas a soutenu que, si elle n'avait pas honoré la garantie, la Banque aurait demandé sa mise sous séquestre. En réponse, le juge de première instance a statué que la Cal-Gas était tenue de «démontrer qu'[elle avait une véritable] intention, et non une intention farfelue ou illusoire, d'après les faits, d'emprunter l'argent en vue de gagner un revenu» (à la page 209). Le juge de première instance a poursuivi en jugeant mal fondé le moyen tiré de la mise sous séquestre. Reconnaissant que la Cal-Gas pouvait avoir emprunté l'argent et l'avoir versé à la CIBC en vue d'empêcher un tel résultat, le juge a statué que: «elle a utilisé directement cet emprunt précis pour permettre à sa société mère Trennd (1979) et à M. Anderson de s'acquitter de leurs dettes» (à la page 210).

79 While I agree with the Trial Judge that the receivership argument is not sustainable, I must respectfully disagree with his reasoning. In my opinion, it is apparent that the Trial Judge has confused the direct-use rule with the *bona fide* requirement discussed earlier. It is true that the Trial Judge found the only two witnesses who testified on behalf of Cal-Gas not to be credible and, therefore, there was no factual foundation for the receivership argu-

79 Bien que je sois d'accord avec le juge de première instance pour dire que le moyen tiré de la mise sous séquestre n'est pas tenable, je ne souscris pas à son raisonnement. À mon avis, il est évident que le juge de première instance a confondu le principe de l'utilisation directe avec la condition relative à la fin réelle dont nous avons déjà parlé. Il est vrai que le juge de première instance a conclu que les deux seuls témoins qui avaient témoigné au nom de la

ment. But it seems to me that what the Trial Judge has done is to assess the applicability of the direct-use rule in terms of Cal-Gas' motive in borrowing the funds; that is, to bail out Anderson and Trennd.

Cal-Gas n'étaient pas crédibles et qu'en conséquence, le moyen tiré de la mise sous séquestre ne reposait sur aucun fait. Mais il me semble que ce que le juge de première instance a fait, c'est d'apprécier l'applicabilité du principe de l'utilisation directe en fonction des mobiles qu'avait la Cal-Gas d'emprunter l'argent en question, à savoir de tirer M. Anderson et la Trennd d'affaire.

80 Pursuant to *Bronfman*, it is the direct income-earning use to which the borrowed funds were employed that is in issue. Thus, the reason or motive underlying Cal-Gas' decision to borrow the funds on which interest had to be paid remains an irrelevant consideration so far as the application of the direct-use rule is concerned. Correlatively, it is irrelevant that payment on the guarantee by Cal-Gas had the effect of relieving others from their obligation under the same guarantee. These conclusions are in accord with the Minister's submissions. No attempt was made to support this aspect of the Trial Judge's reasoning, either in oral or written argument.

Selon l'arrêt *Bronfman*, c'est l'utilisation directe productive de revenu à laquelle l'argent emprunté a été affecté qui est pertinente. Ainsi, la raison ou le mobile à la base de la décision de la Cal-Gas d'emprunter les fonds sur lesquels des intérêts devaient être payés demeure une considération non pertinente pour l'application du principe de l'utilisation directe. En corollaire, il est sans intérêt que le paiement de la garantie par la Cal-Gas ait eu pour effet de dégager d'autres personnes des obligations qu'elles avaient contractées aux termes de la même garantie. Ces conclusions vont dans le même sens que les observations formulées par le ministre. Nul n'a tenté de défendre cet aspect du raisonnement du juge de première instance, que ce soit lors des débats ou dans la plaidoirie écrite.

81 In my respectful opinion, the receivership argument must fail for the reason that it sidesteps the requirement that the borrowed funds be first traced to a direct eligible use. I take it for granted that a corporation which guarantees, for example, the personal debts of its shareholders (e.g., involving consumption expenditures) will not be entitled to deduct interest payments on borrowed funds used to honour that guarantee. This is so even if the borrowing avoided the corporation being placed in receivership. The direct-use rule makes no allowance for such kinds of financial accommodation. The short and long of it is that even if it could be said that Cal-Gas borrowed the \$1.7 million for the purpose of avoiding receivership, the funds were used for an indirect eligible use—the preservation of income-earning assets.

À mon humble avis, le moyen tiré de la mise sous séquestre est mal fondé au motif qu'il ne tient pas compte de l'obligation d'établir d'abord que l'argent emprunté a été affecté à une utilisation admissible directe. Je tiens pour acquis qu'une compagnie qui garantit, par exemple, les dettes personnelles de ses actionnaires (par ex. des dettes portant sur des dépenses de consommation) n'a pas le droit de déduire les intérêts payés sur l'argent emprunté pour honorer cette garantie. Il en est ainsi même si l'emprunt a évité à la compagnie d'être mise sous séquestre. Le principe de l'utilisation directe ne tient pas compte de ces genres de dispositions financières. Le fin mot de l'histoire, c'est que, même si l'on pouvait dire que la Cal-Gas a emprunté la somme de 1,7 million de dollars pour éviter une mise sous séquestre, l'argent a été affecté à une utilisation indirecte admissible, à savoir la conservation de biens productifs de revenu.

82 On appeal to this Division of the Court, counsel for Cal-Gas wisely elected to adopt another legal

En appel devant la présente Section de la Cour, les avocats de la Cal-Gas ont choisi avec sagesse de

tack. They now argue that the relevant time for assessing "eligibility of use" is at the time the guarantee was granted and not the date the funds were borrowed for the purpose of honouring the guarantee. The Minister takes the position that regardless of which date is chosen Cal-Gas is unable to satisfy the direct-use rule. According to the Minister if the proper date is the moment the guarantee was extended, Cal-Gas was not in the business of giving guarantees for profit. Therefore, it cannot be held that the guarantee was provided for the purpose of "gaining or producing income" from Cal-Gas' business. If the proper date is deemed to be the day the funds were borrowed, the Minister maintains that the direct-use of the borrowed funds was to pay a debt owed by Trennd to the Bank, a use which in and of itself produced no income because there was no expectation of earnings arising as a result of the payment on the guarantee. In short, Cal-Gas was not in the business of paying off or lending money to third parties.

83 I agree with Cal-Gas' submission, but only to the extent that more is gained by looking to the date the guarantee was extended than at the date it was honoured. I also agree with the Minister that regardless of which date is chosen Cal-Gas is unable to satisfy the direct-use rule. Finally, I agree that the fact that the honouring of a guarantee relates to the debt of a third party is of critical significance to the outcome of this appeal. However, I cannot accept the general thrust of the Minister's position. Rather than attempting to unravel the parties' arguments, I propose to isolate three of the threads woven throughout the fabric of the Minister's arguments. My purpose is to lay to rest certain misconceptions which, if allowed to go unchecked, may take on a life of their own.

84 The first thread to be withdrawn rests in the mistaken belief that in claiming a deduction under subparagraph 20(1)(c)(i) of the Act, Cal-Gas had to

défendre une autre thèse juridique. Ils soutiennent maintenant que le moment pertinent pour apprécier «l'admissibilité de l'utilisation» est celui où la garantie a été donnée et non la date à laquelle l'argent a été emprunté en vue d'honorer la garantie. Le ministre adopte pour sa part le point de vue selon lequel, peu importe la date retenue, la Cal-Gas n'est pas en mesure de respecter le principe de l'utilisation directe. Suivant le ministre, si la date à retenir est celle à laquelle la garantie a été consentie, la Cal-Gas n'exploitait pas une entreprise consistant à donner des garanties à profit. Par conséquent, on ne peut conclure que la garantie a été donnée en vue de «tirer un revenu» de l'entreprise de la Cal-Gas. Le ministre maintient qu'en supposant que la date à retenir soit réputée être celle à laquelle l'argent a été emprunté, l'argent emprunté a servi directement à payer une dette contractée par la Trennd envers la banque, et que cette utilisation n'a produit en elle-même aucun revenu, étant donné qu'on ne s'attendait pas à obtenir un revenu par suite du paiement de la garantie. En résumé, la Cal-Gas n'exploitait pas une entreprise consistant à rembourser des tiers ou à leur prêter de l'argent.

Je souscris à la thèse de la Cal-Gas, mais uniquement dans la mesure où il est plus profitable de considérer la date à laquelle la garantie a été donnée que de tenir compte de la date à laquelle elle a été honorée. Je suis également d'accord avec le ministre pour dire que, indépendamment de la date qui est retenue, la Cal-Gas n'est pas en mesure de respecter le principe de l'utilisation directe. Finalement, je suis d'accord pour dire que le fait que le paiement de la garantie se rapporte à la dette contractée par un tiers est d'une importance critique en ce qui concerne l'issue du présent appel. Je ne puis toutefois souscrire à l'essentiel de la thèse du ministre. Plutôt que d'essayer d'éclaircir les arguments des parties, je me propose de décomposer la thèse du ministre en trois volets. Mon but est d'en finir avec certaines idées fausses qui, si on n'y prend pas garde, peuvent devenir incontrôlables.

Le premier volet repose sur la conviction erronée que, pour se prévaloir d'une déduction en vertu du sous-alinéa 20(1)(c)(i) de la Loi, la Cal-Gas devait

be in the business of paying debts (a philanthropist of sorts) or, alternatively, in the business of giving guarantees (a bondsman of sorts). Those propositions are clearly untenable.

85 The second thread revolves around the mistaken belief that to qualify as a direct eligible use a taxpayer must establish that the borrowed funds were used for a purpose leading to the production of a stream of income (e.g. purchase of shares which produce dividends). In my opinion, the direct-use rule is not conditional on the requirement that there be a direct relationship between the borrowing and the production of income. I say this because the discharge of any debt or a legal obligation can never give rise directly to an expectation of earnings let alone a profit.

86 My thesis is a simple one. As the law presently stands, a taxpayer need not establish a causative relationship between a particular expense and a specific receipt. The expense is deductible even if it results in an expected loss. These basic principles were confirmed by the Supreme Court in *Symes*, *supra*, at page 729, citing *Imperial Oil Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1947] Ex. C.R. 527. If an expense is deductible pursuant to paragraph 18(1)(a) of the Act, then it should follow that monies borrowed for the purpose of meeting that expense are deductible under subparagraph 20(1)(c)(i). This result would be unaffected by the realization that borrowed funds will be used for a purpose which of itself is not income-generating. My point is best illustrated by reference to the *Imperial Oil* case.

87 In *Imperial Oil* it was held that the taxpayer was entitled to deduct an amount paid as a damages settlement arising from the negligent operation of one of its ships. The Exchequer Court rejected the Minister's argument that the expenditure had not been made for the purpose of gaining or producing income but simply to discharge a legal liability. In

exploiter une entreprise consistant à rembourser des dettes (agissant comme une espèce de philanthrope) ou, subsidiairement, exploiter une entreprise consistant à donner des garanties (agissant comme une espèce de caution). Ces propositions sont de toute évidence intenable.

Le deuxième volet tourne autour de la conviction erronée que, pour que l'utilisation qu'il a faite de l'argent emprunté puisse être considérée comme une utilisation directe admissible, le contribuable doit établir que l'argent emprunté a été utilisé pour une fin générant des apports continus de revenus (par ex. pour acheter des actions qui produisent des dividendes). À mon avis, l'application du principe de l'utilisation directe n'est pas assujettie à l'obligation qu'il existe un rapport direct entre l'emprunt et la production de revenu. Je tiens à le préciser, parce que l'acquittement d'une dette ou d'une obligation légale ne peut jamais donner lieu directement à une expectative de revenu, et encore moins de profit.

Ma thèse est simple. Dans l'état actuel du droit, le contribuable n'est pas tenu d'établir l'existence d'un lien de causalité entre une dépense déterminée et une recette donnée. La dépense est déductible même si elle se solde par une perte prévue. Ces principes de base ont été confirmés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Symes*, précité, à la page 729, où la Cour cite la décision *Imperial Oil Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1947] R.C.É. 527. Si une dépense est déductible en vertu de l'alinéa 18(1)a) de la Loi, il devrait s'ensuivre que l'argent emprunté pour faire face à cette dépense est déductible en vertu du sous-alinéa 20(1)c)(i). La réalisation des fonds empruntés pour une fin qui ne génère pas elle-même de revenu n'a aucune incidence sur ce résultat. La meilleure façon d'illustrer ma thèse est de citer l'affaire *Imperial Oil*.

Dans le jugement *Imperial Oil*, il a été jugé que la contribuable avait le droit de déduire une somme qui avait été payée pour régler les dommages-intérêts découlant d'une négligence dans le fonctionnement d'un de ses navires. La Cour de l'Échiquier a jugé mal fondé l'argument du ministre selon lequel la dépense en question n'avait pas été faite dans le but

response, Thorson P. pointed out that that was true of every expense. He held that so long as the liability arose as an incidental part of the taxpayer's business it was to be deemed part of the income-earning process (at pages 538-539):

Negligence on the part of the appellant's servants in the operation of its vessels, with its consequential liability to pay damages for a collision resulting therefrom, was a normal and ordinary risk of the marine operations part of the appellant's business and really incidental to it.

88 Had Imperial Oil borrowed the funds necessary to discharge its debt obligation, I take it that the Minister would have objected to the deduction of interest on the ground that the payment of a debt is a "use which in and of itself produced no income in that there was no expectation of earnings". In my view, the Minister's objection is not sustainable. I do recognize that there is a difference in the wording of paragraph 18(1)(a) of the Act and subparagraph 20(1)(c)(i). The former speaks of an expense incurred for the purpose of "gaining or producing" income from a business. The latter speaks of funds borrowed for the purpose of "earning" income from a business. In my view, the distinction cannot be deemed significant if only because *Imperial Oil* was decided at a time when the equivalent of paragraph 18(1)(a) spoke of an expense incurred for the purpose of "earning" income from a business: see paragraph 6(1)(a) of the *Income War Tax Act*.

89 The third thread of the Minister's argument, albeit an alternative one, revolves around the mistaken belief that it is the immediate purpose underlying the use of the borrowed funds which is of relevance. I agree with the submission of Cal-Gas that one looks to purpose as of the date the guarantee is given and not the date it was paid. There can be no doubt that in the present case the immediate use of

de tirer un revenu, mais simplement pour s'acquitter d'une obligation légale. En réponse, le président Thorson a souligné qu'on pouvait en dire autant pour chaque dépense. Il a statué que, dès lors que l'obligation était contractée à titre d'aspect accessoire de l'entreprise, elle était réputée faire partie du processus de production de revenu. Voici ce qu'il déclare, aux pages 538 et 539:

[TRADUCTION] La négligence commise par les préposés de l'appelante dans le fonctionnement de ses bâtiments, et la responsabilité qui en découle de verser des dommages-intérêts en raison de l'abordage qui en a résulté, constituait un risque normal et ordinaire inhérent aux activités maritimes qui faisaient partie de l'entreprise de l'appelante et en constituaient en réalité un aspect accessoire.

Sauf erreur, si l'Imperial Oil avait emprunté les fonds nécessaires pour rembourser sa dette, le ministre se serait opposé à la déduction des intérêts au motif que le règlement d'une dette constitue une «utilisation qui n'a produit en elle-même aucun revenu, étant donné qu'on ne s'attendait pas à obtenir un revenu». À mon avis, l'opposition du ministre n'est pas tenable. Je reconnais qu'il existe une différence entre le libellé du texte anglais de l'alinéa 18(1)a de la Loi et celui du sous-alinéa 20(1)c(i). Le premier emploie les termes «*gaining or producing*» pour parler des dépenses engagées en vue de tirer un revenu d'une entreprise, tandis que le second emploie le terme «*earning*» pour parler de l'argent emprunté en vue de tirer un revenu d'une entreprise. À mon avis, cette distinction ne peut être considérée comme significative, ne serait-ce qu'à cause du fait que le jugement *Imperial Oil* a été rendu à une époque où l'équivalent du texte anglais de l'alinéa 18(1)a employait le terme «*earning*» pour parler des dépenses engagées en vue de tirer un revenu d'une entreprise (voir l'alinéa 6(1)a de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*).

Le troisième volet de la thèse du ministre—qui est en réalité un volet subsidiaire—repose sur la conviction erronée que c'est la fin immédiate à la base de l'utilisation de l'argent emprunté qui est pertinente. Je souscris à l'argument de la Cal-Gas suivant lequel on considère la fin au moment où la garantie est donnée et non à la date à laquelle elle est payée. Il est indubitable en l'espèce que l'argent emprunté a

the borrowed funds was to pay a debt owing to the Bank under the guarantee. In a narrow sense it can be said that the funds were used for that purpose. But that tells us nothing with respect to whether the funds were ultimately paid for an income-earning purpose.

90 In *Imperial Oil* the Court did not limit itself to the finding that the expense was incurred for the purpose of discharging a debt obligation. That was the immediate use and purpose of the payment. The Court in that case went on to hold that the expense was incurred for the purpose of gaining income in so far as the expenditure could reasonably be considered part of the income-earning process. In a similar fashion, subparagraph 20(1)(c)(i) forces us to look beyond the immediate use and purpose of the borrowing to ask whether there is or was a direct income-earning purpose underlying the granting of the guarantee attributable to Cal-Gas. The answer to that question must be framed in the negative.

91 The granting of the guarantee by Cal-Gas enabled Trennd to obtain a loan and to receive proceeds which could be used by the latter with respect to its income-earning endeavours. Thus, the granting of the guarantee was intended to facilitate the income-earning capacity of the principal debtor (Trennd) and not the guarantor (Cal-Gas). The funds borrowed by Cal-Gas were used to repay a loan granted to Trennd, the proceeds of which were used for purposes it deemed appropriate. In accordance with *Bronfman* it must be held that the funds borrowed by Cal-Gas were applied to a direct ineligible use. In summary, Cal-Gas' debt obligation was its debt under the guarantee. It was not a debt in respect of an advance made to Cal-Gas for its own direct income-earning purposes: see *The Commissioners of Inland Revenue v. Holder (Sir H. C., Bart) and Holder (J. A.)* (1932), 16 T.C. 540 (H.L.), at page 564, Viscount Dunedin.

92 It should come as no surprise that the jurisprudence establishes, at least as a general proposition,

servi directement à rembourser une créance de la banque en exécution de la garantie. Au sens étroit, on peut dire que l'argent a été utilisé à cette fin. Mais on ne sait pas pour autant si l'argent a finalement été versé pour une fin productive de revenu.

90 Dans le jugement *Imperial Oil*, la Cour ne s'est pas bornée à conclure que la dépense avait été engagée en vue d'exécuter une obligation légale. C'était là l'utilisation et la fin immédiates du paiement. Dans ce jugement, la Cour a poursuivi en concluant que la dépense avait été engagée en vue de tirer un revenu dans la mesure où elle pouvait raisonnablement être considérée comme s'inscrivant dans le cadre du processus de production de revenu. Pareillement, le sous-alinéa 20(1)c)(i) nous force à regarder au-delà de l'utilisation et de la fin immédiates de l'emprunt pour nous demander si l'on peut conclure que la Cal-Gas poursuit ou visait une fin directe de production de revenu en accordant la garantie en question. Or, on doit répondre par la négative à cette question.

91 La fourniture de la garantie de la Cal-Gas a permis à la Trennd d'obtenir un emprunt et de recevoir un produit dont elle pouvait se servir en vue de gagner un revenu. Ainsi, la fourniture de la garantie visait à faciliter la capacité de production de revenu du débiteur principal (la Trennd) et non celle du garant (la Cal-Gas). L'argent emprunté par la Cal-Gas a servi à rembourser le prêt consenti à la Trennd, dont celle-ci avait utilisé le produit pour les fins qu'elle jugeait appropriées. Conformément à l'arrêt *Bronfman*, il faut conclure que l'argent emprunté par la Cal-Gas a été affecté à une utilisation directe inadmissible. En résumé, l'obligation contractée par la Cal-Gas était la dette qu'elle avait contractée aux termes de sa garantie. Il ne s'agissait pas d'une dette relative à une avance consentie à la Cal-Gas pour ses propres besoins de production de revenu (voir *The Commissioners of Inland Revenue v. Holder (Sir H. C., Bart) and Holder (J. A.)* (1932), 16 T.C. 540 (H.L.), à la page 564, le vicomte Dunedin).

92 On ne devrait pas être surpris de constater qu'il est de jurisprudence constante, du moins sur le plan

that interest payments made in respect of a loan incurred for the purpose of satisfying a guarantee are not deductible from income. Though there is unanimity on this point the reasoning varies: see *McLaws v. M.N.R.*, [1974] S.C.R. 887; *Minister of National Revenue v. Steer*, *supra*; *Bowater Canadian Ltd. v. The Queen*, [1987] 2 C.T.C. 47 (F.C.A.); and *Canada v. MerBan Capital Corp.*, [1989] 2 C.T.C. 246 (F.C.A.).

des principes généraux, que les intérêts payés sur un emprunt contracté dans le but d'honorer une garantie ne sont pas déductibles du revenu. Il y a unanimité sur cette question, mais les motifs varient (voir *McLaws c. M.R.N.*, [1974] R.C.S. 887; *Minister of National Revenue v. Steer*, précité; *Bowater Canadian Ltd. c. La Reine*, [1987] 2 C.T.C. 47 (C.A.F.); et *Canada c. MerBan Capital Corp.*, [1989] 2 C.T.C. 246 (C.A.F.).

93 At the same time, I am prepared to accept that in certain instances funds borrowed for the purpose of satisfying the debt of a third party may not offend the direct-use rule. There may be cases where a taxpayer is able to establish that he or she had access to and did actually receive proceeds of the loan guaranteed. In such instances the borrowing is directly related to the income-earning capacity of the guarantor.

93 Par ailleurs, je suis disposé à accepter qu'il se peut que, dans certains cas, l'argent emprunté en vue de rembourser la dette d'un tiers ne contrevienne pas au principe de l'utilisation directe. Il peut exister des situations dans lesquelles le contribuable est en mesure d'établir qu'il avait accès au produit de l'emprunt qu'il a garanti et qu'il a effectivement reçu le produit en question. En pareil cas, l'emprunt est directement lié à la capacité du garant de générer des revenus.

94 For example, in the present case Cal-Gas had access to the credit facility made available by the Bank and did make use of it through Trennd, the group's banker. Also, the initial credit facility represented \$1.3 million of Cal-Gas' pre-existing indebtedness to the Bank. Had Cal-Gas been able to establish that all or a portion of the \$1.7 million it was required to pay on the guarantee related to its own indebtedness, and not that of Trennd or the related companies, then I can see no legal objection to allowing interest payments to be deducted under subparagraph 20(1)(c)(i) of the Act. In effect the debt being guaranteed would be that of Cal-Gas and the direct-use rule would undoubtedly be satisfied. On the facts of this case, however, Cal-Gas had repaid all of the monies which it owed Trennd by the time the Bank demanded payment under the guarantee.

94 Par exemple, en l'espèce, la Cal-Gas pouvait utiliser la marge de crédit mise à sa disposition par la banque et l'a effectivement utilisée par l'intermédiaire de la Trennd, le banquier du groupe. En outre, le prêt initial représentait 1,3 million de dollars de la dette préexistante de la Cal-Gas envers la banque. Si la Cal-Gas avait réussi à établir que la somme de 1,7 million de dollars qu'elle a été obligée de payer en exécution de la garantie se rapportait en tout ou en partie à sa propre dette et non à celles de la Trennd ou des sociétés liées, je ne verrais alors aucune objection à permettre la déduction des intérêts payés en vertu du sous-alinéa 20(1)c)(i) de la Loi. La dette dont le remboursement serait garanti serait alors celle de la Cal-Gas et le principe de l'utilisation directe serait sans aucun doute respecté. Il ressort toutefois de l'ensemble des faits de la présente affaire que la Cal-Gas avait remboursé la totalité de l'argent qu'elle devait à la Trennd au moment où la banque a exigé le paiement en vertu de la garantie.

95 I find support for the above qualification in *McLaws v. M.N.R.*, *supra*, at pages 894-895, which anticipated the possibility of the guarantor having access to the proceeds of the loan being guaranteed. The right to deduct interest payments must be

95 Je trouve un appui pour la réserve qui précède dans l'arrêt *McLaws c. M.R.N.*, précité, aux pages 894 et 895. Dans cet arrêt, le tribunal a envisagé la possibilité que le garant ait accès au produit de l'emprunt dont il garantissait le remboursement. Le

limited, of course, to that portion which can be traced directly to the indebtedness incurred by the guarantor in the course of earning income from a business or property, and which remains outstanding at the time the guarantee is called. The fact that only a portion of the interest payments may be deducted under this exception is anticipated by subparagraph 20(1)(c)(i) of the Act. That provision provides that the taxpayer may deduct such "amounts as are wholly applicable . . . or such part . . . as may reasonably be regarded as applicable thereto". Finally, I must point out the caution given in *Bronfman* (at pages 45-46) that one who "commingles" funds used for a variety of purposes only some of which are eligible may be unable to claim the interest deduction.

droit de déduire des intérêts doit, évidemment, être limité à la partie du prêt qui se rattache directement à la dette contractée par le garant pour tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien et qui demeure impayée au moment où la garantie est réalisée. Le fait que seule une fraction des intérêts payés puisse être déduite selon cette exception est envisagée au sous-alinéa 20(1)c)(i) de la Loi. Cette disposition prévoit que le contribuable peut déduire «celles des sommes suivantes qui se rapportent entièrement à cette source de revenus ou la partie des sommes suivantes qui peut raisonnablement être considérée comme s'y rapportant». Finalement, je dois signaler la mise en garde formulée dans l'arrêt *Bronfman* (à la page 46) suivant laquelle le contribuable qui «mélange» des fonds utilisés à différentes fins, dont une partie seulement est admissible, risque de ne pas pouvoir réclamer la déduction des intérêts.

96 In my opinion, it is clear in law that Cal-Gas borrowed the funds for a direct ineligible use. Therefore, the interest payments in question are not deductible from income unless the exceptional circumstances qualification articulated in *Bronfman* is applicable. I note that the Tax Court Judge did make a passing reference to the question of whether the facts of the present case constituted exceptional circumstances. He concluded otherwise on the ground that the borrowed funds were used to pay off the debt owed by Trennd (at pages 2004-2005). I note also that the Trial Judge made the same passing reference but was likewise not convinced of the existence of exceptional circumstances (at pages 208-209). I turn now to the issue of whether the guarantee in question was given for adequate consideration.

À mon avis, il ne fait pas de doute en droit que la Cal-Gas a emprunté l'argent pour une utilisation directe inadmissible. En conséquence, les intérêts payés ne sont pas déductibles de son revenu à moins que la réserve relative aux circonstances exceptionnelles qui a été formulée dans l'arrêt *Bronfman* ne s'applique. Je constate par ailleurs que le juge de la Cour de l'impôt a fait allusion à la question de savoir si les faits de la présente espèce constituaient des circonstances exceptionnelles. Il a conclu que ce n'était pas le cas, étant donné que l'argent emprunté avait servi à rembourser la dette contractée par la Trennd (aux pages 2004 et 2005). Je signale que le juge de première instance a fait la même allusion, mais qu'il n'était pas convaincu de l'existence de circonstances exceptionnelles (aux pages 208 et 209). Je passe maintenant à la question de savoir si la garantie en question a été consentie moyennant une contrepartie suffisante. 96

97 Traditionally, the law is only concerned with the sufficiency of consideration and not its adequacy. This case is but one exception. Counsel for Cal-Gas submitted that the consideration obtained by that company at the time it granted the guarantee was adequate both in a legal sense (present consideration in support of a contractual obligation as between Cal-Gas and the Bank) and from a business sense

Traditionnellement, la seule question que l'on se pose en droit est celle de savoir si la contrepartie est satisfaisante et non celle de savoir si elle est suffisante. La présente affaire fait exception à cette règle. Les avocats de la Cal-Gas soutiennent que la contrepartie qui a été obtenue par cette compagnie au moment où elle a donné la garantie était suffisante tant au sens juridique (contrepartie actuelle versée 97

(as between Cal-Gas and Trennd). In return for its guarantee, Cal-Gas received a promissory note from Trennd, future access to the \$3.3 million credit facility and the assumption by Trennd of Cal-Gas' \$1.3 million pre-existing indebtedness to the Bank. On the other side of the balance sheet are found Cal-Gas' obligation to repay the latter amount and any other funds it borrowed from Trennd under the credit facility. In addition, Cal-Gas assumed a contingent liability of \$7.4 million not knowing whether any of that amount would be attributable to its own indebtedness to Trennd.

relativement à une obligation contractuelle entre la Cal-Gas et la banque) qu'au sens commercial (entre la Cal-Gas et la Trennd). En contrepartie de sa garantie, la Cal-Gas a reçu un billet à ordre de la Trennd, la possibilité d'utiliser la marge de crédit de 3,3 millions de dollars et la prise en charge par la Trennd de la dette préexistante de 1,3 million de dollars de la Cal-Gas envers la banque. Au passif de ce bilan, on trouve l'obligation de la Cal-Gas de rembourser cette dernière somme et toute autre somme qu'elle emprunterait de la Trennd en vertu de l'entente de crédit. En outre, la Cal-Gas a pris à sa charge une obligation éventuelle de 7,4 millions de dollars sans savoir si une partie de cette somme serait imputable à sa propre dette envers la Trennd.

98 Like the Trial Judge, I am of the view that what Cal-Gas received from Trennd in return for the granting of the guarantee is inadequate (*supra*, at pages 204 and 209). Admittedly, what constitutes adequate consideration is, in the absence of guiding criteria, a matter of subjective appreciation. In my opinion, the adequacy issue must be approached, initially, in terms of whether two reasonable and unrelated business entities would have agreed to contractual terms such as were agreed to in the present case. Were it not for the fact that Cal-Gas and Trennd are related companies, I doubt that Cal-Gas would have granted the guarantee on the basis of what it received and having regard to the potential liability that it had assumed.

À l'instar du juge de première instance, je suis d'avis que ce que la Cal-Gas a reçu de la Trennd en contrepartie de l'octroi de la garantie était insuffisant (précité, aux pages 204 et 209). Il faut reconnaître que ce qui constitue une contrepartie suffisante est, faute de critère pour nous éclairer, une question d'appréciation subjective. À mon avis la question du caractère suffisant de la contrepartie doit être abordée, dans un premier temps, en se demandant si deux entreprises commerciales raisonnables qui n'ont aucun lien entre elles se seraient entendues sur des modalités contractuelles comme celles qui ont été acceptées en l'espèce. N'eût été le fait que la Cal-Gas et la Trennd sont des compagnies liées, je doute que la Cal-Gas aurait donné la garantie sur le fondement de ce qu'elle a reçu et compte tenu de l'obligation éventuelle qu'elle a prise à sa charge. 98

99 In my opinion, Cal-Gas has failed to establish that the benefits or profits to be derived from the availability of the credit facility outweighed the potential risk and magnitude of loss arising from the granting of the guarantee. In the language of *Imperial Oil*, the risk of loss assumed by Cal-Gas could not reasonably be considered to be normal. Certainly, my hypothetical widget manufacturer would not have been prepared to act as did Cal-Gas. When a taxpayer guarantees a specific loan granted to another, it should not be too difficult to determine whether there is a reasonable correlation between the chance of gain and loss. Like the widget manu-

À mon avis, la Cal-Gas n'a pas réussi à démontrer que les avantages ou les profits que pouvait lui procurer le crédit qui a été mis à sa disposition l'emportaient sur le risque et l'ampleur possibles des pertes découlant de la fourniture de la garantie. Pour reprendre les termes employés dans l'arrêt *Imperial Oil*, le risque de perte assumé par la Cal-Gas ne pouvait pas raisonnablement être considéré comme normal. Mon fabricant hypothétique de gadgets n'aurait certainement pas été disposé à agir comme la Cal-Gas l'a fait. Lorsqu'un contribuable garantit le remboursement d'un prêt déterminé qui est consenti à une autre personne, il ne devrait pas être trop 99

facturer, a guarantor in this situation would normally assess the risk for himself or herself in being a part of the loan transaction. Ordinarily no guarantee would be forthcoming unless the guarantor was provided with sufficient incentive in the form of adequate consideration for assuming the risk of default on the loan. Evidence of accepted commercial practice may be the most expeditious means of establishing that a guarantee was given for adequate consideration.

difficile de déterminer s'il existe une corrélation raisonnable entre les risques de gains et de pertes. Tout comme le fabricant de gadgets, dans une situation comme la présente, le garant évaluera normalement le risque qu'il court en participant à l'opération de prêt. Ordinairement, le garant ne s'engagera que s'il est suffisamment motivé, par l'octroi d'une contrepartie suffisante, à assumer le risque que le débiteur ne respecte pas ses engagements. L'administration d'éléments de preuve portant sur les pratiques commerciales établies peut être le moyen le plus expéditif d'établir qu'une garantie a été donnée moyennant une contrepartie suffisante.

100 Arguably, similar reasoning is applicable in cases involving certain related parties, such as where a parent company responds to a lender's call to guarantee the debts of that parent's subsidiaries. Although provision of the guarantee is not risk-free in this instance, such a guarantee might not entail extraordinary risk for a parent corporation. The latter might reasonably expect to profit from the loan transaction and any risk assumed by the parent might be shown to be within acceptable bounds set by commercial realities. However, the taxpayer's position becomes tenuous when as a subsidiary it guarantees the debts of its parent and other sibling corporations. Any income-earning purpose attributable to the granting of the guarantee in this instance is, in the absence of persuasive evidence to the contrary, simply too "remote" as that term is understood in tax law. This leads me to the final and pivotal issue pursued before the Trial Judge and this Division of the Court.

On peut soutenir qu'un raisonnement semblable s'applique dans les cas mettant en cause certaines entités liées, comme lorsqu'une société mère répond à la demande que lui fait le prêteur de garantir le remboursement des dettes de ses filiales. Bien que la fourniture de la garantie ne soit pas à l'abri de tout risque dans ce cas, une telle garantie ne comporte pas nécessairement de risques élevés pour la société mère. Celle-ci pourrait raisonnablement s'attendre à tirer un profit de l'opération de prêt et l'on pourrait démontrer que les risques qu'elle assume respectent les limites acceptables fixées par les réalités commerciales. Toutefois, la position du contribuable devient fragile lorsqu'une filiale garantit le remboursement des dettes de sa société mère et d'autres sociétés sœurs. En pareil cas, tout objectif de production de revenu imputable à la fourniture de la garantie est, faute d'éléments de preuve convaincants contraires, tout simplement trop «éloigné» au sens que l'on donne à ce terme en droit fiscal. Ces considérations m'amènent à la dernière question cruciale qui a été soumise au juge de première instance et à la présente section de la Cour. 100

101 Based on the Trial Judge's reasons it appears that Cal-Gas advanced what I shall label as the "business-necessity" argument. Pursuant to that argument Cal-Gas attempted to establish that prior to Trennd obtaining the credit facility the former was financially unstable, but had recently procured a lucrative contract with Husky Oil. In order to take advantage of that contract Cal-Gas needed access to permanent financing, rather than relying on a related

Il ressort vraisemblablement des motifs du juge de première instance que la Cal-Gas a avancé un argument que je qualifierais d'argument de «nécessité commerciale». En vertu de cet argument, la Cal-Gas a essayé de démontrer qu'avant que la Trennd n'obtienne le prêt, la Cal-Gas était financièrement instable, mais qu'elle venait d'obtenir un contrat lucratif avec l'Husky Oil. Pour tirer profit de ce contrat, la Cal-Gas avait besoin qu'on lui accorde un finance- 101

company, "Allied", to act as guarantor for its loans. Without the credit facility and the corporate reorganization Cal-Gas maintained that it would be unable to exploit the Husky contract. As is apparent, the business-necessity argument is tantamount to a plea to have regard to commercial realities.

ment permanent et non qu'une compagnie liée, l'Allied garantisse ses emprunts. La Cal-Gas soutient que, sans le prêt et la réorganisation des compagnies, elle n'aurait jamais été en mesure d'exécuter le contrat de la Husky. Il est évident que l'argument de la nécessité commerciale revient à demander à la Cour de tenir compte des réalités commerciales.

102 The Trial Judge rejected the above argument after concluding that the two witnesses who testified on behalf of Cal-Gas were not credible. In rejecting their evidence the Trial Judge went on to describe a document which had been prepared by Cal-Gas' advisers as having been [at page 194] "concocted" for the litigation. Counsel for both parties at trial did not appear as counsel on appeal. I hasten to add that a significant portion of the day allotted to oral argument was spent on the adverse findings of credibility.

Le juge de première instance a rejeté cet argument 102 après avoir conclu que deux des témoins qui avaient témoigné au nom de la Cal-Gas n'étaient pas crédibles. Pour écarter leur témoignage, le juge de première instance a poursuivi en déclarant qu'un document qui avait été rédigé par les conseillers de la Cal-Gas était le fruit d'une [à la page 194] «manœuvre» (en anglais, «concocted»). Les avocats qui occupaient pour les deux parties n'ont pas comparu lors du présent appel. Je m'empresse d'ajouter que grande partie de la journée fixée pour les plaidoyers a été consacrée aux conclusions négatives tirées au sujet de la crédibilité.

103 Counsel for Cal-Gas on appeal, Mr. O'Brien and Mr. Meghji, acknowledged readily that findings of fact based on the credibility of witnesses cannot be interfered with unless it is shown that there is a "palpable and overriding error". In this case, however, counsel are at a loss to understand how the Trial Judge could, in rendering judgment fourteen months after the trial date, see fit to question the veracity of witnesses when no issue of credibility was raised during the one-day trial. Counsel also took exception to what they termed the "gratuitous" remarks of the Trial Judge which, in their view, were "without foundation" and a "slur" on counsel appearing at trial for Cal-Gas: see appellant's memorandum of fact and law, at paragraph 56.

Les avocats qui représentaient la Cal-Gas en appel, M^{es} O'Brien et Meghji, ont reconnu volontiers 103 qu'une juridiction d'appel ne peut modifier les conclusions de fait tirées au sujet de la crédibilité des témoins à moins que l'on réussisse à démontrer qu'elles sont entachées d'une «erreur manifeste et dominante». En l'espèce toutefois, les avocats n'arrivent pas à comprendre comment le juge de première instance a pu, en rendant son jugement quatorze mois après la date du procès, juger bon de mettre en doute la crédibilité des témoins alors qu'aucune question de crédibilité n'avait été soulevée au cours de la seule journée qu'a duré le procès. Les avocats se sont également élevés contre ce qu'ils ont appelé les remarques «gratuites» du juge du procès qui, à leur avis, étaient «injustifiées» et qui constituaient un «affront» aux avocats qui avaient comparu au procès pour le compte de la Cal-Gas (voir le mémoire exposant les faits et le droit de l'appelante, au paragraphe 56).

104 In response, Mr. Curley and Ms. Nohorniak, counsel for the Minister, quite properly relied on the jurisprudence which limits interference by appellate courts on matters involving findings of fact and credibility. That jurisprudence commences with the

En réponse, M^{es} Curley et Nohorniak, les avocats 104 du ministre, ont à juste titre invoqué la jurisprudence qui limite l'intervention des juridictions d'appel aux questions portant sur les conclusions de fait et la crédibilité. Cette jurisprudence commence avec

Supreme Court's decision in *Stein et al. v. The Ship "Kathy K" et al.*, [1976] 2 S.C.R. 802, and ends with its most recent pronouncement in *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, at page 281.

l'arrêt *Stein et autres c. «Kathy K» et autres (Le navire)*, [1976] 2 R.C.S. 802, de la Cour suprême, et se termine par l'arrêt qu'elle a récemment prononcé dans l'affaire *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, à la page 281.

105 As to the adverse findings of credibility, counsel for the Minister attempted to show that the changing nature of the legal arguments advanced by Cal-Gas may have planted the seed of doubt in the Trial Judge's mind. In any event, they maintain that there is no legal basis on which this Court is entitled to interfere with the Trial Judge's findings of fact. On the other hand, counsel for the Minister conceded readily that the Trial Judge was clearly in error in concluding that the document in question was concocted. Counsel went so far as to explain in detail the error of the Trial Judge in misconstruing the origins of certain financial information set out in that document. Notwithstanding that concession, the Minister maintains there is no basis for interfering with the Trial Judge's findings of fact.

Quant aux conclusions défavorables qui ont été 105 tirées au sujet de la crédibilité, les avocats du ministre ont essayé de démontrer que la nature changeante des moyens de droit invoqués par la Cal-Gas ont pu semer le doute dans l'esprit du juge de première instance. En tout état de cause, ils maintiennent qu'il n'y a aucun motif que justifie en droit notre Cour de modifier les conclusions de fait tirées par le juge de première instance. En revanche, les avocats du ministre admettent volontiers que le juge de première instance a commis une erreur en concluant que le document en question était le fruit d'une «manœuvre». Les avocats sont allés jusqu'à expliquer en détail l'erreur commise par le juge de première instance en interprétant de façon inexacte les origines de certains renseignements financiers contenus dans ce document. Malgré cette admission, le ministre maintient qu'il n'y a aucune raison de modifier les conclusions de fait tirées par le juge de première instance.

106 I expressly adopt the Minister's concession that the document in question was not concocted. However, I am not persuaded that the learned Trial Judge erred in rejecting the business-necessity argument. Even if I were prepared to intervene, which I am not, I could not declare on a balance of probabilities, that the corporate reorganization and the establishment of the credit facility were effected for the purpose of permitting Cal-Gas to exploit the Husky Oil contract. Hindsight suggests that the best evidence of business necessity will come from the officers of the lending institution which extracted the guarantee in the first instance.

Je retiens expressément l'admission du ministre 106 suivant laquelle le document en question n'était pas le fruit d'une manœuvre. Je ne suis toutefois pas persuadé que le juge de première instance a commis une erreur en rejetant l'argument de la nécessité commerciale. Même si j'étais disposé à intervenir—et je ne le suis pas—, je ne pourrais déclarer selon la prépondérance des probabilités que la réorganisation des sociétés et la mise en place de l'entente de crédit ont été effectuées dans le but de permettre à la Cal-Gas d'exécuter le contrat de la Husky Oil. Avec le recul, il est permis de croire que la meilleure preuve de la nécessité commerciale viendra des agents de l'établissement de crédit qui ont obtenu la garantie.

107 In closing, I wish to acknowledge Cal-Gas' argument based on the insightful decision of this Court in *Tonn v. Canada*, [1996] 2 F.C. 73 (C.A.). In light of the foregoing analysis it must be obvious that I

Pour terminer, je tiens à préciser que j'estime bien 107 fondé le moyen que la Cal-Gas tire de l'arrêt éclairé que notre Cour a rendu dans l'affaire *Tonn c. Canada*, [1996] 2 C.F. 73 (C.A.). Compte tenu de l'ana-

do not view *Tonn* as relevant to the issues at hand. For all these reasons, it follows that the appeal should be dismissed with costs.

¹ R.S.C. 1952, c. 148, as am. by S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 1.

² [1987] 1 S.C.R. 32.

³ The Trial Judge also relied on *Bowater Canadian Ltd. v. The Queen*, [1987] 2 C.T.C. 47, in which this Court held that interest on funds borrowed to satisfy guarantees given by a taxpayer to companies in which it held a substantial interest could not be deducted because the original indebtedness was found to have been for capital purposes.

⁴ Transcript, at pp. 63, 114, 133.

⁵ *Id.*, at pp. 72-73, 76 (line 15) and 78.

⁶ Comparative Financial Figures, Appeal Book, Vol. II, at p. 379.

⁷ CIBC letter of April 9, 1980, Appeal Book, Vol. I, at pp. 139-147.

⁸ See Iacobucci J. in *Tennant v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 305, at pp. 316-317; see also Dickson C.J. in *Bronfman Trust*, *supra*, at p. 45.

⁹ See also *Herald and Weekly Times Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation* (1932), 48 C.L.R. 113 (Aust. H.C.).

¹⁰ *Bronfman Trust*, *supra*, at p. 55.

¹¹ *Id.*, at pp. 52-53.

¹² See *Stein et al. v. "Kathy K" et al.*, [1976] 2 S.C.R. 802.

¹³ *Supra*, at p. 46.

¹⁴ *Id.*, at p. 47.

¹⁵ [1955] Ex. C.R. 165.

¹⁶ *Id.*, at p. 170.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ At p. 222.

¹⁹ See *Lyons (D M) v MNR*, [1984] CTC 2690 (T.C.C.); *Emerson (R.I.) v. The Queen*, [1986] 1 C.T.C. 422 (F.C.A.).

²⁰ See also *Corbett v. Canada*, [1997] 1 F.C. 386 (C.A.).

²¹ See Appeal Book, Vol. II, at p. 379.

²² [1996] 2 F.C. 73 (C.A.).

lyse qui précède, il doit être évident que je ne considère pas que l'arrêt *Tonn* est pertinent aux questions qui nous occupent. Par ces motifs, il s'ensuit que l'appel devrait être rejeté avec dépens.

¹ S.R.C. 1952, ch. 148, mod. par S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 1.

² [1987] 1 R.C.S. 32.

³ Le juge de première instance s'est également fondé sur l'arrêt *Bowater Canadian Ltd. c. La Reine*, [1987] 2 C.T.C. 47, dans lequel notre Cour a statué que les intérêts sur l'argent emprunté pour honorer des garanties données par un contribuable à des compagnies dans lesquelles il détenait une importante participation n'étaient pas déductibles parce que la dette originale avait été contractée à des fins d'immobilisation.

⁴ Transcription, aux p. 63, 114 et 133.

⁵ *Id.*, aux p. 72, 73, 76 (ligne 15) et 78.

⁶ Tableau comparatif des chiffres financiers, dossier d'appel, vol. II, à la p. 379.

⁷ Lettre du 9 avril 1980 de la CIBC, dossier d'appel, vol. I, aux p. 139 à 147.

⁸ Voir les propos du juge Iacobucci dans l'arrêt *Tennant c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 305, aux p. 316 et 317; voir également les propos tenus par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Bronfman Trust*, précité, à la p. 45.

⁹ Voir également la décision *Herald and Weekly Times Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation* (1932), 48 C.L.R. 113 (H.C. Aust.).

¹⁰ *Bronfman Trust*, précité, à la p. 55.

¹¹ *Id.*, *supra*, aux p. 52 et 53.

¹² Voir l'arrêt *Stein et autres c. «Kathy K» et autres (Le navire)*, [1976] 2 R.C.S. 802.

¹³ *Supra*, à la p. 46.

¹⁴ *Id.*, à la p. 47.

¹⁵ [1955] R.C.É. 165.

¹⁶ *Id.*, à la p. 170.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ À la p. 222.

¹⁹ Voir le jugement *Lyons (D M) c MRN*, [1984] CTC 2690 (C.C.I.); et l'arrêt *Emerson (R.I.) c. La Reine*, [1986] 1 C.T.C. 422 (C.A.F.).

²⁰ Voir également l'arrêt *Corbett c. Canada*, [1997] 1 C.F. 386 (C.A.).

²¹ Voir le dossier d'appel, vol. II, à la p. 379.

²² [1996] 2 C.F. 73 (C.A.).

A-124-97
(T-1311-96)

The Honourable Gilles Létourneau, Commissioner and Chairperson, Peter Desbarats, Commissioner, The Honourable Robert Rutherford, Commissioner (*Appellants*) (*Respondents*)

v.

Brigadier-General Ernest B. Beno (*Respondent*) (*Applicant*)

and

Attorney General of Canada, Major Barry Armstrong, LCol. Paul Morneault, Major Vincent J. Buonamici (*Respondents*) (*Respondents*)

INDEXED AS: BENO v. CANADA (COMMISSIONER AND CHAIRPERSON, COMMISSION OF INQUIRY INTO THE DEPLOYMENT OF CANADIAN FORCES TO SOMALIA) (C.A.)

Court of Appeal, Isaac C.J., Pratte and Stone J.J.A.—Ottawa, March 25, 26 and May 2, 1997.

Inquiries — Commission appointed under Inquiries Act, s. 3 to conduct inquiry, report on actions, decisions of Canadian Forces in Somalia — Officer served with notice under Act, s. 13 to face allegations of misconduct — Commission Chairman prohibited from making finding adverse to officer due to reasonable apprehension of bias — Trial Judge wrong in assimilating commissioners to judges — Public inquiry not equivalent to civil, criminal trial — Inquiry commissioners have broad investigative powers — Rules of evidence, procedure less strict — Reasonable apprehension of bias standard to be applied flexibly — Chairman not reaching conclusion on basis other than evidence.

Administrative law — Judicial review — Prohibition — Somalia Commission Chairman prohibited from making finding adverse to Armed Forces officer based on reasonable apprehension of bias — Role of commissioners, judges distinguished — Commissioners having broad investigative powers, judges determine rights as between parties — Rules of evidence, procedure less strict in inquiry than in court — Reasonable apprehension of bias, not “closed mind” test, standard applicable herein —

A-124-97
(T-1311-96)

L'honorable Gilles Létourneau, commissaire et président, Peter Desbarats, commissaire, et l'honorable Robert Rutherford, commissaire (*appelants*) (*intimés*)

c.

Brigadier général Ernest B. Beno (*intimé*) (*requérant*)

et

Procureur général du Canada, major Barry Armstrong, lcol Paul Morneault, major Vincent J. Buonamici (*intimés*) (*intimés*)

RÉPERTORIÉ: BENO c. CANADA (COMMISSAIRE ET PRÉSIDENT DE LA COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LE DÉPLOIEMENT DES FORCES ARMÉES CANADIENNES EN SOMALIE) (C.A.)

Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Pratte et Stone, J.C.A.—Ottawa, 25, 26 mars et 2 mai 1997.

Enquêtes — Commission nommée en vertu de l'art. 3 de la Loi sur les enquêtes afin de faire enquête et de faire rapport sur les mesures et les décisions des Forces canadiennes en Somalie — Un officier s'est vu signifier un procès civil ou criminel — Dans une enquête, les commissaires sont dotés de vastes pouvoirs d'enquête — Les règles de preuve et de procédure sont moins contraignantes — Le critère de la crainte raisonnable de partialité doit s'appliquer avec souplesse — Le président n'a pas fondé sa conclusion sur autre chose que la preuve.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Prohibition — Le président de la Commission sur la Somalie a été enjoint de ne tirer aucune conclusion défavorable touchant un officier des Forces armées, pour cause de crainte raisonnable de partialité — Distinction faite entre le rôle des commissaires et celui des juges — Les commissaires sont dotés de vastes pouvoirs d'enquête, les juges décident des droits des parties — Les règles de preuve et de procédure sont moins contraignantes dans le cas d'une commis-

Chairman not deciding on basis other than evidence — That Judge disagreed with Chairman's assessment of officer's credibility not basis for bias finding.

This was an appeal from a Trial Division order prohibiting the Chairman of the Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia from making any finding adverse to respondent Beno due to a reasonable apprehension of bias. As an officer in the Canadian Armed Forces, Beno was served with a notice under section 13 of the *Inquiries Act*, indicating that allegations of misconduct on his part might be investigated by the Commission and lead to a finding adverse to him. In the course of the officer's testimony before the Commission, the Chairman had interjected that Beno would not "gain much by fiddling around". Shortly after, during a breakfast meeting at an officers' mess in Calgary, the Chairman, according to an affidavit filed by a Brigadier-General, said that Brigadier-General Beno had not given straight answers and perhaps was trying to deceive. An application for judicial review to prohibit the Chairman from continuing to act as a Commissioner or, at least, from making findings adverse to Beno was granted by the Trial Division. The appellants invoked two main grounds of appeal. First, that the Trial Judge erred in deciding that commissioners exercise "trial like functions" and, consequently, their impartiality should be judged by the "closed mind" test rather than by the "reasonable apprehension of bias" test. Second, that whatever the applicable test, the Trial Judge's conclusion was not supported by the evidence.

Held, the appeal should be allowed.

The Trial Judge was wrong in assimilating commissioners to judges and in holding that both exercise "trial like functions". A public inquiry is not equivalent to a civil or criminal trial. In a trial, the judge sits as an adjudicator, and it is the responsibility of the parties alone to present the evidence. At an inquiry, the commissioners are endowed with wide-ranging investigative powers to fulfil their mandate. The rules of evidence and procedure are therefore less strict at an inquiry than in court. Judges determine rights as between parties whereas commissioners can only "inquire" and "report". While a judge has power to impose monetary or penal sanctions, the only consequence of a negative finding by the Somalia Inquiry would be the loss of reputation. Whatever the applicable

sion d'enquête que dans le cas d'une cour de justice — En l'espèce, il faut appliquer le critère de la « crainte raisonnable de partialité » plutôt que celui de l'« esprit fermé » — Le président n'a pas fondé sa conclusion sur autre chose que la preuve — Le fait que le juge ne partageait pas l'évaluation de la crédibilité de l'officier faite par le président n'était pas une raison valable pour mettre en doute son impartialité.

Il s'agissait d'un appel de l'ordonnance de la Section de première instance enjoignant au président de la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie de ne tirer aucune conclusion défavorable touchant l'intimé Beno, pour cause de crainte raisonnable de partialité. À titre d'officier dans les Forces armées canadiennes, Beno s'est vu signifier un préavis conformément à l'article 13 de la *Loi sur les enquêtes*, qui lui faisait savoir que certaines allégations de faute de sa part pourraient faire l'objet d'une enquête de la Commission et aboutir à une conclusion défavorable à son égard. Lors du témoignage de l'officier Beno devant la Commission, le président lui a lancé qu'il ne lui «servira à rien de tergiverser». Peu de temps après, lors d'un petit-déjeuner de travail à un mess des officiers à Calgary, le président, selon un affidavit déposé par un brigadier-général, a dit que le brigadier général Beno n'avait pas répondu franchement et qu'il tentait peut-être de dissimuler quelque chose. Une demande de contrôle judiciaire visant à empêcher le président de continuer à agir à titre de commissaire ou, tout au moins, de tirer des conclusions défavorables touchant Beno, a été accueillie par la Section de première instance. Les appelants ont invoqué deux moyens d'appel principaux. D'abord, ils ont prétendu que le juge de première instance s'était mépris en statuant que les commissaires exerçaient des «fonctions analogues à celles d'un juge présidant un procès» et qu'en conséquence leur impartialité devrait être appréciée suivant le critère de l'«esprit fermé» plutôt que celui de la «crainte raisonnable de partialité». Ensuite, ils ont dit que, quel que soit le critère applicable, la preuve n'était pas la conclusion du juge de première instance.

Arrêt: l'appel doit être accueilli.

Le juge de première instance s'est mépris en assimilant les commissaires à des juges et en statuant que les commissaires aussi bien que les juges exerçaient des «fonctions analogues à celles d'un juge présidant un procès». Une enquête publique n'est pas un procès civil ou criminel. Dans un procès, le juge assume un rôle juridictionnel et seules les parties ont la responsabilité de présenter la preuve. Dans une enquête, les commissaires sont dotés de vastes pouvoirs d'enquête pour accomplir leur mandat. Les règles de preuve et de procédure sont donc considérablement moins contraignantes devant une commission d'enquête que devant une cour de justice. Les juges décident des droits visant les rapports entre les parties, alors que les commissaires ne peuvent que «faire enquête» et «faire

test, the special nature of the commissioners' functions should be taken into account in assessing their behaviour. The reasonable apprehension of bias standard must be applied flexibly. The Commissioners of the Somalia Inquiry must perform their duties in a way which, having regard to the special nature of their functions, does not give rise to a reasonable apprehension of bias. They should be disqualified for bias only if the challenger establishes a reasonable apprehension that they would reach a conclusion on a basis other than the evidence. The Chairman's "fiddling" remark was inspired by his own honest, although probably mistaken, perception of Beno's evidence. It could not reasonably be seen as indicating a tendency to decide on some basis other than the evidence. If the Judge disagreed with the Chairman's assessment of Beno's demeanour and credibility, that was not a valid reason for questioning the Chairman's impartiality. In retrospect, it is easy to say that the Chairman ought to have remained silent when criticized at the Calgary breakfast. But when one's impartiality is challenged, it is normal to offer an explanation. It does not prove partiality.

rapport». Les juges peuvent imposer des sanctions pécuniaires ou pénales; la seule conséquence susceptible de découler d'une conclusion défavorable de la Commission d'enquête sur la Somalie est que des réputations pourraient être ternies. Quel que soit le critère applicable, dans l'évaluation de la conduite des commissaires, il faut tenir compte de la nature spéciale de leurs fonctions. Le critère de la crainte raisonnable de partialité doit s'appliquer avec souplesse. Les membres de la Commission d'enquête sur la Somalie doivent exercer leurs fonctions d'une façon qui, eu égard à la nature particulière de celles-ci, ne suscite pas une crainte raisonnable de partialité. Ils ne doivent être déclarés inhabiles pour cause de partialité que s'il existe une crainte raisonnable qu'ils décident sur un fondement autre que la preuve. La remarque du président au sujet de la «tergiversation» a été inspirée par sa perception honnête, bien que probablement erronée, du témoignage de Beno. On ne peut raisonnablement dire que ses propos trahissaient une tendance à fonder sa décision sur autre chose que la preuve. Si le juge ne partageait pas l'évaluation du comportement et de la crédibilité de Beno faite par le président, ce n'était pas là une raison valable pour mettre en doute son impartialité. Il est facile de dire maintenant que le président aurait dû se taire alors qu'on le critiquait au petit-déjeuner de Calgary. Mais ce n'est pas anormal pour une personne dont l'impartialité est mise en doute d'essayer de justifier son comportement. Cela ne montre pas qu'il faisait preuve de partialité.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Inquiries Act, R.S.C., 1985, c. I-11, ss. 3, 13.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), ch. I-11, art. 3, 13.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities), [1992] 1 S.C.R. 623; (1992), 95 Nfld. & P.E.I.R. 271; 4 Admin. L.R. (2d) 121; 134 N.R. 241.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities), [1992] 1 R.C.S. 623; (1992), 95 Nfld. & P.E.I.R. 271; 4 Admin. L.R. (2d) 121; 134 N.R. 241.

CONSIDERED:

Ringrose v. College of Physicians and Surgeons (Alberta), [1977] 1 S.C.R. 814; (1977), 1 A.R. 1; 67 D.L.R. (3d) 559; [1976] 4 W.W.R. 712; 9 N.R. 383.

DÉCISION EXAMINÉE:

Ringrose c. College of Physicians and Surgeons (Alberta), [1977] 1 R.C.S. 814; (1977), 1 A.R. 1; 67 D.L.R. (3d) 559; [1976] 4 W.W.R. 712; 9 N.R. 383.

REFERRED TO:

Greyeyes v. British Columbia (1993), 78 B.C.L.R. (2d) 80 (S.C.); *Di Iorio et al. v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152; (1976), 73 D.L.R. (3d) 491; 35 C.R.N.S. 57; 8 N.R. 361; *Phillips v.*

DÉCISIONS CITÉES:

Greyeyes v. British Columbia (1993), 78 B.C.L.R. (2d) 80 (C.S.); *Di Iorio et autre c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152; (1976), 73 D.L.R. (3d) 491; 35 C.R.N.S. 57; 8 N.R. 361; *Phillips*

Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy), [1995] 2 S.C.R. 97; (1995), 124 D.L.R. (4th) 129; 31 Admin. L.R. (2d) 261; 39 C.R. (4th) 141; 180 N.R. 1; *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181; (1987), 41 D.L.R. (4th) 429; 24 Admin. L.R. 91; 74 N.R. 33; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; (1978), 88 D.L.R. (3d) 671; 78 CLLC 14,181; 23 N.R. 410; *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115; *Brouillard v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 39; [1985] R.D.J. 38; (1985), 16 D.L.R. (4th) 447; 17 C.C.C. (3d) 193; 44 C.R. (3d) 124; 57 N.R. 168; *Canada (Attorney General) v. Canada (Commissioner of the Inquiry on the Blood System)*, [1997] 2 F.C. 36 (C.A.); *Bortolotti v. Ontario (Ministry of Housing)* (1977), 15 O.R. (2d) 617; 76 D.L.R. (3d) 408 (C.A.); *Shulman, Re*, [1967] 2 O.R. 375; (1967), 63 D.L.R. (2d) 578 (C.A.); *Bennett v. British Columbia (Superintendent of Brokers)* (1994), 30 Admin. L.R. (2d) 283; 48 B.C.A.C. 56; 7 C.C.L.S. 165; 36 C.P.C. (3d) 96; 78 W.A.C. 56 (C.A.); *Bennett v. British Columbia (Superintendent of Brokers)* (1994), 118 D.L.R. (4th) 449; 96 B.C.L.R. 274; 28 Admin. L.R. (2d) 102; 51 B.C.A.C. 81; 5 C.C.L.S. 93; 84 W.A.C. 81 (C.A.); *Badu v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] F.C.J. No. 5 (T.D.) (QL); *Jones v. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155 (C.A.).

c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray), [1995] 2 R.C.S. 97; (1995), 124 D.L.R. (4th) 129; 31 Admin. L.R. (2d) 261; 39 C.R. (4th) 141; 180 N.R. 1; *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181; (1987), 41 D.L.R. (4th) 429; 24 Admin. L.R. 91; 74 N.R. 33; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; (1978), 88 D.L.R. (3d) 671; 78 CLLC 14,181; 23 N.R. 410; *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115; *Brouillard c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39; [1985] R.D.J. 38; (1985), 16 D.L.R. (4th) 447; 17 C.C.C. (3d) 193; 44 C.R. (3d) 124; 57 N.R. 168; *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire de l'enquête sur l'approvisionnement en sang)*, [1997] 2 C.F. 36 (C.A.); *Bortolotti v. Ontario (Ministry of Housing)* (1977), 15 O.R. (2d) 617; 76 D.L.R. (3d) 408 (C.A.); *Shulman, Re*, [1967] 2 O.R. 375; (1967), 63 D.L.R. (2d) 578 (C.A.); *Bennett v. British Columbia (Superintendent of Brokers)* (1994), 30 Admin. L.R. (2d) 283; 48 B.C.A.C. 56; 7 C.C.L.S. 165; 36 C.P.C. (3d) 96; 78 W.A.C. 56 (C.A.); *Bennett v. British Columbia (Superintendent of Brokers)* (1994), 118 D.L.R. (4th) 449; 96 B.C.L.R. 274; 28 Admin. L.R. (2d) 102; 51 B.C.A.C. 81; 5 C.C.L.S. 93; 84 W.A.C. 81 (C.A.); *Badu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] F.C.J. n° 5 (1^{re} inst.) (QL); *Jones v. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155 (C.A.).

AUTHORS CITED

Wilson, J. O. *A Book for Judges*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1980.

APPEAL from a Trial Division order ([1997] 1 F.C. 911) prohibiting the Chairman of the Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia from making any finding adverse to respondent Beno due to a reasonable apprehension of bias. Appeal allowed.

COUNSEL:

Raynold Langlois, Q.C., and *Eve-Stéphanie Sauvé* for appellants.

J. Bruce Carr-Harris and *Lawrence A. Elliot* for respondent Ernest B. Beno.

Graham E.S. Jones for respondent Vincent J. Buonamici.

DOCTRINE

Wilson, J. O. *A Book for Judges*. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1980.

APPEL d'une ordonnance de la Section de première instance ([1997] 1 C.F. 911) enjoignant au président de la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie de ne tirer aucune conclusion défavorable touchant l'intimé Beno pour cause de crainte raisonnable de partialité. Appel accueilli.

AVOCATS:

Raynold Langlois, c.r., et *Eve-Stéphanie Sauvé* pour les appelants.

J. Bruce Carr-Harris et *Lawrence A. Elliot* pour l'intimé Ernest B. Beno.

Graham E.S. Jones pour l'intimé Vincent J. Buonamici.

SOLICITORS:

Langlois, Robert, Montréal, for appellants.
Scott & Ayles, Ottawa, for respondent Ernest B. Beno.
Shields & Hunt, Ottawa, for respondent Vincent J. Buonamici.

The following are the reasons for judgment of the Court delivered orally in English

- 1 This is an appeal from an order of the Trial Division [[1997] 1 F.C. 911] prohibiting the Chairman of the Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia (hereinafter "the Commission") from participating in the making of findings adverse to the respondent, Brigadier-General Beno (hereinafter "BGen Beno"). That order was based on the finding that there was a reasonable apprehension that the Chairman was biased against BGen Beno.
- 2 The appellants were appointed by the Governor in Council, pursuant to section 3 of the *Inquiries Act* [R.S.C., 1985, c. I-11], to conduct an inquiry and report on the actions and decisions of the Canadian Forces and the Department of National Defence in respect of the deployment of Canadian Forces to Somalia.
- 3 The respondent, BGen Beno, is an officer in the Canadian Armed Forces. He is a party before the Commission and was served with a notice, pursuant to section 13 of the *Inquiries Act*,¹ indicating, *inter alia*, that, in the course of the evidentiary hearings of the Commission, certain allegations of misconduct on his part might be investigated and might lead "to an adverse finding that would reasonably be expected to bring discredit upon you."
- 4 BGen Beno testified before the Commission on January 29, 30 and 31, 1996. He was being examined by counsel for the Commission, on January 30, when the Chairman intervened to point out that what the witness had just said contradicted an answer that he had previously given to a question that the Chairman had put to him. As the witness maintained that

PROCUREURS:

Langlois, Robert, Montréal, pour les appelants.
Scott & Ayles, Ottawa, pour l'intimé Ernest B. Beno.
Shields & Hunt, Ottawa, pour l'intimé Vincent J. Buonamici.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement de la Cour prononcés à l'audience

Il s'agit d'un appel de l'ordonnance de la Section de première instance [[1997] 1 C.F. 911] enjoignant au président de la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie de ne prendre part à aucune conclusion défavorable touchant l'intimé, le brigadier général Beno. Cette ordonnance était fondée sur la conclusion selon laquelle il y avait une crainte raisonnable de partialité de la part du président à l'endroit de Beno.

Les appelants ont été nommés par le gouverneur en conseil en vertu de l'article 3 de la *Loi sur les enquêtes* [L.R.C. (1985), ch. I-11] afin de faire enquête et de faire rapport sur les mesures et les décisions des Forces canadiennes et du ministère de la Défense nationale en ce qui a trait au déploiement des Forces canadiennes en Somalie.

L'intimé Beno, est officier dans les Forces armées canadiennes. Il est partie devant la Commission et s'est vu signifier un préavis conformément à l'article 13 de la *Loi sur les enquêtes*¹. Ce préavis lui faisait notamment savoir que, lors de l'audition des témoins devant la Commission, certaines allégations de faute de sa part pourraient faire l'objet d'une enquête et aboutir [TRADUCTION] «à une conclusion défavorable susceptible de porter atteinte à votre réputation».

Beno a témoigné devant la Commission les 29, 30 et 31 janvier 1996. Le 30 janvier, il était en train d'être interrogé par l'avocat de la Commission lorsque le président est intervenu pour lui faire remarquer que ce qu'il venait de déclarer contredisait une réponse antérieure qu'il avait donnée à une question que lui avait posée le président. Comme le témoin

there was no contradiction between his two statements, the Chairman interjected:

I might as well tell you that you won't gain much by fiddling around. It was a clear question and you won't gain much

That remark prompted BGen Beno's counsel to rise and assert that the witness had not contradicted himself and was not "fiddling around". The Chairman then put an end to the exchange by saying:

We'll take it from the transcript.

maintenait que ses deux déclarations n'étaient pas contradictoires, le président lui a lancé:

[TRADUCTION] Aussi bien vous dire qu'il ne vous servira à rien de tergiverser. La question qui vous a été posée était claire et il ne vous servira à rien

À cette remarque, l'avocat de Beno s'est levé et a affirmé que le témoin ne s'était pas contredit et ne «tergiversait» pas. Le président a alors mis fin à cet échange en déclarant:

[TRADUCTION] Nous verrons bien ce que dit la transcription.

5 That is the incident which is the source of these proceedings.

Cet incident est à l'origine de la présente instance. 5

6 On February 6, 1996, the Chairman was in Calgary with the Commission's Secretary and two investigators to interview soldiers who might be of assistance to the Commission. At the invitation of Brigadier-General Robert Meating (hereinafter "BGen Meating"), they all attended a breakfast meeting at the Calgary Base Officer's Mess. The Chairman sat beside BGen Meating who, like many others, had been watching the public hearings of the Commission on television. During their conversation, BGen Meating expressed the opinion that BGen Beno, when he had testified before the Commission, had been unfairly and aggressively treated by the Chairman. According to the affidavit that was filed later by BGen Meating, the Chairman replied that "it was his opinion . . . that BGen Beno had not given straight answers and that perhaps Beno had been trying to deceive."

6 Le 6 février 1996, le président était à Calgary avec le secrétaire de la Commission et deux enquêteurs pour interroger des soldats susceptibles d'aider la Commission dans ses travaux. À l'invitation du brigadier général Robert Meating, ils se sont tous rendus à un petit-déjeuner de travail au mess des officiers de la base de Calgary. Le président s'est assis à côté de Meating qui, comme beaucoup d'autres, avait suivi les audiences publiques de la Commission à la télévision. Au cours de leur conversation, Meating s'est dit d'avis que Beno avait été traité d'une manière inéquitable et agressive par le président lors de son témoignage devant la Commission. Selon l'affidavit déposé plus tard par Meating, le président a répliqué qu'il [TRADUCTION] «estimait . . . que le bgén Beno n'avait pas répondu franchement et [qu'il] tentait peut-être de dissimuler quelque chose».

7 The Chairman was about to leave that meeting when his host introduced him to a Mr. Mariage, a retired officer who happened to be sitting at another table. Mr. Mariage was a friend of BGen Beno and, like BGen Meating, he had been irritated by the Chairman's reaction to Beno's evidence. He took advantage of that occasion to express his concerns to the Chairman who, according to the affidavit later filed by Mr. Mariage, said that Beno, during his testimony, was "very tense . . . he seemed to be hiding things . . . he didn't seem to want to cooperate with the Commission."

7 Le président allait quitter la réunion lorsque son hôte l'a présenté à un certain M. Mariage, officier à la retraite, qui était assis à une autre table. Mariage était un ami de Beno et, comme Meating, il avait été irrité par la réaction du président au témoignage de Beno. Il en a profité pour exprimer ses préoccupations au président qui, selon l'affidavit déposé plus tard par Mariage, lui a répondu que, au cours de son témoignage, Beno était [TRADUCTION] «très tendu . . . il semblait cacher quelque chose . . . il ne semblait pas vouloir collaborer avec la Commission».

8 On the following day, Mr. Mariage telephoned BGen Beno and told him of his conversation with the Chairman. Beno conveyed that information to his counsel who communicated with the Secretary of the Commission and asked for an opportunity to meet privately with the three Commissioners. That meeting took place on February 12, 1996. The only persons present, apart from BGen Beno's two counsel, were the three Commissioners and the Secretary of the Commission. According to the transcript of that meeting, BGen Beno's counsel told the Commission that the Chairman's "fiddling" remark, which they considered unjustified, had seriously damaged their client's reputation; they suggested that the Chairman should do something to remedy that situation; they also referred to the Chairman's conversation with Mr. Mariage, in Calgary, during which, they said, he had said that BGen Beno was hiding something; they expressed their concern that the Chairman had already made up his mind that their client was not to be believed. The Chairman answered that his "fiddling" remark merely expressed the perception of the evidence that he had at the time and he assured them that he would read the transcript before reaching any definite conclusion; he denied having said to Mr. Mariage that BGen Beno was hiding something; he also said, to explain his attitude at the hearing, that when he had problems with the testimony of a witness, he thought it preferable to express immediately his doubts or difficulties so as to give the witness, his counsel and other interested persons, the opportunity to clear up any misunderstanding.

9 A few weeks later, BGen Beno's counsel had apparently decided to commence proceedings to obtain the disqualification of the Chairman. For that purpose, they were interviewing witnesses and obtaining affidavits concerning the Chairman's visit to Calgary on February 6, 1996. This came to the ears of the Chairman on March 20, 1996; he immediately asked one of his subordinates to remind the authorities of the Calgary Base that they should not breach the Commission's undertaking not to disclose the identity of the soldiers who had met with representatives of the Commission. The Chairman also phoned BGen Meating on the same subject

8 Le lendemain, Mariage a téléphoné à Beno pour lui faire part de sa conversation avec le président. Beno a transmis cette information à ses avocats, qui ont communiqué avec le secrétaire de la Commission pour solliciter un entretien privé avec les trois commissaires. La rencontre a eu lieu le 12 février 1996. Hormis les deux avocats de Beno, les seules autres personnes présentes étaient les trois commissaires et le secrétaire de la Commission. Selon la transcription de cette réunion, les avocats de Beno ont dit à la Commission que la remarque du président au sujet de la «tergiversation», laquelle, selon eux, était injustifiée, avait grandement entaché la réputation de leur client. Ils ont laissé entendre que le président devait faire quelque chose pour rétablir la situation. Ils ont également fait état de la conversation du président avec Mariage, à Calgary, au cours de laquelle, ont-ils déclaré, il avait dit que Beno cachait quelque chose. Ils se sont dits inquiets à la pensée que le président avait déjà décidé de ne pas accorder foi à leur client. Le président a répondu que sa remarque au sujet de la «tergiversation» exprimait seulement sa perception du témoignage à ce moment-là et il les a assurés qu'il lirait la transcription avant de tirer toute conclusion définitive. Il a nié avoir dit à Mariage que Beno cachait quelque chose. Pour expliquer son attitude à l'audience, il a également dit que, lorsque le témoignage d'un témoin lui causait des difficultés, il était préférable, selon lui, d'exprimer immédiatement ses doutes ou ses difficultés afin de donner au témoin, à son avocat et à d'autres intéressés l'occasion de dissiper tout malentendu.

9 Quelques semaines plus tard, les avocats de Beno avaient apparemment décidé d'introduire une instance en récusation du président. À cette fin, ils interrogeaient des témoins et obtenaient des affidavits concernant la visite du président à Calgary, le 6 février 1996. Le président a eu vent de la chose le 20 mars 1996. Il a immédiatement demandé à l'un de ses subordonnés de rappeler aux autorités de la base de Calgary qu'elles ne devaient pas violer l'engagement qu'avait pris la Commission de protéger l'identité des soldats qui avaient rencontré les représentants de la Commission. Il a également téléphoné à Meating à ce sujet; au cours de la con-

and, during that call, told him that he considered that their conversation of February 6 was confidential.

10 On April 4, 1996, BGen Beno filed a notice of motion with the Commission seeking an order “disqualifying the Commission Chairman . . . from continuing to act as a Commissioner” or, in the alternative, “disqualifying [him] . . . from inquiring into, investigating, or participating in any way in the making of adverse findings . . . in relation to charges or allegations which are the subject matter of a Notice issued to the Applicant pursuant to Section 13 of the *Public Inquiries Act*, R.S.C. (1985) c. I-11, dated September 22nd, 1995.” The notice of motion was supported by material which established the facts that, until now, we have tried to summarize as faithfully as we could. The Commission dismissed that motion on May 7, 1996 and gave lengthy reasons in support of its decision. The concluding paragraphs of these reasons deserve to be quoted:

As was stated to counsel for the Applicant during the private meeting with Commissioners convened at his request, findings concerning the Applicant’s credibility or any determination as to whether adverse commentary should be made against him will not be made until all of the evidence that is to be called over the entire range of events that this Commission has been asked to investigate has been heard. Findings that may reveal individual failings will be based solely and scrupulously upon the evidence that has been formally disclosed to these individuals and received in our hearings. All such holdings, it need scarcely be stated, will be the findings and conclusions of the commission as a whole—not those of any single member of it. Also, it should be stated, no member of this Commission has had any prior knowledge of or ulterior, personal interest in Brigadier-General Beno. His evidence and his role in the events that transpired will be assessed solely in terms of what has been disclosed on the public record.

For the reasons given, we believe that the Applicant is mistaken in his contention that there exists a reasonable apprehension of bias. Such valid concerns as he may have regarding the completeness of the picture presented in these hearings and the fairness of its depiction of him can be addressed in other ways. Our process is such that the Applicant will be accorded other opportunities for correcting any misapprehensions he feels that we, as Commis-

sion, il lui a dit qu’il considérait que leur entretien du 6 février était confidentiel.

10 Le 4 avril 1996, Beno a déposé un avis de requête devant la Commission dans lequel il sollicitait une ordonnance «déclarant le président de la Commission . . . inhabile à continuer d’agir à titre de commissaire» ou, subsidiairement, «inhabile à faire enquête ou à participer d’une façon quelconque à l’établissement de conclusions défavorables . . . relativement aux fautes qui lui sont imputées et dont il a été informé dans le préavis qui lui avait été donné en vertu de l’article 13 de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11, et délivré le 22 septembre 1995». L’avis de requête s’appuyait sur des documents attestant les faits que, jusqu’ici, nous avons tenté de résumer le plus fidèlement possible. La Commission a rejeté la requête le 7 mai 1996, fondant sa décision sur de longs motifs dont les derniers paragraphes méritent d’être cités:

Comme il a été dit à l’avocat du requérant durant la rencontre privée avec les commissaires qui avait été convoquée à sa demande, les conclusions relatives à la crédibilité du requérant ou toute autre décision quant à savoir si des remarques défavorables devraient être faites à son encontre ne seront tirées ou rendues qu’après l’audition de tous les témoignages qui doivent être présentés au sujet de l’ensemble des événements sur lesquels la Commission a été chargée d’enquêter. Les conclusions qui pourront révéler des fautes personnelles seront fondées uniquement et scrupuleusement sur les éléments de preuve qui auront déjà été communiqués formellement à ces personnes et produits au cours de nos audiences. Il va sans dire que toutes ces conclusions seront celles tirées par la Commission dans son ensemble—et non pas celles d’un de ses membres en particulier. Il faut ajouter qu’aucun membre de la Commission ne connaissait personnellement préalablement ou n’a connu ultérieurement le brigadier-général Beno. Son témoignage et le rôle qu’il a joué dans les événements qui ont été mis au jour seront évalués uniquement en fonction de ce qui a été versé au dossier public.

Pour ces motifs, nous croyons que le requérant se trompe lorsqu’il prétend qu’il existe une crainte raisonnable de partialité. Les préoccupations valables qu’il peut avoir en ce qui concerne le caractère complet de l’image présentée au cours des audiences et sa justesse peuvent être traitées d’autres façons. Compte tenu du processus que nous suivons, le requérant aura d’autres occasions de corriger toute idée fausse qu’il estime que nous, en tant que com-

sioners, may have as regards his evidence or the issues affecting him. He may have other opportunities to testify He will also, like all parties affected by these proceedings, be given an opportunity at the conclusion of our evidentiary hearings to make submissions and suggest that other evidence be brought forward that may be germane to any findings or conclusions that the Commissioners may make. Given these avenues that are available to him, it is therefore difficult to envision any conceivable prejudice that the Applicant may ultimately suffer in the forthcoming phases of the Commission's proceedings.

One additional observation on the matter of final submissions is merited. Final submissions, whether at the conclusion of a trial or upon the completion of proceedings, represents an occasion for counsel to "set the record right" and present a client's perspective in the strongest and most favourable light possible. This opportunity has not been lost. It awaits Brigadier-General Beno and his counsel. A tribunal does not reach its conclusions until such submissions have been received. Nothing that has been heard or received to date in our proceedings has been set in stone. Indeed, what may have appeared important at an early stage of the process may, in the end, turn out to be less significant, or pale in comparison with more fundamental matters revealed by the process. Our minds remain open and there is much terrain yet to be traversed before we reach the point of final submissions.

11 BGen Beno then commenced an application for judicial review in the Trial Division seeking an order setting aside the decision that the Commission had just rendered and prohibiting its Chairman either from continuing to act as a Commissioner or, in the alternative, from participating in the making of findings adverse to BGen Beno. That motion was granted by the order of the Trial Division against which this appeal is directed.

12 In the reasons that he gave in support of his order, the Judge first considered the branch of BGen Beno's motion seeking an order setting aside the decision of the Commission; he concluded on that point that the Commission had no jurisdiction to rule on the disqualification of its Chairman and that, for that reason, its decision was a nullity. The appellants and the respondents do not challenge that conclusion.

13 Turning to the second branch of BGen Beno's application seeking an order in the nature of prohi-

missaires, pouvons avoir relativement à son témoignage ou aux questions qui le concernent. Il pourra avoir d'autres occasions de témoigner Comme toutes les parties visées par la présente enquête, il aura également l'occasion à la fin des audiences de présenter des observations et de suggérer la production d'autres éléments de preuve qui pourraient se rapporter à toute conclusion que peuvent tirer les commissaires. Étant donné qu'il dispose de ces moyens, il est donc difficile d'envisager que le requérant puisse subir en fin de compte quelque préjudice dans les prochaines phases de l'enquête de la Commission.

Il convient de faire une autre remarque sur la question des conclusions finales. Les conclusions finales, qu'elles surviennent à la fin d'un procès ou d'une enquête, constituent une occasion pour les avocats de «mettre les choses au clair» et de présenter le point de vue d'un client sous son jour le plus favorable possible. Cette occasion n'est pas perdue. Elle attend le brigadier-général Beno et son avocat. Un tribunal ne tire ses conclusions qu'une fois que de telles observations ont été présentées. Rien de ce qui a été entendu ou produit à ce jour dans notre enquête n'est gravé dans la pierre. En effet, ce qui a pu sembler important dans les premières étapes du processus peut, à la fin, s'avérer moins important ou même peu important comparativement à des choses plus fondamentales révélées en cours d'enquête. Nous demeurons ouverts, et il reste encore beaucoup de chemin à parcourir avant d'arriver aux conclusions finales.

Beno a alors introduit une demande de contrôle judiciaire devant la Section de première instance dans laquelle il sollicitait une ordonnance annulant la décision que la Commission venait de rendre et enjoignant à son président de ne pas continuer à agir à titre de commissaire ou, subsidiairement, de ne prendre part à aucune conclusion défavorable touchant Beno. La requête a été accueillie par l'ordonnance de la Section de première instance qu'attaque le présent appel.

Dans les motifs qu'il a donnés à l'appui de son ordonnance, le juge a d'abord examiné le volet de la requête de Beno visant l'annulation de la décision de la Commission. À cet égard, il a conclu que la Commission n'étant pas compétente pour statuer sur la question de la récusation de son président, cette partie de sa décision était nulle. Les appelants et les intimés ne contestent pas cette conclusion.

Pour ce qui est du second volet de la requête de Beno sollicitant une ordonnance de prohibition, le

bition, the Judge expressed the view that, as commissioners have “trial like” functions, the test for determining whether they have the required impartiality is not different from the test applicable to judges, namely, whether the evidence discloses circumstances giving rise to a reasonable apprehension of bias on their part. After recalling what he considered to be the general “expectations of judicial conduct in relation to bias,” the Judge of first instance examined the evidence in order to determine whether it gave rise to a reasonable apprehension of bias on the part of the Chairman. According to BGen Beno, evidence of a reasonable apprehension of bias was to be found in the evidence relating to the hearing of January 30 during which the “fiddling” remark was made, the meeting of the Chairman with BGen Meating and Mr. Mariage in Calgary, on February 6, the informal meeting of the Commission of February 12, the Chairman’s phone call to BGen Meating on March 20, 1996, and, finally, the reasons given by the Commission in support of its decision to dismiss BGen Beno’s application to disqualify the Chairman.

juge s’est dit d’avis que, puisque les commissaires exercent des fonctions «analogues à celles d’un juge présidant un procès», le critère servant à déterminer s’ils font preuve de l’impartialité nécessaire n’est pas différent du critère applicable aux juges, qui consiste à déterminer si la preuve révèle des circonstances donnant lieu à une crainte raisonnable de partialité de leur part. Après avoir rappelé ce à quoi, selon lui, on est en droit d’exiger d’un juge en ce qui concerne son impartialité, le juge de première instance a examiné la preuve afin de déterminer si elle donnait lieu à une crainte raisonnable de partialité de la part du président. Selon Beno, la preuve d’une crainte raisonnable de partialité se trouvait dans la preuve ayant trait à l’audience du 30 janvier au cours de laquelle avait été faite la remarque au sujet de la «tergiversation», dans la rencontre entre le président, Meating et Mariage, à Calgary, le 6 février, dans la réunion informelle de la Commission tenue le 12 février, dans l’appel téléphonique du président à Meating le 20 mars 1996 et, en dernier lieu, dans les motifs donnés par la Commission à l’appui de sa décision opposant une fin de non-recevoir à la requête de Beno sollicitant la récusation du président.

14 The Judge held that no evidence of bias was provided by the reasons of the Commission or by the telephone conversation of March 20, 1996. In his view, the decision of the Commission was a nullity and was devoid of any evidentiary value; as to the telephone conversation of March 20, he thought that what was said by the Chairman on that occasion was not relevant to the bias issue.

Le juge a statué que les motifs de la Commission ou la conversation téléphonique du 20 mars 1996 ne comportaient aucune preuve de partialité. À son avis, la décision de la Commission était entachée de nullité et n’avait aucune valeur probante. Pour ce qui est de la conversation téléphonique du 20 mars, il a estimé que ce que le président avait dit à cette occasion n’avait aucune pertinence quant à la question de partialité. 14

15 The Judge of first instance, therefore, rested his decision solely on the evidence relating to the hearing of January 30, the visit of the Chairman to Calgary on February 6, and the informal meeting of the Commission on February 12.

Le juge de première instance a par conséquent fondé sa décision uniquement sur la preuve ayant trait à l’audience du 30 janvier, à la visite du président à Calgary, le 6 février, et à la réunion informelle de la Commission tenue le 12 février. 15

16 It is during the hearing of January 30 that the Chairman made his “fiddling” remark. The Judge, after watching the videotapes of BGen Beno’s evidence on that day,² concluded that BGen Beno had testified in an exemplary manner and that the intervention of the Chairman on that occasion had clear-

C’est au cours de l’audience du 30 janvier que le président a fait sa remarque au sujet de la «tergiversation». Après avoir regardé les vidéocassettes du témoignage de Beno ce jour-là², le juge a conclu que ce dernier avait témoigné de manière exemplaire et que l’intervention du président à cette occasion 16

ly been prompted by a misunderstanding of certain answers given by BGen Beno. The Judge expressed himself as follows [at pages 957-958]:

There is no question that Commissioner Létourneau was wrong in his assessment of BGen Beno, and any misunderstanding about BGen Beno's intentions could have been easily corrected from carefully listening to the manner and style of BGen Beno's evidence giving, and from reading the exact words used.

About this, the bystander's concern would not be so much about the error made in misinterpreting the complex evidence, which is not uncommon in judicial proceedings, but about why it was necessary for Commissioner Létourneau to make the "fiddling" remark. Even considering the allowances for intervention cited by Chief Justice Wilson [in *A Book for Judges*]³, I think the bystander would be correct in concluding that this highly disrespectful remark is evidence of an opinion held by Commissioner Létourneau about BGen Beno's credibility which is unsubstantiated by inspecting the evidence he gave.

In analyzing the remark, "I might as well tell you that you won't gain much by fiddling around. It was a clear question and you won't gain much", the bystander would have a number of questions. These would include: what did Commissioner Létourneau think BGen Beno wanted to gain; was he generally viewed as a person who was attempting to avoid responsibility; did "fiddling around" mean not paying attention or being evasive, or did Commissioner Létourneau think BGen Beno was just not telling the truth?

I think the bystander would think that Commissioner Létourneau was suspicious of BGen Beno's evidence and that suspicion came from some source other than the evidence.

17 The Judge was also of opinion that the reasonable conclusion to be drawn from the conversations of the Chairman with BGen Meating and Mr. Mariage on February 6, in Calgary, was that the Chairman [at pages 958-959] "really believed what he said to BGen Meating, being that BGen Beno 'was being less than open and truthful in his testimony', and to Mr. Mariage being that 'he seemed to be hiding things', and had no hesitation in saying so in defence of his remark in the January 30 hearing."

résultait clairement d'une mauvaise interprétation de certaines réponses données par Beno. Le juge s'est exprimé comme suit [aux pages 957 et 958]:

Il ne fait aucun doute que le commissaire Létourneau s'est trompé au sujet du bgén Beno et toute erreur dans l'interprétation des intentions de celui-ci aurait pu aisément être corrigée en observant avec attention la manière et le style du témoignage rendu par le bgén Beno et les propos précis qu'il a tenus.

À cet égard, le souci de l'observateur ne serait pas tant l'erreur commise au niveau de l'interprétation d'une preuve complexe, car cela peut effectivement arriver au cours d'une procédure judiciaire, mais pourquoi a-t-il fallu que le commissaire Létourneau fasse cette remarque au sujet de la «tergiversation». Malgré les motifs d'intervention dont a parlé le juge en chef Wilson [*A Book for Judges*]³, je pense que notre observateur hypothétique penserait avec raison que cette remarque parfaitement irrespectueuse témoigne de l'opinion que le commissaire Létourneau s'était faite concernant la crédibilité du bgén Beno, opinion qui n'est guère confirmée par le témoignage de celui-ci.

Analysant la remarque «Aussi bien vous dire qu'il ne vous servira à rien de tergiverser. La question qui vous a été posée était claire, il ne vous servira à rien . . .», l'observateur serait porté à se poser un certain nombre de questions. Il se demanderait notamment: Selon le commissaire Létourneau, quel pouvait bien être le but recherché par le bgén Beno; celui-ci passait-il en général pour quelqu'un qui cherche à éluder ses responsabilités; entendait-on par «tergiversation» le fait de ne pas faire attention à ce qui se disait, ou celui de répondre évasivement, ou bien le commissaire Létourneau a-t-il tout simplement estimé que le bgén Beno ne disait pas la vérité?

Un observateur estimerait, je pense, que le commissaire Létourneau se méfiait du témoignage du bgén Beno et que ce soupçon était fondé sur autre chose que la preuve.

17 Le juge était également d'avis que la conclusion raisonnable à tirer des conversations du président avec Meating et Mariage le 6 février, à Calgary, était que le président, comme il l'avait affirmé lors de l'audience du 30 janvier, était réellement convaincu de ce qu'il avait dit à Meating et à Mariage, savoir que Beno aux pages 958 et 959 «était réellement convaincu de ce qu'il a dit au bgén Meating, c'est-à-dire que le bgén Beno 'n'avait pas répondu franchement' et, cette fois à M. Mariage, que 'il semblait cacher quelque chose', et il n'a pas hésité à le dire lors de la réunion du 30 janvier, pour justifier la remarque qu'il avait faite».

18 Finally, for the Judge, what the Chairman had said at the informal meeting of the Commission on February 12, showed that the Chairman had [at page 960] “a general suspicion of BGen Beno and his evidence” and “was completely committed to the opinions he expressed to BGen Meating and Mr. Mariage on February 6”. The Judge added [at page 961]:

Thus, even though Commissioner Létourneau said and reiterated on February 12 that he would look at all the evidence at the end of Inquiry and decide on BGen Beno’s credibility at that time, his commitment to the conclusions which he has already drawn would cause the bystander to put no weight on this assurance.

19 The Judge concluded that a reasonable bystander, considering all that evidence [at pages 961-962], “would say that BGen Beno has not and would not in the future be treated fairly by Commissioner Létourneau because of Commissioner Létourneau’s unjustified and entrenched negative opinion about BGen Beno’s credibility.”

20 He, for those reasons, granted the application.

21 Before discussing the merit of the appeal, we wish to dispose immediately of an argument put forward on behalf of BGen Beno and according to which the Judge of first instance erred in ruling that neither the decision of the Commission respecting Beno’s application nor the Chairman’s phone call to BGen Meating on March 20 provided evidence relevant to the bias issue. We agree with the Judge of first instance that those two pieces of evidence do not support a finding of bias or of reasonable apprehension of bias. But we do not share the Judge’s view that, in the case of the decision of the Commission, this conclusion flows from the fact that the decision was a nullity because it exceeded the Commission’s jurisdiction. The decision was rendered by the Commission, it is part of the record and cannot be ignored even though its evidentiary value must, in each case, be weighed.⁴ The fact is, however, that there is nothing in that decision that supports BGen Beno’s allegation of apprehension of bias.

18 Finalement, pour le juge, la remarque faite par le président lors de la réunion informelle de la Commission tenue le 12 février [à la page 960] «provenait d’un soupçon qu’il entretenait, de manière générale, à l’égard du bgén Beno et de son témoignage», le président tenant «fermement aux opinions qu’il avait exprimées, le 6 février, au bgén Meating et à M. Mariage». Le juge a ajouté [à la page 961]:

Ainsi, bien que le commissaire Létourneau ait dit, et redit le 12 février, qu’à la fin de l’enquête il étudierait l’ensemble de la preuve avant de parvenir à une conclusion quant à la crédibilité du bgén Beno, son adhésion aux conclusions auxquelles il était déjà parvenu porterait un observateur à ne guère accorder de poids à cette affirmation.

19 Le juge a conclu qu’un observateur raisonnable, au vu de l’ensemble de la preuve [aux pages 961 et 962], «dirait que, compte tenu de l’opinion défavorable, injustifiée et bien arrêtée, que le commissaire Létourneau a exprimée, sur la crédibilité du bgén Beno, ce dernier n’a pas été traité de manière équitable par le commissaire Létourneau et ne le serait sans doute pas à l’avenir».

20 Pour ces motifs, il a accueilli la requête.

21 Avant d’examiner l’appel quant au fond, nous désirons répondre immédiatement à un argument avancé au nom de Beno selon lequel le juge de première instance aurait commis une erreur en statuant que ni la décision de la Commission concernant la requête de Beno ni l’appel téléphonique du président à Meating le 20 mars ne comportait d’élément de preuve pertinent quant à la question de partialité. Nous croyons, comme le juge de première instance, que ces deux éléments de preuve ne permettent pas de conclure à l’existence de partialité ou d’une crainte raisonnable de partialité. Toutefois, nous ne partageons pas son avis quand il dit que, en ce qui concerne la décision de la Commission, cette conclusion découle du fait qu’elle était entachée de nullité parce qu’elle excédait la compétence de la Commission. La décision a été rendue par la Commission; elle est versée au dossier et ne peut être ignorée, même si sa valeur probante doit, dans chaque cas, être soupesée⁴. Il reste malgré tout que rien dans cette décision ne fonde l’allégation de crainte de partialité formulée par Beno.

- 22 The appellants invoke two main grounds of appeal. First, they say that the Judge of first instance erred in deciding that commissioners exercise “trial like functions” and that, as a consequence, their impartiality should be judged by the “closed mind” test rather than by the “reasonable apprehension of bias” test (see *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623, at page 636 & ff.). Second, they say that, in any event, whatever the applicable test, the Judge’s conclusion is not supported by the evidence.
- Les appelants invoquent deux moyens d’appel principaux. D’abord, ils prétendent que le juge de première instance s’est mépris en statuant que les commissaires exercent des «fonctions analogues à celles d’un juge présidant un procès» et qu’en conséquence leur impartialité devrait être appréciée en appliquant le critère de l’«esprit fermé» plutôt que celui de la «crainte raisonnable de partialité» (voir *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, à la page 636 et s.). Ensuite, ils disent que, de toute façon, quel que soit le critère applicable, la preuve n’étaye pas sa conclusion.
- 23 It is clear from his reasons for judgment that the Judge of first instance assimilated commissioners to judges. Both, in his view, exercise “trial like functions.” That is clearly wrong. A public inquiry is not equivalent to a civil or criminal trial (see *Canada (Attorney General) v. Canada (Commissioner of the Inquiry on the Blood System)*, [1997] 2 F.C. 36 (C.A.), at paragraphs 36, 73 [hereinafter *Krever*]; *Greyeyes v. British Columbia* (1993), 78 B.C.L.R. (2d) 80 (S.C.), at page 88; *Di Iorio et al. v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152, at page 201; *Bortolotti v. Ontario (Ministry of Housing)* (1977), 15 O.R. (2d) 617 (C.A.), at pages 623-624; *Shulman, Re*, [1967] 2 O.R. 375 (C.A.), at page 378)). In a trial, the judge sits as an adjudicator, and it is the responsibility of the parties alone to present the evidence. In an inquiry, the commissioners are endowed with wide-ranging investigative powers to fulfil their investigative mandate (*Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97, at page 138). The rules of evidence and procedure are therefore considerably less strict for an inquiry than for a court. Judges determine rights as between parties; the Commission can only “inquire” and “report” (see *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181, at page 231; *Greyeyes, supra*, at page 88). Judges may impose monetary or penal sanctions; the only potential consequence of an adverse finding by the Somalia Inquiry is that reputations could be tarnished (see *Westray, supra*, at page 163, *per Cory J.*; *Krever, supra* at paragraph 29; *Greyeyes, supra*, at page 87).
- Il ressort clairement de ses motifs que le juge de première instance a assimilé les commissaires à des juges. Selon lui, les commissaires aussi bien que les juges exercent des «fonctions analogues à celles d’un juge présidant un procès». C’est tout à fait faux. Une enquête publique n’est pas du tout un procès civil ou criminel (voir *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire de l’enquête sur l’approvisionnement en sang)*, [1997] 2 C.F. 36 (C.A.), aux paragraphes 36 et 73 [ci-après *Krever*]; *Greyeyes v. British Columbia* (1993), 78 B.C.L.R. (2d) 80 (C.S.), à la page 88; *Di Iorio et al. c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152, à la page 201; *Bortolotti v. Ontario (Ministry of Housing)* (1977), 15 O.R. (2d) 617 (C.A.), aux pages 623 et 624; *Shulman, Re*, [1967] 2 O.R. 375 (C.A.), à la page 378)). Dans un procès, le juge assume un rôle juridictionnel et seules les parties ont la responsabilité de présenter la preuve. Dans une enquête, les commissaires sont dotés de vastes pouvoirs d’enquête pour accomplir leur mandat d’enquête (*Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d’enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97, à la page 138). Les règles de preuve et de procédure sont donc considérablement moins contraignantes dans le cas d’une commission d’enquête que dans le cas d’une cour de justice. Les juges décident des droits visant les rapports entre les parties, une commission d’enquête ne peut que «faire enquête» et «faire rapport» (voir *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181, à la page 231; *Greyeyes, précité*, à la page 88). Les juges peuvent

imposer des sanctions pécuniaires ou pénales; la seule conséquence susceptible de découler d'une conclusion défavorable de la Commission d'enquête sur la Somalie est que des réputations pourraient être ternies (voir ce que le juge Cory a déclaré à ce sujet dans *Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray*, précité, à la page 163; voir aussi *Krever*, précité, au paragraphe 29; *Greyeyes*, précité, à la page 87).

24 It does not follow, however, that the impartiality of commissioners should always be judged by applying the "closed mind" test rather than the "apprehension of bias" test. Rather, whatever the applicable test, in assessing the behaviour of commissioners, the special nature of their functions should be taken into account: *Newfoundland Telephone*, *supra*, at pages 636, 638; *Irvine*, *supra*, at pages 230-231; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311, at page 327.

Il ne s'ensuit pas, cependant, que l'impartialité des commissaires doive toujours être appréciée par rapport au critère de l'«esprit fermé» plutôt que par rapport à celui de la «crainte de partialité». Ce qui est certain, c'est que quel que soit le critère applicable, dans l'évaluation de la conduite des commissaires, il faut tenir compte de la nature spéciale de leurs fonctions: *Newfoundland Telephone*, précité, aux pages 636 et 638; *Irvine*, précité, aux pages 230 et 231; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, à la page 327. 24

25 In *Newfoundland Telephone*, Cory J. established a spectrum for assessing allegations of bias against members of commissions or administrative boards. He held (*supra*, at pages 638-639):

Dans *Newfoundland Telephone*, le juge Cory a établi une échelle pour l'évaluation des allégations de partialité faites contre les membres de commissions d'enquête ou de commissions administratives. Il a statué ainsi (aux pages 638 et 639): 25

It can be seen that there is a great diversity of administrative boards. Those that are primarily adjudicative in their functions will be expected to comply with the standard applicable to courts. That is to say that the conduct of the members of the board should be such that there could be no reasonable apprehension of bias with regard to their decision. At the other end of the scale are boards with popularly elected members such as those dealing with planning and development whose members are municipal councillors. With those boards, the standard will be much more lenient. In order to disqualify the members a challenging party must establish that there has been a pre-judgment of the matter to such an extent that any representations to the contrary would be futile. Administrative boards that deal with matters of policy will be closely comparable to the boards composed of municipal councillors. For those boards, a strict application of a reasonable apprehension of bias as a test might undermine the very role which has been entrusted to them by the legislature.

De toute évidence, il existe une grande diversité de commissions administratives. Celles qui remplissent des fonctions essentiellement juridictionnelles devront respecter la norme applicable aux cours de justice. C'est-à-dire que la conduite des membres de la commission ne doit susciter aucune crainte raisonnable de partialité relativement à leur décision. À l'autre extrémité se trouvent les commissions dont les membres sont élus par le public. C'est le cas notamment de celles qui s'occupent de questions d'urbanisme et d'aménagement, dont les membres sont des conseillers municipaux. Pour ces commissions, la norme est nettement moins sévère. La partie qui conteste l'habileté des membres ne peut en obtenir la récusation que si elle établit que l'affaire a été préjugée au point de rendre vain tout argument contraire. Les commissions administratives qui s'occupent de questions de principe sont dans une large mesure assimilables à celles composées de conseillers municipaux en ce sens que l'application stricte du critère de la crainte raisonnable de partialité risquerait de miner le rôle que leur a précisément confié le législateur.

26 It is not necessary, for the purposes of this appeal, to determine with precision the test of impartiality that is applicable to members of commissions of inquiry.⁵ Depending on its nature, mandate and function, the Somalia Inquiry must be situated along the *Newfoundland Telephone* spectrum somewhere between its legislative and adjudicative extremes. Because of the significant differences between this Inquiry and a civil or criminal proceeding, the adjudicative extreme would be inappropriate in this case. On the other hand, in view of the serious consequences that the report of a commission may have for those who have been served with a section 13 notice, the permissive “closed mind” standard at the legislative extreme would also be inappropriate. We are of the opinion that the Commissioners of the Somalia Inquiry must perform their duties in a way which, having regard to the special nature of their functions, does not give rise to a reasonable apprehension of bias. As in *Newfoundland Telephone*, the reasonable apprehension of bias standard must be applied flexibly. Cory J. held (*supra*, at pages 644-645):

Once matters proceeded to a hearing, a higher standard had to be applied. Procedural fairness then required the board members to conduct themselves so that there could be no reasonable apprehension of bias. The application of that test must be flexible. It need not be as strict for this Board dealing with policy matters as it would be for a board acting solely in an adjudicative capacity. This standard of conduct will not of course inhibit the most vigorous questioning of witnesses and counsel by board members.

27 Applying that test, we cannot but disagree with the findings of the Judge of first instance. A commissioner should be disqualified for bias only if the challenger establishes a reasonable apprehension that the commissioner would reach a conclusion on a basis other than the evidence. In this case, a flexible application of the reasonable apprehension of bias test requires that the reviewing court take into consideration the fact that the commissioners were acting as investigators in the context of a long, arduous and complex inquiry. The Judge failed to appreciate this context in applying the test.

Pour les fins du présent appel, il n'est pas nécessaire d'indiquer de façon précise en quoi consiste le critère d'impartialité applicable aux membres des commissions d'enquête⁵. Selon sa nature, son mandat et sa fonction, la Commission d'enquête sur la Somalie doit, par rapport à l'échelle énoncée dans *Newfoundland Telephone*, se situer entre les extrémités législatives et juridictionnelles. Compte tenu des différences notables qui distinguent cette enquête d'une instance civile ou criminelle, l'extrémité juridictionnelle ne conviendrait pas en l'espèce. Par ailleurs, vu les graves conséquences que le rapport d'une commission peut entraîner pour les personnes qui ont reçu signification du préavis que prévoit l'article 13, la norme permissive de l'«esprit fermé» à l'extrémité législative ne conviendrait guère également. Nous sommes d'avis que les membres de la Commission d'enquête sur la Somalie doivent exercer leurs fonctions d'une façon qui, eu égard à la nature particulière de celles-ci, ne suscite pas une crainte raisonnable de partialité. Tout comme dans *Newfoundland Telephone*, le critère de la crainte raisonnable de partialité doit s'appliquer avec souplesse. Le juge Cory a statué ainsi (aux pages 644 et 645):

Si, au stade de l'enquête, c'était le critère de l'«esprit fermé» qui s'appliquait, à l'audience la norme devait être plus sévère. Aussi l'équité procédurale commandait-elle alors que les commissaires se comportent de façon à ne susciter aucune crainte raisonnable de partialité. Il faut appliquer ce critère avec souplesse. Il n'a pas à être aussi sévère dans le cas de la Commission en cause, qui traite de questions de principe, qu'il le serait dans le cas d'une commission remplissant des fonctions purement juridictionnelles. Cette norme de conduite n'empêchera évidemment pas les commissaires de soumettre à l'interrogatoire le plus rigoureux possible témoins et avocats.

Si nous appliquons ce critère, nous ne pouvons souscrire aux conclusions du juge de première instance. Un commissaire ne doit être déclaré inhabile pour cause de partialité que s'il existe une crainte raisonnable qu'il décide sur un fondement autre que la preuve. Ici, une application souple du critère de la crainte raisonnable de partialité exige que le tribunal d'appel tienne compte du fait que les commissaires agissaient en qualité d'enquêteurs dans le contexte d'une enquête longue, ardue et complexe. Le juge n'a pas tenu compte de ce contexte en appliquant le critère.

28 The Judge first considered the evidence relating to the hearing of January 30 and the “fiddling” remark. He found that BGen Beno was an exemplary witness; that the “fiddling” remark was prompted by the Chairman’s misunderstanding of Beno’s evidence, and, finally, that [at page 958] “this highly disrespectful remark is evidence of an opinion held by Commissioner Létourneau about BGen Beno’s credibility which is unsubstantiated by inspecting the evidence he gave.” He concluded that the Chairman [at page 958] “was suspicious of BGen Beno’s evidence and that [that] suspicion came from some source other than the evidence.”

29 It should first be observed that there is nothing, absolutely nothing, in the evidence that might suggest that the remark made by the Chairman on that day was inspired by something other than his own honest, although probably mistaken, perception of Beno’s evidence. The Chairman was clearly reacting to Beno’s testimony; in the circumstances, his comment cannot reasonably be seen as indicating a tendency to decide on some basis other than the evidence. There was certainly no evidence that could displace the presumption that the Chairman would act impartially (see, e.g., *Bennett v. British Columbia (Superintendent of Brokers)* (1994), 30 Admin. L.R. (2d) 283 (B.C.C.A.), per Taylor J.A., affd (1994), 118 D.L.R. (4th) 449 (C.A.); *Badu v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] F.C.J. No. 5 (T.D.) (Q.L.)). More than a mere suspicion, or the reservations of a “very sensitive or scrupulous conscience,” is required to displace that presumption (see *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, at pages 394-395, per de Grandpré J., dissenting).

30 Moreover, that remark would have been entirely justified if, as the Chairman obviously thought, Beno had contradicted himself. It is entirely appropriate even for a trial judge to interject in order to clarify inconsistencies in the evidence: see *Brouillard v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 39, at pages 42-48; *Jones v. National Coal Board*, [1957]

28 Il a d’abord examiné la preuve concernant l’audience du 30 janvier et la remarque au sujet de la «tergiversation». Il a trouvé que Beno était un témoin exemplaire, que cette remarque avait été provoquée par l’interprétation erronée que le président avait donnée au témoignage de Beno et, finalement, que [à la page 958] «cette remarque parfaitement irrespectueuse témoigne de l’opinion que le commissaire Létourneau s’était faite concernant la crédibilité du bgén Beno, opinion qui n’est guère confirmée par le témoignage de celui-ci». Il a conclu que le président [à la page 958] «se méfiait du témoignage du bgén Beno et que ce soupçon était fondé sur autre chose que la preuve».

29 Il convient, en premier lieu, de remarquer que la preuve ne contient rien, mais absolument rien, qui puisse permettre de croire que la remarque du président ce jour-là a été inspirée par quelque chose d’autre que sa perception honnête, bien que probablement erronée, du témoignage de Beno. Il réagissait clairement au témoignage de celui-ci; dans les circonstances, on ne peut raisonnablement dire que ses propos trahissaient une tendance à fonder sa décision sur autre chose que la preuve. Assurément, aucun élément de preuve ne pouvait écarter la présomption selon laquelle le président agirait de façon impartiale (voir, par exemple, *Bennett v. British Columbia (Superintendent of Brokers)* (1994), 30 Admin. L.R. (2d) 283 (C.A.C.-B.), le juge d’appel Taylor, conf. (1994), 118 D.L.R. (4th) 449 (C.A.); *Badu c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1994] F.C.J. n° 5 (1^{re} inst.) (Q.L.)). Il faut plus qu’un simple soupçon ou des réserves émanant d’«une personne de nature scrupuleuse ou tatillonne» pour écarter cette présomption (voir la dissidence du juge de Grandpré dans *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l’énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la page 394).

30 Qui plus est, la remarque aurait été entièrement justifiée si, comme le président le pensait manifestement, Beno s’était contredit. Il est tout à fait indiqué, même pour un juge des faits, d’intervenir dans le but de clarifier les incohérences constatées dans la preuve: voir *Brouillard c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39, aux pages 42 à 48; *Jones v. National Coal*

2 All E.R. 155 (C.A.). Indeed, BGen Beno's testimony that day was sufficiently unclear that Commissioner Desbarats was also struggling to understand it, and said so.⁶

Board, [1957] 2 All E.R. 155 (C.A.). En fait, le témoignage de Beno était suffisamment embrouillé ce jour-là pour que le commissaire Desbarats ait lui aussi de la difficulté à le comprendre, comme il l'a fait savoir d'ailleurs⁶.

31 The only reason why the Judge found the Chairman's remark on that day to be indicative of bias is that he disagreed with the Chairman's assessment of BGen Beno's demeanour and credibility. But that is not a valid reason to question the Chairman's impartiality. There is a difference between being impartial and being right. The Chairman had to form an opinion on the evidence of the witness; he had to base that opinion on his own honest perception of things. It matters little, in so far as the allegation of bias is concerned, that he may have misunderstood the evidence or been less impressed than was the Judge by the candour of the witness. It was, in our view, a gross error for the Judge to conclude that the events of January 30 gave rise to a suspicion that the Chairman was not impartial. The only reasonable inference that could be drawn from those events was that the Chairman had misunderstood the evidence and that he would, as he had said, look at the transcript before making up his mind.

31 La seule raison pour laquelle le juge a conclu que la remarque du président ce jour-là manifestait de la partialité est qu'il ne partageait pas l'évaluation du comportement et de la crédibilité de Beno faite par le président. Mais, ce n'est pas là une raison valable pour mettre en doute son impartialité. Il y a une différence entre être impartial et avoir raison. Le président devait se former une idée du témoignage que rendait le témoin; il devait fonder cette opinion sur sa perception honnête des faits. Pour ce qui concerne l'allégation de partialité, il importe peu qu'il ait mal interprété le témoignage ou qu'il ait été moins impressionné que le juge par la franchise du témoin. À notre avis, il s'agissait d'une erreur grossière pour le juge de conclure que les événements du 30 janvier donnaient lieu à un soupçon voulant que le président n'était pas impartial. La seule inférence raisonnable qui pouvait alors être tirée de ces événements était que le président avait mal interprété le témoignage et, comme il l'avait dit, qu'il examinerait la transcription avant de se décider.

32 Having drawn that wrong conclusion from the events of January 30, the Judge had no difficulty in finding a confirmation of his opinion in the evidence relating to the Chairman's visit to Calgary and the informal meeting of the Commission. That evidence, as we read the reasons for judgment, would show that the Chairman persisted in his error and, therefore, in his bias. Again, this is wrong.

32 Ayant tiré des événements du 30 janvier cette conclusion erronée, le juge n'a eu aucune difficulté à être conforté dans son opinion par la preuve relative à la visite du président à Calgary et à la rencontre informelle de la Commission. Cette preuve, selon notre interprétation des motifs du jugement, démontrerait que le président a persisté dans son erreur et, par voie de conséquence, dans sa partialité. Cette conclusion est, elle aussi, erronée.

33 The Chairman's visit to Calgary where he met BGen Meating and Mr. Mariage took place a week after the incident of January 30. There is no reason to believe that the Chairman had given any further thought to that incident or to BGen Beno's evidence. One may assume that he had many other things on his mind. It must have been a shock for him to hear BGen Meating's and Mr. Mariage's criticisms of his behaviour. It is easy now to say that he should then have remained silent. But it is not abnormal for a

33 La visite du président à Calgary, à l'occasion de laquelle il a rencontré Meating et Mariage, a eu lieu une semaine après l'incident du 30 janvier. Il n'y a pas lieu de croire qu'il avait repensé à cet incident ou au témoignage de Beno. Il est permis de présumer qu'il avait beaucoup d'autres choses en tête. Ce fut sans doute un choc pour lui d'entendre Meating et Mariage critiquer son comportement. Il est facile de dire maintenant qu'il aurait dû se taire alors. Mais ce n'est pas anormal pour une personne placée

person in that situation whose impartiality is openly put in question to try to explain the reasons that motivated his behaviour. It does not show that he was partial or had already reached a definite conclusion about BGen Beno's evidence.

34 Finally, contrary to what the Judge found, the Chairman said nothing, during the private meeting of February 12, that could be interpreted as an indication that he was biased or committed to the views he had expressed at the January 30 hearing.

35 We would allow the appeal, set aside the decision of the Trial Division and dismiss BGen Beno's application for judicial review.

¹ That section reads as follows:

13. No report shall be made against any person until reasonable notice has been given to the person of the charge of misconduct alleged against him and the person has been allowed full opportunity to be heard in person or by counsel.

² Counsel told us at the hearing that the viewing of those tapes would not assist us in the decision of this appeal.

³ J. O. Wilson, *A Book for Judges*, Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1980.

⁴ As was noted by Cory J. in *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623, at p. 636: "It is, of course, impossible to determine the precise state of mind of an adjudicator who has made an administrative board decision. As a result, the courts have taken the position that an unbiased appearance is, in itself, an essential component of procedural fairness." In *Ringrose v. College of Physicians and Surgeons (Alberta)*, [1977] 1 S.C.R. 814, at pp. 821-822, the Supreme Court, *per* de Grandpré J., adopted the view that, while evidence for the purpose of having the relevant circumstances before the Court is admissible, evidence for the purpose of establishing that a person that the law presumes to be biased was not in fact biased is not admissible. This, of course, presupposes the existence of a situation creating a reasonable apprehension of bias.

⁵ It is possible that different tests are applicable to apprehensions of bias arising from events prior to their appointment as commissioners and to those arising from subsequent events.

⁶ Transcript, January 30, 1996, at p. 7936, Appeal Book, at p. 178.

dans pareille situation et dont l'impartialité est ouvertement mise en doute d'essayer de justifier son comportement. Cela ne montre pas qu'il faisait preuve de partialité ou qu'il avait déjà tiré une conclusion définitive à propos du témoignage de Beno.

Nous dirions, pour finir, que, contrairement à ce que le juge a conclu, le président n'a rien dit au cours de la rencontre privée du 12 février qui puisse être interprété comme un indice voulant qu'il ait été partial ou qu'il s'en soit tenu à l'opinion qu'il avait exprimée à l'audience du 30 janvier.

Nous sommes d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler la décision de la Section de première instance et de rejeter la demande de contrôle judiciaire présentée par Beno.

¹ Cet article dispose:

13. La rédaction d'un rapport défavorable ne saurait intervenir sans qu'auparavant la personne incriminée ait été informée par un préavis suffisant de la faute qui lui est imputée et qu'elle ait eu la possibilité de se faire entendre en personne ou par le ministère d'un avocat.

² Les avocats nous ont dit au cours de l'audience que le visionnement de ces bandes ne nous serait d'aucune assistance.

³ J. O. Wilson, *A Book for Judges*, (Ottawa, ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1980).

⁴ Comme l'a fait remarquer le juge Cory dans *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623 à la p. 636: «Il est évidemment impossible de déterminer exactement l'état d'esprit d'une personne qui a rendu une décision d'une commission administrative. C'est pourquoi les cours de justice ont adopté le point de vue que l'apparence d'impartialité constitue en soi un élément essentiel de l'équité procédurale». Dans *Ringrose c. College of Physicians and Surgeons (Alberta)*, [1977] 1 R.C.S. 814, aux p. 821 et 822, la Cour suprême, sous la plume du juge de Grandpré, a adopté le point de vue selon lequel, bien que soit admissible la preuve visant à présenter les circonstances pertinentes au tribunal, la preuve de l'impartialité d'une personne présumée partielle par la loi n'est pas admissible. Évidemment, cela presuppose l'existence d'une situation qui soulève une crainte raisonnable de partialité.

⁵ Des critères différents peuvent peut-être s'appliquer aux craintes de partialité découlant d'événements antérieurs à leur nomination en qualité de commissaires et à celles découlant d'événements postérieurs.

⁶ Transcription, le 30 janvier 1996, à la p. 7936, Dossier d'appel, à la p. 178.

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.

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Removal of Permanent Residents

Judicial review of Minister's delegate's decision pursuant to Immigration Act, s. 70(5) applicant danger to public, and of IRB's decision no jurisdiction to hear appeal from deportation order—Applicant permanent resident—In 1993 pleaded guilty to aggravated assault on wife—At inquiry in February 1995 immigration officer determining applicant person described in s. 27(1)(d)(ii), deportation order issued—Applicant filing appeal—Thereafter s. 70(5) enacted prohibiting appeal of deportation order where Minister of opinion person danger to public—In November 1995 applicant advised case under consideration for possible referral to Minister for opinion pursuant to s. 70(5)—Applicant receiving copies of documents said to constitute evidence to be considered by Minister—Minister's delegate deciding applicant danger to public—Transition provisions applied s. 70(5) even to appeal previously filed but not heard—IRB, Appeal Division dismissing appeal for want of jurisdiction—Applicant deported in March 1996—Applications allowed—Two key documents not seen by applicant—First containing factual, opinion references by Vancouver officer to extrinsic evidence, i.e. content of conversation with applicant's probation officer not revealed to applicant for comment before officer's decision—Second containing negative basis of reviewing officer's assessment of danger to public—That basis containing error in law, as suggested onus on applicant to demonstrate violent behaviour would not occur again, instead of balance of probabilities person danger to public—Applicant not having opportunity to comment upon or respond to information in advance of decision, information significant for opinion of Minister's delegate—Lack of fairness in process sufficient to set impugned decision aside, without necessity of establishing prejudice to applicant—Minister's opinion under s. 70(5) result of process violating principle of fairness by

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

failing to provide to applicant for comment, in advance of decision, significant information upon which opinion ultimately based—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 27(1)(d)(ii), 70(5) (as enacted by S.C. 1995, c. 15, s. 13).

KIM V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-154-96, IMM-155-96, MacKay J., order dated 5/3/97, 14 pp.)

Judicial review of Minister's delegate's decision applicant constituting danger to public in Canada pursuant to Immigration Act, s. 70(5)—S. 70(5) prohibiting appeal by person against whom deportation order made where Minister of opinion person "constitutes" danger to public in Canada and person determined by adjudicator to be person described in s. 27(1)(d)—Applicant, landed immigrant, convicted of three counts of trafficking in narcotic, sentenced to one year imprisonment—Subject of s. 27(1) report—Documents before Minister in assessing whether danger to public: A27(1) Report, detailing applicant's degree of establishment in Canada with brief history of employment, family here; indictment indicating convictions, sentences; letter from probation/parole officer; Ottawa Police memorandum; RCMP Court folder; applicant's submissions, current country reports—Minister not having before her Parole Board's decision to grant applicant parole as soon as eligible therefor based on lack of previous criminal record, completion of bail without problems, commitment to leading law-abiding life, employment, supportive family—Application allowed—Minister erred in law, fact—While exercise of discretion under s. 70(5) largely subjective, Minister must objectively determine facts, apply appropriate legal principles—Reference in s. 70(5) to person who "constitutes" danger to public in Canada meaning present or future threat posed by person—Mere fact of conviction of criminal offence(s) not in itself supporting determination person is, may be, or is likely to pose danger to public: *Salilar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 3 F.C. 150 (T.D.)—

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Continuing likelihood of danger to public determined from circumstances of each case—Minister basing determination on mere fact of applicant's convictions, without regard to other circumstances of case—While not impossible to found danger opinion on single serious conviction, Court cannot do so when no evidence person posing present or future danger—Previous criminal conviction alone not enough to tip scale in favour of danger determination—In absence of evidence of likelihood to commit further criminal offences, as may be established through pattern of violent or criminal behaviour or individual's criminal lifestyles or values, finding person likely to pose danger to public by reason of previous criminal conviction perverse: *Archibald v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 29 Imm. L.R. (2d) 259 (F.C.T.D.)—Neither evidence of likelihood to commit further criminal offences (in fact evidence to contrary) nor of established pattern of violent or criminal behaviour or lifestyle or values—Applicant already determined by criminal system not to be threat to society—In absence of nexus between applicant's criminal conviction and likelihood to commit further criminal offences and in face of considerable evidence applicant not posing danger to public, Minister basing decision on erroneous finding of fact, made without regard for material before her—Test to be met under s. 70(5) not of "seriousness" but of "danger"—Reports before Minister making case for seriousness, but not for danger—When so little evidence to support Minister's decision on record and substantial evidence leading to contrary conclusion, reasonable to conclude Minister's opinion formed "without regard for material before it"—Parole Board's decision crucial to question of whether applicant danger to public as providing evidence as to unlikelihood of recidivism—Normally Parole Board decision inadmissible in judicial review application because not part of record before Minister, but where important, relevant evidence, easily accessible to decision makers, and considering serious consequences of negative decision, evidence should have been enquired after—Essential such relevant, crucial information be before Minister, considered in s. 70(5) determinations—Parole Board decision ought to have been before Minister regardless of whether applicant making submissions or not—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 27(1)(d), 70(5) (as enacted by S.C. 1995, c. 15, s. 13)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(4) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

CHEDID V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1359-96, Cullen J., order dated 27/2/97, 13 pp.)

IMMIGRATION PRACTICE

Application for judicial review of visa officer's decision—Applicant, spouse applying for permanent resident

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

status in Canada—Applicant awarded total of 68 points, failing to meet requirements for immigration to Canada—Duly completed and signed September 5, 1994 applications of applicant, spouse documentary evidence of intention that, as between spouses, Mrs. Mozumder ought to be regarded as principal applicant—Decision in *Nanji v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 21 Imm. L.R. (2d) 60 (F.C.T.D.) standing for proposition visa officer under no statutory, common law duty to advise applicant spouse could be assessed for landing—Applicant's responsibility to designate who will be assessed—As between immigrant and spouse, Immigration Regulations, s. 8(1) makes it mandatory for visa officer to assess only one or other—"Option" contemplated by s. 8(1) must be exercised by immigrant who is principal applicant prior to visa officer undertaking assessment rather than after assessment—Option must be exercised in timely manner so as not to depend on result of assessment of principal applicant—Not appropriate case for certified question as proposed by counsel for applicant—Visa officer duty bound to inform applicant of negative assessment and to provide her with opportunity to contradict or correct assessment prior to making decision mandated by Immigration Act—Visa officer breaching duty of fairness owed to applicant by depriving her of opportunity to respond to allegations contained therein, contrary to *audi alteram partem* rule—Documentary evidence failing to support finding of bad faith on part of visa officer—Decision set aside—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, art. 8(1)—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2.

MOZUMDER V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2766-95, Denault J., order dated 21/3/97, 4 pp.)

JUDICIAL REVIEW

Application for judicial review of CRDD decision treatment received by applicants in Iran amounted at most to harassment, not persecution—Female applicant ethnic Chinese atheist—Married male applicant, Iranian—According to panel, in returning to Iran, female applicant could continue to use excuse she was studying Islamic faith when she was not, in order to avoid difficulty with State as not converted to Islamic faith—Not acceptable for CRDD to base finding person not Convention refugee on ground she could avoid difficulty by lying about religious beliefs—Panel not considering what treatment female applicant would suffer if were to tell truth about religious beliefs, true intention not to convert—Not assessing expert evidence—In failing to do so, panel failed to address relevant question, ignored relevant evidence—Judicial review allowed, matter remitted to different panel of CRDD for redetermination of whether female applicant has well-founded fear of persecu-

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

tion in Iran if, when asked, she told truth about atheism, refusal to convert to Islamic faith.

KAZKAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1313-96, Rothstein J., order dated 20/3/97, 3 pp.)

STATUS IN CANADA

Citizens

Application for declaration respondent obtained Canadian citizenship by false representations or by knowingly concealing material circumstances—Respondent entered Canada as landed immigrant on February 20, 1973—Applied for Canadian citizenship on January 6, 1986—Not mentioning absences from Canada since date of entry as landed immigrant—From 1975 to 1984, respondent worked on full-time basis in Pakistan, although returning to Canada for holiday periods—Statement voluntarily signed, fully understood by respondent—Explanation provided by counsel for respondent not precluding Court from drawing adverse inference—Adverse inference not justified where witness equally available to both parties—Respondent not equally available to both parties even though in courtroom—Court drawing adverse inference: if respondent had testified, he would have had to acknowledge statement voluntarily given, understood it and signed it—In requesting reference, respondent aware of allegations against him and that allegations set forth in notice in sufficient particularity—No breach of duty of fairness—Applicant's evidence, uncontradicted and taken as a whole, sufficient to discharge onus to establish respondent knowingly concealed circumstances relevant to application for Canadian citizenship—Circumstances material given terms of Citizenship Act, s. 5(1)(c)—No basis for conclusion respondent's Charter rights violated—No breach of duty of fairness caused by long delay between time when respondent's statement obtained and provision of notice of intention to pursue revocation of respondent's citizenship—No evidence respondent prejudiced by delay—Respondent obtained Canadian citizenship by knowingly concealing material circumstances—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(c).

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. MALIK (T-2522-95, Gibson J., decision dated 4/4/97, 9 pp.)

Convention Refugees

Application for judicial review of CRDD decision applicant, citizen of Syria, not Convention refugee—Claimed refugee status based on fear of persecution by reason of political opinion or membership in particular social group:

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

members of family and extended family being active supporters of Muslim Brotherhood—Latter organization subjected to brutal repression in Syria—Fifteen members of extended family arrested and held in detention—Brother arrested and summarily executed—Applicant himself detained number of times, twice arrested and tortured—Fled country and stayed in Greece for one year before coming to Canada—Called up for military service in Syria—On totality of evidence herein, inferences drawn by CRDD, that Syrian officials regarded applicant as himself having links to Muslim Brotherhood establishing him as member, supporter or suspected supporter of organization could not reasonably have been drawn—Court's intervention therefore warranted—CRDD's negative inference on applicant's one-year stay in Greece not justified (CRDD found it blatantly inconsistent with any well-founded fear of persecution)—Applicant's explanation therefor (afraid of being returned to Syria by reason of illegal presence in Greece) not unreasonable—CRDD erred in reviewable manner in determining applicant's refugee claim could not succeed by reason of inferences drawn from sojourn in Greece—Application for judicial review allowed.

EL-NAEM V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1723-96, Gibson J., order dated 17/2/97, 10 pp.)

Judicial review of Immigration and Refugee Board, CRDD decision applicant Iranian not Convention refugee—Board questioning applicant's credibility, highlighting numerous implausibilities in testimony—Focussing on conduct inconsistent with well-founded fear of persecution i.e. applicant remaining in Iran for three years after difficulties with authorities arising; spending year in Spain without claiming refugee status—Concluding combined effect of inconsistencies rendering applicant's story neither credible nor trustworthy i.e. as Mujahadin supporter, applicant would have endured far worse treatment than recounted; confusion over date when first went into hiding; not detected, harassed on uncle's farm for two years; late intellectual awakening in Canada—Applicant alleging denial of fair hearing because Board using standard form "boilerplate" reasons—Key passages in Board's reasons virtually identical to two other decisions—Same presiding member in all three cases—Application dismissed—Worrisome Board cutting, pasting entire passages from one decision to another as whether justice done often question of perception—Simply inserting individual's name into "cookie-cutter" formula leaving applicant in doubt about fairness of process—Use of precedents in preparing reasons not necessarily resulting in denial of natural justice: *Samkov v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 90 F.T.R. 100 (F.C.T.D.) (*obiter*)—Decision-makers must reach own decisions on facts before them—Board's reasons not entirely

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

tainted—Standardized passages forming only minor part of reasons, largely concerning legal tests, case law for implausibilities—But standard passages on usual dire fate awaiting Mujahadin supporter, implausibility of hiding out undetected with relative, more troubling—Aside from standard passages, Board carefully, thoroughly analyzing particulars of applicant's case i.e. 10 arrests, nature of home town, intellectual status, loss of religion—From numerous references in reasons to applicant's testimony, no sense Board's decision foregone conclusion—Applicant alleging Board finding applicant implausible in light of historical record because highlighting wrong era in Iran's history—Immediately after 1979 Revolution, religious authorities neither centralizing nor consolidating power—Unable to pursue applicant from home town to uncle's farm—In same period Mujahadin neither outlawed nor as ruthlessly persecuted as in subsequent years—Board vulnerable on reasonableness of inferences regarding implausibility of applicant's arrests, but findings not so unreasonable as to warrant judicial review—*Parizi v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1994), 90 F.T.R. 189 (F.C.T.D.) distinguished—If Board emphasizing historical record, must accurately fix backdrop at time relevant for claimant: *Boucher v. Canada (Immigration Appeal Board)* (1989), 105 N.R. 66 (F.C.A.)—Applicant leaving Iran in 1985—Board citing three documentary records relating to events since 1988—Apart from historically inaccurate analysis of Mujahadin and assumptions not necessarily borne out by evidence, little merit to applicant's submissions—Board's probing questioning of applicant about numerous arrests, "hiding" out, sojourn in Spain, revealing Board's characterizations, findings of non-credibility, implausibility reasonable, supported by evidence—Board giving negative findings with respect to applicant's credibility in clear, unequivocal terms—Board citing *Ilie v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1994), 88 F.T.R. 220 for expectation claimant would seek refuge in country signatory to International Convention—Failure to immediately seek protection can impugn claimant's credibility—Weak explanations for applicant's failure to seek protection in Spain—Board fully, correctly, reasonably setting out why applicant's conduct in Spain inconsistent with well-founded fear of persecution—*Madoui v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 1372 (Q.L.), where Board permitted to look to failure to claim refugee status in intervening countries applied—Board's inferences not so unreasonable as to warrant judicial intervention.

ASSADI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2683-96, Teitelbaum J., order dated 25/3/97, 7 pp.)

Permanent Residents

Selection criteria—Application for *certiorari* to quash visa officer's decision refusing to issue immigrant visa to

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

applicant as assisted relative, and for *mandamus* ordering respondent to reassess applicant under Immigration Regulations, s. 11(3)—After applicant's mother's application for permanent residence, including applicant as accompanying dependant in family class refused, applicant submitted application for permanent residence in assisted relative category—After initial refusal, visa officer re-opened file to see if discretion should be exercised under Regulations, s. 11(3)—Application allowed—Visa officer's discounting of applicant's *bona fide* job offer in Canada amounted to completely ignoring relevant consideration—Discretion not exercised according to law and visa officer's decision must be set aside—Applicant's application for positive discretion under s. 11(3) directed to be considered and determined by different visa officer—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 11(3).

KHAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1132-96, Richard J., order dated 12/3/97, 9 pp.)

Application for judicial review of visa officer's dismissal of application for permanent residence on basis not complying with definition of entrepreneur—After review by superior, applicant invited to apply under Investor Category provided he had requisite personal net worth—Application dismissed—Although visa officer's refusal letter remarkably circumspect on what factors of applicant's business background fuelled negative assessment, blanks filled in by superior in letter confirming refusal—As both decisions inextricably linked, and considered as such by applicant, test for fairness on adequacy of reasons met—Although requirement claimant know case against him, including visa officer's doubts and misgivings, any unfairness in interview of limited sort—Also no error in law because visa officer would have made capricious finding without regard to totality of evidence—Specific outcome of visa officer's decision less subject to review than process for arriving at outcome—Outcome arises out of exercise of statutory discretion—Visa officer committed no reviewable error when doubted "transferability" of business skills as "transferability" arguably aspect of applicant's "ability", explicit and integral component of assessment process—Visa officer did not exceed jurisdiction by requiring viable business plan—Business plan important element in visa officer's assessment of applicant's ability, something clearly within visa officer's jurisdiction—Business plan one gauge of applicant's ability through business plan or applicant's presentation of what he thought he could do in Canada.

ETEMADI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1685-96, Teitelbaum J., order dated 2/4/97, 10 pp.)

Application for judicial review of visa officer's decision refusing application for permanent residence—Applicant,

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Paskistani national, employed by automobile dealership in Karachi as sales person, sales manager—Applying for permanent residence in Canada in April 1996 in occupational category of “Salesman—Motor Vehicles”—In pre-interview screening phase, Officer awarding applicant 59 units of assessment, six units for work experience—Officer deciding interview not necessary as applicant would fall short of 70 units required for permanent residence status—Applicant’s counsel advancing fresh arguments not in memorandum of argument—Immigration Regulations, 1978, s. 11.1 not making provision for preparation of reasons to explain why officer not conducting interview for candidate failing to achieve specific number of units of assessment—Regulations, ss. 11.1, 11(3) not analogous—Reasons not required when interview denied—Officer’s affidavit stating exercise of positive discretion unwarranted—Reasons not required when positive discretion not exercised under Regulations, s. 11(3)(a)—Application for judicial review dismissed—New arguments of counsel for applicant coming as total surprise to respondent’s counsel, Court at hearing—Counsel for applicant not entitled to proceed without notice, should have advised respondent’s counsel that abandoning memorandum of argument, planning to present new arguments—No special reasons under R. 1618 justifying costs award against applicant—Solicitor’s conduct bringing case forward without proper notice—Counsel for applicant to personally pay to respondent within 90 days sum of \$100 for costs—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, ss. 11(3) (as am. by SOR/81-461, s. 1), 11.1 (as enacted by SOR/92-133, s. 3)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1618 (as enacted by SOR/92-43, s. 19).

CHANNA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1980-96, Simpson J., order dated 12/2/97, 8 pp.)

Persons With Temporary Status

Judicial review of visa officer’s rejection of application for temporary employment authorization visa because, *inter alia*, already overstayed in Canada, having ceased to be visitor contrary to Immigration Act, s. 94(1)(k)—Applicant, Indonesian, arriving in Canada in 1992 on visitor’s visa—During visit giving birth—Husband residing with child in Canada—Leaving Canada in April 1993, returning in September 1993—In April 1994 applicant briefly visiting Mexico to unsuccessfully apply for permanent residence—Receiving subsequent visitor’s visas, but staying in Canada beyond expiry date of last visa—Subject to deportation order—Not leaving Canada pending application for leave to appeal—Receiving validated job offer to act as agent for scholarship trust fund in July 1995—Leaving Canada for Hong Kong on January 30, 1996 for interview with visa officer regarding application for employment authoriza-

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Concluded

tion—On February 1 receiving decision under review—Application dismissed—(1) Visa officer not violating rules of procedural fairness, natural justice—Content of interview, rather than length, better indicator of whether rules of fairness, natural justice respected—Handwritten notes from interview indicating questions covered nature of applicant’s prospective employment in Canada, previous visits, departures, sources of income in Canada, earlier unsuccessful application for permanent residence not disclosed in actual application for employment authorization—Last fact supporting thoroughness of interview—Notes also indicating visa officer giving applicant opportunity to respond to concerns about her overstaying visas in past—(2) Reviewable error in citing Immigration Act, s. 94(1)(k) in considering earlier stays in Canada—S. 94(1)(k) providing every person guilty of offence who remains in Canada without written authority of immigration officer after having ceased to be visitor—No evidence before visa officer applicant charged with criminal offence under s. 94(1)(k)—Presuming because of overstays had acted contrary to s. 94(1)(k)—Mistake not determinative of decision—Would have reached same conclusion without citing s. 94(1)(k)—Error not in considering previous overstays, but in specifically citing s. 94(1)(k)—Only non-immigrants can receive employment authorization visas under Immigration Act, s. 9(1.2)—Officer had to consider whether applicant fulfilled all of legislative requirements for obtaining visa—Permitted to look to previous stays in Canada, having ceased to be visitor, and judge failed such legislative requirement—Open to officer to conclude applicant ineligible for visa, therefore employment authorization because of history—Remainder of decision eminently reasonable—Based on earlier unsuccessful application for permanent residence, insufficiency of ties to country of origin, previous overstays, visa officer entitled to conclude applicant not *bona fide* visitor—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, ss. 9(1.2) (as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 4), 94(1)(k).

RUSLI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-533-96, Teitelbaum J., order dated 2/7/97, 8 pp.)

CONSTITUTIONAL LAW

CHARTER OF RIGHTS

Enforcement

Motions to dismiss judicial review applications on ground—moot—First judicial review application seeking *certiorari* quashing visa officer’s decision to revoke immigrant visas, landing records; *mandamus* directing visa officers to immediately issue new immigrant visas, landing records; declaration pursuant to Charter, s. 24, Constitution Act,

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

1982, s. 52 visa officers acted contrary to Charter—Second application seeking only *mandamus*, declaratory relief—Immigrant visas issued on January 15, 1997—In so far as claims for *certiorari*, *mandamus* concerned, judicial review applications moot because no longer live issue between parties—But Court may still exercise discretion to grant declaratory relief if circumstances so warranting—Criteria in *Cross v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 111 F.T.R. 304 (F.C.T.D.) applied—Court should not exercise discretion to hear applications for judicial review—No obvious, useful purpose served by granting declaratory relief—Applicants alleging immigration officials inordinately slow to process applications for permanent residence in investor category of Taiwanese applicants, return original documents—Filing affidavit of Chairperson of Taiwanese Emigrants Protection Association (TEPA) arguing Canadian government should not be allowed to avoid responsibility for discriminatory acts simply because visas now issued—Government admitting heightened scrutiny of applications from Taiwan because certain consultants in Taiwan filing false, fraudulent documentation—But no one has right to enter Canada without Crown's permission—If applicants treated badly by Canadian immigration officials in course of employment before January 15, 1997, remedy suit for provable damages, not declaration—Applicants not having standing to bring application for Charter declaration on behalf of TEPA—Charter not applicable extra-territorially—Non-citizens outside Canada cannot invoke Charter—Absence of adversarial context, principle of judicial economy weighing against allowing applications for judicial review to proceed when underlying complaint resolved in their favour—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 24—Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.

LEE V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4654-96, Muldoon J., order dated 14/2/97, 7 pp.)

CROWN**CONTRACTS**

Action for damages for pain, suffering, discomfort, subsequent incapacity allegedly caused by oral surgery performed on plaintiff in 1985, subsequent inadequate care, treatment of condition, while incarcerated at Warkworth Institution—Plaintiff requesting dental appointment because of toothache—During appointment at health care centre at Warkworth Institution plaintiff mentioning difficulty singing certain notes or sounds because could not extend tongue—

CROWN—Continued

Dr. Binder, dental surgeon, briefly examining tongue, diagnosing plaintiff as tongue tied, describing "fairly simple procedure" involving some cutting, to relieve condition—Plaintiff not prepared to proceed—Subsequently called back to health care centre in January 1985 for surgery to relieve tongue tie—After brief discussion about procedure, plaintiff agreeing to proceed—During surgery Dr. Binder using mouth prop to keep plaintiff's mouth open—When plaintiff complaining of soreness in jaw muscles, process briefly halted halfway through—After surgery, more bleeding, swelling, pain than anticipated—Saliva gland infected when duct closed by scar tissue from surgery—Temporo-mandibular joint (TMJ) problems aggravated by surgery, particularly use of mouth prop—Treatment of TMJ problems rendered through specialists' services arranged by Dr. Binder, paid for by Correctional Service—By September 3, 1985 problems of mouth, but not of jaw joints, resulting from surgery, remedied—Action dismissed—(1) As Dr. Binder independent contractor, Crown not liable under common law, Crown Liability and Proceedings Act—Dr. Binder acting as subcontractor of Dr. Derumaux, with whom associated in dental practice—Dr. Derumaux under contract with Correctional Service to provide dental services for inmates of Warkworth—No formal written contract between Crown, Dr. Binder—No written agreement between two dentists—No statutory provisions modifying application of common law that one, who contracts with independent contractor to perform services not liable for acts, omissions of contractor, unless principal owing independent duty of care that cannot be delegated or assigned to be undertaken by independent contractor, which duty found not to be met in circumstances where failure causing or contributing to loss—Crown's duty to plaintiff as inmate of Warkworth to take reasonable care for health, safety while in custody—In terms of medical, dental services, Penitentiary Service Regulations, s. 16 requiring provision to inmates of "essential medical and dental care"—Duty to plaintiff reasonably met by contracts with qualified medical, dental doctors for professional services, both within Warkworth and outside, and by provision of care in institution's health care centre and services within institution or outside in wider community—Unless person rendering service servant of Her Majesty, Crown not vicariously liable for negligent acts of doctor concerned—For those who render service as independent contractors, whether inside or outside of institution, personal liability for negligence not also involving liability of Crown—To impose upon Crown generally duty to ensure professional medical or dental services rendered without negligence would place Crown in position of insurer of medical services provided by independent contractors—Circumstances not establishing Crown's liability as insurer—(2) As Dr. Binder not defendant herein, any adverse assessment significant only for this case—Dr. Binder negligent in performance of surgery based on lack of appropriate professional judgment in deciding upon procedure, failure to provide adequate information in advance of surgery to

CROWN—Concluded

ensure informed consent, and procedure followed—Also failed in duty to provide reasonable care after surgery, but only in respect of delay of month or more in referring plaintiff to specialists for consultation, treatment—Dr. Binder performing surgery without clinical assessment other than brief examination of tongue—Accepted plaintiff's own expressed concern over difficulty in singing certain notes as basis for conclusion plaintiff having problem because of tongue tie—Dr. Binder not himself noticing problem with plaintiff's speech—Had not performed procedure before—Duty to inform plaintiff in advance of surgery, not merely of likely consequences, but also of possibility of serious risks—Dr. Binder not meeting standard of care concerning disclosure of possible effects of surgery—For consent to be relied upon as defence, must be some evidence of how standard of care in circumstances would be applied by members of profession—No evidence adduced to show what professional standard for disclosure was, or that met by Dr. Binder—Dr. Binder's inexperience not lowering standard of care owed to plaintiff—Only evidence before Court that two practitioners of general dentistry would not have undertaken procedure—Dr. Binder himself acknowledging that if knew at time of surgery what knows now, would have dealt with plaintiff differently—Failure to undertake thorough clinical assessment in advance factor contributing to post-surgical complications—Use of mouth prop for extended period aggravating existing TMJ problems—Dr. Binder failed in professional duty of care by failing to refer plaintiff for consultation, treatment to specialists when apparent complications from surgery persisted—Delay not causing problems, but contributing to continuation longer than if same service accessed earlier—(3) If error as to Crown's liability, and in light of awards in other cases for injury to mouth, jaw, general damages for pain and suffering assessed at \$15,000 with pre-judgment interest in accord with Crown Liability and Proceedings Act, s. 31—Damages relating to pain, suffering, general discomfort arising from surgery itself, from consequent infection of left submandibular gland and duct, atrophy of gland, from aggravated problems with regard to TMJ and from subsequent surgery, treatment undertaken to examine, redress circumstances precipitated by surgery performed by Dr. Binder—No basis to consider special, punitive damages—As to latter, negligence arising from faulty judgment, not from harsh, vindictive, reprehensible and malicious action—Penitentiary Service Regulations, C.R.C., c. 1251, s. 16—Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, ss. 2, 3, 10, 31 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 31).

OSWALD V. CANADA (T-2440-85, MacKay J., judgment dated 24/2/97, 33 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE**CUSTOMS TARIFF**

Judicial review of Minister's decision confirming revocation of remission of duty orders granted to applicant—

CUSTOMS AND EXCISE—Continued

Applicant importing woodworking tools for sale to companies such as Sears Canada under "Craftsman" trade name—Not paying customs duties on imports of tools subject to remission orders by Minister pursuant to Customs Tariff, s. 76 i.e. Minister of opinion machinery not available from production in Canada—On May 5, 1995 applicant advised of termination of remission of customs duties on imports of certain tools as reasonably equivalent products manufactured in Canada by General MFG. Co.—Extensions of remission orders to December 31, 1995 granted on July 31, 1995—On August 11, 1995 revocation of remission orders confirmed—Applicant subsequently learning Minister's decision to revoke made May 29, 1995—Application dismissed—In order to hold applicant's imports no longer eligible for remission, Minister required to form opinion products had "become available from production in Canada" pursuant to s. 76(3)—In forming opinion, Minister required to have regard to criteria in s. 75(3)—Use of "may" in ss. 76(1), (3) indicating discretion to refuse grant of remission or to revoke existing remission order even where machinery, equipment not available from production in Canada—(1) Minister not exceeding jurisdiction—Whether "new" information before Minister irrelevant—Question whether had before him information from which could form opinion contemplated by s. 76(3)—Information before Minister allowing for comparison of respective products, hence for forming opinion as to equivalency—That different conclusion reached in past based on same facts not preventing Minister from taking different position so long as doing so in good faith with view of better attaining statutory objectives—Decision not based on irrelevant considerations—Applying statutory provision in consistent fashion by reference to validly established criteria so as to achieve equal treatment amongst those affected not improper consideration—(2) Minister not ignoring evidence or reaching decision based on erroneous finding of fact—General MFG's production aimed at industrial user, whereas applicant's imports aimed at amateur woodworker—That product may be intended for given segment of market not preventing it from reaching other segments of market—Intermingled use by professional woodworkers, amateurs possible—Even if General MFG's products not equivalent, remaining open to Minister to conclude applicant's imports "available from production in Canada" if satisfied General MFG in position to produce reasonably equivalent products—(3) No failure to observe procedural fairness—Minister's decision based on broad grounds of public policy—Affording little or no procedural protection—Policy decision based on broader range of considerations involving competing interests of increased domestic industrial efficiency by providing access to otherwise inaccessible foreign manufactured goods, and protection for Canadian manufacturers in position to produce such goods—Statutory scheme indicative of highly discretionary nature of Minister's power in making decisions pursuant to Division III, Customs Tariff—Indicating legislative intent that while eligibility of

CUSTOMS AND EXCISE—Concluded

products for duty remission must be determined in conformity with specified statutory criteria, decision to remit duties left to Minister's discretion—Decision *a quo non-judicial*—Ultimate power to remit or not vested in Minister in order to enable him to respond to industrial, trade, fiscal concerns—Such considerations reaching beyond applicant's particular concerns, calling for legislative or policy decision—In so far as decision to revoke remission orders, collect appropriate duties concerned, only remedy available to applicant political, not legal—Applying factors identified in *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653 to ascertain existence, extent of duty of fairness, strong argument applicant entitled to state views before Minister could hold imports no longer eligible for remission—Applicant making submissions well before effective date of decision—Although May 5 communication both wrong, inaccurate and July 31 communication less than forthright, not type of breach warranting overturning Minister's decision—As informed of decision, reasons, effective date, well before to take effect, applicant not prevented from addressing issues relevant to position—Customs Tariff, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 41, ss. 75, 76 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 9, s. 2).

EMERSON ELECTRIC CANADA LTD. v. M.N.R.
(T-2617-95, Noël J., order dated 14/2/97, 23 pp.)

FEDERAL COURT JURISDICTION

Motion to stay action for lack of jurisdiction of Court—Action in damages of \$17,468,000 as result of defendant's decision to replace party having originally won tender process for manufacturing of certain topside modules concerning Hibernia oilfield project and to award completion thereof to St. John Shipbuilding Ltd. (SJSJL)—Plaintiff alleging decision made without seeking tenders, in bad faith and with malice—Plaintiff relying on Competition Act, ss. 36(1), (3), 45(1) and Canada-Newfoundland Atlantic Accord Implementation Act, s. 45(1), (3)—Motion allowed—Statement of claim falling far short of clearly alleging factual basis for kind of anti-competitive conduct contemplated by Act, s. 45—Statement of claim disclosing no reasonable cause of action in relation to Act, s. 45, sole statutory grant of jurisdiction upon which plaintiff relying—Difficult to envisage, even assuming bad faith and malice, decision to award completion of contract to SJSJL instead of to plaintiff could have lessened, unduly, competition in manufacture of topside modules—Even harder to imagine how defendant, purchaser of product and not one of competitors, could have conspired to lessen competition in regard thereto—Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 36 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 1, s. 11), 45(1) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 30)—Canada-Newfoundland Atlantic Accord Implementation Act, S.C. 1987, c. 3, s. 45 (as am. by S.C. 1992, c. 35, s. 47).

MIL DAVIE INC. v. HIBERNIA MANAGEMENT AND DEVELOPMENT CO. (T-668-96, Lutfy J., order dated 21/3/97, 4 pp.)

HUMAN RIGHTS

Appeal from Trial Division decision ([1994] 2 F.C. 524) dismissing application for judicial review of Human Rights Tribunal finding compulsory retirement age of Canadian Forces discriminatory practice and ordering compensation to number of compulsorily retired respondents—Appeal dismissed—Neither Tribunal nor Trial Judge erred in ways so as to require intervention—No error in view relevant provisions of Queen's Regulations and Orders requiring compulsory retirement not regulations for purposes of Canadian Human Rights Act (CHRA), s. 15(b)—Provisions in place prior to adoption of CHRA and nothing in their texts suggesting Governor in Council had in mind exception to human rights legislation at time of adoption—*Pacific Pilotage Authority v. Arnison*, [1981] 2 F.C. 206 (C.A.) not viewed as authority to contrary to be followed—Suggestion 7 of 10 complainants not in fact retired for reasons of age not accepted—Fact they failed to meet transitional criteria based on merit, rank and occupation irrelevant as each compulsorily retired at compulsory retirement age (CRA) then applicable and would not have been so retired if Regulation had not existed—Use of non-discriminatory standards to select those who will not be discriminated against not eliminating discrimination—Neither Tribunal nor Trial Judge committed reviewable error of law of nature to vitiate conclusions—Finding CRA not *bona fide* occupational requirement under CHRA largely one of fact; right questions asked and evidence supporting answers—Tribunal's view Canadian Forces could put in place system of testing as reasonably practical alternative to CRA for meeting safety requirements of Forces not one to be interfered with—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 15(b)—Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (1968 Revision).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. MARTIN (A-72-94, Hugessen J.A., judgment dated 18/3/97, 3 pp.)

INCOME TAX

Appeal from Trial Division order ((1996), 96 DTC 6262) setting aside M.N.R.'s decision denying respondents' request under Income Tax Act, s. 152(4.2) to reopen statute barred taxation years to enable them to claim business losses—Trial Judge concluding Minister's decision contrary to announced policy, bad in law as respondents entitled to deduct business losses if requests made before expiry of three-year period following date of assessments—S. 152(4.2) conferring discretion on Minister—Reviewing court not called upon to exercise discretion conferred on person making decision—Court may intervene and set aside discretionary decision under review only if decision made in bad faith, author ignored relevant facts or took into consideration irrelevant facts or decision contrary to law—Trial Judge's findings contrary to evidence—Respondents invited by officer of Revenue Canada to take advantage of s. 152(4.2), given full opportunity to make representations in support of requests—Not given opportunity to make oral representa-

INCOME TAX—Continued

tions—Save in exceptional cases, fairness not requiring oral hearing—Minister, not judge, vested with discretion conferred by s. 152(4.2)—Minister's decision not wrong for sole reason judge, on basis of fragmentary information before him, would have exercised discretion in different manner—Appeal allowed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 152(4.2) (as enacted by S.C. 1991, c. 49, s. 125(1)).

BARRON V. M.N.R. (A-322-96, Pratte J.A., judgment dated 4/2/97, 4 pp.)

CORPORATIONS

Appeal from Tax Court decision setting aside Minister's disallowance of \$239,328 loss carry-forward in respect of respondent's 1986 taxation year—Also, cross-appeal to set aside Minister's determination percentage of operating costs of respondent's K-2 Ranch not deductible as representing living expenses of company's owner—Respondent Diversified Holdings Ltd. (D.H.) purchased all shares of 860 Holdings, Ltd. (860)—Central Trust Co. (CTC) purchased mortgaged land for \$400,000, which sum paid to 860—Title of land transferred by 860 to Central Trust Co. which, in return, *inter alia*, for payment of \$400,000 passed by 860 to 173235 B.C. Ltd. (173235) (wholly owned by owner of D.H.), plus real payment provided by D.H. of \$50,000, transferred mortgage to 173235—Latter company discharged mortgage, thus giving CTC clear title to land but retaining for itself debt said to be \$1,128,110 previously owing to CTC and now to it, although no longer secured by mortgage—No terms of payment or interest prescribed in respect of debt, and at time of trial, nothing had been paid—Subsequently, 860 amalgamated with D.H. and amalgamated company thus successor debtor of 860's debt to 173235—D.H.'s total costs of acquiring 860's losses amounted to \$152,400—In 1982 tax returns, 860 had asserted \$239,328 non-capital loss which D.H. claimed in its 1986 tax return—Minister disallowed non-capital loss carried forward on basis when mortgage discharged by 173235, debt of 860 had been settled or extinguished within meaning of Income Tax Act, s. 80(1) so as to eliminate any non-capital losses based on such debt—Tax Court allowed appeal, finding debt continued despite discharge of mortgage as mortgage represented only security, and thus debt owing in 1986 by amalgamated D.H. to 173235, assignee of debt; 173235 did not act as agent for D.H. in becoming creditor of 860 and successor-debtor, amalgamated D.H.; and 860's business had not ended prior to 1986 so as to prevent amalgamated D.H. from continuing business in 1986—Appeal and cross-appeal dismissed—(1) 860's debt not "settled" or "extinguished" within meaning of Act, s. 80(1)—While for all practical purposes, debt no longer existing, as creditor and debtor same person, debt has not disappeared legally—For debt to be settled or extinguished within meaning of Act, s. 80(1),

INCOME TAX—Continued

legally binding termination in form required, absent herein—Object and spirit of Act, s. 80(1) do not include *de facto* settlement of debts—No allegation of sham or artificial reduction of income within Act, s. 245—(2) No error in Tax Court Judge's finding 173235 not acting as agent or nominee for D.H. in taking assignment of 860's debt so as to make D.H. both debtor and creditor—(3) D.H. carrying on in 1986 business in which 860 incurred original loss—Deduction of non-capital loss allowed for particular taxation year if corporation taken over carrying on in that year same business it carried on in taxation year preceding takeover in which losses incurred—Although 860's business had ceased two months before takeover, open to Tax Court Judge to conclude, on facts, period not enough to demonstrate end of business nor to establish business could not be carried on with reasonable expectation of profit—Furthermore, in s. 111(5)(a), "and" at end of clause (A) must be read disjunctively—Clauses (A) and (B) refer to two possible situations: (A) refers to deductibility of such loss in same taxation year in which control acquired; (B) refers to deductibility of loss in any other ensuing taxation year—Case herein concerned with application of 111(5)(a)(B), business carried on in 1986—No allegation D.H. not carrying on real estate development business in 1986—Cross-appeal dismissed for reasons in *Hartwig v. Canada* (A-313-94): Tax Court Judge correct in holding portion of expenditure of D.H. in respect of K-2 Ranch conferred taxable shareholder's benefit on owner and that such expenses not deductible from D.H.'s income as not incurred to earn income—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 111(5)(a) (as am. by S.C. 1985, c. 45, s. 57).

CANADA V. DIVERSIFIED HOLDINGS LTD. (A-309-94, Strayer J.A., judgment dated 18/3/97, 12 pp.)

INCOME CALCULATION

Whether plaintiff appropriated, to his benefit, property of Interconserv Inc. and, if so, whether value of benefit should have been included in computation of income for 1986, 1987 taxation years under Income Tax Act, s. 15(1)—Plaintiff sole beneficial shareholder of Interconserv—Under debenture, Concept Marketing Services Inc. covenanted to pay Victoria & Grey Trust Company \$350,000 loaned to Concept—Plaintiff signed debenture as guarantor, called upon to honour guarantee—Transaction not included in calculation of plaintiff's income—Money paid by Interconserv to plaintiff considered by defendant to be funds or property appropriated to taxpayer in 1986, 1987 taxation years—M.N.R. including in plaintiff's income sum of \$145,698 (related to guarantee) and \$3,813 (being the amount paid in legal fees in relation to guarantee)—Plaintiff appealing Minister's decision on basis that did not receive personal benefit from transaction, Minister misapplied s. 15—S. 15 requiring two things: benefit to taxpayer, inten-

INCOME TAX—Concluded

tional taking—Plaintiff could do no worse than break even, did not stand to make benefit—Plaintiff's explanation reasonable, credible—Although personally liable as guarantor for Concept loan, plaintiff had independent right to be indemnified on basis of agreement with Interconserv—As sole director and operating mind of Interconserv, plaintiff authorized to make decision on behalf of Interconserv pertaining to indemnity agreement—Appeal allowed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 15(1) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 8(2)).

HRGA V. CANADA (T-2249-90, T-2252-90, T-2759-90, Jerome A.C.J., judgment dated 6/2/97, 5 pp.)

Appeal from T.C.C. decision upholding Minister's reassessment under Income Tax Act, s. 12(1)(x)(viii)—Provision establishes tests for distinguishing between inducement payment taxable in full as income and inducement payment treated as proceeds of disposition of eligible capital property, hence taxable only in part—Expression "acquisition of interest in business" must be understood as direct interest in actual activities of business—Interest payer acquired in business equals worth to him of obligation assumed by appellant, which operates grocery store, first, to purchase supplies from wholesaler in future up to amount of certain quotas, second, to give him first option to purchase shares issued from its capital stock if any transaction in relation to those shares planned—To give expression "interest" in business meaning of advantage to be derived from business's activities inconsistent with usual meaning attributed in legal language to words "interest" and "droit" when used in regard to property, as indicated in definitions provided by legal dictionaries—Would also mean depriving provision of any possibility of actually playing role assigned to it: distinguishing between two types of inducement payments—Appeal dismissed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 12(1)(x)(viii).

SUPERMARCHÉ STE-CROIX INC. V. CANADA (A-711-94, Marceau J.A., judgment dated 13/2/97, 3 pp.)

INJUNCTIONS

Application for interim injunction to prevent defendants from selling, advertising, distributing violin, viola shoulder rests bearing or associated with names "Kun", "Joseph Kun" at Frankfurt Music Fair in Frankfurt, Germany commencing February 26, 1997—Application of three-part test enunciated in *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311—(1) Serious issue to be tried, if only as to Court's jurisdiction to hear issues—(2) Dilution and resulting loss of distinctiveness of "Kun" name in relation to production, distribution of violin, viola shoulder rests rendering "Kun" name unregistrable and/or expungable from trade mark register—By rendering "Kun" no longer distinc-

INJUNCTIONS—Concluded

tive to single manufacturer of shoulder rests, defendants taking from plaintiff goodwill on which company based—Loss of distinctiveness of name "Kun" leading to loss of trade mark and consequential loss of goodwill irreparable harm—Sufficient evidence to allow inference continuance of two "Kun" companies in shoulder rest business may well eradicate distinctiveness of mark and subsequently erase all goodwill plaintiff creating which attracts purchasers specifically to plaintiff company—(3) Harm done to plaintiff if injunction refused greater than harm done to defendants if injunction allowed—Defendants restrained from promoting, selling new "Kadenza" shoulder rest in association with name "Kun", although Michael, Marika Kun not prevented from attending Frankfurt Fair, promoting "Kadenza" within parameters of this restraint.

THE KUN SHOULDER REST INC. V. JOSEPH KUN VIOLIN AND BOW MAKER INC. (T-118-97, Nadon J., order dated 13/2/97, 6 pp.)

JUDGES AND COURTS

Stare decisis—Appeal from Gibson J.'s decision ((1995), 65 C.P.R. (3d) 56) relying on *Janssen Pharmaceutica Inc. v. Novopharm Ltd.* (1995), 64 C.P.R. (3d) 45 (F.C.T.D.)—Compulsory licences issued within days of each other with respect to same patents using same words in both cases—C.A. adopting MacKay J.'s reasons ((1996), 70 C.P.R. (3d) 82)—While not binding *per se*, reasons of judicial comity, *stare decisis* requiring C.A. decision be followed unless showing distinguishable material facts or previous decision of Court manifestly wrong for having overlooked statutory provision or case that ought to have been applied or followed—In these circumstances Court cannot simply contemplate possibility Commissioner may have intended to allow in case presently before it something different from what allowed in case already determined by Court—Court not persuaded *Novopharm* decision manifestly wrong in sense made *per incuriam*—Court's time, resources better spent if counsel arranging for joint hearing of applications, actions or appeals dealing with some common question of law, fact instead of each insisting in having own separate day in Court—Failure to do so impeding development of coherent case law, obliging C.A. to apply, sometimes reluctantly, principle of *stare decisis*.

JANSEN PHARMACEUTICA INC. V. APOTEX INC. (A-841-95, Décaré J.A., judgment dated 11/2/97, 3 pp.)

LABOUR RELATIONS

Application for judicial review of CLRB decision concluding it had jurisdiction to issue certification as bargaining agent in respect of unlicensed seafarers in employ of

LABOUR RELATIONS—Concluded

applicant on board seagoing vessels—Decision correct, although CLRB reasoning doubtful—Proper approach to ascertain Parliament has authority, recognized in international law, to pass legislation affecting operations of applicant, in spite of international scope of these operations and fact applicant foreign company, and if so, whether Parliament has in fact enacted legislation on point and conferred on Board power to exercise mandate assigned to it with respect to those operations—Jurisdiction of Canada on ships sailing under Canadian flag evident—Applicant arguing scope of application of Code has not been made co-extensive with jurisdiction of Parliament, not extending to operations like those of applicant where employer not Canadian and operations involved conducted outside territory of Canada, even if vessel used for these operations sailing under Canadian flag—Application dismissed—Nothing in Act expressly limiting application of Code in manner suggested by applicant and nothing compelling reading such limit into provisions—Connection herein undeniable: vessels owned by Canadian company, sail under Canadian flag with crew of Canadian citizens and enjoying all benefits of Canadian laws—Also, sufficient concerns: all employees concerned Canadian citizens whose conditions of employment basically governed by Canadian law—Protection of Canadian flag and benefit of Canadian laws entailing submission to obligations and responsibilities imposed by those laws and entire legislation relating to them—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2.

REDERIET A.P. MOLLER A/S V. SEAFARERS' INTERNATIONAL UNION OF CANADA (A-616-96, Marceau J.A., judgment dated 30/1/97, 4 pp.)

MARITIME LAW**CARRIAGE OF GOODS**

Appeal from order declaring shippers' actions against carrier for loss or damage to cargo carried by sea properly and in due time brought in Federal Court, and dismissing carrier's application for judgments dismissing actions on basis time barred, prescribed—Carrier contracted to transport cold rolled steel in coils from Belgium to U.S.A.—Bill of lading stipulating any action arising out of carriage of goods thereunder must be brought in Canadian courts within one year of delivery of goods at port of discharge—Carrier's agent authorizing extension of time to file suit, on condition action taken in U.S.A.—Actions in Canada commenced more than one year after cargo delivered at port of discharge, but within time specified in extensions granted by carrier—Hague-Visby Rules in force in Belgium applied to shipments in spite of paramount clause in bills of lading purporting to incorporate U.S. Carriage of Goods by Sea Act (COGSA)—Where pre-requisites for application of Hague-Visby Rules exist, Canadian court must apply them regard-

MARITIME LAW—Continued

less of whether parties attempting by contract to have agreement subject to law of jurisdiction not recognizing them—Rules operate so that cannot be modified by contract to reduce liability—Limit of liability under U.S. COGSA lower than that imposed by Hague-Visby Rules—Rules expressly giving parties to contract authority to extend time to file suit as was done here—Rules indicating carrier can agree to surrender some or all of its rights, immunity in bill of lading, but make no such provision for shipper—Time extension agreements valid—No suggestion enforceability of change of forum clause at root of acceptance by carrier to extend time—Other considerations more important to carrier i.e. three conditions listed before change of forum clause—Clause not so fundamental to agreement that whole should be struck down if part cannot stand—Hague-Visby Rules dictate disregard of change of forum condition if extension of time agreements part of contract of carriage—U.S. cases considering suit time extension agreements separate from contracts of carriage by sea to which related since once cause of action arising shipper no longer at mercy of carrier, distinguished—Right of action for damage to goods embodied in contract of carriage—Suit time limitation of one year imposed by Rules circumvented only because same provision fixing term authorizing parties to extend it—Extension of time part of Rules applicable to contract as amendment to it, and therefore retroactively part of contract itself—Provision of U.S. COGSA establishing suit time not containing similar proviso—Choice of forum provisions in time extension agreements null, void—Must be totally disregarded without affecting rest of document—Provisions of bills of lading establishing Canada as correct forum still apply, but suit time limitation of one year validly extended—Carriage of Goods by Water Act, S.C. 1993, c. 21, s. 7—Hague-Visby Rules, S.C. 1993, c. 21, Sch. I, Arts. III, V, X.

SIDMAR N.V. v. FEDNAV INTERNATIONAL LTD. (A-807-96, Marceau J.A., judgment dated 25/2/97, 11 pp.)

CONTRACTS

Motion for partial summary judgment for \$635,009.71 against charterer with respect to claim for hire of ship, less adjustments on account of value of bunkers on redelivery and time loss due to crane breakdown—Dispute to do in part with circumstances surrounding close to two-month delay in discharging cargo in Bombay—Hire payments not made—Plaintiff taking over discharging of cargo in Bombay—Motion granted in part—Incomplete evidence with respect to plaintiff's right to seventh and subsequent hires, either as hire or damages: a) did plaintiff withdraw ship as asserted by charterer; b) did plaintiff accept charterer's repudiation of charterparty agreement; or c) did parties agree to continue charterparty agreement until after

MARITIME LAW—Concluded

discharge of cargo when ship would then be redelivered to plaintiff—As hire claim awarded in partial summary judgment for period prior to earliest date of demurrage claim, case law clear demurrage claim should not be against award for hire—Similarly, would not be appropriate to stay execution of judgment pending resolution of demurrage claim through arbitration or at trial—Charterer ordered to pay plaintiff \$267,900 for hires and outstanding amount of \$881.25 with respect to first hire less adjustments for time lost due to crane breakdown (\$1,800) and value of bunkers on redelivery (\$56,630).

HALLA MERCHANT MARINE CO. V. LOK MAHESHWARI
(T-279-96, Lutfy J., judgment dated 26/2/97, 10 pp.)

INSURANCE

Appeal from prothonotary's order staying appellant's action, ordering it to arbitration in dispute over insurance coverage—Action brought by appellant, Ocean Fisheries Ltd., against insurance carrier, Mutual Marine Insurance Co. for insured value on vessel—Mutual rejecting appellant's claim for total loss of ship on basis *North Land*, when capsized, not captained by skipper approved under terms of Ocean's insurance policy—Prothonotary upholding Mutual's motion, staying Ocean's action against Mutual—Under doctrine of *contra proferentem*, ambiguities in insurance policy, company by-laws, should be strictly read against Mutual because it had authored policy, by-laws—By laws, section 13, entitled "Claims", providing for arbitration in cases where terms of settlement unsatisfactory—By-laws, section 15, entitled "Disputes", concerning resolution of disputes between insured member, shareholder and Mutual—By-laws should be considered ambiguous—Mere fact insurance carrier mutual insurance company not enough to conclude *contra proferentem* doctrine should not apply—No identity of interest between Mutual and Ocean—Ambiguities in contract of insurance to be construed against insurer—No suggestion policies issued by mutual insurance companies should be dealt with in different manner from policies issued by any other insurance company—Prothonotary wrong when concluding *contra proferentem* doctrine did not apply to facts of case, sections 13, 15 not ambiguous—Also wrong when holding facts of case not covered by section 13 but covered by section 15—Court having residual jurisdiction to determine whether Ocean's dispute fell within ambit of arbitration provisions in by-laws—Section 13 concerning "claims" relevant by-law—Not purely optional clause—Dispute not falling within by-laws, section 15 which deals with dispute "arising out of affairs of Company"—Section 15 ambiguous, must be interpreted against respondent—Appeal allowed.

OCEAN FISHERIES LTD. V. PACIFIC COAST FISHERMEN'S
MUTUAL MARINE INSURANCE CO. (T-2205-96,
Teitelbaum J., order dated 26/3/97, 11 pp.)

NATIVE PEOPLES

Appeals from orders dismissing Crown's application for production, discovery of documents relating to Bands' investment, spending patterns; needs, rates of return, investment strategies suitable for that part of funds held by Crown in Consolidated Revenue Fund; striking out paragraph of statement of defence alleging where plaintiffs making own investments of funds from capital or revenue accounts, not obtaining returns as favourable as that obtained on other funds left with Crown ((1995), 97 F.T.R. 119 (F.C.T.D.))—Appeals from orders concerning production, discovery dismissed for reasons given by Judge of first instance—Plaintiffs claiming entitled to damages for loss suffered by reason of Crown's failure to manage, invest monies held as fiduciary for their benefit—Samson Band and Enoch Band also asserting Crown ought to have paid them sums held for their benefit, and seeking mandatory injunction directing Crown to pay those monies—As statements of claim not disclosing basis for that demand, reasonable to assume founded not only on allegation of unconstitutionality of Indian Act, but also on provisions of Indian Act conferring on Crown discretion to transfer to Indian Bands administration of funds—That Band in past obtaining insufficient rate of return on investments consideration justifying Crown refusal to exercise discretion in favour of Band—Appeals against order striking paragraph of statement of defence to Samson, Enoch Bands' action allowed.

SAMSON INDIAN BAND V. CANADA (A-442-95,
A-517-95, A-256-96, A-519-95, A-535-95, A-254-96,
A-521-95, A-534-95, A-252-96, Pratte J.A., judgment
dated 22/1/97, 5 pp.)

PATENTS

Plaintiff seeking by way of summary judgment declaration terminating compulsory licence granted to defendant Novopharm in respect of Hassle's Canadian patents 158 and 417 and medicine omeprazole—Agreement made in anticipation of 1992 amendments to Patent Act replacing compulsory licensing with current regime—In three different decisions, Federal Court of Appeal characterized agreement as sub-licence in breach of clause 12 of Licence justifying termination of licence pursuant to clause thereof (leave to appeal three decisions granted by Supreme Court of Canada)—Motion for summary judgment dismissed—Incumbent on applicant to establish trial not necessary—However, essential issues of law and fact remain to be determined before Court can determine licence terminated—Unanswered questions may affect outcome of action.

AKTIEBOLAGET HASSLE V. NOVOPHARM LTD.
(T-1313-96, Lutfy J., order dated 24/2/97, 9 pp.)

PRACTICE

Extension application under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 7(5)—In main application,

PATENTS—Continued

Merck seeking order prohibiting Minister from issuing notice of compliance to Apotex in respect of anti-cholesterol drug lovastatin until expiration of Merck's relevant patent therefor—Statutory stay herein expired on December 1, 1996—First issue: status of prohibition application brought by patentee under Regulations, s. 6(1) after expiry of statutory stay under Regulations, s. 7(1)(e) and whether Court may extend time under Regulations, s. 7(5) after expiry of stay—Regulations silent as to remedy for patentee if NOC issues after expiry of statutory stay based on non-justified allegation—Implication of silence: once statutory stay expires, Court without jurisdiction to grant any remedy under Regulations—30-month period considered reasonable time within which to complete prohibition proceedings in absence of cooperation—Inconsistent with expeditious way in which proceedings under Regulations to be carried out to construe Regulations as continuing right to prohibition indefinitely irrespective of expiry of statutory stay—Extension or shortening application must be made within period of statutory stay—Patentee would still have patent infringement action with possibility of interlocutory and/or permanent injunction and/or damages—Therefore, upon expiry of statutory stay, Court no longer has jurisdiction to issue prohibition order under Regulations, s. 6(2) and extension order under Regulations, s. 7(5)—Second issue: in hypothesis Court may extend time under s. 7(5) after expiry of statutory stay, whether extension application *res judicata*—Appeal from Trial Division order granting extension allowed by Federal Court of Appeal herein on ground only basis for altering 30-month statutory stay failure to reasonably cooperate by party in expediting application under Regulations, s. 7(5) and no such evidence put before Motions Judge—Merck now bringing application to extend time based on s. 7(5) alleging failure to reasonably cooperate—No new facts relating to failure to reasonably cooperate by Apotex not known at time of extension application decided by Motions Judge and reversed by F.C.A.—Attempt to introduce new element into previously adjudicated issue repugnant to general principle of *res judicata*—Third issue: if *res judicata*, whether special circumstances justifying Court exercising discretion to allow same issue to be raised and decided again—Fact in 1995, Richard J. granted extension application herein based on consent not special circumstances—Fact Court could not accommodate early hearing date not relevant to extension issue now *res judicata*, and therefore not constituting special circumstances—Fourth issue: if matter not *res judicata*, whether extension order should be made and for what period—Additional extension to provide effective remedy to Merck over and above period attributable to Apotex's failure not authorized by s. 7(5) as due to Merck's failure to bring extension application under s. 7(5) before expiry of statutory stay—Therefore: (1) Court without jurisdiction to issue prohibition order under Regulations, s. 6(2) after expiry of statutory stay; (2) Court without jurisdiction to extend time under Regulations, s. 7(5) after expiry of statutory stay; (3)

PATENTS—Continued

extension issue *res judicata* and no special circumstances justifying Court in re-deciding issue—Extension application dismissed—Prohibition application dismissed—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 6(2), 7(5).

MERCK FROSST CANADA INC. v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T-1305-93, Rothstein J., order dated 26/3/97, 20 pp.)

Whether application for prohibition under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 6(1) moot—Lovastatin, anti-cholesterol drug, sought to be marketed by Apotex and subject to Merck patent—In April 1993, Apotex filed new drug submission together with allegation of non-infringement of Merck's relevant patent—Merck initiated prohibition proceedings (T-1305-95) under Regulations, s. 6(1)—In June 1995, Apotex filed second allegation with respect to another process by which lovastatin alleged to be produced without infringing Merck's patent—Second allegation in effect amendment or addition to new drug submission of April 1993—Merck initiated second prohibition proceedings in respect of second notice of allegation—In February 1997, Apotex says withdrew its second allegation—On same day, as result of FCA decision reversing order (in Court file T-1305-95) extending statutory stay under Regulations, s. 7(1)(e), statutory stay had expired on December 1, 1996—Apotex thought this brought to end prohibition application in T-1305-95 and that NOC would issue in respect of its new drug submission and allegation for lovastatin—Merck wrote Minister that in spite of FCA decision, prohibition still held by reason of proceedings herein (T-1695-95)—Apotex therefore withdrew its allegation giving rise to prohibition application herein—Merck advised Minister latter still prohibited from issuing notice of compliance—Apotex then wrote Minister formally withdrawing allegation—Minister indicated to both that withdrawal of second notice of allegation insufficient to negate statutory stay—Apotex now seeking order dismissing prohibition application herein on grounds application, because of withdrawal of allegation giving rise to application, moot—Merck argues under Regulations, if Court grants prohibition order, latter effective at large against Apotex in respect of patented drug at issue—Merck relying on Regulations, s. 7(1)(f)—Application to dismiss prohibition application on grounds of mootness granted and prohibition application dismissed—On balance of probabilities, withdrawal of allegation by Apotex effective as far as Minister concerned—Second alleged non-infringing process not now part of Apotex's new drug submission upon which notice of compliance would be based—Prohibition application indeed moot—45-day time limit in Regulations, s. 7(1)(b), (d) not determinative of date for adjudication as practical effect on rights of parties must still be present not just when proceedings commenced but when Court called upon to make decision—Herein, decision will have no practical effect on

PATENTS—Continued

rights of parties as allegation giving rise to prohibition application withdrawn—Applying criteria in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 340 (adversarial context (collateral consequences arising from moot proceedings), special circumstances such as issue of public importance, whether judicial branch would be seen to be intruding into function of legislative branch), discretion not exercised to decide issue even though moot—Prohibition application solely related to allegations giving rise to it, without collateral consequences or other factors suggesting adversarial relationship prevails herein—No special circumstances, no issue of public importance would be resolved—Successive filing and subsequent withdrawal not case of abuse herein—Intrusion upon functions of legislative branch not consideration herein—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 6(1), 7(1)(b), (d), (f).

MERCK FROSST CANADA INC. V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T-1695-95, Rothstein J., order dated 26/3/97, 15 pp.)

Applications to declare second or further notice of allegation delivered by Apotex Inc. under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 5 to be void, of no effect, and to permit applicants to withdraw proceedings initiated by originating notices of motion under Regulations—Previous decisions of Trial Division finding prior notice of allegation by Apotex, in relation to each of same drugs here involved, not justified—Minister prohibited from issuing notice of compliance (NOC) to Apotex for drug in issue—Decisions of Trial Division subject to appeals by both parties—Apotex serving on each of applicants further notice of allegation for claim manufacture, use, marketing of drug in question not infringement of applicants' claimed patent rights—Each of applicants filing second originating notice of motion for order prohibiting Minister from issuing NOC—Basic submissions of respective applicants similar—Regulations silent about whether more than one notice of allegation may be given by generic producer seeking to compare drug with one already approved for sale in Canada under NOC—Circumstances here different from those in *Schering Canada Inc. v. Nu-Pharm Inc.* (1994), 58 C.P.R. (3d) 14 (F.C.T.D.)—When applications heard, Court had disposed of original applications and issued orders prohibiting Minister from issuing NOCs to Apotex for drugs in question—Notice of allegation not document filed with Court but with Minister—Beyond reach of Court's jurisdiction in judicial review proceeding—Court lacking jurisdiction to strike out notice of allegation—Declaration second or further notice of allegation, in each case, void and of no effect beyond Court's authority—Time for considering weight to be given to any evidence when whole evidence considered at hearing of originating notice of motion, not in interlocutory proceedings—Weight, significance to be attached to second notice of allegation must await determi-

PATENTS—Continued

nation when merits of applicants' second originating motion for prohibition heard with full argument—Nature of proceedings under Regulations and underlying intent matters be dealt with expeditiously, without numerous interlocutory applications, supporting principle weight of second notice of allegation matter for Court hearing application for prohibition—Second order sought by applicants, that they be permitted to withdraw proceeding, no longer of interest to them—Under Federal Court Act, s. 50(1)(b), Court may order stay of proceedings "in the interest of justice"—No evidence here adduced supporting finding of irreparable harm—No basis for ordering stay on usual tests—Principle of *res judicata* in narrow sense applicable only if essentially same notice of allegation before Court has already been determined not to be justified—In both *AB Hassle and Astra Pharma* (T-1712-95) and *Glaxo Group Limited* (T-998-96) applications, second notice of allegation different from first—Facts clearly setting out basis for allegation of non-infringement different from original allegation previously determined, on consent, not to be justified—Later notice of allegation leading to order prohibiting issue of NOC to Apotex—Application of *Hoffmann-La Roche and Syntex* (T-998-96) raising different considerations than in two other files as second notice of allegation essentially same as that already determined by Reed J., and upheld by Court of Appeal, not to be justified—To permit second round of proceedings, to determine issue already determined by judge of Trial Division and upheld by Court of Appeal would be abuse of process—Principle of *res judicata* applicable in Court file T-998-96—Proceedings stayed permanently in interests of justice unless matter permitted to proceed by further order of Court—Principle of *res judicata* not applicable where Apotex's notices of allegation not pleading before Court but statements submitted to Minister and to holder of NOC—Applications allowed in part—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 5—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50(1)(b).

AB HASSLE V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T-1712-95, T-421-96, T-998-96, MacKay J., orders dated 8/1/97, 22 pp.)

Appeal from Associate Senior Prothonotary's order granting defendant Summit Technology Inc. (Summit) leave to join Summit Ireland B.V. as plaintiff by counterclaim ([1996] 3 F.C. D-56 (T.D.))—Plaintiff alleging infringement of its patents with respect to patent owned jointly by defendant Summit and Summit Ireland B.V.—Summit serving statement of defence and counterclaim including Summit Ireland B.V. as plaintiff by counterclaim—Federal Court Registry refusing to accept statement of defence and counterclaim for filing as added new plaintiff by counterclaim—In granting order under appeal, Associate Senior Prothonotary holding neither Federal Court, Ontario, English Rules applicable nor decided cases in which plaintiff by

PATENTS—Concluded

counterclaim added—Holding illogical if defendant could have forced co-owner into action as defendant, co-owner should not be permitted to voluntarily join action—Appeal allowed—Counterclaims governed by Federal Court Rules, RR. 1717 to 1722—Only defendant in action entitled to bring counterclaim—Since Summit Ireland B.V. not defendant in main action, cannot be plaintiff in counterclaim—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 1717, 1718, 1719, 1720, 1721, 1722.

VISX, INC. v. SUMMIT TECHNOLOGY INC. (T-1875-95, Jerome A.C.J., order dated 18/3/97, 3 pp.)

PENITENTIARIES

Action for general, non-pecuniary damages with interest following incident at Bowden Institution, medium security prison operated by Correctional Services of Canada near Red Deer, Alberta—Plaintiff born in China, Canadian citizen living in Vancouver—Arrived as inmate at Bowden Institution on January 6, 1992—Shortly after arrival, attacked from behind by another inmate, knocked unconscious by two blows—Throat cut, almost from ear to ear, left wrist slashed four times—Kicked and further beaten—Nose broken—During afternoon of January 6, plaintiff met another inmate (Fairfax), had friendly exchange—Latter disclosing no sign of prejudice or dislike in exchange—Serving first penitentiary term for robbery of taxi driver, with violence, dangerous driving and possession of stolen vehicle—Placed in segregation—Contract psychiatrist to Bowden Institution met with Fairfax—Reporting with emphasis on Fairfax's preoccupation with Chinese, Italian people—Fairfax described as "high-watch" inmate, known to be racially prejudiced against, among others, Chinese persons—Plaintiff advised Fairfax not to be trusted, should not go off alone with him—Court relying on reports prepared at time of incident and on plaintiff's own testimony based on recollections of evening—Fairfax first and only inmate investigated in relation to attack—Charged with attempted murder—Apparently admitted to offence—Plaintiff spent approximately two months in hospital—Alleged greater reliance on medication since assault—Testified to some difficulty with anxiety, headaches, occasional sleeplessness flowing from recollections of attack—Whether institutional officials at Bowden knew or ought to have known plaintiff might have problem with incompatible inmate—Whether, having that knowledge, they took appropriate steps to protect plaintiff from reasonably foreseeable risk of injury—Officials at Bowden knowing Fairfax had strong racial prejudice against Chinese persons—Had no reason to know or to even suspect Fairfax might be stalking plaintiff that evening—No breach of duty of care arising from foreseeable, unreasonable risk of harm to plaintiff created by acts, omissions of institutional officials at Bowden Institution—On information available to

PENITENTIARIES—Concluded

institutional officials, foreseeable risk not so high as to be unreasonable—Appropriate steps taken to protect plaintiff—Action dismissed.

ENG V. CANADA (T-247-93, Gibson J., judgment dated 4/4/97, 20 pp.)

PENSIONS

Application for judicial review of Pension Appeal Board decision requirement, for eligibility for disability benefits, claimants must have made contributions in recent years prior to claim not in violation of Charter, s. 15—Application dismissed—Fact "recency" test applied to disabled claimants but not to other claimants under Plan not discrimination within meaning of Charter, s. 15—Equality not requiring every beneficiary under income replacement scheme under Canada Pension Plan be entitled to identical benefits or identical conditions of eligibility—Not surprising that scheme designed to replace loss of employment income due to disability requiring some evidence of recent employment even if could be other methods for allocating such benefits—If recent Supreme Court cases might be interpreted to indicate discrimination must nevertheless be found, Board did not err in finding justification under Charter, s. 1—Objective of maintaining viable income replacement program legitimate and Board could conclude eligibility requirements in question reasonably related to objective—Courts and tribunals should not be quick to second-guess judgments of Parliament as to proper criteria for various benefits under social programs—Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8,—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part 1 of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15.

XINOS V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-212-96, Strayer J.A., judgment dated 19/3/97, 2 pp.)

PRACTICE

Motions for order plaintiffs not bring further motions in proceedings except with prior leave of Court—Basis for defendant's motions perceived abuse of Court's process by plaintiffs, with multiplicity of procedural initiatives—Unusual order not specifically provided for by any of Court's Rules—Counsel for defendant supporting motions to require plaintiffs to seek leave by analogy with Federal Court Act, s. 40—Also arguing Court should adopt order by analogy to one that might be made under s. 37.16 of the Ontario Rules of Civil Procedure—No finding plaintiffs intended to abuse process of Court—Multiplicity of motions, applications, inquiries, other initiatives, many not in usual form, some without supporting affidavits or with affidavits not setting out factual basis for application—Plaintiff Mary

PRACTICE—Continued

David not solicitor—Latter's initiatives resulting in multiplicity of papers requiring defendant, and often Registry or Court, to review and to respond without contributing to progress in advancing action initiated by Mary David for plaintiffs—Order issued to require leave to file motions, applications, other initiatives—Court will be able to maintain all correspondence, documents from plaintiffs in case management file, and when leave granted to file motion or application, to file that on Court's regular file for proceedings—Once on regular file, it will be part of Court's regular process for formal response by defendant or for determination by Court—Motions allowed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 40 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 11)—Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, R. 37.16.

OLYMPIA INTERIORS LTD. v. CANADA (T-1436-92, GST-41-92, ITA-8447-92, MacKay J., orders dated 31/1/97, 11 pp.)

COSTS

Access to information—Application for costs of interlocutory motion under Access to Information Act, s. 53 after unsuccessful access application—No important new principle within Act, s. 53(2) with respect to whether solicitors' accounts subject to solicitor-client privilege—Privilege and waiver principles arising herein do not qualify as important new principles in relation to Act—Even issue of whether basis for excluding solicitors' accounts or portions of them from privileged categorization not raising important new principle: principle exemptions under Act to be construed narrowly not new—With respect to exercise of discretion by Court under Act, s. 23, no important new principle raised in relation to Act—No basis for award under Act, s. 53(1)—While case indeed complex, complexity not favouring applicant as opposed to respondent: both parties had to contend with complex issues—Amelioration of hardship not relevant consideration in award of costs under Access to Information Act—While ambiguity of respondent's position regarding identity of client in solicitor-client relationship herein may well have contributed to length of hearing and work to which applicant's counsel were put, consideration not justifying discretionary award of costs to unsuccessful party—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 53.

STEVENS v. CANADA (PRIME MINISTER) (T-2419-93, Rothstein J., order dated 2/4/97, 5 pp.)

DISCOVERY*Production of Documents*

Application for stay of decision granting leave to intervene (T-304-96, T-306-96, T-386-96, MacKay J., order

PRACTICE—Continued

dated 7/2/97, not yet reported) pending hearing of appeal—Minister seeking directions as to whether bound to produce, pursuant to R. 1612 or Court order, copy of specified material requested by intervenors—Intervenors seeking declaration material relevant, ought to be produced by Minister—Application for stay dismissed—Decision granting leave based on proper principle—No irreparable harm to applicants in absence of issuance of stay—Intervenors not entitled to material requested pursuant to either R. 1612 or Court order—Only party can compel production of materials pursuant to R. 1612—Nothing in terms of order granting leave to intervene suggesting intervenors could have access to material—Reasons indicating opposite—Terms of order revealing evidence emanating from Minister and required by intervenors understood to be comprised within materials already produced—Judge's comments in open Court clearly communicating understanding no additional material would be required from Minister—"Proposed participants" having duty to inform Court requiring evidence beyond that already produced by Minister as could have had significant impact on exercise of discretion—As presented, Judge satisfied grant of intervention would not alter timetable set by Associate Chief Justice—Carefully stated understanding of how record would be constituted—Having failed to apprise Judge of position as to insufficiency of materials provided by Minister, intervenors cannot now rely on order to seek production of additional material—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1612 (as enacted by SOR/92-43, s. 19).

MERCK FROSST CANADA INC. v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T-304-96, T-306-96, T-386-96, Noël J., order dated 18/2/97, 5 pp.)

JUDGMENTS AND ORDERS*Reversal or Variation*

Motion for time to apply for reconsideration of order striking out statement of claim, and for reconsideration pursuant to R. 337(5)—Defendant filing notice of motion for order striking out statement of claim, memorandum of fact and law same day—Admission of service by plaintiff's solicitor on notice of motion—Notice of motion filed pursuant to R. 324, permitting motion to be dealt with without personal appearance—Five weeks later, no representation having been received from plaintiff, claim struck out, action dismissed—Plaintiff attempting to file response following week—Federal Court Rules neither indicating when response may be filed, nor that moving party may set time before which response must be filed—R. 324(4) requiring all interested parties have reasonable opportunity to make representations before motion disposed of—Reasonable time depending on manner in which notice of motion served—If service by hand, no appreciable time needed for transmissions—Some regard must also be given to probable complication of preparing response, possibility

PRACTICE—Continued

time needed to obtain affidavit evidence—Ten days or two weeks sufficient to prepare response herein where jurisdiction of Court only matter to be considered—Where not possible to respond within two weeks after service, responding party should notify Registry of intention to respond, indicate why response will be delayed, and for how long—As no response filed, no reasons given for striking statement of claim—R. 337(5)(a) not applicable where no reasons given—R. 337(5)(b) not applicable as plaintiff's memorandum of fact and law could not be overlooked when not before prothonotary—R. 1733 inapplicable—R. 330 could have been considered if argued—Order given in absence of party can only be rescinded at instance of that party, if that party excuses all of delays and also shows arguable case within jurisdiction of Court—Delay in tendering response and more than two months' delay in moving for reconsideration should have been addressed—Federal Court Act, s. 18(1)(a) giving Trial Division exclusive original jurisdiction to issue writ of *mandamus*—S. 18(3) providing remedies provided for in s. 18(1), (2) may be obtained only on application for judicial review made under s. 18.1—Application under s. 18.1 made by application or originating notice of motion, not by action commenced by statement of claim—In light of precise wording of s. 18(3) and fact Federal Court statutory court without jurisdiction to act without statutory authority, no possible chance action can succeed when started by statement of claim and seeking only *mandamus*—Motion dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 324, 330(b) (as am. by SOR/79-58, s. 1), 337(5), 1733—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 17 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3), 18 (as am. *idem*, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5).

BRAR V. CANADA (T-1806-96, Giles A.S.P., order dated 14/2/97, 5 pp.)

PARTIES

Motion to strike Parker J., Commissioner, as party defendant, as being not necessary party to action—Parker J. appointed Commissioner in 1986 to inquire into facts following allegations of conflict of interests with respect to conduct, dealings, actions of plaintiff—Plaintiff's action commenced in December 1987 prior to coming into force of amendments to Federal Court Act, Rules—Properly brought before Court—1992 amendments could not affect plaintiff's right to have named Commissioner Parker as necessary, proper party to action—Criteria for naming parties in action found in R. 1716(2)—R. 1716(2) not preventing naming of decision-makers as parties defendants—Defendant Parker J. necessary, proper party to action—R. 1716(2) not limiting Commissioner Parker's role in action—Motion dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1716(2).

STEVENS V. CANADA (COMMISSIONER W. D. PARKER) (T-2682-87, Tremblay-Lamer J., order dated 21/3/97, 6 pp.)

PRACTICE—Continued*Joinder*

Patent infringement action—Motion for order to file and serve more accurate or complete affidavits of documents, specifically, defendant's sales invoices to specific customers pertaining to weighing scales and mobile weighing cells—No privilege attaching to documents—Consequently, defendant ordered to file supplementary affidavit listing all documents related to purchase and/or sale of massload weighing scales and mobile weighing cells—Motion for leave to join, as additional party defendants, president and vice-president/secretary treasurer of defendant as well as alleged partnership between them, Massload Technologies—Motion dismissed with respect to Massload Technologies as partnership not established—*Mentmore Manufacturing Co. v. National Merchandising Manufacturing Co.* (1978), 40 C.P.R. (2d) 164 (F.C.A.) considered as to personal liability of company directors or officers—Given considerations therein, not plain and obvious plaintiff's case against individual defendants will fail—Therefore, plaintiff given leave to join above individuals as additional party defendants.

NORAC SYSTEMS INTERNATIONAL INC. V. PRAIRIE SYSTEMS AND EQUIP. LTD. (T-1973-95, Nadon J., order dated 7/3/97, 11 pp.)

PLEADINGS*Motion to Strike*

Application to expedite hearing of originating motion for judicial review and motion for prohibition to preclude Commission from calling applicant as witness until full disclosure and time to review matters disclosed given to applicant—Respondents applying to strike originating motion—Applicant commander of Canadian Joint Forces to Somalia from December 1992 until June 23, 1993—Because of incidents arising while forces in Somalia, respondent Commissioners appointed by Governor in Council to inquire into, report upon deployment, activities of Canadian Joint Forces—Applicant involved in choosing majority of staff officers assigned to Canadian Joint Forces to Somalia, later commander of those forces in Somalia—As early as May 1995 anticipated applicant would testify as witness before Commission—Throughout Commission's hearing entitled to representation, counsel having opportunity to cross-examine witnesses whose testimony related to his interests—Applicant receiving two notices pursuant to Inquiries Act, s. 13 putting him on notice adverse findings may be made against him in Commission's report when completed—Second notice, relating to in-theatre operations, withdrawn after Commission directed to terminate public hearings by March 31, 1997—Applicant will not have opportunity to call witnesses or to adduce evidence—Planning, preparations for applicant to testify before Commission underway year or more before counsel serving notice would not voluntarily

PRACTICE—Continued

appear as witness unless full, complete disclosure, opportunity to consider matters disclosed in advance of appearance—When summons to witness to appear served on superior officer, applicant confirming by message dated January 27, 1997 would testify—Application for interlocutory injunction to prevent Commission from calling applicant as witness until final determination of prohibition application refused—Applicant appearing voluntarily before Commission January 31, 1997 but testimony adjourned until February 4, 1997—Motion to strike allowed—Purpose of originating notice of motion moot when application to strike heard—Applicant already appearing before Commission, indicating readiness to testify—Prohibiting appearance, quashing summons would have no significance or utility—Court will not act to grant relief which could be of no effect, and where objectives of relief sought moot—Furthermore, no reasonable grounds established for relief claimed—Principle of fairness not supporting finding Commission owing applicant duty requiring more than reasonable disclosure of areas to be subject of testimony, documents to which may expect to be referred—Commission not adjudicative body—Engaged simply in investigating matters within terms of reference—Public inquiries neither criminal investigations nor criminal trials—Not establishing criminal or civil liability—Findings may or may not be acted upon by government—Witness appearing voluntarily or by summons at investigative hearings of inquiry not faced with “case to be met”—Cases concerning circumstances where specific determination to be made, one defined by criminal charges, statutory provision, with reference to individual whose liberty may be at issue, distinguished—So far as principle of fairness would dictate disclosure to prospective witness at this stage, efforts made to provide reasonable disclosure of areas of interest, documents, testimony of others, to applicant—Applicant, counsel must have good idea of any potential imputation of misconduct that might arise from documentary evidence, testimony already before Commission—Principle of fairness applicable to Commission’s processes, particularly those affecting persons given notice under Inquiries Act, s. 13—But s. 13 relating to duty to provide notice of, opportunity to respond to findings Commission may make about misconduct—Steps taken by Commission to provide information to witnesses, relevant for, but in advance of their testifying, extensive, thorough—Processes followed meeting obligation of fairness—Opportunity must be provided for comment by persons about whom Commission may ultimately propose to make findings of misconduct—Perception of fault arising from testimony of others of which applicant aware, or from documents—Even if not having opportunity to call witnesses or adduce own evidence in course of public hearings, any person to whom Commission giving notice under Act, s. 13 can still respond in writing—Inquiries Act, R.S.C., 1985, c. I-11, ss. 12, 13.

LABBÉ V. CANADA (COMMISSIONER, COMMISSION OF INQUIRY INTO DEPLOYMENT OF CANADIAN FORCES TO SOMALIA) (T-133-97, MacKay J., order dated 27/3/97, 14 pp.)

PRACTICE—Continued

Respondent seeking to strike certain grounds in motion for judicial review—Applicant requesting adjournment to hearing of judicial review—In judicial review applications parties should proceed to merits in accordance with timetable set out in Rules, or by Court and should not bring interlocutory applications to strike all or part of judicial review applications: *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588 (T.D.)—Exception motions so clearly improper as to be bereft of any possibility of success—Debatable issue herein as to adequacy of allegations in judicial review application—Restrictive standard to invoke exception in *Pharmacia* not met—Respondent’s motion adjourned to hearing of judicial review application when, if convenient, may be heard as preliminary application—Federal Court Rules, C.R.C., R. 1602(4) (as am. by SOR/92-43, s. 19).

SCIASCIA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-61-96, Rothstein J., order dated 25/2/97, 3 pp.)

**PRELIMINARY DETERMINATION OF
QUESTION OF LAW**

Case involving complex issues of law, fact—R. 474 conferring unusual remedy, normally confined to cases in which parties agree on facts, legal question requiring answer—(1) Within case inappropriate for R. 474 motion—(i) Facts in dispute—Respondent flatly denying discrimination—(ii) No pure question of law determinable in R. 474 motion, because ruling would require adjudication on some of facts in dispute—Court should not do so as preliminary matter of law—Furthermore, legal questions not framed in way acceptable to both parties—(iii) R. 474 motion method for shortening length of trial—No indication that will happen herein—Everything in this case in dispute—Trial necessary to resolve differences between parties—(2) No basis for striking amended amended statement of claim pursuant to R. 419—*Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181, distinguished—*Moore v. The Queen in right of British Columbia* (1988), 50 D.L.R. (4th) 29 (B.C.C.A.) no longer applicable given changes in legislation brought by advent of Charter—Nothing in federal human rights legislation precluding separate Charter action—Both human rights process and Charter process available to plaintiffs—Plaintiffs’ action founded in Charter—Remedial power enshrined in Charter, s. 24 allowing for broader remedy than that provided in Canadian Human Rights Act—Action neither frivolous, vexatious nor abuse of process because plaintiffs having right to bring action before Court under Charter notwithstanding jurisdiction of CHRC to hear human rights complaints—Claim struck only in plain and obvious cases, where Court satisfied beyond doubt no reasonable cause of action—Case at bar not passing that test—R. 419 motion inappropriate way to dispose of cases involving complex issues—Application of general principles applicable to all

PRACTICE—Continued

pleadings: (1) Cause of action founded in law—(2) In determining existence of cause of action, material facts pleaded to be taken as proved—Differential treatment set out in pleadings—Sufficient facts to support allegations of discrimination—(3) If facts, taken as proved, disclose reasonable cause of action, action may proceed—Since first-named plaintiff already successful before Public Service Commission Appeal Board, not case of no prospect of success—(4) Statement of claim read as generously as possible—Statutory compensation scheme provided by CHRA insufficient to oust plaintiffs' rights to Charter action—Paragraphs referring to remedies Court not having jurisdiction to grant struck—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 419, 474—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 24.

PERERA V. CANADA (T-608-92, Cullen J., order dated 24/2/97, 8 pp.)

PRIVILEGE

Motion for production of documents from U.S. plaintiff's U.S. lawyers filed in connection with prosecution of U.S. plaintiff's Canadian patent—Documents part of exchange between U.S. plaintiff's U.S. lawyer and Canadian patent agents, admittedly not solicitors—Exchange for purposes of prosecuting Canadian patents—No litigation specifically contemplated at time—Whether solicitor and client privilege attaching to correspondence—Motion for production dismissed—Two types of solicitor and client privilege: (1) privilege attaching to communications between solicitor and client for purposes of obtaining legal advice, assistance; (2) privilege attaching to reports, information prepared by third parties for use of client's solicitor in litigation—Second type of privilege not applicable as litigation not in contemplation at relevant time—Dominant purpose of communication to obtain Canadian patent—Where solicitor requesting person to obtain or generate and supply information to solicitor so that solicitor can render legal advice or assistance to client, that information while possibly exigible from other sources not exigible from solicitor's files—Protection not diminished by fact material or information in U.S. attorney's files may have been originated by patent agent—U.S. plaintiff's house counsel qualifying as legal adviser for purposes of U.S. plaintiff being able to claim solicitor and client privilege—Documents for which privilege claimed generated by or at request of U.S. plaintiff's house counsel for purpose of providing advice to U.S. plaintiff—Documents ordered sealed until matter finally disposed of.

WHIRLPOOL CORP. V. CAMCO INC. (T-2028-95, Giles A.S.P., order dated 3/4/97, 5 pp.)

PRACTICE—Concluded**STAY OF PROCEEDINGS**

Appeal from Trial Judge's decision "continuing" stay of proceedings, dismissing application for reconsideration—Deportation order issuing against respondent—Before appeal heard, Immigration Act, s. 70(5) enacted prohibiting continuation of appeal from such deportation order, if not yet heard, where Minister of opinion person constituting danger to public in Canada—Providing for judicial review of deportation order in lieu of appeal—Minister making such order in respect of respondent—Respondent applying for leave to seek judicial review of order determining him to be danger to public—McKeown J. issued stay of deportation until application for judicial review finally disposed of—Cullen J. dismissing application for leave, granting continuation of stay until question for certification determined in another case—Subsequently confirming continuation of stay, stating clear original stay would be extended until judicial review finally disposed of, ongoing until other case decided—Appeal allowed—Federal Court Act, s. 18.2 authorizing Court to make ancillary orders during course of disposing of application for leave to seek judicial review of decisions such as Minister's, for example, stay order "pending final disposition of application"—Original stay ending with dismissal of leave proceedings—No longer leave or review proceeding to which stay could be ancillary under s. 18.2—S. 50(1)(b) never intended to give general mandate to Trial Division to stop deportations no longer under attack in Court, directly or indirectly, because some day might be case law more favourable to deportee—Continued stay invalid—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.2 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), 50(1)(b), 70(5) (as enacted by S.C. 1995, c. 15, s. 13).

FORDE V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-938-96, Strayer J.A., judgment dated 17/3/97, 5 pp.)

PUBLIC SERVICE**SELECTION PROCESS**

Application for judicial review of decision of Selection Review Committee of National Parole Board not to grant applicant interview for appointment as part-time member of Board—Committee conducting initial screening of candidates—In 1995, applicant responded to notice in *Canada Gazette* for part-time Board member position in Ontario, Quebec regions—Notice outlining qualifications for "preferred candidates"—Applicant having 15 years' experience in penal justice system, degree in law—Removed from interview list—Corrections and Conditional Release Act, s. 103 giving Governor in Council full discretionary authority to appoint members upon recommendation of Minister—

PUBLIC SERVICE—Continued

Decision of committee not to grant applicant interview subject to judicial review under Federal Court Act, s. 18.1—Minister of Crown not strictly required to exercise statutory power personally—Committee, acting in name of Minister, subject to same level of procedural fairness as Minister—Act granting Minister broad discretion in deciding to recommend future part-time Board members to Cabinet—No procedural protection flowing from decision of Minister in absence of abuse of discretion including acting in bad faith—Notice not creating legitimate expectation on part of applicant he would be granted interview—Error in “chart for selection process of candidates for Board member positions “ not made in perverse, capricious manner without regard to material before it—Insufficient to justify setting aside decision to not grant interview—Application dismissed—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 103—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)

GRIFFIN V. CANADA (T-722-96, Wetston J., order dated 20/3/97, 7 pp.)

Merit Principle

Application to set aside Public Service Commission's (PSC) refusal to implement recommendations of Board of Inquiry—DND assessing 90 candidates to fill vacancies for Kitchen Helper positions at its premises in Kingston, Ontario—Complaints made to PSC regarding way in which candidates assessed—Despite finding of irregularities by on-site investigator, three eligibility lists established—Department conceding errors made in marking of candidates—Second assessment determining 22 of 24 individuals appointed still qualified, although not necessarily best candidates—In 1995 Board of Inquiry inviting all interested persons to present evidence, make representations—Finding serious flaws in assessment of candidates, recommending new assessment, appointment of top 24 candidates, revocation of appointments of anyone not in top 24—Commission instead adopting in-house recommendations, confirming appointments of those qualifying twice, considering on-the-job experience as valid criterion for selection—Complainants appearing before Board of Inquiry not given opportunity to make submissions to Commission—Application allowed—(1) Commission not observing basic principles of procedural fairness when failed to acquaint interested parties with case would have to meet and to provide them with opportunity to respond before deciding to disregard recommendations of Board of Inquiry—(2) PSEA, s. 10 requiring appointments to Public Service to be based on selection according to merit—Merit principle calling for selection of best qualified candidates—Familiarity with actual duties of position may provide candidates in place with unfair advantage—Risk selection process may not result in selec-

PUBLIC SERVICE—Concluded

tion according to merit—Through implementation of corrective action confirming selections made on basis of two demonstrably flawed assessments, Commission failing to select according to merit—Those occupying positions pursuant to flawed assessments ought not to be retained merely because of satisfactory performance—Actual performance only showing qualify for job, not indicating best qualified in accordance with merit principle—PSC must undertake fresh assessment process—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 10.

MCAULIFFE V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(T-2373-95, Dubé J., order dated 12/2/97, 8 pp.)

TRADE MARKS**PRACTICE**

Motion to strike paragraphs of statement of defence, counterclaim for disclosing no reasonable cause of action—Both parties manufacture, sell garments—Both display trade marks prominently on all merchandise by sewing tab along seam—Defendants alleging since 1982 plaintiffs commencing over 20 actions in this Court for sole purpose of intimidating or coercing competitors into ceasing use of tab devices for purpose of displaying trade marks—Clearly allegation to support cause of action in abuse of process—Tort of abuse of process defined in *Tsipoulos v. Commercial Union Assurance Co.* (1986), 32 D.L.R. (4th) 614 (Ont. H.C.) as misusing of courts' process to coerce someone in some way entirely outside ambit of legal claim upon which court asked to adjudicate—Occurring when court's process used for improper purpose and where definite act or threat in furtherance of such purpose—Cause of action arising when processes of law used for ulterior or collateral purpose—Trade-marks Act, s. 7(a) not including tort of abuse of process as here alleged—*S. & S. Industries Inc. v. Rowell*, [1996] 1 S.C.R. 419 holding combined effect of ss. 7(a), 52 to create statutory cause of action for which damages may be awarded if person damaged by false or misleading statements by competitor tending to discredit claimant's business, wares or services—Essential elements of action: false or misleading statement; tending to discredit business, wares or services of competitor; resulting damage—Commencing of numerous actions by plaintiffs not amounting to false or misleading statements within meaning of first essential element of s. 7(a)—Additionally at common law, statements in pleadings to be considered privileged and consequently, even if false, cannot bring within s. 7(a) any defendant to such claim—Motion allowed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 7(a).

LEVI STRAUSS & CO. V. TIMBERLAND CO. (T-2702-96, Morneau P., order dated 21/3/97, 5 pp.)

TRADE MARKS—Continued

Motion for extension of time to file reply to applicant's originating notice of motion to have respondent's trade mark expunged from register of trade marks—Applicant, established in 1967, large integrated Taiwanese multinational conglomerate composed of various divisions, operating as President Group—In 1994, applicant registered, as trade mark in Canada, word "President" in connection with sale, leasing, advertising, promotion and property management of shopping centre services and warehouse services—Respondent, British Columbia company incorporated early in 1993, carries on business as residential, commercial real estate sales and listing agents—In late 1993, 1994, applicant aware respondent operating under name of "President Group Realty" or "Remax President Group Realty"—Application to strike out respondent's trade mark under Trade-marks Act, s. 57 commenced December 20, 1996—Respondent had sixty days to file response under R. 704(4)—Time to reply expiring March 10, 1997—Deadline not met—Proceeding involving R. 704, Trade-marks Act, s. 57 summary proceeding in which time limits very specific—Two-part test set out by Federal Court: (1) valid reason or excusable reason for delay; (2) relevance and admissibility, whether it will be in interests of justice—No reason to depart from two-part test: in order to file document late under R. 704, there must be valid reason for delay and intrinsic worth of material must make it necessary—Affidavit material supporting motion herein merely setting out chronology—Nothing in support of motion dealing with delay from point of view of President Group Realty Ltd.—Nothing touching on delay in material respondent wished to file in reply—Time limits in rules dealing with summary matters not to be ignored without reasonable justification—No justification offered herein—Motion denied—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c.

TRADE MARKS—Concluded

T-13, s. 57—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 704 (as am. by SOR/79-57, s. 16; 92-726, s. 9).

PRESIDENT ASIAN ENTERPRISES INC. v. PRESIDENT GROUP REALTY, LTD. (T-2811-96, Hargrave P., order dated 26/3/97, 9 pp.)

REGISTRATION

Appeal from Registrar of Trade-marks' decision refusing appellant's application for registration of trade mark "Where The World Comes To Play" in respect of certain wares—Respondent opposed registration on basis of confusion with own "Toronto Come To Play" trade mark—Appeal treated as trial *de novo*—Appeal allowed—Both marks herein possess little inherent distinctiveness—Respondent's mark not strong and not having claim to wide ambit of protection—Therefore, even minor differences between marks should distinguish them—No substantial difference in length of time of use—Trade marks appear and sound different in entirety even though words "come to play" common to both—Marks quite different in appearance and way presented—No similarity between first word of each mark and unlikely to be confused by ordinary customer in sound or appearance—As matter of first impression, trade marks sufficiently dissimilar and unlikely to be confused—No evidence of confusion during years of use—Matter referred back to Registrar for redetermination on basis application for registration of trade-mark "Where The World Comes To Play" should be granted for all wares and services listed in application.

SKYDOME CORP. v. TORONTO HEART INDUSTRIES LTD. (T-2491-95, Lutfy J., judgment dated 10/3/97, 6 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.

BREVETS

Demander sollicitant un jugement déclaratoire sommaire mettant fin à la licence obligatoire accordée à la défenderesse Novopharm à l'égard des brevets canadiens de Hassle n^{os} 158 et 417 et du médicament oméprazole—Entente conclue en prévision des modifications apportées en 1992 à la Loi sur les brevets et qui ont remplacé le régime de l'homologation obligatoire par le régime actuel—Dans trois décisions différentes, la Cour d'appel fédérale a conclu que l'entente était une sous-licence qui allait à l'encontre de la clause 12 de la licence, ce qui justifiait sa résiliation aux termes de la licence (la Cour suprême du Canada a accordé l'autorisation d'interjeter appel à l'égard des trois décisions)—Requête en jugement sommaire rejetée—Il incombe au requérant de démontrer que la tenue d'une instruction n'était pas nécessaire—Toutefois, il reste des questions de droit et de fait essentielles qui doivent être tranchées avant que la Cour puisse se prononcer sur la résiliation de la licence—Il existe des questions non tranchées qui peuvent toucher le résultat de l'action.

AKTIEBOLAGET HASSLE C. NOVOPHARM LTD.
(T-1313-96, juge Lutfy, ordonnance en date du 24-2-97, 10 p.)

PRATIQUE

Demande de prorogation en vertu de l'art. 7(5) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—Dans le cadre de sa demande principale, Merck sollicite une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité à Apotex relativement au médicament anticholestérol appelé lovastatin jusqu'à l'expiration de son brevet visant ce médicament—Le sursis prévu par la Loi a expiré le 1^{er} décembre 1996—Première question: quel est le statut d'une demande d'interdiction présentée par un breveté en vertu de l'art. 6(1) du Règlement après l'expiration du sursis prévu à l'art. 7(1)e) et la Cour peut-elle proroger le délai en vertu de l'art. 7(5) après l'expiration du sursis?—Le Règlement est muet quant au recours d'un breveté en cas de

BREVETS—Suite

délivrance d'un avis de conformité après l'expiration du sursis réglementaire, vu l'absence de fondement de l'allégation—Il s'ensuit qu'après l'expiration du sursis réglementaire, la Cour n'a pas compétence pour accorder quelque recours que ce soit en vertu du Règlement—La période de 30 mois a été considérée comme raisonnable pour permettre à une partie de compléter l'instance en interdiction en cas d'absence de collaboration—Interpréter le Règlement comme maintenant le droit d'interdiction indéfiniment sans égard à l'expiration du sursis réglementaire serait contraire à la manière expéditive dont l'instance prévue au Règlement doit être conduite—La demande visant à proroger ou à abrégé le délai doit être présentée pendant la période de sursis réglementaire—Le breveté peut toujours intenter une action en contrefaçon de brevet avec la possibilité de demander une injonction interlocutoire ou permanente ainsi que des dommages-intérêts—Par conséquent, à l'expiration du sursis réglementaire, la Cour n'a plus compétence pour délivrer une ordonnance d'interdiction en vertu de l'art. 6(2) ni une ordonnance de prorogation en vertu de l'art. 7(5)—Deuxième question: dans l'hypothèse où la Cour peut proroger le délai en vertu de l'art. 7(5) après l'expiration du sursis prévu par la Loi, la demande de prorogation est-elle chose jugée?—L'appel de l'ordonnance de la Section de première instance prorogeant le délai a été accueilli par la Cour d'appel fédérale en l'espèce au motif que la seule raison permettant de modifier le sursis réglementaire est le défaut d'une partie de collaborer de manière raisonnable au traitement expéditif de la demande fondée sur l'art. 7(5) et qu'aucun élément de preuve semblable n'a été présenté devant le juge des requêtes—Merck présente maintenant une demande de prorogation de délai en vertu de l'art. 7(5), alléguant le défaut d'Apotex de collaborer de manière raisonnable au traitement expéditif de la demande—Il n'existe aucun fait nouveau se rapportant au défaut d'Apotex de collaborer de manière raisonnable qui n'était pas connu au moment de la demande de prorogation tranchée par le juge des requêtes dont la décision a été infirmée par la C.A.F.—Tenter d'introduire un nouvel élément dans une

BREVETS—Suite

question qui a déjà fait l'objet d'une décision judiciaire est contraire au principe général de la chose jugée—Troisième question: si la demande de prorogation est chose jugée, existe-t-il des circonstances spéciales justifiant que la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire en permettant que la même question soit soulevée et tranchée encore une fois?—Le fait que le juge Richard a, en 1995, accordé une prorogation du délai du consentement des parties ne constitue pas une circonstance spéciale—Le fait que la Cour ne pouvait fixer une date d'audience rapprochée n'est pas pertinent quant à la question de la prorogation et il s'agit maintenant d'une chose jugée qui ne constitue pas, par conséquent, une circonstance spéciale—Quatrième question: si la question n'est pas chose jugée, une ordonnance de prorogation devrait-elle être rendue et, dans l'affirmative, pour quelle période?—L'art. 7(5) n'autorise pas une prorogation supplémentaire permettant de procurer une mesure de redressement efficace à Merck au-delà de la période attribuable au défaut d'Apotex parce que Merck n'a pas présenté la requête en prorogation en vertu de l'art. 7(5) avant l'expiration du sursis réglementaire—En conséquence, (1) la Cour n'a pas compétence pour rendre une ordonnance d'interdiction en vertu de l'art. 6(2) du Règlement après l'expiration du sursis réglementaire; (2) la Cour n'a pas compétence pour proroger le délai en vertu de l'art. 7(5) après l'expiration du sursis réglementaire; (3) la question de la prorogation est chose jugée et il n'existe pas de circonstances spéciales qui justifieraient que la Cour se prononce à nouveau sur cette question—Demande de prorogation rejetée—Demande d'interdiction rejetée—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, par. 6(2), 7(5).

MERCK FROSST CANADA INC. c. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (T-1305-93, juge Rothstein, ordonnance en date du 26-3-97, 24 p.)

Il s'agit de savoir si la demande d'interdiction fondée sur l'art. 6(1) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) est devenue théorique—Apotex cherche à commercialiser le médicament anti-cholestérol appelé lovastatin, lequel fait l'objet d'un brevet dont Merck est titulaire—En avril 1993, Apotex a déposé une présentation de drogue nouvelle ainsi qu'une allégation de non-contrefaçon du brevet pertinent de Merck—Merck a engagé une instance en interdiction (T-1305-95) en vertu de l'art. 6(1) du Règlement—En juin 1995, Apotex a déposé une seconde allégation relativement à un autre procédé de fabrication du lovastatin, censé ne pas contrefaire le brevet de Merck—Cette seconde allégation constitue en fait une modification de la présentation de drogue nouvelle déposée en avril 1993 ou un complément de cette présentation—Merck a engagé une seconde instance en interdiction à l'égard du second avis d'allégation—En février 1997, Apotex annonce son intention de retirer sa seconde allégation—Le même jour, vu l'arrêt de la Cour d'appel fédérale

BREVETS—Suite

infirmant l'ordonnance (n° de greffe T-1305-95) qui prorogait le sursis réglementaire en vertu de l'art. 7(1)e) du Règlement, ledit sursis réglementaire a expiré le 1^{er} décembre 1996—Apotex a estimé que cela mettait un terme à la demande d'interdiction dans le dossier T-1305-95 et qu'un avis de conformité serait délivré à l'égard de sa présentation de drogue nouvelle et de son allégation relative au lovastatin—Merck a écrit au ministre, faisant valoir qu'en dépit de l'arrêt de la C.A.F., l'interdiction était toujours valable étant donné les procédures intentées dans la présente espèce (T-1695-95)—Apotex a par conséquent retiré son allégation à l'origine de la demande d'interdiction en l'espèce—Merck a avisé le ministre qu'il lui était toujours interdit de délivrer un avis de conformité—Apotex a ensuite écrit au ministre pour retirer formellement son allégation—Le ministre a avisé les deux parties que le retrait du second avis d'allégation était insuffisant pour annuler le sursis réglementaire—Apotex sollicite maintenant une ordonnance rejetant la demande d'interdiction présentée en l'espèce, au motif que le retrait de l'allégation ayant donné lieu à cette demande a rendu cette dernière théorique—Merck soutient que, suivant le Règlement, l'ordonnance d'interdiction que prononce la Cour vise Apotex de façon générale relativement au médicament breveté en litige—Merck invoque l'art. 7(1)f) du Règlement—Requête en rejet de la demande d'interdiction, étant donné son caractère théorique, accueillie, et demande d'interdiction rejetée—Selon la prépondérance des probabilités, le retrait de l'allégation d'Apotex est valable en ce qui concerne le ministre—La seconde allégation relative au procédé qui n'opérerait pas contrefaçon ne fait pas présentement partie de la présentation de drogue nouvelle sur lequel l'avis de conformité serait fondé—La demande d'interdiction est de fait théorique—Le délai de 45 jours prévu à l'art. 7(1)b) et d) du Règlement n'est pas pertinent quant à la date d'adjudication étant donné que l'effet pratique sur les droits des parties doit continuer à exister non seulement lors de l'institution de l'instance mais également lorsque la Cour est appelée à rendre une décision—En l'espèce, la décision n'aura pas d'effet pratique sur les droits des parties puisque l'allégation à l'origine de la demande d'interdiction a été retirée—Suivant le critère énoncé dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 340 (contexte contradictoire (conséquences accessoires susceptibles de résulter de procédures théoriques), circonstances spéciales telle une question d'importance publique, possibilité que l'intervention du pouvoir judiciaire soit perçue comme une ingérence dans les attributions du pouvoir législatif), il n'y a pas lieu d'exercer le pouvoir discrétionnaire de trancher la question en dépit de son caractère théorique—La demande d'interdiction est liée uniquement aux allégations qui y donnent lieu, sans qu'il y ait de conséquences accessoires ou d'autres facteurs témoignant de l'existence de rapports contradictoires en l'espèce—Pas de circonstances spéciales, pas de question d'importance publique à résoudre—Le dépôt successif et le retrait subséquent ne constituent pas un abus de procédure en l'espèce—L'ingérence dans les attributions

BREVETS—Suite

du pouvoir législatif n'est pas un facteur à prendre en considération en l'espèce—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS-93-133, art. 6(1), 7(1)b), c), d), f).

MERCK FROSST CANADA C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (T-1695-95, juge Rothstein, ordonnance en date du 26-3-97, 15 p.)

Demandes visant à faire déclarer nul et sans effet un deuxième ou nouvel avis d'allégation remis par Apotex Inc. conformément à l'art. 5 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), et à permettre aux requérantes de se désister des instances qu'elles ont engagées par voie d'avis de requête introductive d'instance en vertu du Règlement—Dans des décisions antérieures, la Section de première instance a conclu qu'un précédent avis d'allégation remis par Apotex, à l'égard de chaque médicament visé en l'espèce, n'était pas fondé—La Cour a interdit au ministre de délivrer un avis de conformité à Apotex pour le médicament en litige—Les deux parties ont interjeté appel des décisions de la Section de première instance—Apotex a signifié à chacune des requérantes un nouvel avis d'allégation concernant le fondement de sa revendication portant que la fabrication, l'utilisation ou la mise en marché du médicament en question ne porteraient pas atteinte aux droits revendiqués par les requérantes comme afférents à leurs brevets—Les requérantes ont chacune déposé un deuxième avis de requête introductive d'instance en vue d'obtenir une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité—Les moyens invoqués par les requérantes respectives sont essentiellement les mêmes—Le Règlement n'indique pas si le fabricant de médicaments génériques qui veut comparer un médicament à un autre dont la vente au Canada est déjà autorisée par un avis de conformité peut donner plus d'un avis d'allégation—Les circonstances de l'espèce diffèrent de celles de l'affaire *Schering Canada Inc. c. Nu-Pharm Inc.* (1994), 58 C.P.R. (3d) 14 (C.F. 1^{re} inst.)—Lors de l'audition des requêtes, la Cour s'était déjà prononcée sur les premières demandes et avait interdit au ministre de délivrer des avis de conformité à Apotex à l'égard des médicaments en question—L'avis d'allégation n'est pas un document qui a été déposé auprès de la Cour mais auprès du ministre—Il échappe à la compétence de la Cour dans une procédure de contrôle judiciaire—La Cour n'a pas la compétence nécessaire pour radier l'avis d'allégation—Elle outrepasserait son pouvoir si elle déclarait que le deuxième ou nouvel avis d'allégation, dans chaque cas, est nul et sans effet—Un élément de preuve doit être apprécié au moment de l'examen de la preuve dans son ensemble à l'audition de l'avis de requête introductive d'instance, et non au cours d'une procédure interlocutoire—La valeur ou l'importance du deuxième avis d'allégation ne peut s'apprécier qu'au moment où la deuxième demande d'ordonnance d'interdiction est entendue

BREVETS—Suite

au fond, avec des débats complets—La nature des procédures prévues par le Règlement, et l'intention sous-jacente de voir ces questions traitées promptement, sans l'intervention de nombreuses demandes interlocutoires, confirment le principe voulant qu'il appartient à la Cour saisie de la demande d'interdiction d'apprécier la valeur à accorder à un deuxième avis d'allégation—La deuxième ordonnance sollicitée par les requérantes afin qu'il leur soit permis de se désister de la présente instance n'a plus d'intérêt pour elles—L'art. 50(1)b) de la Loi sur la Cour fédérale prévoit que la Cour peut ordonner la suspension de l'instance lorsque «l'intérêt de la justice l'exige»—Aucune preuve susceptible d'étayer une conclusion de préjudice irréparable n'a été produite—Aucun des critères habituels ne justifie une suspension d'instance—Le principe de la chose jugée, dans son sens étroit, ne s'applique que si l'avis d'allégation soumis à la Cour est essentiellement le même que celui qu'elle a déjà estimé non fondé—Dans les demandes d'*AB Hassle et Astra Pharma* (T-1712-95) et de *Glaxo Group Limited* (T-998-96), le deuxième avis d'allégation est différent du premier—Les faits peuvent manifestement servir de fondement à une allégation de non-contrefaçon différente de la première allégation qui, sur consentement des parties, a déjà été jugée non fondée—Le dernier avis d'allégation a donné lieu à une ordonnance interdisant la délivrance d'un avis de conformité à Apotex—La demande d'*Hoffmann-La Roche et Syntex* (T-998-96) soulève des considérations différentes de celles des deux autres dossiers parce que le deuxième avis d'allégation y est essentiellement le même que celui que le juge Reed a jugé non fondé, conclusion confirmée par la Cour d'appel—Permettre une deuxième série de procédures pour trancher une question ayant fait l'objet d'une décision rendue par un juge de la Section de première instance et confirmée par la Cour d'appel, constituerait un emploi abusif de la procédure—Le principe de la chose jugée s'applique dans le dossier T-998-96—L'intérêt de la justice exige une suspension d'instance permanente, à moins que la Cour, au moyen d'une autre ordonnance, ne permette à l'affaire de suivre son cours—Le principe de la chose jugée ne s'applique pas dans le cas des avis d'allégation d'Apotex, lesquels ne sont pas des actes de procédure présentés à la Cour, mais plutôt des déclarations soumises au ministre et au détenteur d'un avis de conformité—Demandes accueillies en partie—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 5—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50(1)b).

AB HASSLE C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (T-1712-95, T-421-96, T-998-96, juge MacKay, ordonnances en date du 8-1-97, 30 p.)

Appel d'une ordonnance du protonotaire adjoint accordant à la défenderesse Summit Technology Inc. (Summit) l'autorisation de se constituer codemanderesse par demande

BREVETS—Fin

reconventionnelle avec Summit Ireland B.V. ([1996] 3 C.F. F-56 (1^{re} inst.))—La demanderesse allègue contrefaçon de ses brevets à l'égard d'un brevet détenu conjointement par les défenderesses Summit et Summit Ireland B.V.—Summit a signifié une défense et une demande reconventionnelle constituant Summit Ireland B.C. demanderesse reconventionnelle—Le greffe de la Cour fédérale a refusé d'accepter le dépôt de la défense et demande reconventionnelle parce qu'elle constituait une nouvelle partie demanderesse par demande reconventionnelle—Dans l'ordonnance dont il est interjeté appel, le protonotaire adjoint a conclu qu'aucune disposition des Règles de la Cour fédérale ni aucune règle ontarienne ou anglaise n'était applicable, et qu'aucune décision jurisprudentielle n'autorisait la constitution d'une partie demanderesse par demande reconventionnelle—Il a estimé illogique que le copropriétaire ne puisse être autorisé à intervenir volontairement dans l'action alors que le défendeur aurait pu forcer son copropriétaire à intervenir à titre de défendeur—Appel accueilli—Les demandes reconventionnelles sont régies par les Règles 1717 à 1722 des Règles de la Cour fédérale—Seul le défendeur à l'action est autorisé à se porter demandeur reconventionnel—Summit Ireland B.V. n'étant pas défenderesse à l'action principale, elle ne peut être constituée demanderesse reconventionnelle—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 1717, 1718, 1719, 1720, 1721, 1722.

VISX, INC. C. SUMMIT TECHNOLOGY INC. (T-1875-95, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 18-3-97, 3 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**CONTRÔLE JUDICIAIRE**

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la SSR de considérer le traitement subi par les requérants en Iran comme du harcèlement et non de la persécution—La requérante est une Chinoise de souche, athée—Elle a épousé le requérant, un Iranien—Selon le tribunal, la requérante pourrait, à son retour en Iran, continuer de faussement prétendre qu'elle est en train d'étudier la religion islamique pour expliquer qu'elle n'est pas convertie à cette religion et éviter ainsi toute difficulté avec l'État—Il est inacceptable que la SSR fonde sa conclusion qu'une personne n'est pas un réfugié au sens de la Convention sur le motif qu'elle pourrait éviter les difficultés en mentant à propos de ses convictions religieuses—Le tribunal n'a pas examiné la question du traitement que subirait la requérante si elle disait la vérité au sujet de ses convictions religieuses et de son intention véritable de ne pas se convertir—Il n'a pas examiné la preuve d'expert—Ce faisant, le tribunal a omis d'examiner une question pertinente et d'apprécier la preuve pertinente—La demande de contrôle judiciaire est accueillie, et l'affaire est renvoyée à un tribunal reconstitué pour ce

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

que soit réexaminée la question de savoir si la requérante craint avec raison d'être persécutée en Iran si, interrogée à ce sujet, elle disait la vérité à propos de son athéisme et de son refus de se convertir à la foi islamique.

KAZKAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1313-96, juge Rothstein, ordonnance en date du 20-3-97, 3 p.)

EXCLUSION ET RENVOI*Renvoi de résidents permanents*

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un délégué du ministre s'est dit d'avis, en vertu de l'art. 70(5) de la Loi sur l'immigration, que le requérant constituait un danger pour le public, et de la décision par laquelle la section d'appel de la CISR a jugé qu'elle n'était pas compétente pour entendre l'appel interjeté de la mesure d'expulsion—Le requérant est un résident permanent—En 1993, il a reconnu sa culpabilité à des accusations de voies de fait graves commises sur la personne de sa femme—Lors d'une enquête menée en février 1995, un fonctionnaire de l'immigration a déterminé que le requérant relevait du cas visé par l'art. 27(1)d)(ii) et une mesure d'expulsion a été prise contre le requérant—Le requérant a interjeté appel—Par la suite, l'art. 70(5) a été édicté pour interdire d'interjeter appel d'une mesure d'expulsion lorsque le ministre est d'avis qu'une personne constitue un danger pour le public—En novembre 1995, le requérant a été informé que l'on envisageait la possibilité de soumettre son cas au ministre pour que ce dernier formule l'avis prévu à l'art. 70(5)—Le requérant a reçu des copies de documents qui étaient censés constituer des éléments de preuve dont le ministre devait tenir compte—Le délégué du ministre a décidé que le requérant constituait un danger pour le public au Canada—Les dispositions transitoires s'appliquaient à l'art. 70(5), même dans le cas des appels déjà interjetés mais pas encore entendus—La section d'appel de la CISR a rejeté l'appel pour défaut de compétence—Le requérant a été expulsé en mars 1996—Les demandes sont accueillies—Deux documents clés n'ont pas été vus par le requérant—Dans le premier document, un fonctionnaire de Vancouver mentionne des faits et des opinions qui se trouvent dans des éléments de preuve extrinsèques, c.-à-d. le contenu d'une conversation que le fonctionnaire a eue avec l'agent de probation et dont le fonctionnaire n'a pas révélé la teneur au requérant pour obtenir ses commentaires avant de prendre sa décision—Le second document renferme le motif défavorable sur lequel l'agent de probation a fondé son appréciation pour conclure que le requérant constituait un danger pour le public au Canada—Ce motif constitue une erreur de droit, étant donné qu'on laisse entendre que c'est au requérant qu'il incombe de démontrer que le comportement violent qu'il a eu il y a plus de deux ans ne se reproduira pas, alors qu'il faut plutôt être convaincu que la personne en question

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

constitue selon toute vraisemblance un danger pour le public—Le requérant n'a pas eu l'occasion de commenter cet élément ou d'y répondre avant la décision et ce renseignement constituait un élément important dont le délégué du ministre a tenu compte pour exprimer l'avis contesté—Le manque de justice dans la procédure suivie constitue un motif suffisant pour annuler la décision contestée sans qu'il soit nécessaire d'établir que le requérant a subi un préjudice—L'avis formulé par le ministre en vertu de l'art. 70(5) était le résultat d'une procédure qui violait le principe d'équité parce qu'on n'a pas communiqué au requérant pour qu'il les commente avant la décision les renseignements importants sur lesquels l'avis était finalement fondé—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27(1)d(ii), 70(5) (édicte par L.C. 1995, ch. 15, art. 13).

KIM C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-154-96, IMM-155-96, juge MacKay, ordonnance en date du 5-3-97, 14 p.)

Demande de contrôle judiciaire déposée à l'encontre d'une décision rendue par un fondé de pouvoir du ministre, selon laquelle le requérant constitue un danger pour le public au Canada au sens de l'art. 70(5) de la Loi sur l'immigration—L'art. 70(5) dispose que ne peuvent faire appel devant la section d'appel les personnes qui, selon la décision d'un arbitre, relèvent du cas visé à l'art. 27(1)d) et, selon le ministre, «constituent» un danger pour le public au Canada—Le requérant, un immigré ayant obtenu le droit d'établissement, a été reconnu coupable de trois chefs de trafic de stupéfiant, et a été condamné à un an de prison—Il a fait l'objet d'un rapport au titre de l'art. 27(1)—Voici les documents portés à l'attention du ministre lorsque celle-ci a décidé que le requérant constituait un «danger pour le public»: le rapport A27(1), lequel décrit le degré auquel le requérant est effectivement établi au Canada, retraçant brièvement les emplois qu'il a occupés et brossant un rapide portrait de sa famille qui se trouve ici; l'acte d'accusation sur les condamnations dont le requérant avait fait l'objet et les peines qui lui avaient été imposées; la lettre de l'agent de probation et de libération conditionnelle; une note de la police d'Ottawa; le dossier d'instance de la GRC; les arguments du requérant, et les rapports sur la situation des divers pays—Le ministre n'a pas eu connaissance de la décision de la Commission des libérations conditionnelles accordant la libération conditionnelle au requérant dès que la loi lui permettait d'en bénéficier au motif qu'il n'avait pas d'antécédents criminels, qu'il avait terminé sa libération conditionnelle sans la moindre anicroche, qu'il était porté et décidé à vivre conformément à ce que prescrit la loi et la société, et qu'il avait un emploi et que sa famille l'assurait de son soutien—Demande accueillie—Le ministre a commis une erreur, aussi bien de droit que de fait—Si l'exercice du pouvoir discrétionnaire que confère l'art. 70(5) est en grande partie subjectif, le ministre est néanmoins tenu de constater les faits de manière objective et d'appliquer les principes de

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

droit qui s'imposent—L'art. 70(5) s'applique aux personnes qui «constituent» un danger pour le public au Canada; cette disposition s'applique par conséquent au risque que cette personne pose actuellement ou à l'avenir—Le simple fait qu'une personne ait été déclarée coupable d'une ou de plusieurs infractions criminelles, ne permet pas, en soi, de dire que cette personne pose, pourrait poser, ou est susceptible de poser un danger pour le public: *Salilar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 3 C.F. 150 (1^{re} inst.)—La décision que la personne en question continuera à poser un danger pour le public ne peut être prise qu'au regard des circonstances propres d'une affaire—Le ministre a fondé sa décision uniquement sur les condamnations dont le requérant a fait l'objet, sans tenir compte des autres circonstances de l'affaire—Il n'est certes pas impossible de se fonder, pour décider qu'une personne constitue un danger, sur une seule et unique condamnation grave, mais la Cour ne saurait procéder ainsi en l'absence de preuves que la personne en question pose effectivement, actuellement ou potentiellement, un danger—Une condamnation pénale antérieure ne permet pas, à elle seule, de conclure à l'existence d'un danger effectif—En l'absence de preuves démontrant que l'intéressé va vraisemblablement commettre de nouvelles infractions pénales (preuves fondées par exemple sur les antécédents violents ou criminels de l'individu ou sur un mode de vie impliquant des valeurs ou des habitudes criminelles), il est abusif de conclure, en raison d'une condamnation pénale antérieure, que cette personne va vraisemblablement constituer un danger pour le public: *Archibald c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 29 Imm. L.R. (2d) 259 (C.F. 1^{re} inst.)—Il n'y a, en l'espèce, ni preuve que l'intéressé commettra vraisemblablement de nouvelles infractions pénales (la preuve indique plutôt le contraire), ni preuve d'une inclination systématique à la violence ou aux comportements criminels, ni preuve que l'intéressé a des habitudes ou des valeurs qui soient elles-mêmes des indices d'une mentalité criminelle—Il a déjà été jugé que le requérant ne représente pas une menace pour la société—Étant donné qu'un lien n'a pas été établi entre la condamnation pénale dont le requérant a fait l'objet et la probabilité qu'il se rendra coupable de nouvelles infractions criminelles, et en présence d'un nombre considérable d'indices que le requérant ne pose pas un danger pour la société, la décision du ministre était fondée sur une conclusion de fait erronée et tirée sans tenir compte des éléments dont elle disposait—Aux fins de l'application de l'art. 70(5), le critère à retenir n'est pas la «gravité» de l'infraction, mais le «danger» posé par l'intéressé—Or, si les rapports transmis au ministre établissent bien la gravité de l'infraction, ils ne démontrent aucunement le danger que poserait le requérant—Lorsque le dossier contient si peu d'éléments étayant la décision du ministre et que des preuves appréciables portent à la conclusion contraire, on peut raisonnablement conclure qu'à tout le moins, le ministre a forgé son opinion «sans tenir compte des éléments dont il disposait»—La décision de la

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Commission des libérations conditionnelles revêtait une importance essentielle lorsqu'il s'agissait de décider si le requérant constituait effectivement un danger public, puisqu'il contenait des éléments rendant invraisemblable l'hypothèse d'une récidive—La décision de la Commission des libérations conditionnelles ne serait pas normalement admissible dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, étant donné qu'elle ne se trouvait pas dans le dossier transmis au ministre, mais, étant donné que les décideurs auraient pu se procurer facilement cette preuve à la fois importante et pertinente et vu les conséquences qu'entraînerait une décision défavorable, ce document aurait dû être obtenu—Il est essentiel que de tels renseignements, importants et pertinents, soient transmis au ministre lorsqu'il s'agit de prendre une décision sous le régime de l'art. 70(5)—La décision de la Commission des libérations conditionnelles aurait dû être portée à l'attention du ministre, que le requérant en fasse ou non la demande—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27(1*d*), 70(5) (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 13)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C., (1985), ch. F-7, art. 18.1(4) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

CHEDID C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1359-96, juge Cullen, ordonnance en date du 27-2-97, 13 p.)

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Demande de contrôle judiciaire de la décision d'un agent des visas—La requérante et son conjoint ont présenté une demande en vue d'obtenir le statut de résidents permanents au Canada—Comme elle n'a obtenu que 68 points, la requérante ne remplissait pas les conditions voulues pour pouvoir immigrer au Canada—Les demandes que la requérante et son conjoint ont dûment remplies et signées le 5 septembre 1994 constituent des éléments de preuve documentaire qui font foi de leur intention que, dans leur cas, M^{me} Mozumber soit considérée comme la requérante principale—Le jugement *Nanji c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1993), 21 Imm. L.R. (2d) 60 (C.F. 1^{re} inst.) appuie la proposition que l'agent des visas n'est pas tenu de par la loi ou la common law d'informer la requérante que son conjoint pouvait faire l'objet d'une évaluation en vue d'obtenir le droit d'établissement—C'est au requérant qu'il incombe de désigner qui sera évalué—L'art. 8(1) du Règlement sur l'immigration oblige l'agent des visas à n'évaluer que l'immigrant ou son conjoint—Le «choix» prévu à l'art. 8(1) doit être exercé par l'immigrant qui est le requérant principal avant que l'agent des visas n'entreprenne son évaluation plutôt qu'après cette évaluation—Le choix doit être exercé en temps opportun de manière à ne pas dépendre du résultat de l'évaluation du requérant principal—Il n'y a pas lieu de certifier la question proposée par l'avocat du requérant—L'agent des visas était

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

tenu d'informer la requérante de l'évaluation défavorable et de lui donner l'occasion de contredire ou de rectifier cette évaluation avant de prendre la décision que la Loi sur l'immigration l'obligeait à prendre—L'agent des visas a manqué à l'obligation d'agir avec équité à laquelle il était tenu envers la requérante en la privant de la possibilité de répondre aux allégations contenues dans la preuve documentaire et ce, en violation du principe *audi alteram partem*—La preuve documentaire ne permet pas de conclure que l'agent des visas a agi de mauvaise foi—La décision est annulée—Règlement de 1978 sur l'immigration, DORS/78-172, art. 8(1)—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2.

MOZUMDER C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2766-95, juge Denault, ordonnance en date du 21-3-94, 4 p.)

STATUT AU CANADA

Citoyens

Demande adressée à la Cour pour que celle-ci déclare que l'intimé a acquis la citoyenneté canadienne par fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels—L'intimé est entré au Canada à titre d'immigrant reçu le 20 février 1973—Le 6 janvier 1986, il a demandé la citoyenneté canadienne—L'intimé n'a pas mentionné qu'il s'était absenté du Canada depuis l'obtention de son droit d'établissement—De 1975 à 1984, l'intimé a travaillé à plein temps au Pakistan, ne revenant au Canada que pour ses vacances—L'intimé a signé volontairement la déclaration et il semblait en comprendre parfaitement le sens—L'explication fournie par l'avocate de l'intimé n'empêche pas la Cour de tirer une inférence défavorable—Ce genre d'inférence n'est pas justifiée lorsque le témoin est à la disposition des deux parties—Tel n'était pas le cas en l'espèce, même si l'intimé se trouvait dans la salle d'audience—La Cour a tiré l'inférence défavorable suivante: si l'intimé avait témoigné, il aurait reconnu que sa déclaration avait été donnée volontairement, qu'il en comprenait le sens et qu'il l'avait signée—En demandant le renvoi, l'intimé était au courant des allégations portées contre lui et ces allégations ont été énoncées dans l'avis de façon suffisamment claire—Il n'y a donc pas eu de manquement à l'obligation d'agir équitablement—La preuve du requérant, non contredite et prise dans son ensemble, est suffisante pour conclure qu'il s'est acquitté du fardeau qui lui incombait d'établir que l'intimé a intentionnellement dissimulé des faits pertinents à sa demande de citoyenneté canadienne—En outre, ces faits étaient essentiels, aux termes de l'art. 5(1*c*) de la Loi sur la citoyenneté—Il n'y a pas de fondement pour conclure que les droits que la Charte garantit à l'intimé ont été enfreints—Il n'y a pas eu de manquement à l'obligation d'agir équitablement du fait de la longue période qui s'est écoulée entre le moment où la déclaration de l'intimé a été

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

obtenue et la signification de l'avis d'intention de demander l'annulation de sa citoyenneté—Il n'y a pas d'éléments de preuve indiquant que l'intimé a subi un préjudice du fait du retard en l'espèce—L'intimé a acquis la citoyenneté canadienne par dissimulation intentionnelle de faits essentiels—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1)c).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. MALIK (T-2522-95, juge Gibson, décision en date du 4-4-97, 8 p.)

Personnes ayant un statut temporaire

Recours en contrôle judiciaire contre le rejet fait par l'agent des visas de la demande de permis de travail temporaire, du fait que la requérante avait entre autres, prolongé sans autorisation, donc en violation de l'art. 94(1)k) de la Loi sur l'immigration, un séjour antérieur après l'expiration de sa qualité de visiteuse—La requérante, qui est indonésienne, est arrivée au Canada en 1992 avec un visa de visiteur—Elle a donné naissance à un enfant durant cette visite—Son mari réside avec l'enfant au Canada—Elle a quitté le Canada en avril 1993, puis est revenue en septembre 1993—En avril 1994, elle a fait un bref séjour au Mexique pour y faire en vain une demande de résidence permanente au Canada—Par la suite, elle s'est vu délivrer à diverses reprises un visa de visiteur, mais a prolongé son dernier séjour après l'expiration du visa—Elle a fait l'objet d'un avis d'interdiction de séjour—Elle n'a pas quitté le Canada en attendant l'issue de sa demande d'autorisation d'appel—Elle a reçu en juillet 1995 une offre d'emploi validée pour un poste de démarcheuse d'un fonds fiduciaire de bourses d'études—Elle quitte le Canada le 30 janvier 1996 pour Hong Kong en vue de son entrevue avec l'agent des visas au sujet de sa demande de permis de travail—Le 1^{er} février, elle reçoit la décision en cause—Recours rejeté—(1) L'agent des visas n'a manqué ni aux règles d'équité procédurale ni aux règles de justice naturelle—C'est la teneur, et non la durée, de l'entrevue qui permet de vérifier si les règles d'équité procédurale et de justice naturelle ont été respectées—Les notes manuscrites de l'entrevue révèlent des questions sur la nature de l'emploi offert à la requérante au Canada, sur ses visites, départs et sources de revenu précédents au Canada, sur le rejet de sa demande de résidence permanente, qu'elle n'a pas révélé dans sa demande de permis de travail—Ce dernier fait est révélateur du caractère minutieux de l'entrevue—Ces notes révèlent aussi que l'agent des visas a donné à la requérante la possibilité de répondre à ses appréhensions au sujet du fait que par le passé, elle avait prolongé son séjour sans autorisation—(2) Erreur susceptible de contrôle judiciaire du fait que l'agent des visas a cité à tort l'art. 94(1)k) de la Loi sur l'immigration pour prendre en compte les visites antérieures de la requérante—Aux termes de l'art. 94(1)k), commet une infraction quiconque, n'ayant plus la qualité de

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

visiteur, demeure au Canada sans l'autorisation écrite d'un agent d'immigration—L'agent des visas n'a été saisi d'aucune preuve que la requérante eût jamais été poursuivie au pénal sous le régime de l'art. 94(1)k)—Il présumait que par ses séjours prolongés sans autorisation, elle avait enfreint l'art. 94(1)k)—Cette erreur n'est pas un facteur déterminant de la décision—Il serait parvenu à la même conclusion s'il n'avait pas cité l'art. 94(1)k)—L'erreur ne consistait pas à prendre en compte les séjours précédents sans autorisation mais à citer expressément l'art. 94(1)k)—Seuls les non-immigrants peuvent recevoir le permis de travail en application de l'art. 9(1.2) de la Loi sur l'immigration—L'agent des visas devait examiner si la requérante remplissait toutes les conditions légales du visa—Il était en droit de prendre en compte les séjours antérieurs de la requérante au Canada, qu'elle avait prolongés sans autorisation, pour conclure qu'elle ne satisfaisait pas à cette condition prévue par la loi—Il était en droit de conclure qu'en raison de ses antécédents, la requérante n'était pas admissible à recevoir un visa ni un permis de travail—Le reste de la décision est éminemment raisonnable—Par ce motif que la requérante avait demandé en vain la résidence permanente et étant donné l'incertitude de ses liens avec son pays d'origine ainsi que ses séjours antérieurs, prolongés sans autorisation, l'agent des visas était en droit de conclure qu'elle n'était pas une visiteuse authentique—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 9(1.2) (édicé par L.C. 1992, ch. 49, art. 4), 94(1)k).



JSLI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-533-96, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 27-2-97, 8 p.)

Réfugiés au sens de la Convention

Demande de contrôle judiciaire de la décision dans laquelle la SSR a conclu que le requérant, citoyen syrien, n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Revendication du statut de réfugié fondée sur la crainte de persécution du fait de ses opinions politiques ou de l'appartenance à un groupe social: les membres de la famille et de la famille étendue sont des partisans actifs de la Muslim Brotherhood—Cette organisation a fait l'objet d'une répression brutale en Syrie—Quinze membres de la famille étendue ont été arrêtés et détenus—Un frère a été arrêté et sommairement exécuté—Le requérant lui-même a été détenu plusieurs fois, deux fois arrêté et torturé—Le requérant s'est enfui du pays et est resté en Grèce pendant un an avant de venir au Canada—Le requérant a été appelé à faire le service militaire en Syrie—Compte tenu de la totalité des éléments de preuve en l'espèce, les conclusions tirées par la SSR selon lesquelles les agents syriens considéraient le requérant comme ayant des liens avec la Muslim Brotherhood, qui faisaient de lui membre, partisan ou partisan soupçonné de cette organisation, ne pouvaient

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

raisonnablement l'être—L'intervention de la Cour est donc justifiée—La conclusion défavorable de la SSR sur le séjour d'un an du requérant en Grèce n'est pas justifiée (la SSR a jugé ce séjour incompatible de façon flagrante avec une crainte fondée de persécution)—L'explication du requérant à cet égard (crainte d'être renvoyé en Syrie du fait de sa présence illégale en Grèce) n'est pas déraisonnable—La SSR a commis une erreur susceptible de contrôle en concluant que la revendication du statut de réfugié présentée par le requérant ne pouvait être accueillie du fait des inférences tirées du séjour en Grèce—La demande de contrôle judiciaire est accueillie.

EL-NAEM C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1723-96, juge Gibson, ordonnance en date du 17-2-97, 11 p.)

Contrôle judiciaire de la décision de la SSR de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié selon laquelle le requérant, citoyen iranien, n'était pas un réfugié au sens de la Convention—La Commission a douté de la crédibilité du requérant, a souligné de nombreuses invraisemblances dans le témoignage de ce dernier—La Commission a insisté sur le comportement qui est incompatible avec une crainte fondée de persécution, c'est-à-dire que le requérant est demeuré pendant trois ans en Iran après que ses difficultés avec les autorités eurent pris naissance, a passé une année en Espagne sans revendiquer le statut de réfugié—La Commission a conclu que l'effet combiné des invraisemblances n'a rendu le récit du requérant ni crédible ni digne de foi; par exemple, en tant que partisan des Moudjahidin, le requérant aurait subi un traitement bien pire que celui relaté; il y a eu confusion quant à la date à laquelle il est allé se cacher pour la première fois; il est demeuré dans la ferme de son oncle sans être découvert ni harcelé; son réveil intellectuel tardif au Canada—Le requérant prétend qu'on lui a refusé une audition impartiale parce que la Commission a utilisé des motifs passe-partout—Les passages clés dans les motifs de la Commission sont pratiquement identiques à ceux de deux autres décisions—Même commissaire président dans toutes les trois affaires—Demande rejetée—Il est inquiétant que la Commission coupe et colle des passages entiers figurant dans une décision pour les transplanter dans l'autre, mais la question de savoir si justice a été faite est souvent une question de perception—Un tribunal qui ne fait qu'insérer le nom d'un individu dans une formule «en série» laisse le requérant dans le doute sur l'équité du processus—L'utilisation de précédents dans la préparation des motifs ne donne pas nécessairement lieu au déni de justice naturelle: *Samkov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1994), 90 F.T.R. 100 (C.F. 1^{re} inst.) (opinion incidente)—Les instances décisionnelles doivent prendre leurs propres décisions en se fondant sur les faits dont elles sont saisies—Les motifs de la Commission ne sont pas entièrement viciés—Les passages standardisés forment seulement une

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

partie mineure des motifs et concernent, dans une grande mesure, les critères juridiques et la jurisprudence quant à l'existence des invraisemblances—Mais sont plus préoccupants les passages standard sur le sort terrible habituel réservé à un partisan des Moudjahidin et l'invraisemblance que constituait le fait pour le requérant de se cacher chez un parent sans être découvert—À part les passages standard, la Commission a analysé soigneusement et de façon approfondie les détails du cas du requérant, c.-à-d. 10 arrestations, nature de la ville natale, statut intellectuel, perte de religion—Compte tenu des nombreuses mentions dans les motifs de la Commission du témoignage du requérant, on ne peut prétendre que la Commission avait décidé d'avance—Le requérant soutient que la Commission a jugé son récit invraisemblable à la lumière du dossier historique parce qu'elle avait choisi de souligner la mauvaise époque dans l'histoire de l'Iran—Dans les années qui ont suivi la révolution de 1979, les autorités religieuses n'avaient ni centralisé ni consolidé leur pouvoir—Elles n'étaient pas en mesure de poursuivre le requérant de sa ville natale à la ferme de son oncle—Dans la même période, les Moudjahidin n'ont pas été mis hors la loi ni impitoyablement persécutés comme ils l'ont été dans les années ultérieures—La Commission est vulnérable quant au caractère raisonnable des conclusions sur l'invraisemblance des arrestations du requérant, mais les conclusions n'étaient pas si déraisonnables qu'il y a lieu à contrôle judiciaire—Distinction faite d'avec la décision *Parizi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1994), 90 F.T.R. 189 (C.F. 1^{re} inst.)—Si la Commission mettait l'accent sur le dossier historique, elle devait fixer cette toile de fond à une époque se rapportant au demandeur: *Boucher c. Commission d'appel de l'immigration* (1989), 105 N.R. 66 (C.A.F.)—Le requérant a quitté l'Iran en 1985—La Commission a cité trois documents sonores qui se rapportaient aux événements depuis 1988—À part l'analyse historiquement inexacte que la Commission a faite des Moudjahidin et les présomptions qui ne sont nécessairement pas étayées par les éléments de preuve, les observations du requérant ne sont guère fondées—L'interrogatoire serré du requérant tenu par la Commission sur ses nombreuses arrestations, sur le fait qu'il «s'est caché» et sur son séjour en Espagne révèle que les caractérisations de la Commission et ses conclusions quant à la non-crédibilité et à l'invraisemblance étaient raisonnables et étaient étayées par les éléments de preuve—La Commission a tiré ses conclusions défavorables relativement à la crédibilité du requérant en termes clairs et sans équivoque—La Commission a cité la décision *Ilie c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1994), 88 F.T.R. 220, affaire portant sur l'espoir qu'un demandeur chercherait refuge dans un pays signataire de la Convention internationale—L'omission de demander immédiatement protection peut attaquer la crédibilité du demandeur—Le requérant a donné de faibles explications pour justifier son omission de demander protection en Espagne—La Commission a

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

pleinement, correctement et raisonnablement expliqué pourquoi le comportement du requérant en Espagne était incompatible avec sa crainte fondée de persécution—La décision *Madoui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] F.C.J. n° 1372 (Q.L.), où la Commission était autorisée à tenir compte du défaut de revendiquer le statut de réfugié dans les pays intermédiaires, s'applique—Les conclusions de la Commission ne sont pas si déraisonnables qu'il y a lieu à intervention judiciaire.

ASSADI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2683-96, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 25-3-97, 10 p.)

Résidents permanents

Critères de sélection—Demande de *certiorari* annulant la décision par laquelle l'agent des visas a refusé de délivrer à la requérante un visa d'immigrant dans la catégorie des parents aidés, et de *mandamus* enjoignant à l'intimé de réévaluer la demande de la requérante en application de l'art. 11(3) du Règlement sur l'immigration—Après le rejet de la demande de résidence permanente déposée par sa mère, demande sur laquelle elle figurait à titre de personne à charge accompagnant cette dernière et appartenant à la catégorie de la famille, la requérante a déposé une demande de résidence permanente dans la catégorie des parents aidés—Après avoir d'abord rejeté la demande, l'agent des visas a rouvert le dossier de la requérante pour déterminer si le pouvoir discrétionnaire devait être exercé en application de l'art. 11(3) du Règlement—Demande accueillie—Le fait que l'agent des visas ait rejeté l'offre d'emploi authentique au Canada que la requérante a reçue revenait à méconnaître un facteur important—L'agent des visas n'ayant pas exercé selon la loi son pouvoir discrétionnaire, sa décision doit être annulée—La demande de la requérante visant à obtenir l'exercice positif du pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 11(3) doit être examinée et réglée par un autre agent des visas—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 11(3).

KHAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1132-96, juge Richard, ordonnance en date du 12-3-97, 9 p.)

Demande de contrôle judiciaire du rejet par l'agent des visas de la demande de résidence permanente du fait du non-respect de la définition d'entrepreneur—Après examen par un agent supérieur, le requérant a été invité à faire sa demande dans la catégorie des investisseurs pourvu qu'il eût l'actif net personnel requis—Demande rejetée—Bien que la lettre de refus de l'agent des visas ait été remarquablement circonspecte au sujet des facteurs des antécédents en affaires du requérant qui ont alimenté l'appréciation défavorable, les vides comblés par l'agent supérieur dans la lettre ont confirmé le refus—Comme les deux décisions sont inextrica-

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

blement liées et considérées comme telles par le requérant, le critère de l'équité concernant le caractère adéquat des motifs est respecté—Bien qu'il faille que le demandeur connaisse les allégations faites contre lui, y compris les doutes et les appréhensions de l'agent des visas, toute injustice commise au cours de l'entrevue serait d'un genre limité—De même, il n'existait aucune erreur de droit due à ce que l'agent des visas aurait tiré une conclusion arbitraire sans tenir compte de la totalité des éléments de preuve—La conséquence particulière de la décision de l'agent des visas est moins sujette à contrôle que le processus permettant d'arriver à cette conséquence—La conséquence découle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu par la loi—L'agent des visas n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle lorsqu'elle doutait de la «transférabilité» des compétences en affaires parce qu'on peut soutenir que la «transférabilité» est un aspect de la capacité du requérant, élément explicite et intégral du processus d'appréciation—L'agent des visas n'a pas outrepassé sa compétence en exigeant un projet d'entreprise viable—Le projet d'entreprise est un élément important de l'appréciation par l'agent des visas de la capacité du requérant, ce qui relève clairement de la compétence de celle-ci—La mesure de la capacité du requérant passe par un projet d'entreprise ou par la présentation par le requérant de ce qu'il pourrait, selon lui, faire au Canada.

ETEMADI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1685-96, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 2-4-97, 14 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision d'une agente des visas refusant la demande de résidence permanente—Le requérant, citoyen pakistanais, a travaillé chez un concessionnaire automobile à Karachi comme vendeur et ensuite comme directeur des ventes—Il a demandé la résidence permanente au Canada en avril 1996 dans la catégorie professionnelle de «vendeur—véhicules automobiles»—Au cours de la sélection administrative préalable à l'entrevue, l'agent lui a attribué 59 points d'appréciation, dont six points pour l'expérience de travail—L'agente a décidé de ne pas tenir d'entrevue parce que le requérant n'aurait pas réuni les 70 points requis pour obtenir le statut de résident permanent—L'avocat du requérant a soulevé de nouveaux arguments qui n'étaient pas dans le mémoire déposé—L'art. 11.1 du Règlement sur l'immigration de 1978 ne contient aucune disposition concernant la rédaction de motifs permettant d'expliquer pourquoi un agent ne convoque pas en entrevue un candidat qui n'a pas obtenu le minimum requis—Les art. 11.1 et 11.1(3) du Règlement ne sont pas analogues—Il n'est pas nécessaire de motiver la décision de ne pas tenir une entrevue—L'affidavit de l'agente indique qu'il n'était pas justifié qu'elle exerce son pouvoir discrétionnaire—Il n'est pas nécessaire de fournir des motifs lorsque le pouvoir discrétionnaire n'est pas exercé de façon positive en vertu de l'art. 11(3)a)—La

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

demande de contrôle judiciaire est rejetée—L'avocat de l'intimé et la Cour ont été totalement pris par surprise à l'audience par la présentation de nouveaux arguments—L'avocat du requérant n'est pas autorisé à procéder sans avis et il aurait dû informer l'avocat de l'intimé qu'il renonçait à défendre le mémoire du requérant au profit de nouveaux arguments—Il n'y a pas de raisons spéciales aux termes de la Règle 1618 pour justifier l'adjudication des dépens à l'encontre du requérant—C'est à cause de la conduite du procureur que la cause a été entendue sans que soient donnés les avis exigés—L'avocat du requérant doit donc payer personnellement à l'intimé, dans un délai de 90 jours, la somme de 100 \$ aux titres des dépens—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 11(3) (mod. par DORS/81-461, art. 1), 11.1 (édicte par DORS/92-133, art. 3)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1618 (édicte par DORS-92-43, art. 19).

CHANNA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1980-96, juge Simpson, ordonnance en date du 12-2-97, 6 p.)

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

Requête en suspension de la poursuite pour défaut de compétence de la Cour—Action en dommages-intérêts de 17 468 000 \$ à la suite de la décision de la défenderesse de remplacer la partie qui avait initialement obtenu le contrat de fabrication de certains modules d'accastillage dans le cadre du projet pétrolière Hibernia et d'attribuer à St. John Shipbuilding Ltd. (SJSJL) le contrat d'achèvement de ces modules—La demanderesse avance que la décision a été prise de mauvaise foi, avec l'intention de nuire et sans qu'il y ait eu d'appel d'offres—La demanderesse s'appuie sur les art. 36(1), 36(3) et 45(1) de la Loi sur la concurrence ainsi que sur l'art. 45(1) et (3) de la Loi de mise en œuvre de l'Accord atlantique Canada—Terre-Neuve—Requête accueillie—La déclaration est loin d'exposer clairement un fondement factuel permettant de conclure à l'existence d'un comportement anticoncurrentiel du genre envisagé par l'art. 45 de la Loi—La déclaration ne révèle aucune cause raisonnable d'action en ce qui concerne l'art. 45 de la Loi, la seule attribution de compétence par une loi invoquée par la demanderesse—Même si on suppose l'existence de la mauvaise foi et de l'intention de nuire, il est difficile d'envisager que la décision d'attribuer le contrat d'achèvement des travaux à SJSJL et non à la demanderesse aurait pu réduire, indûment, la concurrence dans le domaine de la fabrication des modules d'accastillage—Il est encore plus ardu d'imaginer comment la défenderesse, société qui achète le produit et qui n'est pas un des concurrents, aurait pu comploter en vue de réduire la concurrence à cet égard—Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 36 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 1, art. 11), 45(1) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 30)—Loi de mise en

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

—Fin

œuvre de l'Accord atlantique Canada—Terre-Neuve, L.C. 1987, ch. 3, art. 45 (mod. par L.C. 1992, ch. 35, art. 47).

MIL DAVIE INC. C. SOCIÉTÉ D'EXPLOITATION ET DE DÉVELOPPEMENT D'HIBERNIA LTÉE (T-668-96, juge Lutfy, ordonnance en date du 21-3-97, 4 p.)

COURONNE**CONTRATS**

Action en dommages-intérêts découlant des souffrances et des malaises personnels et de l'incapacité qui s'en est suivie par suite de l'intervention chirurgicale buccale que le demandeur a subie en 1985, et du traitement subséquent inadéquat de son état, alors qu'il était incarcéré à l'établissement de Warkworth—Le demandeur avait demandé un rendez-vous chez le dentiste à cause d'un mal de dents—Lors de son premier rendez-vous au centre de santé de l'établissement de Warkworth, le demandeur a mentionné qu'il avait du mal à chanter certaines notes et à produire certains sons parce qu'il n'arrivait pas à étendre la langue assez loin—Le docteur Binder, un chirurgien dentiste, a brièvement examiné la langue du demandeur et lui a dit qu'il souffrait d'une brièveté anormale du frein de la langue et lui a parlé d'une «intervention assez simple», qui impliquait qu'on pratique une incision, pour améliorer son état—Le demandeur n'était pas prêt à subir cette intervention—Le demandeur a été rappelé au centre de santé en janvier 1985 pour une intervention chirurgicale visant à régler son problème de tension du frein—Après avoir parlé brièvement de l'intervention avec le dentiste, le demandeur a accepté que celui-ci pratique l'intervention—Au cours de l'intervention, le docteur Binder a utilisé un ouvre-bouche pour tenir la bouche du demandeur ouverte—Au milieu de l'intervention, après que le demandeur se fut plaint de douleurs aux muscles de la mâchoire, le docteur Binder a interrompu l'intervention brièvement—Après l'opération, il y a eu plus de saignements, d'enflure et de douleurs que prévu—Infection de la glande salivaire par suite de l'obturation d'un conduit par la cicatrice causée par l'intervention—Problèmes de l'articulation temporo-mandibulaire (ATM) aggravés par l'intervention, particulièrement par l'utilisation de l'ouvre-bouche—C'est grâce aux spécialistes dont les services ont été obtenus par suite des démarches entreprises par le docteur Binder et payés par le Service correctionnel que les problèmes d'ATM ont pu être traités—Au 3 septembre 1985, les problèmes buccaux découlant de l'intervention étaient réglés, mais pas les problèmes d'articulation de la mâchoire—L'action est rejetée—(1) Comme le docteur Binder était un entrepreneur indépendant, Sa Majesté n'est pas responsable selon la common law et la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif—Le docteur Binder agissait comme sous-

COURONNE—Suite

traitant du docteur Derumaux, avec qui il était associé au sein du même cabinet de dentistes—Le docteur Derumaux avait conclu avec le Service correctionnel un contrat de fourniture de services dentaires aux détenus de Warkworth—Il n'existait pas de contrat écrit formel entre Sa Majesté et le docteur Binder—Il n'existait pas d'entente écrite entre les deux dentistes—Il n'existe pas de disposition législative qui modifie l'application des règles de common law selon lesquelles la personne qui contracte avec un entrepreneur indépendant pour obtenir l'exécution de ses services n'est pas responsable des actes ou des omissions de l'entrepreneur à moins que le commettant ne soit lui-même tenu à un devoir de prudence indépendant qui ne peut être délégué ou confié à un entrepreneur indépendant, et que l'on conclue qu'il y a eu manquement à ce devoir dans des circonstances dans lesquelles ce manquement cause le préjudice en question ou y contribue—L'obligation de la Couronne envers le demandeur en tant que détenu de Warkworth consistait à prendre raisonnablement soin de sa santé et de sa sécurité alors qu'il était en détention—Pour ce qui est des services dentaires et médicaux, l'art. 16 du Règlement sur le service des pénitenciers prévoit que tout détenu doit bénéficier des «soins médicaux et dentaires essentiels» dont il a besoin—Sa Majesté a raisonnablement respecté l'obligation qu'elle avait envers le demandeur en concluant des contrats avec des médecins et des dentistes qualifiés en vue d'obtenir leurs services professionnels, tant à Warkworth qu'à l'extérieur de celui-ci, et en dispensant des soins au centre de santé de l'établissement, et des services à l'établissement et à l'extérieur de celui-ci au sein de la population générale—Sauf si la personne qui rend le service est un préposé de la Couronne, celle-ci n'est pas responsable du fait d'autrui pour les actes de négligence du médecin en cause—La responsabilité de la Couronne n'est pas engagée du fait de la responsabilité personnelle de toutes les personnes qui rendent des services à titre d'entrepreneurs indépendants, que les soins soient donnés à l'intérieur ou à l'extérieur de l'établissement—Imposer à Sa Majesté l'obligation générale de s'assurer que les services professionnels médicaux ou dentaires sont rendus sans négligence placerait Sa Majesté dans la position d'un assureur des services médicaux fournis par des entrepreneurs indépendants—Les circonstances ne sauraient être interprétées de manière à engager la responsabilité de Sa Majesté en tant qu'assureur—(2) Comme le docteur Binder n'a pas été constitué défendeur à la présente action, toute évaluation défavorable ne vaut que pour la présente affaire—Le docteur Binder a commis une négligence dans la façon dont il a effectué l'opération chirurgicale en raison du manque de jugement professionnel dont il a fait preuve en décidant de procéder à l'intervention, du fait qu'il n'a pas renseigné suffisamment le patient avant de pratiquer l'intervention pour s'assurer de son consentement éclairé, et de la procédure suivie—Le docteur Binder a également manqué à son obligation de dispenser des soins raisonnables après l'intervention chirurgicale, mais uniquement en raison du fait qu'il a attendu un mois ou plus pour envoyer le demandeur voir des spécialis-

COURONNE—Suite

tes pour une consultation et des traitements—Le docteur Binder a pratiqué l'intervention sans avoir procédé à d'autres évaluations cliniques que son bref examen de la langue—Il a accepté les préoccupations que le demandeur avait lui-même exprimées au sujet de sa difficulté à chanter certaines notes pour justifier sa conclusion que le demandeur avait un problème causé par une tension du frein de la langue—Le docteur Binder n'a décelé aucun problème d'élocution chez le demandeur—Il n'avait jamais pratiqué une telle intervention—Il était de son devoir d'informer le demandeur avant l'intervention non seulement des conséquences possibles, mais également de l'existence de risques sérieux—Le docteur Binder n'a pas respecté la norme de prudence applicable en matière de divulgation des effets possibles de l'intervention chirurgicale—Pour pouvoir exciper du consentement du demandeur comme moyen de défense, il faut présenter des éléments de preuve au sujet de la manière dont la norme de prudence serait appliquée par d'autres membres de la profession dans les mêmes circonstances—Aucun élément de preuve n'a été présenté pour démontrer la norme professionnelle applicable en matière de divulgation ou pour établir que le docteur Binder l'avait respectée—L'inexpérience du docteur Binder ne diminue pas la norme de prudence à laquelle il était tenu envers le demandeur—Les seuls éléments de preuve soumis à la Cour sont le témoignage de deux dentistes généralistes qui n'auraient pas entrepris une telle intervention—Le docteur Binder reconnaît lui-même que, s'il avait su au moment de l'intervention ce qu'il sait maintenant, il n'aurait pas traité le demandeur de la même façon—Le fait de ne pas avoir procédé à une évaluation clinique approfondie avant de pratiquer l'intervention est un facteur qui a contribué aux complications survenues après l'opération—L'utilisation d'un ouvre-bouche pendant une période prolongée a aggravé les problèmes d'ATM dont souffrait déjà le demandeur—Le docteur Binder a manqué à son devoir de prudence professionnel envers le demandeur en n'adressant pas le demandeur à des spécialistes pour qu'il les consulte et reçoive des traitements alors qu'il était évident que les complications survenues après l'opération persistaient—Le retard n'a pas causé des problèmes mais a contribué à ce qu'ils durent plus longtemps que cela n'aurait été le cas si le demandeur avait pu recevoir plus tôt les mêmes services des spécialistes—(3) Compte tenu des sommes accordées dans d'autres affaires pour des lésions à la bouche et à la mâchoire, si elle a tort en ce qui concerne la responsabilité de Sa Majesté, la Cour évaluerait les dommages-intérêts généraux à 15 000 \$, plus les intérêts antérieurs au jugement en conformité avec l'art. 31 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif—Ces dommages-intérêts se rapportent aux souffrances et aux malaises personnels généraux découlant de l'intervention elle-même, de l'infection de la glande sous-maxillaire gauche et de son conduit qui en a découlé, et de l'atrophie ultérieure de la glande, des complications relatives à l'ATM et des autres interventions chirurgicales et traitements entrepris pour traiter et corriger les problèmes causés par l'opération pratiquée par le docteur

COURONNE—Fin

Binder—Il n'y a aucune raison d'envisager la possibilité d'accorder des dommages-intérêts spéciaux ou des dommages-intérêts punitifs—À ce dernier chapitre, la négligence commise en l'espèce découle d'une erreur de jugement et non d'un comportement dur, vengeur, répréhensible ou malicieux—Règlement sur le service des pénitenciers, C.R.C., ch. 1251, art. 16—Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 2, 3, 10, 31, (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 31).

OSWALD C. CANADA (T-2440-85, juge MacKay, jugement en date du 24-2-97, 34 p.)

DOUANES ET ACCISE**TARIF DES DOUANES**

Contrôle judiciaire de la décision du ministre confirmant l'annulation des décrets de remise des droits de douane accordés à la requérante—La requérante importe des outils à bois qu'elle vend à des compagnies comme Sears Canada sous la marque «Craftsman»—Elle ne paie pas de droits de douane lors de l'importation d'outils visés par des décrets de remise accordés par le ministre aux termes de l'art. 76 du Tarif des douanes, c'est-à-dire lorsque le ministre est d'avis que ces machines et appareils ne sont pas produits au Canada—Le 5 mai 1995, la requérante a été informée que la remise des droits de douanes à l'importation de certains outils serait annulée parce que des produits sensiblement comparables étaient fabriqués au Canada par General MFG. Co.—Le 31 juillet 1995, les décrets de remise ont été prorogés jusqu'au 31 décembre 1995—Le 11 août 1995, l'annulation des décrets de remise a été confirmée—La requérante a appris ultérieurement que la décision du ministre d'annuler les décrets avait été prise le 29 mai 1995—Demande rejetée—Pour décider que les importations de la requérante n'étaient plus admissibles à une remise de droits, le ministre a dû en arriver à la conclusion que les produits en question étaient «produits au Canada» aux termes de l'art. 76(3)—Pour parvenir à une telle conclusion, le ministre a dû tenir compte des critères énumérés à l'art. 75(3)—C'est le verbe «peut» qui est utilisé à l'art. 76(1) et (3), ce qui indique que le ministre conserve le pouvoir discrétionnaire de refuser une remise ou d'annuler un décret de remise déjà existant même s'il peut être démontré que les machines et les appareils en question ne sont pas produits au Canada—(1) Le ministre n'a pas outrepassé sa compétence—Le fait de savoir si de nouveaux renseignements ont été fournis au ministre n'est pas pertinent—La question est de savoir si le ministre disposait de renseignements à partir desquels il pouvait en arriver à la conclusion visée à l'art. 76(3)—Le ministre disposait de renseignements lui permettant d'établir une comparaison entre les produits respectifs et donc de tirer une conclusion sur leur comparabilité—Le fait que le ministre en soit venu à une conclusion

DOUANES ET ACCISE—Suite

différente par le passé en se basant sur les mêmes faits ne l'empêche pas d'adopter une position différente tant et aussi longtemps qu'il agit de bonne foi dans le but de réaliser le mieux possible les objectifs poursuivis par la loi—La décision ne se fonde pas sur des considérations non pertinentes—L'application uniforme d'une disposition législative s'appuyant sur des critères validement établis de façon à assurer l'égalité de traitement entre les intéressés n'est pas une considération inappropriée—(2) Le ministre n'a pas fondé sa décision sur une conclusion de fait erronée prise sans tenir compte des éléments dont il disposait—Les produits de General MFG s'adressent à l'utilisateur industriel, alors que les importations de la requérante visent l'ébéniste amateur—Le fait qu'un produit vise un segment donné du marché ne l'empêche pas d'en atteindre d'autres—La possibilité que les outils puissent être utilisés par des ébénistes professionnels aussi bien qu'amateurs ne peut être exclue—Même si les produits de la General MFG ne sont pas comparables, le ministre avait quand même la possibilité de conclure que les importations de la requérante étaient «produites au Canada», s'il était convaincu que General MFG était en mesure de fabriquer des produits sensiblement comparables—(3) Il n'y a pas eu manquement à l'équité procédurale—La décision du ministre se fonde sur des motifs généraux d'ordre public, ce qui n'accorde guère de protection procédurale, sinon aucune—Les décisions de politique se fondent sur des considérations beaucoup plus larges faisant intervenir des intérêts opposés savoir, d'une part, l'augmentation de l'efficacité industrielle canadienne en facilitant l'accès à des marchandises fabriquées à l'étranger et inaccessibles au Canada, et d'autre part, la protection des fabricants canadiens dès qu'ils sont en mesure de produire ces marchandises—Le texte législatif fait ressortir la nature hautement discrétionnaire du pouvoir exercé par le ministre quand il prend des décisions fondées sur la Section III du Tarif des douanes—L'intention du législateur qui ressort de ces dispositions, c'est que même si l'admissibilité des produits à la remise des droits doit être déterminée en conformité avec des critères précis prévus dans la Loi, la décision de remettre les droits est laissée à la discrétion du ministre—La décision contestée n'est pas une décision de nature judiciaire—Le pouvoir ultime de remettre ou de ne pas remettre les droits est conféré au ministre afin de lui permettre de répondre aux préoccupations industrielles, commerciales et fiscales du moment—Ces considérations vont bien au-delà des préoccupations particulières de la requérante et donnent lieu à un exercice qui est essentiellement de nature législative ou politique—Pour ce qui concerne la décision du ministre d'annuler les décrets de remise et de percevoir les droits appropriés, le seul recours que la requérante peut exercer est de nature politique et non juridique—Si l'on tient compte des facteurs énumérés dans l'arrêt *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653 pour établir l'existence et la teneur de l'obligation d'agir équitablement qui est due aux personnes visées par une décision, un argument très convaincant peut être soulevé en l'espèce selon lequel la requérante avait le droit

DOUANES ET ACCISE—Fin

d'exposer ses vues avant que le ministre puisse décider que ses exportations ne pouvaient plus bénéficier d'une remise des droits—La requérante a présenté ses observations bien avant que la décision prenne effet—Bien que la communication du 5 mai ait été à la fois inappropriée et inexacte et que la communication du 31 juillet ait été loin d'être franche, cela n'a pas entraîné le type de manquement qui justifierait l'annulation de la décision du ministre—La requérante a été informée de la décision qui a été prise, des motifs de celle-ci et de la date d'effet bien avant qu'elle n'entre en vigueur, et elle ne peut donc prétendre qu'elle a été empêchée de faire valoir son point de vue—Tarif des douanes, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 41, art. 75, 76 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 9, art. 2).

EMERSON ELECTRIC CANADA LTD. c. M.R.N.
(T-2617-95, juge Noël, ordonnance en date du 14-2-97,
24 p.)

DROIT CONSTITUTIONNEL

CHARTRE DES DROITS

Recours

Fins de non-recevoir opposées aux recours en contrôle judiciaire par ce motif qu'ils n'ont aucune valeur pratique—La première demande de contrôle judiciaire conclut à ordonnance de *certiorari* pour annuler la décision de l'agent des visas qui révoquait les visas d'immigrant et les fiches relatives au droit d'établissement; à ordonnance de *mandamus* pour ordonner aux agents des visas de délivrer immédiatement aux requérants un nouveau visa d'immigrant et une nouvelle fiche relative au droit d'établissement; et à jugement déclarant sous le régime de l'art. 24 de la Charte ou de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 que les actions des agents des visas allaient à l'encontre de la Charte—La seconde demande ne conclut qu'à ordonnance de *mandamus* et à jugement déclaratoire—Visas d'immigrant délivrés le 15 janvier 1997—Pour ce qui est des requêtes en *certiorari* et en *mandamus*, les recours en contrôle judiciaire n'ont plus de valeur pratique puisqu'il qu'il n'y a plus de litige entre les parties—Cependant, la Cour peut toujours exercer son pouvoir discrétionnaire pour rendre un jugement déclaratoire si les circonstances le justifient—Application des critères dégagés par la jurisprudence *Cross c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 111 F.T.R. 304 (C.F. 1^{re} inst.)—Il n'y a pas lieu pour la Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre les recours en contrôle judiciaire—Il ne sert visiblement à rien de rendre un jugement déclaratoire—Les requérants reprochent aux agents d'immigration d'avoir été excessivement lents à instruire leur demande de résidence permanente et à restituer l'original des documents produits—Dépôt de l'affidavit du président de l'Association de Protection des

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

émigrants taiwanais (APET), qui soutient qu'il ne faut pas permettre à l'administration canadienne d'échapper à la responsabilité de ses actes discriminatoires du seul fait qu'elle a délivré de nouveaux visas—L'administration reconnaît qu'elle examine plus minutieusement les documents produits à l'appui des demandes d'immigration émanant de Taiwan, par suite de faux documents soumis par certains conseillers en immigration de ce territoire—Personne n'a le droit d'entrer au Canada sans la permission de la Couronne—Si les requérants ont été, avant le 15 janvier 1997, victimes d'un traitement inique de la part d'agents d'immigration canadiens dans l'exercice de leurs fonctions, la voie de droit ouverte est l'action en dommages-intérêts, et non en jugement déclaratoire—Ils n'ont pas qualité pour intenter une action en jugement déclaratoire au regard de la Charte pour le compte de l'APET—La Charte ne s'applique pas à l'extérieur du Canada—Ceux qui ne sont pas citoyens et qui se trouvent à l'extérieur du Canada ne peuvent invoquer la Charte—L'absence d'un contexte antagonique et le principe d'économie des ressources judiciaires s'opposent à la poursuite de ces recours en contrôle judiciaire du moment que la plainte sous-jacente des requérants a été résolue en leur faveur—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^o 44], art. 24—Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n^o 44], art. 52.

LEE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4654-96, juge Muldoon, ordonnance en date du 14-2-97, 7 p.)

DROIT MARITIME

ASSURANCE

Appel d'une ordonnance du protonotaire suspendant l'action intentée par l'appelante et renvoyant à l'arbitrage la question de la protection d'assurance—L'action a été intentée par l'appelante, Ocean Fisheries Ltd., contre l'assureur, Mutual Marine Insurance Co. pour un montant correspondant à la valeur assurée du navire—Mutual a rejeté intégralement la réclamation pour la perte totale du *North Land* au motif que, lors du chavirement, le navire n'était pas commandé par un capitaine approuvé selon les conditions de la police d'assurance d'Ocean—Le protonotaire a accueilli la requête de Mutual et accordé une suspension de l'action intentée par Ocean contre Mutual—En vertu de la doctrine *contra proferentem*, les ambiguïtés dans une police d'assurance et les règlements doivent être interprétés strictement contre Mutual parce qu'elle est l'auteur de la police et des règlements—L'art. 13 des règlements, intitulé «Réclamations», prévoit le renvoi à l'arbitrage dans les cas où les

DROIT MARITIME—Suite

conditions du règlement ne sont pas satisfaisantes—L'art. 15 des règlements, intitulé «Différends», concerne le règlement des différends entre un assureur et actionnaire et Mutual—Les règlements doivent être considérés comme étant ambigus—Le simple fait que l'assureur soit une société mutuelle d'assurance n'est pas suffisant pour conclure que la doctrine *contra proferentem* ne doit pas s'appliquer—Il n'y a pas identité d'intérêt entre Mutual et Ocean—Toute ambiguïté dans un contrat d'assurance doit être interprétée contre l'assureur—Rien ne laisse entendre que les polices émises par les sociétés mutuelles d'assurance doivent être traitées d'une façon différente de celles des polices émises par tout autre type de société d'assurance—Le protonotaire a commis une erreur de droit quand il a conclu que la doctrine *contra proferentem* ne s'appliquait pas aux faits de l'espèce et quand il s'est dit d'avis que les art. 13 ou 15 n'étaient pas ambigus—Il a également commis une erreur en statuant que les faits de la cause n'étaient pas visés par l'art. 13, mais plutôt par l'art. 15—La Cour a la compétence résiduelle de déterminer si le différend d'Ocean était véritablement visé par les dispositions d'arbitrage contenues dans les règlements—L'art. 13 concernant les «réclamations» est l'article pertinent—L'art. 13 n'est pas une clause purement facultative—Le différend n'est pas visé à l'art. 15 des règlements, qui traite d'un différend «qui se pose dans le cours des affaires de la société»—L'art. 15 est ambigu et par conséquent il doit être interprété contre l'intimé—Appel accueilli.

OCEAN FISHERIES LTD. C. PACIFIC COAST FISHERMEN'S MUTUAL MARINE INSURANCE CO. (T-2205-96, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 26-3-97, 13 p.)

CONTRATS

Requête visant à obtenir la somme de 635 009,71 \$ par jugement sommaire partiel à l'encontre de l'affrèteur relativement au fret du navire, moins les sommes correspondant au carburant se trouvant dans les soutes lors de la remise du navire et au temps perdu en raison de la panne d'une grue—Le différend tient en partie aux circonstances entourant le retard de près de deux mois intervenu dans le déchargement du navire à Bombay—Les sommes dues au titre du fret n'ont pas été versées—La demanderesse a entrepris le déchargement du navire à Bombay—Requête accueillie en partie—La preuve relative au droit de la demanderesse à paiement à partir de la septième période d'affrètement, soit au titre du contrat d'affrètement, soit au titre des dommages-intérêts, est incomplète: a) la demanderesse a-t-elle repris possession du navire comme l'affirme l'affrèteur; b) la demanderesse a-t-elle accepté, de la part de l'affrèteur, la dénonciation de la charte-partie; ou c) les parties ont-elles convenu de maintenir en vigueur la charte-partie en attendant que la cargaison soit déchargée et que le navire soit alors remis à la demanderesse—Comme la

DROIT MARITIME—Suite

somme adjugée dans le cadre de ce jugement sommaire partiel porte sur une période antérieure au début de la période de surestaries, selon la jurisprudence, on ne peut pas effectuer de compensation entre la somme demandée au titre des surestaries et la somme accordée au titre du fret—Il n'y a pas non plus lieu de surseoir à l'exécution du jugement en attendant que la demande de surestaries soit réglée par arbitrage ou dans le cadre d'une instance—L'affrèteur sera tenu de verser à la demanderesse la somme de 267 900 \$ pour chacune des cinquième et sixième périodes d'affrètement, ainsi que le reliquat de 881,25 \$ dû au titre de la première période d'affrètement, moins les sommes correspondant au temps perdu en raison d'une panne des engins de levage (1 800 \$) et à la valeur du carburant se trouvant dans les soutes lors de la remise du navire (56 630 \$).

HALLA MERCHANT MARINE CO. C. LOK MAHESHWARI (T-279-96, juge Lutfy, jugement en date du 26-2-97, 10 p.)

TRANSPORT DE MARCHANDISES

Appel d'une ordonnance déclarant que les actions des chargeurs à l'encontre du transporteur par suite de pertes ou dommages causés à des marchandises transportées par mer ont été à bon droit intentées à l'intérieur des délais prescrits devant la Cour fédérale, et rejetant la demande du transporteur en vue d'obtenir des jugements rejetant les actions au motif qu'elles sont prescrites—Le transporteur a accepté par contrat de transporter des bobines d'acier laminées à froid de Belgique aux États-Unis—Le connaissement stipulait que toute action découlant du transport des marchandises en vertu de ces connaissements devait être intentée devant les tribunaux du Canada dans l'année suivant la livraison des marchandises au port de déchargement—L'agent autorisé du transporteur a accepté par lettre la prorogation de délai demandée pour intenter les actions, à condition que celles-ci soient intentées aux États-Unis—Les actions au Canada ont été intentées plus d'un an après que les marchandises eurent été livrées au port de déchargement, mais chacune dans le délai précisé dans la lettre de prorogation accordée par le transporteur—Les règles de La Haye-Visby en vigueur en Belgique s'appliquent aux chargements malgré la clause prépondérante figurant dans les connaissements et ayant pour but de donner application à la U.S. Carriage of Goods by Sea Act (U.S. COGSA)—Lorsque les conditions préalables à l'application des règles de La Haye-Visby sont réunies, ce sont les tribunaux canadiens qui sont chargés de les appliquer même si les parties ont essayé, par contrat, d'assujettir leur entente au droit d'un État qui ne les reconnaît pas—Les règles sont rédigées de façon à ne pouvoir être modifiées par contrat si la modification a pour effet d'atténuer la responsabilité—La limite de responsabilité en vertu de la U.S. COGSA est considérablement inférieure à celle qui est imposée par les règles de La Haye-

DROIT MARITIME—Fin

Visby—Les règles donnent expressément aux parties à un contrat le pouvoir de proroger le délai pour intenter des poursuites, ce qui a été fait en l'espèce—Les règles indiquent qu'un transporteur peut accepter de renoncer à tout ou partie de ses droits et exonérations dans un connaissement, mais aucune disposition de ce genre n'est prévue pour le chargeur—Les ententes sur la prorogation de délai sont en elles-mêmes valides—Personne ne laisse entendre que c'est l'opposabilité de la clause sur le changement de tribunal qui a amené le transporteur à accepter de proroger le délai—Les lettres laissent entendre que le transporteur avait à l'esprit d'autres considérations plus importantes que le changement de tribunal, notamment les trois conditions énumérées avant la clause de changement de juridiction—Cette clause n'est pas si fondamentale à l'entente que la totalité de celle-ci doit être annulée si cette partie doit être invalidée—Les règles de La Haye-Visby obligent à ignorer la condition sur le changement de juridiction si les ententes de prorogation de délai doivent être réputées faire partie du contrat de transport—La distinction est faite avec certaines autorités américaines qui semblent avoir statué que les ententes de prorogation de délai pour intenter des poursuites sont distinctes des contrats de transport par mer auxquels elles sont rattachées parce que, une fois que la cause d'action a pris naissance, on ne peut plus prétendre que le chargeur est à la merci du transporteur—Le droit d'action pour les dommages causés aux marchandises est incorporé au contrat de transport lui-même—L'article disposant que le délai d'un an fixé pour l'introduction des poursuites est imposé par les règles peut être contourné uniquement parce que la disposition qui fixe le délai est celle-là même qui autorise les parties à le proroger—Cette prorogation de délai est par conséquent incorporée aux règles applicables au contrat à titre de modification et, donc, devient rétroactivement une partie du contrat lui-même—Les dispositions de la U.S. COGSA établissant le délai d'introduction des poursuites ne contiennent pas de disposition semblable—Les conditions concernant le choix de la juridiction dans les ententes de prorogation de délai sont nulles et doivent être totalement ignorées sans porter atteinte à la validité du reste du document—Les dispositions des connaissements établissant que les tribunaux du Canada sont la juridiction compétente continuent de s'appliquer, mais le délai d'un an a été valablement prorogé—Loi sur le transport des marchandises par eau, L.C. 1993, ch. 21, art. 7—Règles de La Haye-Visby, L.C. 1993, ch. 21, ann. I, art. III, V, X.

SIDMAR N.V. C. FEDNAV INTERNATIONAL LTD.
(A-807-96, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 25-2-97, 10 p.)

DROITS DE LA PERSONNE

Appel interjeté du jugement de la Section de première instance ([1994] 2 C.F. 524) portant rejet de la demande de

DROITS DE LA PERSONNE—Fin

contrôle judiciaire contre la décision par laquelle un tribunal des droits de la personne a jugé que l'application de l'âge de la retraite obligatoire observé dans les Forces canadiennes était une pratique discriminatoire et a ordonné l'indemnisation de certains intimés qui avaient été obligés de prendre leur retraite—Appel rejeté—Ni le tribunal ni le juge n'a commis une erreur qui appellerait l'intervention de la Cour—Aucune erreur dans la conclusion que les Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes prescrivant la retraite obligatoire ne sont pas des règlements pris aux fins de l'art. 15*b*) de la Loi canadienne sur les droits de la personne (la Loi)—Ces règlements étaient déjà en place à l'entrée en vigueur de la même loi, et rien dans leur texte n'indique qu'au moment de leur adoption, le gouverneur en conseil entendait prévoir une exception à la législation en matière de droits de la personne—*Administration de pilotage du Pacifique c. Arnison*, [1981] 2 C.F. 206 (C.A.), n'est pas le précédent à invoquer pour soutenir le contraire—Rejet de l'assertion que la retraite de 7 des 10 plaignants n'avait rien à voir avec leur âge—Le fait qu'ils ne remplissaient pas les conditions transitoires de mérite, de grade et de fonctions, ne présente aucune importance, puisque chacun d'eux a été forcé de prendre sa retraite à la limite d'âge prévue et n'aurait pas pris sa retraite comme il l'a fait, n'eût été cette réglementation—Le recours à des normes non discriminatoires pour choisir ceux qui n'en sont pas exclus n'élimine pas la discrimination—Ni le tribunal ni le juge n'a commis aucune erreur de droit dirimante, susceptible de contrôle judiciaire—La conclusion que l'âge de la retraite obligatoire ne représente pas une exigence professionnelle justifiée au sens de la Loi est essentiellement une conclusion sur les faits; le tribunal s'est posé les questions qui s'imposaient et ses réponses étaient fondées sur les preuves produites—La Cour ne saurait donc toucher à sa conclusion que les Forces canadiennes pourraient substituer à l'âge de la retraite obligatoire un régime de tests raisonnablement pratiques pour satisfaire à leurs impératifs de sécurité—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 15*b*)—Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (Révision de 1968).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. MARTIN (A-72-94,
juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 18-3-97,
3 p.)

FONCTION PUBLIQUE**PROCESSUS DE SÉLECTION**

Demande de contrôle judiciaire d'une décision du comité de révision de la sélection de la Commission nationale des libérations conditionnelles de ne pas accorder au requérant une entrevue en vue de sa nomination comme commissaire à temps partiel—Le comité procède à la sélection initiale des candidats—En 1995, le requérant a répondu à une

FONCTION PUBLIQUE—Suite

annonce parue dans la *Gazette du Canada* concernant un poste à temps partiel à la Commission dans les régions de l'Ontario et du Québec—L'annonce énonçait les qualités des «personnes choisies»—Le requérant avait 15 ans d'expérience concernant le système de justice pénal, ainsi qu'un diplôme en droit—Son nom a été rayé de la liste d'entrevue—L'art. 103 de la Loi sur le système correctionnel et la liberté sous caution confère au gouverneur en conseil le plein pouvoir discrétionnaire de nommer les membres sur la recommandation du ministre—La décision du comité de ne pas convoquer le requérant en entrevue est assujettie au contrôle judiciaire prévu à l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale—Un ministre n'est pas tenu, à strictement parler, d'exercer personnellement un pouvoir prévu par la Loi—Le comité, agissant au nom du ministre, est assujetti à la même obligation d'équité procédurale que le ministre lui-même—La Loi confère au ministre un très large pouvoir discrétionnaire pour décider de recommander au Cabinet les futurs membres à temps partiel de la Commission—La décision du ministre n'est assujettie à aucune protection procédurale en l'absence d'un abus de pouvoir discrétionnaire, notamment d'une mesure prise de mauvaise foi—L'annonce n'a pu d'aucune façon créer chez le requérant une attente légitime qu'il serait convoqué à l'entrevue—L'erreur dans le «tableau du processus de sélection des candidats pour les postes à la Commission» n'a pas été commise de façon absurde ou arbitraire sans tenir compte des éléments existants—Cette erreur est insuffisante pour justifier l'annulation de la décision de ne pas lui accorder une entrevue—Demande rejetée—Loi sur le système correctionnel et la liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 103—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)

GRIFFIN C. CANADA (T-722-96, juge Wetston, ordonnance en date du 20-3-97, 9 p.)

Principe du mérite

Demande en annulation du refus de la Commission de la fonction publique (CFP) de mettre en application les recommandations du comité d'enquête—Évaluation par le ministère de la Défense nationale de 90 candidats aux postes d'aide de cuisine à sa base de Kingston (Ontario)—La CFP saisie de plaintes sur la façon dont les candidats ont été évalués—Bien qu'un enquêteur ait relevé des irrégularités sur place, trois listes d'admissibilité ont été établies—Le Ministère a reconnu des erreurs dans la notation des candidats—Seconde évaluation à l'issue de laquelle il a été jugé que 22 des 24 candidats reçus avaient la compétence voulue mais n'étaient pas nécessairement les candidats les mieux qualifiés—En 1995, le comité d'enquête invite toutes les parties intéressées à comparaître pour donner leur témoignage et présenter leurs conclusions—Il conclut à l'existence de graves défauts dans l'évaluation des candidats, et recommande une nouvelle évaluation, la nomination des 24

FONCTION PUBLIQUE—Fin

premiers reçus, et la révocation de la nomination de ceux qui n'étaient pas parmi les 24 premiers reçus—La Commission a adopté, à la place, des recommandations internes, confirmant la nomination de ceux qui ont été reconnus à deux reprises comme ayant la compétence voulue, et considérant l'expérience acquise au travail comme un critère valide de sélection—Les plaignants qui comparaissaient devant le comité d'enquête n'ont pas eu la possibilité de présenter leurs conclusions à la Commission—Demande accueillie—(1) La Commission n'a pas observé les principes fondamentaux d'équité procédurale, faute d'avoir informé les parties intéressées du dossier auquel elles auraient à répondre et de leur avoir donné la possibilité d'y répondre avant qu'elle n'eût décidé d'ignorer les recommandations du comité d'enquête—(2) L'art. 10 de la LEFP prévoit que les nominations dans la fonction publique sont fondées sur la sélection au mérite—Le principe du mérite vise à assurer la sélection des candidats les mieux qualifiés—La connaissance de première main des attributions du poste pourrait assurer aux candidats déjà en place un avantage indu—Le processus risque de ne pas se traduire par une sélection au mérite—Par les mesures correctrices prises en l'espèce et qui confirmaient les sélections faisant suite à deux processus d'évaluation manifestement défectueux, la Commission n'a pas assuré la sélection au mérite—Il ne s'agit pas de retenir ceux qui occupent ces postes grâce aux évaluations défectueuses, du seul fait de leur travail satisfaisant—Leur rendement indique seulement qu'ils ont la compétence voulue pour ces postes, non pas qu'ils sont les mieux qualifiés conformément au principe du mérite—La CFP doit procéder à une nouvelle évaluation—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 10.

MCAULIFFE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-2373-95, juge Dubé, ordonnance en date du 12-2-97, 8 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

Appel d'une ordonnance de la Section de première instance ((1996), 96 DTC 6262) annulant une décision du ministre du Revenu national qui rejetait la demande des intimés, déposée aux termes de l'art. 152(4.2) de la Loi de l'impôt sur le revenu, visant à rouvrir des années d'imposition prescrites afin de pouvoir déduire les pertes d'entreprise qu'ils auraient subies au cours des années visées—Le juge de première instance a conclu que la décision du ministre allait à l'encontre de la politique annoncée et, par conséquent, était erronée en droit parce que les intimés auraient pu déduire leurs pertes d'entreprise s'ils avaient déposé leurs demandes avant la fin de la période de trois années suivant la date de l'établissement des cotisations—L'art. 152(4.2) confère un pouvoir discrétionnaire au ministre—Le rôle de la cour de révision ne consiste pas à exercer ce pouvoir à la place de son titulaire—La cour pourra intervenir et annuler

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

la décision visée seulement si celle-ci a été prise de mauvaise foi, si l'instance décisionnelle a manifestement omis de tenir compte de faits pertinents ou tenu compte de faits non pertinents, ou si la décision est erronée en droit—Les conclusions du juge de première instance sont contraires à la preuve produite—Un fonctionnaire du ministère du Revenu national a invité les intimés à se prévaloir de l'art. 152(4.2) et ces derniers ont eu pleinement l'occasion de faire des observations pour appuyer leurs demandes—Ils n'ont pas eu l'occasion de faire des observations orales, mais la règle est claire: *sauf dans des cas exceptionnels, l'équité procédurale n'exige pas la tenue d'une audience*—Le pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 152(4.2) est au ministre et non au juge—Le juge ne pouvait conclure que la décision du ministre était erronée au seul motif que, se fondant sur les renseignements partiels dont il disposait, il aurait exercé différemment le pouvoir discrétionnaire du ministre—Appel accueilli—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 152(4.2) (édicte par L.C. 1991, ch. 49, art. 125(1).

BARRON C. M.R.N. (A-322-96, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 4-2-97, 4 p.)

CALCUL DU REVENU

La question est de savoir s'il y a eu attribution au demandeur, afin de servir à son profit, des biens d'Interconserv Inc. et, le cas échéant, si la valeur de cet avantage aurait dû être incluse dans le calcul du revenu pour les années d'imposition 1986 et 1987 en vertu de l'art. 15(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Le demandeur est le seul actionnaire bénéficiaire d'Interconserv—En vertu d'une débenture, Concept Marketing Services Inc. s'est engagée à rembourser à Victoria & Grey Trust Company la somme de 350 000 \$, que Victoria & Grey lui avait prêtée—Le demandeur s'est porté caution sur cette débenture et il a dû honorer cette garantie—Le demandeur n'a pas inclus cette opération dans son revenu—Les fonds payés par Interconserv au demandeur ont été considérés comme des capitaux ou des biens ayant été attribués au contribuable au cours des années 1986 et 1987—Le MRN a inclus dans le revenu du demandeur les sommes de 145 698 \$ (qui se rapportent à la garantie) et de 3 813 \$ (correspondant au montant des frais juridiques ayant trait à la garantie)—Le demandeur conteste la décision du ministre au motif qu'il n'a tiré aucun profit personnel de l'opération et que le ministre a mal appliqué l'art. 15 de la Loi—L'art. 15 exige deux choses: un avantage au contribuable et une intention—Le demandeur ne risquait rien de plus que de faire ses frais, mais il n'avait aucune chance de faire un profit—L'explication du demandeur est raisonnable et digne de foi—Même s'il s'est personnellement porté caution pour le prêt de Concept, le demandeur avait un droit indépendant d'être indemnisé aux termes d'une entente signée avec Interconserv—En tant que seul administrateur et

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

dirigeant d'Interconserv, le demandeur était autorisé à prendre une décision au nom d'Interconserv concernant la convention d'indemnisation—L'appel est accueilli—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 15(1) (mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 8(2)).

HRGA C. CANADA (T-2249-90, T-2252-90, T-2759-90, juge en chef adjoint Jerome, jugement en date du 6-2-97, 5 p.)

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt qui a confirmé la nouvelle cotisation du ministre fondée sur l'art. 12(1)(x)(viii) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Cette disposition établit les critères de distinction entre le paiement incitatif qui doit être payé intégralement comme revenu et le paiement incitatif qui pourra être traité comme produit de disposition d'un bien en immobilisation admissible, donc taxable en partie seulement—L'expression «acquisition d'un droit sur l'entreprise» doit s'entendre d'un droit direct relatif aux activités mêmes de l'entreprise—Le «droit» ou l'intérêt acquis par le payeur dans l'entreprise est celui que lui vaut l'obligation assumée par l'appelante, qui exploite une épicerie, d'abord de s'approvisionner à l'avenir chez le grossiste jusqu'à concurrence de certains quotas, et ensuite de lui donner un premier choix d'acquisition des actions émises de son capital-actions, si une transaction relative à ces actions était projetée—Attribuer à l'expression «droit» dans l'entreprise le sens d'avantage à retirer des activités de l'entreprise serait aller à l'encontre du sens courant attribué dans le langage juridique aux mots «droit» et «*interest*» utilisés à l'égard d'un bien, comme en témoignent les définitions fournies par les dictionnaires juridiques—Ce serait aussi enlever à la disposition la possibilité de jouer vraiment le rôle qu'on lui assignait, soit celui de départager deux types de paiements incitatifs—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 12(1)(x)(viii).

SUPERMARCHÉ STE-CROIX INC. C. CANADA (A-711-94, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 13-2-97, 3 p.)

CORPORATIONS

Appel contre la décision de la Cour canadienne de l'impôt portant annulation du rejet par le ministre du report prospectif d'une perte de 239 328 \$ à l'égard de l'année d'imposition 1986 de l'intimée—Appel incident contre la décision du ministre portant qu'une fraction des frais d'exploitation du ranch K-2 de l'intimée n'était pas déductible du fait qu'elle représentait des frais de subsistance de son propriétaire—L'intimée Diversified Holdings Ltd. (D.H.) a acheté toutes les actions de 860 Holdings, Ltd. (860)—Central Trust Co. (CTC) a acheté le terrain hypothéqué pour 400 000 \$, qu'elle a payés à 860—860 a transféré la propriété du

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

terrain à Central Trust Co. qui, à son tour et notamment contre paiement des 400 000 \$ transférés par 860 à 173235 B.C. Ltd. (173235), une autre compagnie appartenant en propriété exclusive au propriétaire de D.H., et moyennant la somme de 50 000 \$ effectivement versée par D.H., a transféré la créance hypothécaire à 173235—Celle-ci a purgé l'hypothèque, transférant ainsi à CTC le titre libre sur le terrain, mais a retenu pour elle-même une créance qui s'éleverait à 1 281 100 \$; cette créance qui était auparavant celle de CTC est maintenant la sienne propre, mais sans la garantie hypothécaire—Aucune condition de paiement ou taux d'intérêt n'a été fixé pour cette créance, et au moment du procès, rien n'a été payé—Subséquentement, 860 a été absorbée par D.H.; la compagnie résultante est donc le successeur dans la dette de 860 vis-à-vis de 173235—L'acquisition des pertes de 860 a coûté au total 152 400 \$ à D.H.—Dans ses déclarations d'impôt pour 1982, 860 a fait valoir entre autres une perte autre qu'en capital de 239 328 \$, que D.H. revendique dans le calcul de son revenu imposable pour 1986—Le ministre a rejeté le report prospectif de la perte autre qu'en capital par ce motif que dès le moment où l'hypothèque fut purgée par 173235, la dette de 860 a été réglée ou éteinte au sens de l'art. 80(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu et, partant, ne donne plus lieu à aucune perte autre qu'en capital—La Cour de l'impôt a accueilli l'appel, concluant que la dette existait toujours malgré la purge de l'hypothèque, qui n'est qu'une garantie; qu'il y avait donc en 1986 une dette que la nouvelle compagnie D.H. devait à 173235, qui en était la cessionnaire; que 173235 ne faisait pas fonction de mandataire de D.H. en devenant la créancière de 860 puis du successeur de cette dernière dans la dette, c'est-à-dire la nouvelle compagnie D.H.; que l'entreprise de 860 n'avait pas pris fin avant 1986 de façon à en exclure la continuation par la nouvelle compagnie D.H. en 1986—Rejet de l'appel et de l'appel incident—(1) La dette de 860 n'a pas été «réglée» ou «éteinte» au sens de l'art. 80(1) de la Loi—Bien que la dette n'existe plus dans les faits, puisque créancière et débitrice sont confondues dans la même compagnie, elle n'a pas disparu pour autant, juridiquement parlant—Pour qu'une dette soit réglée ou éteinte au sens de l'art. 80(1) de la Loi, il faut qu'il y ait un apurement en bonne et due forme, légalement opposable aux parties, ce qui n'est pas le cas en l'espèce—Vu l'objet et l'esprit de l'art. 80(1) de la Loi, celui-ci n'est pas applicable au règlement *de facto* des dettes—Aucune allégation d'opération fictive ou de réduction factice du revenu au sens de l'art. 245 de la Loi—(2) Aucune erreur dans la conclusion tirée par le juge de la Cour de l'impôt que 173235 ne faisait pas fonction de mandataire ou de représentante de D.H. lorsqu'elle assumait la dette de 860 de façon à faire de D.H. la créancière et la débitrice tout à la fois—(3) D.H. exploitait en 1986 l'entreprise dans le cadre de laquelle 860 avait subi la perte initiale—Perte autre qu'en capital déductible à l'égard d'une année d'imposition donnée si la corporation absorbée exploite cette année la même entreprise que lors de l'année

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

d'imposition précédant la prise de contrôle et au cours de laquelle la perte a été subie—Bien que l'entreprise de 860 eût cessé d'exploiter son entreprise deux mois avant l'acquisition, le juge de la Cour de l'impôt était en droit de conclure des faits de la cause que cet intervalle n'était pas suffisant pour prouver que l'entreprise avait cessé d'exister ou qu'elle ne pouvait être exploitée dans une attente raisonnable de profit—De surcroît, la conjonction «and» figurant à la fin du texte anglais de la disposition (A) a une fonction disjonctive—Les dispositions (A) et (B) prévoient deux cas possibles: (A) prévoit la déductibilité de la perte dans l'année d'imposition même où le contrôle est acquis; (B) prévoit la déductibilité d'une perte au cours de n'importe quelle année d'imposition subséquente—Ce qui est en jeu, c'est l'application de la disposition (B) à l'égard de l'entreprise exploitée en 1986—L'appelante ne dit pas que D.H. n'exploitait pas une entreprise de promotion immobilière en 1986—Appel incident rejeté par les mêmes motifs que dans *Hartwig c. Canada* (A-313-94); le juge de la Cour de l'impôt avait raison de juger qu'une fraction des dépenses engagées par D.H. pour le ranch K-2 constituait un avantage imposable conféré à l'actionnaire qu'était son propriétaire et que ces dépenses n'étaient pas déductibles du revenu de D.H. en ce qu'elles n'avaient pas été faites en vue de gagner un revenu—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 111(5a) (mod. par S.C. 1985, ch. 45, art. 57).

CANADA C. DIVERSIFIED HOLDINGS LTD. (A-309-94, juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 18-3-97, 12 p.)

INJONCTIONS

Demande d'injonction provisoire en vue d'empêcher les défendeurs de vendre, annoncer en vente et distribuer des épaulières pour violon et alto portant les noms «Kun» et «Joseph Kun», ou en liaison avec ces noms, à la Foire musicale de Francfort en Allemagne dont l'ouverture est fixée au 26 février 1997—Application du critère en trois volets énoncé dans l'arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada* (*Procureur général*), [1994] 1 R.C.S. 311—(1) Question sérieuse à juger, ne serait-ce qu'en ce qui a trait à la compétence de la Cour sur les questions en litige—(2) Dilution et perte consécutive du caractère distinctif du nom «Kun» en liaison avec la fabrication et la distribution d'épaulières pour violon et alto, rendant ainsi le nom «Kun» non enregistrable ou susceptible d'être radié du registre des marques de commerce—En faisant en sorte que le nom «Kun» cesse d'être la marque distinctive d'un fabricant unique d'épaulières, les défendeurs porteront atteinte à l'achalandage sur lequel est fondé la compagnie demanderesse—La perte de caractère distinctif du nom «Kun» conduisant à la perte de la marque de commerce et à la perte consécutive de l'achalandage constitue un préjudice irréparable—Il y a suffisamment d'éléments de preuve pour

INJONCTIONS—Fin

permettre de conclure que si les deux compagnies «Kun» poursuivent le commerce des épaulières, elles risquent fort de faire disparaître le caractère distinctif de la marque et d'anéantir complètement l'achalandage que la demanderesse a créé pour attirer précisément l'attention des acheteurs—(3) Le préjudice que subira la demanderesse si l'injonction lui est refusée est plus grand que le préjudice que subiront les défendeurs si l'injonction est accueillie—Il est interdit aux défendeurs de promouvoir et de vendre la nouvelle épaulière «Kadenza» en liaison avec le nom «Kun»; il n'est toutefois pas interdit à Michael et à Marika Kun de participer à la Foire de Francfort et d'y promouvoir l'épaulière «Kadenza» sous réserve de la présente restriction.

THE KUN SHOULDER REST INC. C. JOSEPH KUN VIOLIN AND BOW MAKER INC. (T-118-97, juge Nadon, ordonnance en date du 13-2-97, 6 p.)

JUGES ET TRIBUNAUX

Stare decisis—Appel de la décision du juge Gibson ((1995), 65 C.P.R. (3d) 56) fondée sur la décision *Janssen Pharmaceutica Inc. c. Novopharm Ltd.* (1995), 64 C.P.R. (3d) 45 (C.F. 1^{re} inst.)—Licences obligatoires délivrées à quelques jours d'intervalle à l'égard des mêmes brevets, reprenant les mêmes termes dans les deux cas—La Cour d'appel a adopté les motifs du juge MacKay ((1996), 70 C.P.R. (3d) 82)—Bien que la Cour ne soit pas liée en soi par cette décision, les règles de la courtoisie judiciaire ou *stare decisis* exigent que l'arrêt de la Cour d'appel soit suivi à moins d'établir une distinction en raison de faits importants ou de prouver que la décision antérieure était manifestement erronée en ce qu'elle n'a pas tenu compte d'une disposition de la loi ou d'une décision qui devait être appliquée ou suivie—En l'occurrence, la Cour ne peut concevoir que le commissaire ait pu vouloir accorder, dans l'affaire dont la Cour est saisie, une chose différente de ce qu'il a accordé dans l'affaire qu'elle a déjà tranchée—La Cour n'est pas convaincue que la décision *Novopharm* était manifestement erronée au sens où elle aurait été rendue *per incuriam*—Il y aura meilleure utilisation du temps et des ressources de la Cour si les avocats conviennent d'une audition conjointe des demandes, actions ou appels mettant en cause une même question de droit ou de fait, plutôt que d'insister pour être entendus séparément—Agir autrement nuit au développement d'une jurisprudence cohérente, obligeant la Cour d'appel à appliquer, parfois à regret, le principe du *stare decisis*.

JANSSEN PHARMACEUTICA INC. C. APOTEX INC. (A-841-95, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 11-2-97, 3 p.)

MARQUES DE COMMERCE**ENREGISTREMENT**

Appel de la décision du registraire des marques de commerce de rejeter la demande de l'appelante visant l'enregistrement de la marque de commerce «Where The World Comes To Play» relativement à certaines marchandises—L'intimée s'est opposée à l'enregistrement pour cause de confusion avec sa propre marque de commerce «Toronto Come To Play»—Appel considéré comme un procès *de novo*—Appel accueilli—Les deux marques en l'espèce n'ont pas un caractère distinctif inhérent marqué—La marque de l'intimée n'est pas forte et ne peut justifier une large protection—Par conséquent, même une différence mineure entre les marques devrait suffire à les distinguer—Il n'y a pas de différence importante quant à la période d'usage des marques—Dans la présentation ou le son, les marques de commerce sont entièrement différentes, même si elles ont en commun les mots «come to play»—Les marques sont tout à fait différentes dans leur apparence et leur présentation—Il n'existe pas de similitude entre le premier mot de chacune des marques et il est improbable qu'un client ordinaire les confonde quant à leur présentation ou leur son—À la première impression, les marques de commerce sont suffisamment dissemblables et non susceptibles d'être confondues—Aucune preuve de confusion pendant les années où elles ont été en usage—L'affaire est renvoyée au registraire pour réexamen, compte tenu qu'il y a lieu d'accueillir la demande d'enregistrement de la marque «Where The World Comes To Play» pour toutes les marchandises et les services y énumérés.

SKYDOME CORP. C. TORONTO HEART INDUSTRIES LTD. (T-2491-95, juge Lutfy, jugement en date du 10-3-97, 6 p.)

PRATIQUE

Requête en radiation de paragraphes de la défense et demande reconventionnelle au motif d'absence de cause raisonnable d'action—Les deux parties fabriquent et vendent des vêtements—Toutes deux apposent des marques de commerce bien en évidence sur l'ensemble de leur marchandise en cousant une étiquette le long d'une couture—Les défenderesses allèguent que depuis 1982 les demandereses ont engagé plus de 20 instances devant la présente Cour dans l'unique but d'intimider les concurrents ou de les contraindre à cesser d'utiliser l'étiquette cousue aux fins d'apposer leurs marques de commerce—Il s'agit manifestement d'une allégation propre à étayer une cause d'action en abus de procédure—Le délit civil d'abus de procédure est défini dans l'arrêt *Tsipoulos v. Commercial Union Assurance Co.* (1986), 32 D.L.R. (4th) 614 (H.C. Ont.) comme le mauvais usage des procédures des tribunaux pour contraindre quelqu'un à faire une chose qui n'est aucunement visée par la demande dont le tribunal est saisi—Il y a abus de

MARQUES DE COMMERCE—Suite

procédure lorsque les procédures judiciaires sont utilisées dans un but impropre et lorsqu'il y a menace ou acte précis dans la poursuite de ce but—La cause d'action naît lorsque les procédures de la loi sont utilisées dans un but caché ou indirect—L'art. 7a) de la Loi sur les marques de commerce ne vise pas le délit civil d'abus de procédure tel qu'allégué en l'espèce—Suivant l'arrêt *S. & S. Industries Inc. c. Rowell*, [1966] 1 R.C.S. 419, l'effet combiné de l'art. 7a) et de l'art. 52 est de créer une cause d'action légale pour laquelle il peut y avoir adjudication de dommages-intérêts à la personne lésée par une déclaration fautive ou trompeuse d'un concurrent tendant à discréditer l'entreprise, les marchandises ou les services du demandeur—Les éléments essentiels de l'action sont les suivants: une déclaration fautive ou trompeuse, tendant à discréditer l'entreprise, les marchandises ou les services d'un concurrent, et des dommages en résultant—Le fait que les demandereses ont engagé plusieurs actions n'équivaut pas à une déclaration fautive ou trompeuse au sens du premier élément de l'art. 7a)—De plus, en common law, les déclarations faites dans un acte de procédure sont considérées comme privilégiées et conséquemment, elles ne peuvent, malgré leur fausseté, avoir pour effet de faire tomber un défendeur sous le coup de l'art. 7a) —Requête accueillie—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 7a).

LEVI STRAUSS & CO. C. TIMBERLAND CO. (T-2702-96, protonotaire Morneau, ordonnance en date du 21-3-97, 5 p.)

Requête en prorogation du délai prescrit pour déposer une réponse à l'avis de requête introductif d'instance de la requérante visant à faire rayer la marque de commerce de l'intimée du registre des marques de commerce—La société requérante, établie en 1967, est un conglomerat composé de plusieurs divisions, faisant affaires sous le nom de President Group—En 1994, la requérante a enregistré, comme marque de commerce au Canada, le mot «President» en liaison avec la vente, la location, la publicité, la promotion et la gestion immobilière de centres commerciaux et d'entrepôts—L'intimée, une société de Colombie-Britannique constituée au début de 1993, exploite une entreprise de courtage immobilier résidentiel et commercial—À la fin de 1993 et en 1994, la requérante a appris que l'intimée faisait affaire sous le nom de «President Group Realty» ou «Remax President Group Realty»—Une requête en radiation de la marque de commerce de l'intimée, fondée sur l'art. 57 de la Loi sur les marques de commerce, a été introduite le 20 décembre 1996—Suivant la Règle 704(4), l'intimée avait 60 jours pour déposer une réponse—Le délai prescrit a expiré le 10 mars 1997—Le délai n'a pas été respecté—Une procédure mettant en cause la Règle 704 et l'art. 57 de la Loi sur les marques de commerce est une procédure sommaire pour laquelle les délais sont très précis—La Cour fédérale a formulé un critère à deux volets: 1) raison ou excuse valable au retard, 2) pertinence et admissibilité,

MARQUES DE COMMERCE—Fin

intérêt de la justice—Il n'existe aucun motif d'écarter le critère à deux volets: pour qu'un document puisse être déposé tardivement sous le régime de la Règle 704, le retard doit être justifié par une raison valable et la valeur intrinsèque du document doit en rendre le dépôt nécessaire—La preuve par affidavit à l'appui de la requête en l'espèce n'est qu'une simple chronologie—Aucun élément n'explique le retard du point de vue de la President Group Realty Ltd.—Rien n'explique le retard de l'intimée à déposer les éléments de preuve en réponse—Les délais prescrits par les règles portant sur les affaires sommaires ne doivent pas être mis de côté sans justification raisonnable—Aucune justification n'a été présentée en l'espèce—Requête rejetée—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 57—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 704 (mod. par DORS/79-57, art. 16; 92-726, art. 9).

PRESIDENT ASIAN ENTERPRISES INC. C. PRESIDENT GROUP REALTY, LTD. (T-2811-96, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 26/3/97, 9 p.)

PÉNITENCIERS

Action en dommages-intérêts généraux et non pécuniaires, majorés des intérêts par suite de l'agression qui s'est produite à l'établissement Bowden, une prison à sécurité moyenne exploitée par le Service correctionnel du Canada près de Red Deer, en Alberta—Le demandeur est né en Chine, mais il est citoyen canadien et vit à Vancouver—Il est arrivé comme détenu à l'établissement Bowden le 6 janvier 1992—Peu après son arrivée, il a été attaqué par derrière par un autre détenu qui l'a assommé de deux coups—Il a eu la gorge tranchée, presque d'une oreille à l'autre, le poignet gauche tailladé à quatre endroits—Il a été battu à coups de pied et à coups de poing—Il a eu le nez cassé—Dans l'après-midi du 6 janvier, le demandeur a rencontré un autre détenu (Fairfax) et ils ont échangé des propos amicaux—Fairfax n'a montré aucun signe de préjugé ou d'aversion au cours de cet échange—Fairfax servait sa première peine d'emprisonnement dans un pénitencier pour avoir commis envers un chauffeur de taxi un vol qualifié avec violence, pour conduite dangereuse et possession d'un véhicule volé—Il a été placé en isolement—Le psychiatre contractuel à l'établissement Bowden a rencontré Fairfax—Dans son rapport, il insiste sur l'obsession de Fairfax à l'égard des Chinois et des Italiens—Fairfax est décrit comme un détenu à «haute surveillance» et il était connu comme ayant des préjugés raciaux à l'encontre, notamment, des Chinois—Le demandeur a été averti de ne pas faire confiance à Fairfax, et de ne pas demeurer seul avec lui—La Cour s'est appuyée sur les rapports préparés au moment de l'incident et sur le propre témoignage du demandeur concernant ses souvenirs de cette soirée—Fairfax est le premier et le seul détenu interrogé relativement à l'agression—Il a été accusé de tentative de meurtre—Apparem-

PÉNITENCIERS—Fin

ment, il a avoué avoir commis l'infraction—Le demandeur a passé près de deux mois à l'hôpital—Il prétend qu'il prend plus de médicaments depuis cette agression—Il a déclaré dans son témoignage qu'il avait de l'anxiété, des maux de tête et des insomnies occasionnelles découlant des souvenirs qu'il a gardés de l'agression—La question à se poser est de savoir si les responsables de Bowden savaient ou auraient dû savoir que le demandeur pouvait avoir des difficultés avec un détenu incompatible et si, le sachant, ils ont pris les mesures appropriées pour le protéger contre un risque raisonnablement prévisible de préjudice—Les responsables de Bowden savaient que Fairfax entretenait des préjugés raciaux très forts contre les Chinois—Les responsables n'avaient aucune raison de savoir ni même de soupçonner que Fairfax pouvait essayer de traquer le demandeur ce soir-là—Il n'y a pas eu manquement à un devoir de prudence découlant d'un risque prévisible et déraisonnable envers le demandeur créé par les actes ou les omissions des responsables de l'établissement Bowden—D'après les renseignements dont les responsables disposaient, le risque prévisible n'était pas élevé au point d'être déraisonnable—Des mesures appropriées ont été prises pour protéger le demandeur—Action rejetée.

ENG C. CANADA (T-247-93, juge Gibson, jugement en date du 4-4-97, 17 p.)

PENSIONS

Demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission d'appel des pensions selon laquelle la condition que, pour être admissibles à des prestations d'invalidité, les demandeurs doivent avoir versé des cotisations dans les récentes années antérieures à la réclamation, ne viole pas l'art. 15 de la Charte—Demande rejetée—Le fait que le critère de la «récence» est appliqué aux demandeurs invalides et non aux demandeurs sous le régime ne constitue pas de la discrimination au sens de l'art. 15—L'égalité n'exige pas que tout bénéficiaire visé par le plan de remplacement du revenu sous le Régime de pensions du Canada ait droit à des bénéfices identiques ou à des conditions d'admissibilité identiques—Il n'est pas surprenant qu'un plan conçu pour remplacer la perte du revenu d'emploi due à l'invalidité exige une certaine preuve de l'emploi récent même s'il pouvait exister d'autres méthodes d'allocation de ces prestations—Si la jurisprudence récente de la Cour suprême pouvait être interprétée comme indiquant que la discrimination doit néanmoins être constatée, la Commission n'a pas eu tort de conclure à l'existence d'une justification sous l'article premier de la Charte—Le but de maintenir un programme viable de remplacement du revenu est légitime, et la Commission pouvait conclure que les conditions d'admissibilité en question étaient raisonnablement reliées à cet objectif—Les cours et tribunaux ne devraient pas être prompts à remettre en question les opinions du Parlement quant aux critères appropriés d'allocation de diverses

PENSIONS—Fin

prestations dans le cadre des programmes sociaux—Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie 1 de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 15.

XINOS C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-212-96, juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 19-3-97, 2 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES

Appels d'ordonnances rejetant la demande de la Couronne visant à enjoindre à la bande demanderesse de produire des documents et de répondre à des questions en interrogatoire préalable concernant ses activités d'investissement et habitudes de dépense, et les mesures, taux de rendement et stratégies d'investissement qui conviennent aux fonds de cette dernière faisant partie du Trésor et détenus par la Couronne pour son compte, et radiant un paragraphe de la défense de la Couronne, qui contient l'allégation selon laquelle quand les intimés ont investi eux-mêmes des fonds provenant du compte de capital ou de recettes, ils ont obtenu un rendement inférieur au rendement provenant d'autres fonds gérés par la Couronne ((1995), 97 F.T.R. 119 (C.F. 1^{re} inst.))—Les appels des ordonnances concernant la production de documents et la tenue d'interrogatoires préalables sont rejetés par les motifs prononcés par le juge de première instance—Les intimés ont prétendu qu'ils avaient droit à des dommages-intérêts pour compenser les pertes subies suite à la mauvaise gestion et au placement médiocre des sommes que la Couronne détenait en fiducie à leur profit—La bande de Samson et la bande d'Enoch font également valoir que la Couronne aurait dû leur verser les sommes qu'elle détenait à leur profit—En conséquence, elles cherchent à obtenir une ordonnance obligeant la Couronne à leur verser les sommes visées—Comme leurs déclarations ne mentionnent pas le fondement de cette demande, il est raisonnable de présumer qu'elles se fondent non seulement sur leur prétention selon laquelle la Loi sur les Indiens est inconstitutionnelle, mais également sur les dispositions de cette Loi qui confèrent à la Couronne le pouvoir discrétionnaire de transférer aux bandes indiennes l'administration de leurs fonds—Le fait qu'une bande ait déjà obtenu un taux de rendement insuffisant à la suite de placements effectués par elle constitue manifestement une considération sur laquelle la Couronne peut se fonder pour justifier le refus d'exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur de la bande—Les appels de l'ordonnance portant radiation d'un paragraphe de la défense dans l'action intentée par la Bande indienne de Samson et celle intentée par la Bande indienne d'Enoch sont accueillis.

BANDE ET NATION INDIENNE DE SAMSON C. CANADA (A-442-95, A-517-95, A-256-96, A-519-95, A-535-95, A-254-96, A-521-95, A-534-95, A-252-96, juge Pratte, J.C.A., ordonnance en date du 22-1-97, 5 p.)

PRATIQUE

Requêtes en ordonnance portant interdiction pour les demanderesse d'introduire d'autres requêtes dans l'instance sauf autorisation préalable de la Cour—Le motif pris dans ces deux requêtes est l'abus des procédures de la Cour par les demanderesse, qu'illustre la multiplicité des procédures engagées—Ordonnance inusitée que ne prévoit expressément aucune des Règles de la Cour—L'avocat de la défenderesse justifie la requête tendant à astreindre les demanderesse à l'autorisation préalable en soutenant que cette affaire s'apparente aux cas visés à l'art. 40 de la Loi sur la Cour fédérale—Et qu'il y a lieu pour la Cour de rendre une ordonnance par analogie avec le cas prévu à l'art. 37.16 des Règles de procédure civile de l'Ontario—La Cour ne conclut pas que les demanderesse ont voulu abuser des procédures—Il y a eu cependant un grand nombre de requêtes, demandes, demandes de renseignements et autres actes de procédure, dont beaucoup ne sont pas conformes aux règles de procédure et certains ne sont appuyés sur aucun affidavit ou sont accompagnés d'affidavits qui n'articulent pas les faits à l'appui—Mary David n'est pas avocate—Ces actes de procédure engendrent une grosse quantité de documents, ce qui oblige la défenderesse, et souvent le greffe ou la Cour, à les examiner et à y répondre, sans que cela contribue à l'avancement de l'action intentée par Mary David au nom des demanderesse—Ordonnance portant obligation de demander l'autorisation pour déposer de nouvelles requêtes, demandes ou autres actes de procédure—Elle permettra à la Cour de garder toute la correspondance et tous les documents émanant des demanderesse dans un dossier de gestion de l'instance et, en cas d'autorisation de déposer quelque autre requête ou demande, de la déposer dans le dossier de l'instance—Une fois versé dans le dossier de l'instance, le nouvel acte de procédure fera partie de l'instance proprement dite en vue de la réponse formelle de la défenderesse ou du jugement de la Cour—Requêtes accueillies—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 40 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 11)—Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, r. 37.16.

OLYMPIA INTERIORS LTD. C. CANADA (T-1436-92, GST-41-92, ITA-8447-92, juge MacKay, ordonnance en date du 31-1-97, 11 p.)

COMMUNICATIONS PRIVILÉGIÉES

Requête en production de documents par les avocats américains de la demanderesse américaine, déposés en liaison avec l'examen du brevet canadien de la demanderesse américaine—Les documents font partie d'un échange entre l'avocat américain de la demanderesse américaine et les agents de brevet canadiens, qui ne sont pas des avocats—Échange aux fins de l'examen des brevets canadiens—Aucun litige n'avait été précisément envisagé à l'époque—Le secret professionnel de l'avocat s'attache-t-il à la correspondance?—Requête en production rejetée—Il

PRATIQUE—Suite

existe deux types de privilège du secret professionnel de l'avocat: (1) le privilège attaché aux communications entre l'avocat et son client aux fins d'avis et d'assistance juridiques; (2) le privilège attaché aux rapports, aux renseignements établis par des tiers à l'intention de l'avocat du client dans le cadre d'un litige—Le second type de privilège ne s'applique pas étant donné qu'aucun litige n'était envisagé à l'époque pertinente—Le but principal de la communication était d'obtenir un brevet canadien—Dans le cas où l'avocat demande à une personne d'obtenir ou de générer et de lui fournir des renseignements afin qu'il puisse donner un avis juridique ou assister son client, ces renseignements, s'ils sont exigibles d'autres sources, ne le sont pas de l'avocat—La protection n'est pas diminuée du fait que des pièces ou des renseignements figurant dans les dossiers de l'avocat américain ont pu émaner d'un agent de brevet—Le juriste d'entreprise de la demanderesse américaine peut être considéré comme un conseiller juridique en ce qui concerne le droit de la demanderesse de solliciter le privilège du secret professionnel de l'avocat—Les documents à l'égard desquels le privilège est réclamé ont été préparés par le juriste d'entreprise de la demanderesse américaine, ou à sa demande, aux fins de la rédaction d'un avis destiné à la demanderesse américaine—Il est ordonné que les documents soient scellés jusqu'à ce que l'affaire soit tranchée définitivement.

WHIRLPOOL CORP. C. CAMCO INC. (T-2028-95, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 3-4-97, 5 p.)

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET
INTERROGATOIRE PRÉALABLE*Production de documents*

Demande de suspension de la décision accordant l'autorisation d'intervenir (T-304-96, T-306-96, T-386-96, ordonnance du juge MacKay en date du 29-1-97, encore inédite) jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'appel interjeté—Le ministre demande des directives sur la question de savoir s'il est tenu de produire, suivant la Règle 1612 ou l'ordonnance de la Cour, une copie de pièces précises exigées par les intervenantes—Les intervenantes cherchent à faire déclarer que les pièces sont pertinentes et doivent être produites par le ministre—Demande de suspension rejetée—La décision autorisant les interventions est bien fondée en principe—Les requérantes ne subiront aucun préjudice irréparable en l'absence de suspension—Les intervenantes n'ont pas droit aux pièces demandées suivant la Règle 1612 ou l'ordonnance de la Cour—Seule une partie peut exiger la production de pièces en vertu de la Règle 1612—Rien dans les conditions de l'ordonnance autorisant les interventions ne donne à penser que les intervenantes peuvent avoir accès aux pièces—Les motifs indiquent le contraire—Il ressort des conditions de l'ordonnance que les éléments de preuve

PRATIQUE—Suite

émanant du ministre et demandés par les intervenantes font partie des pièces déjà produites—Il se dégage clairement des propos du juge en séance publique qu'aucune pièce additionnelle ne serait exigée du ministre—Il incombait aux «participants proposés» d'informer la Cour de leur intention d'exiger des éléments de preuve en sus de ceux déjà produits par le ministre, car cela aurait pu avoir une incidence importante sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire—Au vu du dossier qui lui a été présenté, le juge était convaincu que l'intervention ne modifierait pas l'échéancier fixé par le juge en chef adjoint—Le juge a soigneusement indiqué la manière dont le dossier serait constitué—N'ayant pas informé le juge de leur position quant à l'insuffisance des pièces fournies par le ministre, les intervenantes ne peuvent maintenant se fonder sur l'ordonnance pour exiger la production de pièces additionnelles—Règles de la Cour fédérale, C.R.C. ch. 663, Règle 1612 (éditée par DORS/92-43, art. 19).

MERCK FROSST CANADA INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (T-304-96, T-306-96, T-386-96, juge Noël, ordonnance en date du 18-2-97, 5 p.)

DÉCISION PRÉLIMINAIRE SUR UN POINT DE DROIT

La présente affaire pose des questions complexes, tant au niveau du droit qu'au niveau des faits—La Règle 474 autorise un redressement inhabituel, normalement réservé aux situations où les parties sont convenues des faits, voire où elles s'entendent sur la question de droit qu'il y aura à trancher—1) On ne saurait en l'espèce invoquer la Règle 474—(i) Les faits sont contestés—L'intimée a formellement nié qu'il y ait eu discrimination—(ii) Il n'y a pas, en l'espèce, de pure question de droit sur laquelle la Cour pourrait statuer dans le cadre d'une requête fondée sur la Règle 474, étant donné qu'une telle décision exigerait de la Cour qu'elle se prononce sur certains des faits actuellement en litige—Il n'appartient pas à la Cour de le faire dans le cadre d'une décision préliminaire sur un point de droit—En outre, les questions de droit n'ont elles-mêmes pas été formulées d'une manière acceptable aux deux parties—(iii) Les requêtes fondées sur la Règle 474 doivent normalement permettre d'abréger un procès—Rien n'indique qu'il en serait ainsi—En l'espèce tout est en litige—Il faudra une instance pour régler le différend opposant les parties—2) Il n'existe aucun motif de radier, sur le fondement de la Règle 419, la déclaration modifiée deux fois—Il convient d'établir une distinction entre l'espèce et l'affaire *Le Bureau des gouverneurs du Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181—L'arrêt *Moore v. The Queen in right of British Columbia et al* (1988), 50 D.L.R. (4th) 29 (C.A.C.-B.) n'est plus applicable en raison des changements apportés à la loi à cause de la Charte—La loi fédérale sur les droits de la personne ne contient aucune

PRATIQUE—Suite

disposition interdisant d'engager une action distincte sur le fondement de la Charte—La Loi sur les droits de la personne offre une voie de recours, et la Charte en offre une autre—L'action des demandeurs se fonde sur la Charte—Les larges pouvoirs de réparation que confère l'art. 24 de la Charte offrent un recours plus large que celui que prévoit la Loi canadienne sur les droits de la personne—Il ne s'agit nullement, en l'espèce, d'une action futile et vexatoire justifiant une intervention de la Cour, car la Charte confère aux demandeurs le droit d'intenter une action devant la Cour—Ce droit leur est garanti malgré la compétence conférée à la CCDP en ce domaine—La Cour n'ordonnera la radiation d'une instance que dans les cas évidents, lorsqu'elle est convaincue, sans nul doute, qu'il n'existe aucune cause raisonnable d'action—Or, ce n'est pas le cas de l'affaire qui retient ici notre attention—Ce n'est pas par le biais d'une requête fondée sur la Règle 419 qu'il convient de trancher des affaires soulevant des questions d'une telle complexité—Application des principes généralement applicables: 1) Du moment qu'il existe une cause d'action raisonnable fondée en droit—2) Pour dire s'il existe effectivement une cause d'action, les faits substantiels qui sont invoqués doivent être considérés comme avérés—La différence de traitement est invoquée dans les écritures—Les faits sont suffisamment nombreux pour étayer les allégations—3) Si les faits, tenus pour avérés, révèlent une cause d'action raisonnable, la poursuite de l'action doit être autorisée—Étant donné que la Commission d'appel de la fonction publique a déjà donné raison au premier demandeur, on ne peut pas dire en l'espèce que les demandeurs n'ont aucune chance d'obtenir gain de cause—4) La déclaration doit être interprétée avec un maximum de générosité—Le régime d'indemnisation que prévoit la LCDP ne permet pas d'écarter le recours garanti aux demandeurs par la Charte—La Cour ordonne que soient radiés les sous-alinéas ayant trait à des recours qui ne relèvent pas des compétences de la Cour—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 419, 474—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 24.

PERERA C. CANADA (T-608-92, juge Cullen, ordonnance en date du 24-2-97, 8 p.)

FRAIS ET DÉPENS

Accès à l'information—Demande de frais et dépens d'une requête interlocutoire en application de l'art. 53 de la Loi sur l'accès à l'information, après rejet de la demande de communication sous le régime de la même Loi—La question de savoir si les relevés de services d'avocat sont protégés par le secret des communications entre client et avocat ne soulève aucun principe important et nouveau au sens de

PRATIQUE—Suite

l'art. 53(2) de la Loi—Les principes soulevés en l'espèce en matière de secret et de renonciation ne représentent pas des principes importants et nouveaux au regard de la Loi—Même la question de savoir s'il est possible d'interpréter le secret des communications entre avocat et client de façon limitative telle qu'en sont exclus les relevés de services d'avocat ne soulève aucun principe important et nouveau: le principe de l'interprétation limitative des exemptions prévues par la Loi n'est pas nouveau—Pour ce qui est de l'exercice par la Cour du pouvoir discrétionnaire qu'elle tient de l'art. 23 de la Loi, aucun principe important et nouveau n'a été soulevé au regard de la Loi—Il n'y a pas lieu d'accorder les frais et dépens en application de l'art. 53(1)—L'affaire était certes complexe, mais cette complexité n'engage pas à favoriser le requérant au détriment de l'intimé: l'une et l'autre parties étaient confrontées à des questions complexes—L'allègement des difficultés n'est pas un facteur à prendre en considération pour ce qui est des frais et dépens à accorder dans le contexte de la Loi sur l'accès à l'information—Bien que l'ambiguïté manifestée par l'intimé au sujet de l'identité du client dans les communications entre avocat et client ait pu contribuer à la durée de l'instance et au travail à effectuer par l'avocat du requérant, cette considération ne justifie pas l'octroi discrétionnaire des frais et dépens à la partie qui a succombé—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 53.

STEVENS C. CANADA (PREMIER MINISTRE) (T-2419-93, juge Rothstein, ordonnance en date du 2-4-97, 5 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES*Annulation ou modification*

Requête en prorogation de délai pour demander le réexamen d'une ordonnance radiant la déclaration et pour le réexamen comme tel aux termes de la Règle 337(5)—La défenderesse a déposé un avis de requête, en vue d'obtenir une ordonnance radiant la déclaration, et son exposé des faits et du droit le même jour—Sur l'avis de requête, le procureur du demandeur a reconnu qu'il y avait eu signification—L'avis de requête a été déposé aux termes de la Règle 324 qui dispose qu'une requête peut être examinée sans comparution personnelle—Cinq semaines plus tard, aucune observation n'ayant été reçue du demandeur, la déclaration a été radiée et l'action rejetée—Le demandeur a essayé de déposer sa réponse la semaine suivante—Les Règles de la Cour fédérale ne précisent pas le délai à l'intérieur duquel la réponse doit être déposée, ni que la partie requérante peut fixer un tel délai—La Règle 324(4) dispose qu'aucune décision ne doit être rendue au sujet d'une requête avant que la Cour soit convaincue que toutes les parties intéressées ont eu la possibilité raisonnable de présenter leurs observations—Le délai raisonnable dépend de la façon dont l'avis de requête est signifié—Si l'avis de requête est signifié à

PRATIQUE—Suite

personne cela n'exige pas beaucoup de temps pour la transmission—Il faut également tenir compte des complications probables que suppose la préparation d'une réponse et de la possibilité qu'on ait besoin de temps pour obtenir une preuve par affidavit—Dix jours ou deux semaines constituent un délai suffisant pour préparer une réponse en l'espèce puisque la seule question à examiner est la compétence de la Cour à connaître de l'action—Lorsqu'il n'est pas possible de répondre dans un délai de deux semaines après la signification, la partie opposée devrait aviser le greffe de son intention de répondre et indiquer pourquoi sa réponse sera différée et pendant combien de temps—Comme aucune réponse n'a été déposée, le protonotaire n'a pas motivé sa décision de radier la déclaration—La Règle 337(5)a) ne s'applique pas lorsqu'aucun motif n'est donné—La Règle 337(5)b) ne peut être invoquée parce que, comme le protonotaire n'était pas saisi de l'exposé des faits et du droit du demandeur, il ne peut l'avoir ignoré—La Règle 1733 n'est pas applicable—La Règle 330 aurait pu être examinée si elle avait été invoquée—Une ordonnance rendue en l'absence d'une partie ne peut être annulée qu'à la demande de cette partie, si celle-ci s'excuse de tous les retards et démontre également qu'elle a une cause défendable qui relève de la compétence de la Cour—Le retard dans le dépôt de la réponse et le retard de plus de deux mois pour demander un nouvel examen auraient dû être expliqués—L'art. 18(1)a) de la Loi sur la Cour fédérale confère à la Section de première instance la compétence exclusive, en première instance, pour décerner un bref de *mandamus*—L'art. 18(3) dispose que les recours prévus aux art. 18(1) et (2) ne peuvent être exercés que par présentation d'une demande de contrôle judiciaire fondée sur l'art. 18.1—Une demande de contrôle judiciaire fondée sur l'art. 18.1 est présentée par voie de requête ou d'avis introductif de requête, et non par le dépôt d'une action introduite par une déclaration—Compte tenu du libellé très précis de l'art. 18(3) et du fait que la Cour fédérale est une Cour créée par la loi, sans compétence en l'absence de tout pouvoir conféré par la loi, une action introduite par une déclaration dans laquelle le seul redressement demandé est un bref de *mandamus* est nécessairement vouée à l'échec—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 324, 330b) (mod. par DORS-79-58, art. 1), 337(5), 1733—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 17 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3), 18 (mod., *idem*, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5).

BRAR C. CANADA (T-1806-96, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 14-2-97, 6 p.)

PARTIES

Requête en mise hors de cause du commissaire Parker au motif qu'il n'est pas nécessaire qu'il soit constitué défendeur en l'espèce—Le juge Parker a été nommé commissaire en

PRATIQUE—Suite

1986 pour faire enquête sur des faits à la suite d'accusations de conflits d'intérêts qui avaient été portées relativement à la conduite, aux opérations et aux agissements du demandeur—L'action du demandeur a été introduite en décembre 1987, avant l'entrée en vigueur des modifications à la Loi sur la Cour fédérale et aux Règles de la Cour fédérale—La Cour était régulièrement saisie de l'action—Les modifications de 1992 ne peuvent porter atteinte au droit du demandeur de constituer le commissaire Parker à titre de partie nécessaire et compétente à l'action—C'est à l'art. 1716(2) des Règles qu'on trouve les critères applicables à la constitution de parties à une action—L'art. 1716(2) n'empêche pas de constituer défendeur l'auteur d'une décision—Le défendeur Parker est une partie compétente et nécessaire à l'action—L'art. 1716(2) ne limite pas le rôle du commissaire Parker à l'action—La requête est rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1716(2).

STEVENS C. CANADA (COMMISSAIRE W. D. PARKER)
(T-2682-87, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 21-3-07, 6 p.)

Jonction

Action en contrefaçon de brevet—Requête visant à obtenir une ordonnance enjoignant de déposer et de signifier des affidavits de documents plus précis ou complets, et en particulier les factures afférentes aux ventes, par la défenderesse, de balances et de balances mobiles à certains clients—Les documents ne font l'objet d'aucun privilège—En conséquence, il est ordonné à la défenderesse de déposer un affidavit supplémentaire énumérant tous les documents reliés à l'achat ou à la vente de balances de chargement et de balances mobiles—Requête en autorisation de joindre, à titre de parties défenderesses additionnelles, le président et le vice-président/secrétaire-trésorier de la défenderesse, ainsi que la société alléguée entre eux, Massload Technologies—Requête rejetée à l'égard de Massload Technologies étant donné que l'existence de la société n'a pas été établie—L'arrêt *Mentmore Manufacturing Co. c. National Merchandising Co. Manufacturing* (1978), 40 C.P.R. (2d) 164 (C.A.F.) a été examiné en ce qui touche la responsabilité personnelle des dirigeants ou des administrateurs d'une compagnie—Suivant les facteurs analysés, il n'est pas manifeste et évident que la demanderesse sera déboutée de son action contre les défendeurs individuels—En conséquence, la demanderesse est autorisée à joindre les personnes susmentionnées à titre de parties défenderesses additionnelles.

NORAC SYSTEMS INTERNATIONAL INC. C. PRAIRIE SYSTEMS AND EQUIP. LTD. (T-1973-95, juge Nadon, ordonnance en date du 7-3-97, 11 p.)

PRATIQUE—Suite

PLAIDOIRIES

Requête en radiation

Demande d'ordonnance portant audition dans les meilleurs délais d'une demande de contrôle judiciaire, laquelle visait à obtenir une ordonnance interdisant à la Commission d'assigner le requérant avant qu'il n'ait reçu pleine communication du dossier le concernant et que lui-même et son avocat n'aient eu le temps d'examiner ce dossier—Les intimés demandent une ordonnance radiant l'avis introductif de requête—Le requérant a été commandant de la Force interarmées du Canada en Somalie de décembre 1992 au 23 juin 1993—Par suite de certains incidents survenus alors que cette Force se trouvait en Somalie, le gouverneur en conseil a désigné les commissaires intimés et les a chargés de mener une enquête et de déposer un rapport au sujet du déploiement et des activités de la Force interarmées du Canada—Le requérant a participé à la sélection de la majorité des officiers d'état-major affectés à la Force interarmées du Canada en Somalie et, plus tard, il a été commandant de cette Force là-bas—Depuis mai 1995 ou même avant, les commissaires s'attendaient à ce que le requérant témoigne devant la Commission, et lui-même s'y attendait aussi—Tout au long des audiences de la Commission, il a eu le droit d'être représenté et son avocat a eu la possibilité de contre-interroger les personnes dont le témoignage concernait ses intérêts—Le requérant a reçu deux avis fondés sur l'art. 13 de la Loi sur les enquêtes selon lesquels le rapport de la Commission pourrait renfermer des conclusions défavorables à son endroit—Le second avis, lequel se rapportait aux opérations sur le théâtre en Somalie, a été retiré lorsque le gouvernement a ordonné à la Commission de mettre fin aux audiences publiques au plus tard le 31 mars 1997—Le requérant n'aura pas la possibilité de convoquer des témoins ou de présenter des éléments de preuve—Les préparations relatives au témoignage du requérant étaient en cours depuis au moins un an lorsque son avocat a signifié un avis indiquant que le requérant ne comparaitrait pas volontairement comme témoin avant qu'il n'ait reçu pleine communication du dossier le concernant et qu'il n'ait eu auparavant la possibilité d'examiner ce dossier—Suite à une assignation enjoignant au requérant de comparaître le 31 janvier 1997 et portant signification indirecte à un agent supérieur de celui-ci, le requérant a confirmé, dans un message daté du 27 janvier 1997, qu'il témoignerait—La demande d'injonction interlocutoire visant à empêcher la Commission d'appeler le requérant à témoigner jusqu'au règlement de la demande d'interdiction a été refusée—Le 31 janvier 1997, le requérant s'est présenté devant la Commission afin de témoigner de son propre chef, mais son témoignage a été ajourné jusqu'au 4 février 1997—Requête en radiation accueillie—L'objet de l'avis de requête introductive d'instance était théorique lors de l'audition de la présente demande portant radiation de cette requête—Le requérant avait déjà comparu devant la Com-

PRATIQUE—Suite

mission et indiqué qu'il était prêt et disposé à témoigner—Il serait inutile de lui interdire de comparaître et d'annuler l'assignation à comparaître délivrée à son endroit—La Cour n'accordera pas une réparation qui n'aurait peut-être aucun effet et dont les objectifs sont théoriques—De plus, il n'existe aucun motif raisonnable au soutien de la réparation demandée—La Commission n'est pas tenue, envers le requérant, de faire davantage que communiquer de façon raisonnablement détaillée les sujets et les documents sur lesquels l'interrogatoire risque de porter—La Commission n'est pas un organisme ayant un pouvoir décisionnel—Elle mène simplement une enquête dans le cadre de son mandat—Les enquêtes publiques ne sont pas des enquêtes pénales ou des procès—Elles ne visent pas à établir la responsabilité en matière pénale ou civile—Le gouvernement peut ou non accepter leurs conclusions ou se fonder sur celles-ci—Un témoin qui comparaît volontairement ou suivant une assignation à une audience, dans le cadre d'une enquête, n'a pas un fardeau de preuve—Distinction faite avec des affaires concernant des circonstances au sujet desquelles une décision précise doit être rendue par suite des accusations portées ou aux termes des dispositions législatives invoquées relativement à une personne dont la liberté peut être en jeu—Dans la mesure où le principe de l'équité exige la communication de renseignements à un témoin éventuel à ce stade, des efforts ont été déployés pour assurer une communication raisonnable au requérant des sujets, documents et témoignages que d'autres personnes ont présentés et qui le touchent—Le requérant et son avocat doivent avoir une bonne idée de toute allégation de faute qui pourrait découler de la preuve documentaire ou des témoignages dont la Commission est déjà saisie—Le principe de l'équité s'applique aux procédures de la Commission, notamment celles qui touchent les personnes auxquelles un avis est donné en application de l'art. 13 de la Loi sur les enquêtes—Cependant, l'art. 13 concerne l'obligation de donner un avis des conclusions que la Commission peut tirer au sujet de la faute d'une personne et la possibilité de répondre aux allégations—Les mesures que la Commission a prises au cours de son enquête pour informer les témoins avant leur comparution suffisaient largement—Les procédures suivies respectaient l'obligation d'équité—Il est obligatoire d'offrir aux personnes auxquelles une faute pourrait être imputée par suite des propositions de la Commission la possibilité de formuler des commentaires—Toute perception de faute découle du témoignage d'autres personnes dont le requérant sera informé, ou de documents—Même si les personnes susceptibles de faire l'objet de conclusions défavorables n'auront pas la possibilité de convoquer des témoins ou de présenter leur propre preuve au cours d'audiences publiques, toute personne à laquelle la Commission donne avis d'une conclusion spécifique possible visée par l'art. 13 de la Loi aura encore la possibilité de répondre par écrit—Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), ch. I-11, art. 12, 13.

LABBÉ C. CANADA (COMMISSAIRE, COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LE DÉPLOIEMENT DES FORCES CANA-

PRATIQUE—Suite

DIENNES EN SOMALIE) (T-133-97, juge MacKay, ordonnance en date du 27-3-97, 14 p.)

L'intimé cherche à faire radier certains motifs énoncés dans la demande de contrôle judiciaire—Le requérant demande que la requête de l'intimé soit ajournée jusqu'après l'audience concernant le contrôle judiciaire—Dans les demandes de contrôle judiciaire, les parties doivent présenter leurs arguments sur le bien-fondé de la cause conformément au calendrier établi dans les Règles ou par la Cour et s'abstenir de présenter des requêtes interlocutoires pour faire radier, en totalité ou en partie, les demandes de contrôle judiciaire: *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (1^{re} inst.)—L'exception touche les requêtes si manifestement irrégulières qu'elles sont vouées à l'échec—Il y a une question à débattre quand à la pertinence des allégations visées dans la demande de contrôle judiciaire du requérant—La norme restrictive qui permet d'invoquer l'exception énoncée dans *Pharmacia* n'a pas été respectée—La requête de l'intimé est ajournée jusqu'à l'audition de la demande de contrôle judiciaire où, si cela est opportun, elle pourrait être entendue comme demande préliminaire—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., Règle 1602(4) (mod. par DORS/92-43, art. 19).

SCIASCIA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-61-96, juge Rothstein, ordonnance en date du 25-2-97, 3 p.)

SUSPENSION D'INSTANCE

Appel de la décision du juge de première instance de «continuer» l'ordonnance de sursis et de rejeter la demande de réexamen—Mesure de renvoi prise contre l'intimé—Avant l'audition de l'appel, l'art. 70(5) de la Loi sur l'immigration a été édicté, interdisant la poursuite de l'appel d'une telle mesure de renvoi dont l'audition n'est pas commencée, visant une personne qui, selon le ministre, constitue un danger pour le public au Canada—Au lieu d'un appel, la disposition prévoit la possibilité de présenter une demande de contrôle judiciaire du renvoi—Le ministre a pris une mesure de cette nature contre l'intimé—L'intimé a demandé l'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire de l'ordonnance concluant qu'il constituait un danger pour le public—Le juge McKewen a ordonné qu'il soit sursis à l'exécution du renvoi du requérant jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la demande de contrôle judiciaire—Le juge Cullen a rejeté la demande d'autorisation, accordant la continuation du sursis d'exécution jusqu'à ce qu'une question aux fins de certification dans une autre affaire ait été tranchée—Il a subséquemment confirmé la continuation du sursis, précisant bien que le sursis initial serait prorogé jusqu'à ce que la demande de contrôle judiciaire ait été définitivement tranchée, et que la décision soit rendue dans l'autre affaire—Appel accueilli.

PRATIQUE—Fin

li—L'art. 18.2 de la Loi sur la Cour fédérale autorise la Cour à rendre des ordonnances accessoires dans le cadre de son examen de la demande d'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire de décisions telle celle du ministre, par exemple une ordonnance de sursis d'exécution, «avant de rendre sa décision définitive»—Le sursis initial a pris fin avec le rejet de la requête en autorisation—Il n'y a plus de procédures d'autorisation ou de contrôle judiciaire dont le sursis pourrait être l'accessoire en vertu de l'art. 18.2—L'art. 50(1)b) n'a jamais eu pour effet de conférer à la Section de première instance le pouvoir général d'arrêter les renvois qui, directement ou indirectement, ne sont plus contestés devant la Cour au motif que la jurisprudence pourrait un jour être plus favorable à la personne expulsée—La prorogation du sursis est invalide—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.2 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), 50(1)b), 70(5) (édicte par L.C. 1995, ch. 15, art. 13).

FORDE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-938-96, juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 17-3-97, 5 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le CCRT a conclu qu'il avait la compétence pour délivrer l'ordonnance d'accréditation à titre d'agent de négociation visant les marins non brevetés embauchés par la partie requérante pour travailler à bord de navires de mer—La décision était bien fondée, bien que le raisonnement du CCRT était discutable—Il faut d'abord déterminer si le Parlement a la compétence, reconnue en droit international, pour promulguer une mesure législative touchant les activités de la partie requérante bien qu'elles soient d'enver-

RELATIONS DU TRAVAIL—Fin

gure internationale et que la partie requérante soit une société étrangère—Dans l'affirmative, il faut ensuite déterminer si le Parlement a, de fait, adopté une telle mesure législative et accordé au Conseil le pouvoir de remplir son mandat relativement à ces activités—La question de savoir si le Parlement a la compétence législative pour régler les activités de navires battant pavillon canadien ne se pose pas—La partie requérante prétend que le champ d'application du Code n'a pas la même portée que le champ de compétence fédérale et que le Code ne s'applique pas aux activités comme celles de la partie requérante, qui n'est pas un employeur canadien et dont les activités ne se déroulent pas en territoire canadien, même si le navire utilisé pour mener ces activités bat pavillon canadien—Demande rejetée—Rien dans la Loi ne limite explicitement l'application du Code de la façon suggérée par la partie requérante et rien ne force celui qui en fait l'interprétation à considérer qu'elle contient pareille limite—En l'espèce, l'existence d'un lien est indéniable: les navires appartiennent à une société canadienne, battent pavillon canadien et ont un équipage formé de citoyens canadiens jouissant de tous les avantages que confèrent les lois canadiennes—En ce qui concerne la question de l'intervention des autorités canadiennes, le fait que tous les employés visés soient des citoyens canadiens dont les conditions d'emploi sont régies, en principe, par le droit canadien, justifie en soi une telle intervention—Quiconque se réclame de la protection du pavillon canadien et profite des avantages des lois canadiennes doit remplir les obligations et assumer les responsabilités que ces lois, de même que toute disposition législative applicable en vertu de celles-ci, lui imposent—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2.

REDERIET A.P. MOLLER A/S C. SYNDICAT INTERNATIONAL DES MARINS CANADIENS (A-616-96, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 30-1-97, 4 p.)



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canadian Government Publishing
PWGSC
Ottawa, Canada
K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Les Éditions du gouvernement du Canada
TPSGC
Ottawa, Canada
K1A 0S9