



---

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**1999, Vol. 4, Part 2**

**1999, Vol. 4, 2<sup>e</sup> fascicule**

**Cited as [1999] 4 F.C., 225-464**

**Renvoi [1999] 4 C.F., 225-464**

---



## EDITOR

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

## LEGAL STAFF

Senior Legal Editor

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

Legal Editors

PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

## PRODUCTION STAFF

Production Manager

LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

Publications Specialist

JEAN-PIERRE LEBLANC

Assistant Publications Specialist

DIANE DESFORGES

Internet and CRIS Coordinator

LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant

PIERRE LANDRIAULT

The *Canada Federal Court Reports* are published and the Editor appointed pursuant to the *Federal Court Act*. The Reports are prepared for publication by the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, GUY Y. GOULARD, Q.C., B.A., LL.B., LL.D., Commissioner.

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 1999.

*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: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3, telephone area code (613) 995-2706.*

*Inquiries concerning the contents of the Canada Federal Court Reports should be directed to the Editor at the above mentioned address and telephone number.*

*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.*

## ARRÊTISTE EN CHEF

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

## ARRÊTISTES

Arrêtiŕte principal

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

Arrêtiŕtes

PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

## SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

Spécialiste des publications

JEAN-PIERRE LEBLANC

Spécialiste adjointe des publications

DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, Internet et SIRC

LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition

PIERRE LANDRIAULT

Le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale* est publié, et son arrêtiŕte en chef, nommé conformément à la *Loi sur la Cour fédérale*. Le *Recueil* est préparé pour la publication par le Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale, dont le Commissaire est GUY Y. GOULARD, c.r. B.A., LL.B., LL.D.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 1999.

*Les rubriques suivantes du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada, ajoutées par les arrêtiŕtes, sont protégées par le droit d'auteur de la Couronne: abstrats 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 à: Arrêtiŕte en chef, Recueil des arrêts de la Cour fédérale, Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3, 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 à l'arrêtiŕte en chef à l'adresse et au numéro de téléphone susmentionnés.*

*Les avis de changement d'adresse (avec indication de l'adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l'abonnement au Recueil des arrêts de la Cour fédérale, 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, 99 Metcalfe 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, 99, rue Metcalfe, 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.gc.ca>

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.cmf.gc.ca>

## CONTENTS

Digests .....	D-25
Appeals Noted .....	I

<b>Bayat v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (C.A.) .....</b>	<b>343</b>
---	------------

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Appeal from F.C.T.D. judgment reversing in part Refugee Division's decision — Refugee Division vacating visa officer's determination respondents Convention refugees; determining respondents not Convention refugees on application pursuant to Immigration Act, s. 69.2(2) — First respondent admitting false statements in application for permanent residence — S. 69.2(2) permitting application to Refugee Division "to reconsider and vacate" determination person Convention refugee on ground determination obtained by fraudulent means, misrepresentation — S. 69.3(4) providing Refugee Division shall "approve or reject" application under s. 69.2(2) — Under s. 69.3(5) may reject application if other sufficient evidence on which application could have been based — Motions Judge setting aside portion of Refugee Division's decision respondents not Convention refugees — Appeal allowed (Robertson J.A. dissenting) — Refugee Division not limited to "vacating" determination person Convention refugee on application under s. 69.2(2), but may "reconsider, vacate" any such determination under Act, regulations — Under s. 69.3(4) may approve or reject "application" (referring to s. 69.2(2) application) — When ss. 69.3(4), 69.2(2) read together, Refugee Division authorized to "approve or reject" application to "reconsider and vacate" — "Reconsider" not limiting power of Refugee Division to dealing with prior determination of own — Power of reconsideration in addition to that of vacating determination.

## SOMMAIRE

Fiches analytiques .....	F-31
Appels notés .....	I

<b>Bayat c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.A.) .....</b>	<b>343</b>
--	------------

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Appel d'un jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale infirmant en partie la décision de la section du statut de réfugié — La section du statut de réfugié a annulé la décision de l'agent des visas d'accorder aux intimés le statut de réfugié au sens de la Convention; elle a statué que les intimés n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention dans le cadre d'une demande fondée sur l'art. 69.2(2) de la Loi sur l'immigration — Le premier intimé a avoué avoir fait de fausses déclarations dans sa demande de résidence permanente — L'art. 69.2(2) permet de présenter une demande devant la section du statut de réfugié «pour qu'elle réexamine et annule» la décision reconnaissant à une personne le statut de réfugié au sens de la Convention au motif qu'il a été obtenu par des moyens frauduleux et par de fausses indications — L'art. 69.3(4) prévoit que la section du statut de réfugié «accepte ou rejette» la demande présentée en vertu de l'art. 69.2(2) — En application de l'art. 69.3(5), la section du statut de réfugié peut décider de rejeter la demande s'il reste suffisamment d'éléments qui auraient pu justifier la reconnaissance du statut — Le juge des requêtes a écarté le passage de la décision de la section du statut tranchant que les intimés n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention — Appel accueilli (avec dissidence du juge Robertson, J.C.A.) — La compétence de la section du statut de réfugié ne se limite pas à «annuler» la décision reconnaissant le statut de réfugié au sens de la Convention lorsqu'elle statue sur la demande en vertu de l'art. 69.2(2), mais peut aller jusqu'à «réexaminer, annuler» une telle décision rendue en application de la Loi ou de ses règlements — En vertu de l'art. 69.3(4), la section du statut de réfugié peut accepter ou rejeter la «demande» (celle visée à l'art. 69.2(2)) — Il ressort de la lecture conjointe des art. 69.3(4) et 69.2(2)

Continued on next page

Suite à la page suivante

## CONTENTS (Continued)

### **Canadian Council of Christian Charities v. Canada (Minister of Finance) (T.D.) ..... 245**

Access to information — Application for review pursuant to Act, s. 41 of Minister's refusal to disclose more of material requested relating to interpretation of "religious order", term defining scope of entitlement to clergy residence deduction in Income Tax Act, s. 8(1)(c) — Standard of review — (i) Court required to review Minister's decisions on standard of correctness — (ii) Statutory exemptions from general duty to disclose information to be construed narrowly — (iii) Burden on government to establish refusal to disclose legally authorized by exemption on which relies — (iv) If exemption mandatory, Court need only decide if information within scope of statutory exemption; if permissive, Court must also decide whether discretion lawfully exercised — (v) S. 25 requiring disclosure of any portion of record not containing exempted information that may be severed — Exemptions — (i) S. 18(1)(d) exemption from disclosure of information which could reasonably be expected to be materially "injurious to financial interest of Government of Canada" not including revenue loss resulting from increase in legitimate claims to deduction — If disclosure encouraging taxpayers to claim deduction to which entitled, resulting benefit not "undue" within s. 18(d) — Documents containing analyses of options for amending statute exempt as relating to "contemplated change in . . . taxes" — (ii) Most internal documents identifying problem, canvassing solutions, ending with specific recommendations for change likely exempt from disclosure under s. 21(1)(a) (advice developed by government officials), 21(1)(b) (accounts of consultations, deliberations) — Act leaving to Minister's discretion, subject to review by Information Commissioner, decision as to which documents falling within these paragraphs could be disclosed without damage to effectiveness of government — (iii) S. 24(1), prohibiting release of information relating to taxpayer obtained pursuant to Act, but not including information not revealing taxpayer's identity — Whether disclosure of names of organizations employing taxpayers revealing identity of taxpayer depending on circumstance, including size of organization, number of employees, extent to which locally based — S. 23 authorizing Minister to withhold information subject to solicitor-client privilege — Legal opinion provided 15 years ago by Department of Justice within exemption.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

qu'il est loisible à la section du statut de réfugié d'«accepter ou de rejeter» la demande qui lui est présentée de «réexaminer et annuler» — «Réexaminer» ne limite pas la compétence de la section du statut de réfugié à ses propres décisions antérieures — La compétence relative au réexamen s'ajoute à celle relative à l'annulation de la décision.

### **Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes c. Canada (Ministre des Finances) (1<sup>re</sup> inst.) .. 245**

Accès à l'information — Demande de contrôle fondée sur l'art. 41 de la Loi concernant le refus du ministre de communiquer un plus grand nombre des renseignements demandés ayant trait à l'interprétation de l'expression «ordre religieux», qui définit l'étendue du droit à la déduction pour résidence d'un membre du clergé prévue à l'art. 8(1)(c) de la Loi de l'impôt sur le revenu — Norme de contrôle — i) La Cour est tenue de revoir la décision du ministre selon la norme de la décision correcte — ii) Les exceptions légales qui vont à l'encontre de l'obligation générale de communiquer des renseignements doivent être interprétées strictement — iii) Le gouvernement a la charge d'établir que son refus de communiquer des documents est légalement autorisé par l'exception sur laquelle il s'appuie — iv) Si l'exception est obligatoire, la Cour n'a qu'à décider si les renseignements tombent sous le coup de cette exception légale; si l'exception est discrétionnaire, la Cour doit également décider si le pouvoir discrétionnaire a été exercé légalement — v) L'art. 25 exige la communication de toutes les parties d'un document qui ne renferment pas de renseignements visés par l'exception et qui peuvent en être prélevées — Exceptions — i) L'exception visée à l'art. 18(1)(d) concernant la communication de renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter «un préjudice appréciable aux intérêts financiers du gouvernement du Canada» n'inclut pas les pertes de revenus résultant d'une augmentation des réclamations légitimes de la déduction — Si la communication encourage les contribuables à réclamer une déduction à laquelle ils ont droit, l'avantage qui en résulte n'est pas «injustifié» au sens de l'art. 18(d) — Les documents qui renferment des analyses des différentes options de modifications de la Loi sont exempts étant donné qu'ils constituent des «projets de changement [...] des impôts» — ii) La plupart des documents internes qui identifient un problème, qui proposent des solutions et qui se terminent sur des recommandations précises au niveau des changements sont susceptibles d'être visés par l'art. 21(1)(a) (avis élaborés par des fonctionnaires) et de l'art. 21(1)(b) (comptes rendus de consultations ou délibérations) — La Loi laisse à la discrétion du ministre, sous réserve du contrôle du commissaire à l'information, la décision de déterminer quels documents visés par ces alinéas peuvent être divulgués sans qu'il soit porté atteinte à l'efficacité du gouvernement — iii) L'art. 24(1) interdit la communication de renseignements concernant les contribuables qui ont été obtenus pour l'application de la Loi, mais

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Income tax — Income calculation — Deductions — S. 8(1)(c) clergy residence deduction — Access to Information Act request regarding interpretation of “religious order”, one of terms defining scope of entitlement to deduction — MNR refusing access as disclosure could injure Government’s financial interests by encouraging others to claim deduction — Also concerned taxpayers’ identity not be revealed — “Injurious to financial interest of Government” in Access to Information Act, s. 18(d) not including revenue lost due to increase in legitimate claims for Income Tax deductions — If clergy residence deduction inadequately drafted for contemporary conditions, up to Finance Department to propose statutory reform.

### **Canadian Pacific Forest Products Ltd.-Tahsis Pacific Region v. Beltimber (The) (C.A.) ..... 320**

Maritime law — Carriage of goods — Appeal from trial judgment allowing action for damages for loss of part of cargo of lumber stowed on deck — Trial Judge holding loss caused by master’s negligence — Bills of lading, Clause 8 exempting carrier from liability for loss, damage to deck cargo howsoever caused — Trial Judge holding Clause 8 not excluding liability for negligence — Applying third test for construction of such exclusion clause in *Canada Steamship Lines Ltd. v. The King* — *Canada Steamship* tests not displaced by *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.* — Latter distinguishable, based on 1980 H.L. decision; subsequent English cases not indicating ratio thereof should be preferred to *Canada Steamship* — English, Canadian courts continuing to apply *Canada Steamship* — Apart from statute, and subject to terms of contract, at common law carrier of goods by sea undertaking to carry goods at own absolute risk, except for loss, damages caused by acts of God or of Queen’s enemies or inherent defect in goods themselves or default of shipper — Also impliedly undertaking ship seaworthy unless relieved of that obligation by

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

cela ne comprend pas les renseignements qui ne révèlent pas l’identité du contribuable en cause — La question de savoir si la divulgation des noms d’organismes qui emploient des contribuables permettrait de révéler l’identité de ceux-ci dépend des circonstances, notamment de la taille de l’organisme, du nombre de ses employés et de son rayon d’action plus ou moins local — L’art. 23 autorise le ministre à ne pas divulguer des renseignements protégés par le secret professionnel qui lie un avocat à son client — L’avis juridique donné il y a 15 ans par le ministère de la Justice est visé par l’exception.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Déduction pour résidence d’un membre du clergé visé à l’art. 8(1)c) — Demande fondée sur la Loi sur l’accès à l’information concernant l’interprétation de l’expression «ordre religieux», qui est l’une des expressions définissant l’étendue du droit à la déduction — Le MRN a refusé l’accès à ces renseignements parce que la divulgation pourrait porter un préjudice aux intérêts financiers du gouvernement en encourageant d’autres personnes à réclamer la déduction — Il se préoccupait également de ne pas révéler l’identité des contribuables — L’expression «de porter un préjudice appréciable aux intérêts financiers du gouvernement» utilisée à l’art. 18d) de la Loi sur l’accès à l’information n’inclut pas les pertes de revenus dues à l’augmentation des réclamations légitimes des déductions d’impôt sur le revenu — Si la déduction pour résidence d’un membre du clergé n’a pas été rédigée de façon satisfaisante pour répondre aux conditions actuelles, il incombe au ministère des Finances de proposer une réforme de la Loi.

### **Produits forestiers Canadien Pacifique Ltée-Région du Pacifique Tahsis c. Beltimber (Le) (C.A.) ..... 320**

Droit maritime — Transport de marchandises — Appel contre le jugement de première instance qui a accordé des dommages-intérêts pour perte partielle d’une cargaison de bois transportée en pontée — Jugé en première instance que la perte était due à la négligence du capitaine — La clause 8 des connaissements exonérait le transporteur de toute responsabilité en cas de perte ou avarie touchant la cargaison en pontée, quelle qu’en soit la cause — Jugé que cette clause n’excluait pas la responsabilité pour négligence — Application du troisième critère défini par l’arrêt *Canada Steamship Lines Ltd. v. The King* pour l’interprétation de cette clause — Les critères définis par la jurisprudence *Canada Steamship* ne sont pas dépassés à la suite de l’arrêt *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.* — Différenciation de ce dernier qui était fondé sur une décision de 1980 de la Chambre des lords; la jurisprudence subséquente d’Angleterre n’indique pas qu’il faut préférer le raisonnement qui y était tenu au raisonnement tenu dans l’arrêt *Canada Steamship* — Les juridictions anglaises et canadiennes continuent à appliquer ce dernier — La loi mise à part

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

contract — Applying *Canada Steamship* tests, Clause 8 broad enough to exclude “negligence”, but not intended to exclude liability for negligence — Intended to exclude liabilities other than negligence imposed at common law i.e. damage naturally concomitant with deck stowage including damage by sea-water, rain or wind — Implied warranty of seaworthiness exposing appellants to another potential head of liability apart from negligence to which Clause 8 would also apply.

### **McEwen Brothers Ltd. v. Canada (C.A.) . . . . . 225**

Income tax — Partnerships — Appeal from reassessments whereby MNR added certain profits to taxpayer’s income — Road Contract bid submitted by taxpayer to Manitoba Hydro on behalf of undisclosed partnership (Road Partnership) — Profits from Road Contract to be divided among partners in accordance with respective partnership interests — Taxpayer, partner sole contributors to Road Partnership — Bid with respect to construction of dike (Dike Contract) submitted by taxpayer on behalf of second undisclosed partnership — Whether partnerships valid or sham — To be sham, taxpayer must purposefully, effectively mislead MNR — Evidence not sufficient to support finding of “sham” — Several named partners not involved in either partnership — Key requirements under both partnership agreements pertaining to capital contributions, liquidity of individual partners not met — Partnership agreements legally ineffective as partners not carrying on business “in common”.

### **Pfizer Inc. v. Canada (T.D.) . . . . . 441**

Patents — Duration — Patent Act providing 17-year protection for patents — Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights provision requiring member countries to provide minimum 20-year protection for patents not applicable in Canada as not implemented into Canadian domestic law — Furthermore, defendant barred from commencing action as failed to obtain consent of Attorney General required by World Trade Organization

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

et sous réserve des stipulations du contrat, le transporteur s’engage en common law à transporter les marchandises à ses risques exclusifs, sauf le cas fortuit, les actes hostiles des ennemis de la Reine, les défauts inhérents des marchandises elles-mêmes et la faute du chargeur — En outre, il garantit implicitement la navigabilité du navire, à moins que le contrat ne le libère de cet engagement — Par application des critères définis par *Canada Steamship*, la formulation de la clause 8 était suffisamment large pour exclure la «négligence», mais ne visait pas à exclure la responsabilité pour négligence — Elle visait à exclure les chefs de responsabilité autres que la négligence et présumés en common law, savoir les dommages naturellement liés à l’arrimage en pontée, notamment les dommages causés par l’eau de mer, la pluie ou le vent — La garantie implicite du bon état de navigabilité du navire expose les appelants à un autre chef de responsabilité potentiel au-delà de la négligence, auquel s’appliquerait aussi la clause 8.

### **McEwen Brothers Ltd. c. Canada (C.A.) . . . . . 225**

Impôt sur le revenu — Sociétés de personnes — Appel de nouvelles cotisations par lesquelles le MRN a ajouté certains bénéfices au revenu de la contribuable — Soumission pour un projet de route présentée par la contribuable à Hydro-Manitoba au nom d’une société de personnes non divulguée (société de construction de la route) — Les profits du contrat de construction de la route devaient être divisés entre les associés au prorata de leur participation respective dans la société de personnes — Seuls la contribuable et un associé ont fourni un apport à la société de personnes — Soumission pour la construction d’une digue (contrat de construction de la digue) présentée par la contribuable au nom d’une deuxième société de personnes non divulguée — Les sociétés de personnes étaient-elles valides ou constituaient-elles un trompe-l’œil? — Pour qu’il y ait trompe-l’œil, la contribuable doit tenter d’induire le MRN en erreur ou y parvenir — La preuve n’était pas suffisante pour étayer une conclusion de «trompe-l’œil» — Plusieurs associés nommément désignés n’ont joué aucun rôle dans les sociétés de personnes — Les éléments clés des deux contrats de société concernant les apports de capital et la liquidité des associés individuels n’ont pas été respectés — Les contrats de société étaient juridiquement sans effet parce que les associés n’ont pas exploité une entreprise «en commun».

### **Pfizer Inc. c. Canada (1<sup>re</sup> inst.) . . . . . 441**

Brevets — Durée — La Loi sur les brevets prévoit une période de protection de 17 ans pour les brevets — Les dispositions de l’Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent le commerce qui obligent les États membres à accorder une période minimale de protection de 20 ans aux brevets ne s’appliquent pas au Canada parce qu’elles n’ont pas été incorporées en droit interne canadien — En outre, les demanderesse sont

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Agreement Implementation Act, ss. 5, 6 — Latter provisions not contrary to Bill of Rights nor to rule of law as not constituting denial of access to courts.

International law — Implementation of treaties — World Trade Organization Agreement Implementation Act provisions stating WTO Agreement approved (s. 8) and purpose of Act to implement Agreement (s. 3) not sufficient to legislate into federal domestic law WTO Agreement and Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights provision requiring member countries to provide minimum 20-year protection for patents.

### **Ranganathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) . . . . . 269**

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Application for judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee — Applicant, Tamil woman of Sri Lanka, seeking refugee status on ground of well-founded fear of persecution by reason of membership of particular social group — Whether fact having relatives in Canada, none in safe place relevant in determining whether unreasonable to expect applicant to live in Colombo — Case law on unreasonableness issue reviewed — Correctness appropriate standard of review of determination by CRDD of whether claimant has IFA — As CRDD erred in failing to take into account applicant has family in Canada, no relatives in Colombo but not in finding applicant having no grounds to fear persecution in Colombo, case remitted to different panel to decide whether, for second limb of *Rasaratnam* test, unduly harsh to expect applicant live in Colombo.

### **Sharp v. Canada (Transportation Agency) (C.A.) . 363**

Transportation — Appeal from Canadian Transportation Agency's approval of construction of railway line — Canada Transportation Act (CTA), s. 98(2) permitting Agency to approve location of railway line, considering requirements for railway operations and services, interests of affected localities — Appellant opposing application on ground line

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

irrecevables à introduire l'action parce qu'elles n'ont pas obtenu le consentement du procureur général exigé par les art. 5 et 6 de la Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce — Ces articles ne contreviennent ni à la Déclaration canadienne des droits ni au principe de la primauté du droit parce qu'ils ne constituent pas un refus d'accès aux tribunaux.

Droit international — Mise en œuvre des traités — Les dispositions de la Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce qui déclarent que l'Accord est approuvé (art. 8) et que la Loi a pour objet la mise en œuvre de l'Accord (art. 3) ne sont pas suffisantes pour établir que l'Accord sur l'OMC et les dispositions de l'Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent le commerce qui obligent les pays membres à accorder une protection minimale de 20 ans aux brevets ont été incorporés par voie législative au droit interne.

### **Ranganathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1<sup>re</sup> inst.) . . . . . 269**

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Demande de contrôle judiciaire formée à l'encontre de la décision de la SSR statuant que la demanderesse n'était pas une réfugiée au sens de la Convention — La demanderesse, une Tamoule du Sri Lanka, revendique le statut de réfugié pour le motif qu'elle craint avec raison d'être persécutée du fait de son appartenance à un groupe social — Le fait d'avoir de la parenté au Canada, de même que l'absence de parenté à l'endroit sûr, est-il pertinent quant à la question de savoir s'il est déraisonnable de s'attendre à ce que la demanderesse vive à Colombo? — Revue de la jurisprudence sur la question du caractère déraisonnable — La norme de la décision correcte est la norme de contrôle judiciaire applicable à la décision rendue par la SSR quant à la question de savoir si la demanderesse avait une possibilité de refuge intérieur — Comme la SSR a commis une erreur, non pas en concluant que la demanderesse n'avait pas raison de craindre d'être persécutée à Colombo, mais en ne tenant pas compte du fait qu'elle avait de la parenté au Canada et non à Colombo, le dossier est renvoyé à un tribunal différemment constitué pour que celui-ci décide si, en vertu du second volet du critère de *Rasaratnam*, le fait de s'attendre à ce que la demanderesse vive à Colombo équivaut à une contrainte excessive.

### **Sharp c. Canada (Office des transports) (C.A.) . . . 363**

Transports — Appel de la décision de l'Office des transports du Canada d'approuver la construction d'une ligne de chemin de fer — L'art. 98(2) de la Loi sur les transports au Canada (LTC) prévoit que l'Office peut approuver l'emplacement d'une ligne de chemin de fer, compte tenu des besoins en matière de service et d'exploitation ferroviaires

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

not necessary — S. 98 not requiring assessment of need — Requiring Agency to focus on whether location, not construction, of railway line reasonable — “Requirements for railway operations and services” referring only to requirements enabling railway company to provide service to customers — Not referring to need for line — “Interests of the localities” contemplating Agency consider concerns respecting location of line brought to its attention by localities in determining whether location reasonable — Presumption need for line based on fact railway company making application — Reading in needs test would ignore national transportation policy that compensation, market forces prime factors in determining whether railway line should be constructed; would impose unnecessary economic regulation — In keeping with trend toward deregulation, CTA limited Agency’s role in regulating entry into railway business in Canada, controlling construction of new railway lines — Inconsistent with limited role to construe s. 98 as requiring needs test for construction of railway line.

Railways — Appeal from Canadian Transportation Agency’s approval of construction of railway line — Canada Transportation Act, s. 98(2) permitting Agency to approve location of railway line, considering requirements for railway operations — Appellant opposing application on ground line not necessary — S. 98 not requiring assessment of need — Reading in needs test would ignore national transportation policy compensation, market forces prime factors in determining whether railway line should be constructed, would impose form of economic regulation when not necessary to serve transportation needs of shippers — In keeping with trend toward deregulation, CTA limited Agency’s role in regulating entry into railway business in Canada, controlling construction of new railway lines — Inconsistent with limited role to construe s. 98 as requiring needs test for construction of railway line.

Environment — Appeal from Canadian Transportation Agency’s approval of construction of railway line — Agency finding, upon Canadian Pacific Railway (CPR)

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

et des intérêts des localités — L’appelante s’oppose à la demande au motif que la ligne n’est pas nécessaire — L’art. 98 ne prescrit pas une évaluation de la nécessité — L’Office doit examiner la question de savoir si l’emplacement de la ligne de chemin de fer est convenable, non pas sa construction — «Besoins en matière de service et d’exploitation ferroviaires» vise les besoins qui permettront à la compagnie de chemin de fer de fournir un service à ses clients — Ne renvoie pas à la nécessité de la ligne — «Intérêts des localités» signifie que l’Office doit tenir compte des craintes des localités concernant l’emplacement de la ligne de chemin de fer pour décider si l’emplacement est convenable — La nécessité de la ligne sera présumée du fait de la demande présentée par la compagnie de chemin de fer — L’interprétation en faveur du critère des besoins va à l’encontre de la politique nationale des transports, selon laquelle la concurrence et les forces du marché sont les principaux facteurs en jeu pour décider si une ligne de chemin de fer devrait être construite; elle imposerait une forme de réglementation économique qui n’est pas nécessaire — Conformément au virage vers la déréglementation de l’industrie du transport ferroviaire, la LTC a restreint le rôle de l’Office quant à la réglementation de l’entrée dans l’industrie du transport ferroviaire au Canada et au contrôle de la construction de nouvelles lignes de chemin de fer — L’interprétation selon laquelle l’art. 98 prescrirait un critère des besoins est incompatible avec le rôle limité attribué à l’Office.

Chemins de fer — Appel de la décision de l’Office des transports du Canada d’approuver la construction d’une ligne de chemin de fer — L’art. 98(2) de la Loi sur les transports au Canada prévoit que l’Office peut approuver l’emplacement d’une ligne de chemin de fer, compte tenu des besoins en matière de service et d’exploitation ferroviaires — L’appelante s’oppose à la demande au motif que la ligne n’est pas nécessaire — L’art. 98 ne prescrit pas une évaluation de la nécessité — L’interprétation en faveur du critère des besoins va à l’encontre de la politique nationale des transports, selon laquelle la concurrence et les forces du marché sont les principaux facteurs en jeu pour décider si une ligne de chemin de fer devrait être construite; elle imposerait une forme de réglementation économique qui n’est pas nécessaire pour répondre aux besoins des expéditeurs en matière de transport — Conformément au virage vers la déréglementation de l’industrie du transport ferroviaire, la LTC a restreint le rôle de l’Office quant à la réglementation de l’entrée dans l’industrie du transport ferroviaire au Canada et au contrôle de la construction de nouvelles lignes de chemin de fer — L’interprétation selon laquelle l’art. 98 prescrirait un critère des besoins est incompatible avec le rôle limité attribué à l’Office.

Environnement — Appel de la décision de l’Office des transports du Canada d’approuver la construction d’une ligne de chemin de fer — L’Office a conclu qu’au moment du

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

filing Canada Transportation Act (CTA), s. 98(2) application for approval, Agency “responsible authority” under Canadian Environmental Assessment Act (CEAA) — CEAA, s. 16(1)(e) requiring assessment of need for, alternatives to, project in environmental assessment process — Agency opining need, alternatives dependent on Union Carbide of Canada’s (UCC) decision required direct access to CPR for plant expansion, CPR’s objective to improve market share — Agency having obligation to carry out assessment itself — Although deferring to views, objectives of UCC, CPR, Agency expressing own view as to need, alternatives — Business, commercial needs legitimate basis for rejecting alternatives — As determination of whether to consider need, alternatives discretionary, within Agency’s discretion to decide nature, extent of consideration of factors — Unless clear conflict, Agency must respect both Parliament’s express deregulatory intention under CTA and Parliament’s vesting it with environmental decision-making power under CEAA — Agency concluding construction of railway not having adverse environmental effects upon implementation of CPR’s proposed mitigation measures — Performed duties under CEAA, s. 16.

### **Spire Freezers Ltd. v. Canada (C.A.) . . . . . 381**

Income tax — Partnerships — Taxpayer, group of individuals purchasing interests in California partnership which owned apartment, condominium project — Project generating tax losses as development costs far exceeding fair market value — Partnership still existing despite withdrawal of original partners, admission of Canadian partners — Claiming loss of US\$10 million in respect of project sale, capital loss of US\$367,000 in respect of sale of shares — Taxpayer’s primary intention to acquire non-capital losses of condominium project — Finding of partnership mixed question of fact and law — Intention of parties at time of entering contract question of fact — Only activities carried on with view to profit, including ancillary purpose of profit making, may form basis of partnership — No partnership if no intention to carry on business with view to profit — Case law on partnerships reviewed — Taxpayer intending to carry on business with view to loss, not profit — No evidence to demonstrate intention to earn profit, ancillary or otherwise — Transaction motivated entirely by tax losses not formed with view to profit.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

dépôt de la demande du Canadien Pacifique Limitée (CP) en vertu de l’art. 98(2) de la Loi sur les transports au Canada (LTC), l’Office est devenu l’«autorité responsable» en vertu de la Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (LCÉE) — L’art. 16(1)(e) de la LCÉE requiert un examen de la nécessité du projet et de ses solutions de rechange dans le cadre du processus d’évaluation environnementale — L’Office a exprimé le point de vue que la nécessité et les solutions de rechange étaient subordonnées à la décision de Union Carbide of Canada’s (UCC) qu’elle avait besoin d’un accès direct au CP dans le cadre de l’agrandissement de son usine, et à l’objectif du CP d’améliorer sa part de marché — L’Office était dans l’obligation de faire cette évaluation lui-même — Bien qu’il se soit appuyé sur les points de vue et les objectifs de UCC et du CP, l’Office a exprimé son propre point de vue relativement à la nécessité et aux solutions de rechange — Les besoins commerciaux sont une raison légitime de rejeter des solutions de rechange — De même que l’Office a la faculté d’examiner la nécessité et les solutions de rechange, de même il a la faculté de décider la nature et l’étendue de l’examen de ces facteurs — Sauf incompatibilité manifeste, l’Office devrait tenter de respecter à la fois l’intention expresse du législateur en matière de déréglementation en vertu de la LTC et le pouvoir décisionnel que lui a conféré le législateur en matière environnementale sous le régime de la LCÉE — L’Office a conclu que la construction de la ligne de chemin de fer n’aurait pas d’effets environnementaux négatifs si les mesures d’atténuation proposées par le CP étaient mises en œuvre — L’Office a exécuté les attributions prévues à l’art. 16 de la LCÉE.

### **Spire Freezers Ltd. c. Canada (C.A.) . . . . . 381**

Impôt sur le revenu — Sociétés de personnes — La contribuable et un groupe de personnes physiques ont acheté une participation dans une société de personnes californienne qui possédait un immeuble d’habitation et des appartements en copropriété — L’immeuble en copropriété a généré des pertes fiscales, car les coûts de construction dépassaient de beaucoup la juste valeur marchande de l’immeuble — La société de personnes continuait à exister indépendamment du retrait d’un associé original ou de l’admission d’associés canadiens — La contribuable a réclamé la déduction d’une perte de 10 millions de dollars US pour la vente de l’immeuble et d’une perte en capital de 367 000 \$US pour la vente d’actions — Le mobile principal de la contribuable était d’acquiescer les pertes autres qu’en capital de l’immeuble en copropriété — La conclusion quant à l’existence d’une société de personnes est une question mixte de droit et de fait — La volonté des parties au moment de la signature du contrat est une question de fait — Seules les activités exercées dans un but lucratif, y compris celles dont l’objectif accessoire est de réaliser un profit, peuvent donner lieu à la constitution d’une société de personnes — Il ne peut y avoir de société de personnes si les intéressés n’ont pas l’intention d’exploiter une entreprise en vue de réaliser un

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

### Zündel v. Canada (Attorney General) (T.D.) . . . . . 289

Human Rights — Application for judicial review of CHRC's decision to request appointment of Tribunal to inquire into complaints applicant causing hate messages to be communicated through computer Web site (server computer and Web site manager located outside Canada) — Past speech by Deputy Chief Commissioner on subject of hate propaganda not indication of bias herein — Legal test of bias — Interpretation of enabling statute (communicate telephonically, extra-territorial issue, causing to communicate) by Commission not automatically justifying judicial review — Not appropriate at this stage to determine issue of whether provision in violation of Charter, s. 2(b) as, in any event, recent amendment to Human Rights Act, s. 50(2) giving Tribunal jurisdiction to determine constitutional issue.

Administrative law — Judicial review — *Certiorari* — CHRC decision to request appointment of Tribunal to inquire into complaints applicant causing hate messages to be communicated through computer Web site — Allegation of bias against Deputy Chief Commissioner — Legal test of bias — Interpretation of enabling statute by Commission not automatically justifying judicial review — Not appropriate at this stage to determine issue of whether provision in violation of Charter, s. 2(b) as, in any event, recent amendment to CHRA, s. 50(2) giving Tribunal jurisdiction to determine constitutional issue.

## SOMMAIRE (Fin)

bénéfice — Examen de la jurisprudence sur les sociétés de personnes — La contribuable avait l'intention d'exploiter une entreprise en vue de réaliser une perte, et non un profit — Absence d'élément de preuve permettant de conclure à l'existence d'une intention, accessoire ou non, de réaliser un bénéfice — Une opération motivée exclusivement par l'obtention de pertes fiscales ne peut avoir été conçue en vue de réaliser un bénéfice.

### Zündel c. Canada (Procureur général) (1<sup>re</sup> inst.) . . 289

Droits de la personne — Demande de contrôle judiciaire de la décision de la CCDP de demander la désignation d'un tribunal des droits de la personne pour instruire les plaintes portant que le demandeur faisait aborder des messages haineux sur un site Web (le serveur du site Web et la personne qui le gérait étaient situés à l'extérieur du Canada) — Le discours sur la propagande haineuse prononcé auparavant par la vice-présidente de la Commission ne constituait pas un signe de partialité — Critère de partialité prévu dans la loi — L'interprétation de la loi habilitante (utiliser un téléphone, extra-territorialité, faire aborder) par la Commission ne justifie pas automatiquement le contrôle judiciaire — Il ne convenait pas de trancher à cette étape la question de savoir si la disposition contrevenait à l'art. 2b) de la Charte parce que, quoi qu'il en soit, une modification récente apportée à la l'art. 50(2) de la Loi sur les droits de la personne conférait compétence à la Commission pour trancher une question constitutionnelle.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — Décision de la CCDP de demander la désignation d'un tribunal des droits de la personne pour instruire les plaintes portant que le demandeur faisait aborder des messages haineux sur un site Web — Allégation de partialité de la part de la vice-présidente de la Commission — Critère de partialité prévu dans la loi — L'interprétation de la loi habilitante par la Commission ne justifie pas automatiquement le contrôle judiciaire — Il ne convenait pas de trancher à cette étape la question de savoir si la disposition contrevenait à l'art. 2b) de la Charte parce que, quoi qu'il en soit, une modification récente apportée à l'art. 50(2) de la LCDP conférait compétence à la Commission pour trancher une question constitutionnelle.



## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Pfizer Inc. v. Canada*, [1999] 4 F.C. 441 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-469-99), reasons for judgment handed down 14/10/99.

The appeal from *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [1996] 1 F.C. 857 (T.D.), has been allowed and the cross-appeal dismissed (A-68-96). The reasons for judgment handed down 21/10/99, will be published in the *Federal Court Reports*.

### SUPREME COURT OF CANADA

*Canada v. 65302 British Columbia Ltd.*, [1998] 2 F.C. D-11 (C.A.), was reversed by a decision dated 25/11/99, and will be published in the *Supreme Court Reports*.

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Pfizer Inc. c. Canada*, [1999] 4 C.F. 441 (1<sup>re</sup> inst.), a été confirmée en appel (A-469-99). Les motifs du jugement ont été prononcés le 14-10-99.

L'appel principal contre *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [1996] 1 C.F. 857 (1<sup>re</sup> inst.), a été accueilli et l'appel incident rejeté (A-68-96). Les motifs du jugement, prononcés le 21-10-99, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

### COUR SUPRÊME DU CANADA

*Canada c. 65302 British Columbia Ltd.*, [1998] 2 C.F. F-15 (C.A.), a été infirmé par une décision en date du 25-11-99, qui sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.



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

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**1999, Vol. 4, Part 2**

**1999, Vol. 4, 2<sup>e</sup> fascicule**



A-19-94

A-19-94

**McEwen Brothers Limited** (*Appellant*)**McEwen Brothers Limited** (*appelante*)

v.

c.

**Her Majesty the Queen** (*Respondent*)**Sa Majesté la Reine** (*intimée*)*INDEXED AS: MCEWEN BROTHERS LTD. v. CANADA (C.A.)**RÉPERTORIÉ: MCEWEN BROTHERS LTD. c. CANADA (C.A.)*Court of Appeal, Strayer, Robertson and Sexton JJ.A.  
—Winnipeg, May 4; Ottawa, May 28, 1999.Cour d'appel, juges Strayer, Robertson et Sexton,  
J.C.A.—Winnipeg, 4 mai; Ottawa, 28 mai 1999.

*Income tax — Partnerships — Appeal from reassessments whereby MNR added certain profits to taxpayer's income — Road Contract bid submitted by taxpayer to Manitoba Hydro on behalf of undisclosed partnership (Road Partnership) — Profits from Road Contract to be divided among partners in accordance with respective partnership interests — Taxpayer, partner sole contributors to Road Partnership — Bid with respect to construction of dike (Dike Contract) submitted by taxpayer on behalf of second undisclosed partnership — Whether partnerships valid or sham — To be sham, taxpayer must purposefully, effectively mislead MNR — Evidence not sufficient to support finding of "sham" — Several named partners not involved in either partnership — Key requirements under both partnership agreements pertaining to capital contributions, liquidity of individual partners not met — Partnership agreements legally ineffective as partners not carrying on business "in common".*

*Impôt sur le revenu — Sociétés de personnes — Appel de nouvelles cotisations par lesquelles le MRN a ajouté certains bénéfices au revenu de la contribuable — Soumission pour un projet de route présentée par la contribuable à Hydro-Manitoba au nom d'une société de personnes non divulguée (société de construction de la route) — Les profits du contrat de construction de la route devaient être divisés entre les associés au prorata de leur participation respective dans la société de personnes — Seuls la contribuable et un associé ont fourni un apport à la société de personnes — Soumission pour la construction d'une digue (contrat de construction de la digue) présentée par la contribuable au nom d'une deuxième société de personnes non divulguée — Les sociétés de personnes étaient-elles valides ou constituaient-elles un trompe-l'œil? — Pour qu'il y ait trompe-l'œil, la contribuable doit tenter d'induire le MRN en erreur ou y parvenir — La preuve n'était pas suffisante pour étayer une conclusion de «trompe-l'œil» — Plusieurs associés nommément désignés n'ont joué aucun rôle dans les sociétés de personnes — Les éléments clés des deux contrats de société concernant les apports de capital et la liquidité des associés individuels n'ont pas été respectés — Les contrats de société étaient juridiquement sans effet parce que les associés n'ont pas exploité une entreprise «en commun».*

This was an appeal from a Trial Division decision dismissing the taxpayer's appeal from reassessments whereby certain profits, supposedly earned by partnerships, were included in its income. The taxpayer is a Manitoba corporation carrying on a landscape gardening business under a complex shares arrangement by which most of its shares were owned by key employees who had transferred them to a personal holding corporation. It formed a partnership (the Road Partnership) with Bruce Bros. Ltd. when the latter was invited by Manitoba Hydro to submit a tender on a "Road Project". A partnership agreement was signed by which Bruce Bros., the party of the first part, obtained a 50% interest in the Road Partnership. The party of the second part consisted of six other partners, four of them being holding corporations and the remaining two partners being individuals. Neither Melvin McEwen, president of the taxpayer, nor his personal holding corporation was a named partner in this venture. Profits from the Road Contract were

Il s'agissait d'un appel du rejet, par la Section de première instance, de l'appel interjeté par la contribuable de nouvelles cotisations dans lesquelles certains bénéfices, censément gagnés par les sociétés de personnes, ont été inclus dans le revenu de la contribuable. La contribuable est une société constituée au Manitoba qui exploitait une entreprise d'aménagement paysager, dotée d'une structure de capital actions assez complexe selon laquelle la plupart des actions appartenaient à des employés clés qui les avaient transférées à une société de gestion personnelle. Elle a formé une société de personnes (la société de construction de la route) avec Bruce Bros. Ltd. lorsque celle-ci a été invitée par Hydro-Manitoba à présenter une soumission pour un «Projet de route». Un contrat de société a été signé; en vertu de ce contrat, Bruce Bros., partie de première part, obtenait une participation de 50 p. 100 dans la société de construction de la route. La partie de deuxième part était composée de six autres associés, dont quatre étaient des sociétés de gestion person-

to be divided among Bruce Bros., the holding corporations and the two individuals in accordance with their respective partnership interests. Only the taxpayer and Bruce Bros. contributed capital to the Road Partnership. Their contributions were in the amounts of \$195,000 and \$76,000, respectively. Profits amounted to \$525,000, of which Bruce Bros. reported its half as income and the remaining six partners reported the other half. The Department of Public Works advertised for tenders with respect to the construction of a dike (the Dike Contract). A bid was submitted by the taxpayer on behalf of a second partnership (the Dike Partnership) which was similar to the Road Partnership. The Minister reassessed the taxpayer, including one-half of the profits realized on both the Road and the Dike Contracts in its income. The issue on appeal was whether the Trial Judge erred in holding that the transactions pertaining to the two partnerships constituted a sham and, alternatively, that the transactions were ineffective in establishing valid partnerships between Bruce Bros. and the six other partners identified in the partnership agreements.

*Held*, the appeal should be dismissed.

A transaction which lacks any business purpose other than the attainment of a tax benefit does not, *simpliciter*, constitute a sham. What is required under the sham doctrine is deceit on the part of the taxpayer who must say one thing to the Minister, and do another in an attempt to avoid tax obligations. The fact that the taxpayer misled both Manitoba Hydro and the Department of Public Works by failing to disclose that the respective bids were being submitted on behalf of partnerships did not support a finding of sham. Undisclosed partnerships may qualify as partnerships. The only relevant evidence of a sham is that which demonstrates that a taxpayer purposefully or effectively misled the Minister. The evidence adduced herein was insufficient to support a finding of "sham". There was no explanation as to why neither Melvin McEwen nor his holding corporation was made a partner in either partnership. Several of the named partners had no involvement in either partnership. Nor was any explanation forthcoming as to why Mrs. McEwen's holding corporation was made a partner, other than for the obvious purpose of splitting income. The explanation offered as to why the taxpayer was not made a partner of the Dike Partnership was unconvincing. No findings of credibility were made by the Trial Judge because of his understanding that the sham doctrine is satisfied where no *bona fide* business purpose exists. However, a finding of deceit is necessary to a finding that the taxpayer

nelle et les deux autres des personnes physiques. Ni Melvin McEwen, le président de la contribuable, ni sa société de gestion personnelle ne faisaient partie des associés nommément désignés engagés dans cette opération. Les profits du contrat de construction de la route devaient être divisés entre Bruce Bros., les sociétés de gestion et les deux associés individuels au prorata de leur participation respective dans la société de personnes. Seuls la contribuable et Bruce Bros. ont fourni un apport de capital, de 195 000 \$ et 76 000 \$ respectivement, à la société de construction de la route. Les bénéficiaires se sont élevés à 525 000 \$ et Bruce Bros. a déclaré la moitié de cette somme dans son revenu, les six autres associés déclarant l'autre moitié. Le ministère des Travaux publics a fait un appel d'offres relativement à la construction d'une digue (le contrat de construction de la digue). La contribuable a présenté une soumission au nom d'une deuxième société de personnes (la société de construction de la digue), semblable à la société de construction de la route. Le ministre a établi des nouvelles cotisations à l'égard de la contribuable en incluant dans son revenu la moitié des bénéficiaires générés par les contrats de construction de la route et de la digue. La question à trancher en appel était de savoir si le juge de première instance avait commis une erreur en statuant que les opérations relatives aux deux sociétés de personnes constituaient un trompe-l'œil et, subsidiairement, que ces opérations étaient sans effet pour ce qui est de la formation de sociétés de personnes valides regroupant Bruce Bros. et les six autres associés nommément désignés dans les contrats de société.

*Arrêt*: l'appel est rejeté.

Une opération sans objet commercial véritable autre que l'obtention d'un avantage fiscal ne constitue pas en soi un trompe-l'œil. Pour que la théorie du trompe-l'œil s'applique, il doit y avoir tromperie de la part du contribuable, qui dit une chose au ministre, tout en faisant autre chose afin de se soustraire à ses obligations fiscales. Le fait que la contribuable a induit en erreur à la fois Hydro-Manitoba et le ministère des Travaux publics en ne leur divulguant pas qu'elle leur présentait une soumission au nom d'une société de personnes ne permettait pas de conclure à l'existence d'un trompe-l'œil. Il est possible que des sociétés dont l'existence n'a pas été divulguée soient de véritables sociétés de personnes. La seule preuve pertinente quant à l'existence d'un trompe-l'œil est celle qui établit que le contribuable a tenté d'induire le ministre en erreur ou qu'il y est parvenu. La preuve produite en l'espèce ne suffisait pas à étayer une conclusion de «trompe-l'œil». Aucune explication n'a été fournie relativement à la raison pour laquelle ni Melvin McEwen ni sa société de gestion personnelle n'étaient un associé des deux sociétés de personnes. Plusieurs des associés nommément désignés n'ont joué aucun rôle dans les sociétés de personnes. Aucune explication n'a non plus été fournie relativement au fait que la société de gestion personnelle de M<sup>me</sup> McEwen est devenue un associé, si ce n'est à des fins manifestes de fractionnement du revenu. L'explication fournie quant à la raison pour laquelle la

lacks credibility or plausibility.

In order to establish the existence of a valid partnership, it must be demonstrated that: (1) a business was carried on; (2) by two or more persons in common; and (3) with a view to profit. The first and third requirements were satisfied herein, but not the second one. In a recent decision, *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, the Supreme Court of Canada outlined various factors to be considered when assessing whether a valid partnership has been established. Several of those factors are relevant to the case at bar. In determining whether a business is being carried on in common, it is necessary to determine who is contributing capital, property, effort, knowledge, skill and assets to the undertaking. These factors are divided into two categories: those touching on the management and control of the two partnerships, and those involving the contribution of capital. Effective control and management of both projects were vested in Melvin McEwen and two key employees of the taxpayer. Not every partner is required to contribute time, effort and skill to a partnership, the notion of "silent partner" being well accepted in law. Thus, a business may be run by one or more persons on behalf of themselves and others. However, those other partners must contribute something to the partnership. Only the taxpayer and Bruce Bros. provided the requisite capital for the two ventures. The capital flowed directly from the taxpayer to the partnerships, and the partnerships paid interest on the use of the taxpayer's capital. As a result, a key requirement under both partnership agreements was not met. The partnership agreements' requirements pertaining to capital contributions and the liquidity of individual partners were not respected. The partnership agreements were legally ineffective because the partners named therein were not carrying on business "in common".

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 473.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### FOLLOWED:

*Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298; (1998), 163 D.L.R. (4th) 385; 98 DTC 6505; 222 N.R. 58.

contribuable n'était pas un associé de la société de construction de la digue n'était pas convaincante. Le juge de première instance n'a tiré aucune conclusion sur la crédibilité parce qu'il croyait qu'il y a trompe-l'œil en l'absence d'objet commercial véritable. Il faut toutefois conclure à l'existence d'une tromperie pour statuer que le contribuable n'est pas crédible.

Pour établir l'existence d'une société de personnes valide, il faut démontrer les éléments suivants: (1) une entreprise a été exploitée; (2) en commun par deux ou plusieurs personnes; (3) en vue de réaliser un bénéfice. En l'espèce, la première et la troisième conditions ont été remplies, mais non la deuxième. Dans un arrêt récent, *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, la Cour suprême du Canada a énoncé différents facteurs qui doivent être pris en compte pour décider si une société de personnes valide a été établie. Plusieurs de ces facteurs étaient pertinents en l'espèce. Pour décider si une entreprise a été exploitée en commun, il faut déterminer qui a fait un apport à l'entreprise sous forme de capital, biens, travail, connaissances, habiletés et autres éléments. Ces facteurs se répartissent en deux catégories selon qu'ils concernent le contrôle et la gestion des deux sociétés de personnes ou l'apport de capital. La gestion et le contrôle effectifs des deux projets étaient exercés par Melvin McEwen et deux employés clés de la contribuable. Il n'est pas nécessaire que chaque associé fasse un apport à la société de personnes sous forme de temps, de travail et d'habiletés, la notion d'«associé commanditaire» étant bien acceptée en droit. Une entreprise peut donc être gérée par une ou plusieurs personnes pour leur compte et celui d'autres personnes. Toutefois, les autres associés doivent faire un apport quelconque à l'entreprise. Seules la contribuable et Bruce Bros. ont fourni le capital requis par les deux entreprises. Le capital est passé directement de la contribuable aux sociétés de personnes qui ont payé des intérêts sur le capital de la contribuable qu'elles ont utilisé. En conséquence, l'un des éléments clés des deux contrats de société n'a pas été respecté. Les stipulations des contrats de société concernant les apports de capital et la liquidité des associés individuels n'ont pas été respectées. Les contrats de société étaient juridiquement sans effet parce que les associés nommément désignés n'ont pas exploité une entreprise «en commun».

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règle 473.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION SUIVIE:

*Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298; (1998), 163 D.L.R. (4th) 385; 98 DTC 6505; 222 N.R. 58.

## APPLIED:

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

## REFERRED TO:

*Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of)*, [1936] A.C. 1 (H.L.); *The Queen v. Paxton, J.D.* (1996), 97 DTC 5012 (F.C.A.).

## AUTHORS CITED

*Lindley & Banks on Partnership*, 17th ed. by R. C. l'Anson Banks. London: Sweet & Maxwell, 1995.

APPEAL from a Trial Division decision ([1994] 1 C.T.C. 317; (1993), 94 DTC 6133; 72 F.T.R. 58) dismissing taxpayer's appeal from income tax reassessments in that transactions pertaining to two partnerships constituted a sham and were ineffective in establishing valid partnerships. Appeal dismissed, not because arrangements were a "sham" but because the partners were not carrying on business "in common".

## APPEARANCES:

*Joel A. Weinstein and Robert C. Lee* for appellant.

*Naomi R. Goldstein* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Aikins, MacAulay & Thorvaldson*, Winnipeg, for appellant.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

[1] ROBERTSON J.A.: This is an appeal from the Trial Division [[1994] 1 C.T.C. 317], dismissing the appellant taxpayer's appeal from reassessments pertaining to the 1976 and 1977 taxation years. The issues raised before us involve the sham doctrine and the principles articulated by the Supreme Court in *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*<sup>1</sup> regarding

## DÉCISION APPLIQUÉE:

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

## DÉCISIONS MENTIONNÉES:

*Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of)*, [1936] A.C. 1 (H.L.); *La Reine c. Paxton, J.D.* (1996), 97 DTC 5012 (C.A.F.).

## DOCTRINE

*Lindley & Banks on Partnership*, 17th ed. by R. C. l'Anson Banks. London: Sweet & Maxwell, 1995.

APPEL du rejet, par la Section de première instance ([1994] 1 C.T.C. 317; (1993), 94 DTC 6133, 72 F.T.R. 58), de l'appel interjeté par la contribuable de nouvelles cotisations d'impôt sur le revenu selon lesquelles les opérations relatives à deux sociétés de personnes constituaient un trompe-l'œil et étaient sans effet quant à la formation de sociétés de personnes valides. Appel rejeté, non pas en raison de l'existence d'un «trompe-l'œil», mais parce que les associés n'ont pas exploité une entreprise «en commun».

## ONT COMPARU:

*Joel A. Weinstein et Robert C. Lee* pour l'appelante.

*Naomi R. Goldstein* pour l'intimée.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Aikins, MacAulay & Thorvaldson*, Winnipeg, pour l'appelante.

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Il s'agit d'un appel du rejet, par la Section de première instance [[1994] 1 C.T.C. 317], de l'appel interjeté par la contribuable appelante de nouvelles cotisations établies pour les années d'imposition 1976 et 1977. Les questions soulevées devant nous concernent la théorie du trompe-l'œil et les principes élaborés par la Cour

the formation of a valid partnership. Ultimately, the outcome of this appeal depends on an appreciation of the essential facts applied against the proper legal framework.

## FACTS

[2] McEwen Brothers Ltd. (the taxpayer) was incorporated in Manitoba in 1963 to carry on a landscape gardening business. At all material times, Melvin McEwen was the president of the taxpayer and its controlling shareholder. Over time, the taxpayer developed a fairly complex shares arrangement such that, by April of 1976, most of its shares were owned by key employees who had either transferred their shares to a personal holding corporation or were in the process of doing so. The only person to place shares of the taxpayer in a holding corporation who was not an employee of the taxpayer was Melvin McEwen's wife. Each of the holding corporations was contractually bound to provide management services to the taxpayer through an agreement between it and its individual shareholder. As a result, the shareholders were no longer directly employed by the taxpayer. As might be expected, none of the holding corporations had any employees, a line of credit with a financial institution or assets other than the management contract.

[3] In 1976, Bruce Bros. Ltd. was invited by Manitoba Hydro to submit a tender on a "Road Project". Bruce Bros. was in the business of heavy construction, including building roads. The taxpayer had no experience in that line of work. Adrien Bruce, a principal of Bruce Bros., contacted Melvin McEwen with respect to Manitoba Hydro's invitation and, together with Russell Graham, prepared a bid which was submitted in March 1976.

[4] According to the agreed partial statement of facts, it was understood that the Road Contract bid was being submitted on behalf of a partnership (hereinafter, the Road Partnership). This understanding

suprême dans l'arrêt *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*<sup>1</sup> relativement à la formation d'une société de personnes valide. En bout de ligne, l'issue de l'appel dépend de l'appréciation des faits essentiels en regard du cadre juridique applicable.

## LES FAITS

[2] McEwen Brothers Ltd. (la contribuable) a été constituée au Manitoba en 1963 dans le but d'exploiter une entreprise d'aménagement paysager. À toutes les époques pertinentes, Melvin McEwen était le président et l'actionnaire majoritaire de la contribuable. Au fil du temps, la contribuable s'est dotée d'une structure de capital actions assez complexe, de sorte qu'en avril 1976, la plupart de ses actions appartenaient à des employés clés qui avaient soit transféré leurs actions à une société de gestion personnelle, soit entrepris des mesures à cette fin. La seule personne à avoir placé des actions de la contribuable dans une société de gestion sans être une employée de la contribuable était l'épouse de Melvin McEwen. Chaque société de gestion était tenue par contrat de fournir des services de gestion à la contribuable en vertu d'un accord entre elle et ses actionnaires. En conséquence, les actionnaires n'étaient plus des employés de la contribuable. Comme on pouvait s'y attendre, les sociétés de gestion n'avaient ni employés, ni marge de crédit auprès d'un établissement financier, ni quelque élément d'actif que ce soit hormis le contrat de gestion.

[3] En 1976, la société Bruce Bros. Ltd. a été invitée par Hydro-Manitoba à présenter une soumission pour un [TRADUCTION] «Projet de route». Bruce Bros. exerçait ses activités dans le domaine de la construction lourde et notamment de la construction de routes. La contribuable n'avait aucune expérience dans ce domaine. Adrien Bruce, un directeur de Bruce Bros., a communiqué avec Melvin McEwen relativement à l'invitation d'Hydro-Manitoba et, avec Russell Graham, ils ont préparé une soumission qui a été présentée en mars 1976.

[4] Selon l'énoncé conjoint partiel des faits, il était entendu que la soumission pour le contrat de construction de la route était présentée au nom d'une société de personnes (la société de construction de la route).

was not evidenced in writing, and Manitoba Hydro was not aware of the partnership agreement at the time the bid was submitted. Nor could it have been so aware, as the bid was submitted in March 1976 and the partnership was not formed until April 14, 1976. In fact, there is no evidence that Manitoba Hydro was ever apprised of the existence of the partnership.

[5] The first draft of the Road Partnership agreement was prepared by Melvin McEwen and Adrien Bruce. The final draft was prepared by Bruce Bros.' lawyers.

[6] After Bruce Bros.' tender was accepted by Manitoba Hydro, a partnership agreement was signed on April 14, 1976, in which Bruce Bros., the party of the first part, obtained a 50% interest in the Road Partnership. The party of the second part consisted of six other partners. Three of those partners were holding corporations controlled by former key employees of the taxpayer. A fourth was the holding corporation controlled by Melvin McEwen's wife. The remaining two partners, Adrien Allard and Ronald Graham, were employees and shareholders of the taxpayer. Apparently, these two individuals had yet to transfer their shares in the taxpayer to a holding corporation. The holding corporation of Melvin McEwen's wife held a 25% interest in the partnership. Each of the remaining five partners received a 5% interest in the Road Partnership.

[7] I pause here to note that, for some unexplained reason, neither Melvin McEwen nor his personal holding corporation was a named partner to the venture. The agreed partial statement of facts state only that Melvin McEwen had "very little" involvement in the Road Partnership because the taxpayer's business occupied most of his time.

[8] Several reasons were advanced as to why the taxpayer did not wish to become a partner in the Road

Cette entente n'était pas constatée par écrit, et Hydro-Manitoba n'était pas au courant de l'existence de ce contrat de société au moment où la soumission a été présentée. Elle n'aurait d'ailleurs pas pu en avoir connaissance, car la soumission a été présentée en mars 1976 et la société en nom collectif n'a été formée que le 14 avril 1976. En fait, aucune preuve n'indique qu'Hydro-Manitoba ait appris l'existence de la société de personnes à quelque moment que ce soit.

[5] La première ébauche du contrat de société de construction de la route a été préparée par Melvin McEwen et Adrien Bruce. La version finale du contrat a été préparée par les avocats de Bruce Bros.

[6] Après l'acceptation de la soumission de Bruce Bros. par Hydro-Manitoba, un contrat de société a été signé, le 14 avril 1976; selon ce contrat, Bruce Bros., partie de première part, obtenait une participation de 50 p. 100 dans la société de construction de la route. La partie de seconde part était composée de six autres associés. Trois de ces associés étaient des sociétés de gestion contrôlées par d'anciens employés clés de la contribuable. Un quatrième était la société de gestion contrôlée par l'épouse de Melvin McEwen. Les deux autres associés, Adrien Allard et Ronald Graham, étaient des employés et actionnaires de la contribuable. Ces deux personnes devaient apparemment transférer leurs actions de la contribuable à une société de gestion. La société de gestion de l'épouse de Melvin McEwen détenait une participation de 25 p. 100 dans la société de personnes. Chacun des cinq autres associés détenait une participation de 5 p. 100 dans la société de construction de la route.

[7] Soulignons que, pour des raisons inexplicées, ni Melvin McEwen, ni sa société de gestion personnelle ne faisaient partie des associés nommément désignés engagés dans cette opération. L'énoncé conjoint partiel des faits mentionne simplement que Melvin McEwen s'est [TRADUCTION] «très peu» engagé dans la société de construction de la route parce qu'il devait consacrer presque tout son temps aux activités de la contribuable.

[8] Plusieurs raisons ont été avancées pour expliquer pourquoi la contribuable ne voulait pas devenir l'un

Partnership. First, it is said that the taxpayer would have had to have disclosed its participation to a bonding company which would have required the taxpayer to quit bidding work because it was close to its bonding limit. Second, the bonding company may have become concerned that the taxpayer was participating in work that the bonding company knew nothing about. (In the end, Manitoba Hydro did not require the successful bidder to provide a bid bond.) Third, it is alleged that the taxpayer would have lost work from companies for which it had previously done subcontracting work, because such companies were also bidding on the Road Contract. Apparently, it was for this reason that the taxpayer removed the name "McEwen Bros. Ltd." from equipment that was rented to the Road Partnership.

[9] The taxpayer's role in the Road Partnership agreement was "Covenantor" for all of the liabilities of the parties of the second part, namely the six partners.

[10] Profits from the Road Contract were to be divided among Bruce Bros., the holding corporations and the two individuals in accordance with their respective partnership interests. Clause 4 of the Road Partnership, which inexplicably refers to "[b]oth parties", provides that cheques and other banking instruments "shall contain" the signature of Adrien Bruce or Marcel Bruce (president of Bruce Bros.) and Melvin McEwen or Russell Graham. As noted earlier, neither Melvin McEwen nor his holding corporation were partners in the Road Partnership. Clause 8 of the partnership agreement mandates that the parties "shall contribute capital" to the partnership, according to the percentage of their partnership interest, and "shall have sufficient funds if required to advance to the credit of the partnership". Nevertheless, only the taxpayer and Bruce Bros. contributed capital to the Road Partnership in the amount of \$195,000 and \$76,000, respectively.

des associés de la société de construction de la route. Premièrement, elle aurait dû divulguer sa participation à une société de cautionnement qui aurait exigé que la contribuable n'exécute plus de contrats obtenus par voie de soumission parce qu'elle avait presque atteint les limites de ses garanties de bonne exécution. Deuxièmement, la société de cautionnement aurait pu s'inquiéter de la participation de la contribuable à des activités auxquelles la société de cautionnement ne connaissait rien. (Hydro-Manitoba n'a finalement pas exigé de garantie de bonne exécution.) Troisièmement, la contribuable aurait perdu des contrats octroyés par des sociétés pour lesquelles elle avait déjà fait de la sous-traitance parce que celles-ci étaient également soumissionnaires relativement au contrat de construction de la route. C'est apparemment pour cette raison que la contribuable a effacé le nom «McEwen Bros.» sur le matériel qu'elle a loué à la société de construction de la route.

[9] La contribuable a participé au contrat de société de construction de la route en qualité de «cocontractante» garantissant toutes les obligations des parties de seconde part, savoir les six associés.

[10] Les profits du contrat de construction de la route devaient être divisés entre Bruce Bros., les sociétés de gestion et les deux associés individuels au prorata de leur participation respective dans la société de personnes. La clause 4 du contrat de société de construction de la route, qui renvoie on ne sait pourquoi aux [TRADUCTION] «deux parties», prévoit que chaque chèque ou autre effet bancaire «porte» la signature d'Adrien Bruce ou Marcel Bruce (président de Bruce Bros.) et celle de Melvin McEwen ou Russell Graham. Comme nous l'avons déjà mentionné, ni Melvin McEwen ni sa société de gestion ne faisaient partie des associés de la société de construction de la route. La clause 8 du contrat de société stipule que les parties [TRADUCTION] «fournissent des capitaux» à la société de personnes, au prorata de leur participation respective dans la société de personnes, et [TRADUCTION] «ont des fonds suffisants au besoin pour avancer au crédit de la société de personnes». Néanmoins, seule la contribuable et Bruce Bros. ont fourni un apport de capital, de 195 000 \$ et 76 000 \$ respectivement, à la société de construction de la route.

[11] According to the agreed partial statement of facts, the working capital required by the Road Partnership was borrowed from the taxpayer and Bruce Bros. and interest was paid to them by the partnership. In paragraph 49 of that document, it is acknowledged that the remaining six partners did not directly contribute financing to the Road Partnership; rather, it is stated that the taxpayer loaned money to the partnership on their behalf because it was “more expedient” to do it in that manner. The loan agreements were not documented, and no interest was paid to the taxpayer by the six partners out of their respective share of the profits.

[12] In Clause 17 of the partnership agreement, the on-site management team is identified as Marcel Bruce and Russell Graham. Mr. Graham held a 5% interest in the Road Partnership. In Clause 15, the parties agree that off-site management would be performed by Adrien Bruce and Melvin McEwen.

[13] Clause 9 provides that “[t]he Parties agree that all equipment available from the respective parties will be rented from the parties”. That clause goes on to provide that equipment not available from Bruce Bros. or the taxpayer would be rented from available equipment suppliers. Clause 10 notes that the equipment listed in Exhibit “A” was rented to the Road Partnership by Bruce Bros. and the taxpayer. Bruce Bros. was reimbursed \$240,000 for equipment rented from the taxpayer (of which the taxpayer received \$132,000). Manitoba Hydro paid a total of \$1.2 million to the Road Partnership for rental equipment.

[14] Clause 16 of the partnership agreement provides that books of account “shall” be kept at the place of business, which is identified in Clause 1 as the head office of Bruce Bros. (the Party of the First Part). The partners agreed to open a bank account in Churchill, Manitoba, where the work was performed. Each cheque drawn on the Road Partnership had to be signed by Marcel or Adrien Bruce and Melvin

[11] Selon l'énoncé conjoint partiel des faits, le fonds de roulement dont la société de construction de la route avait besoin a été emprunté à la contribuable et à Bruce Bros. et la société de personnes leur a versé des intérêts. Au paragraphe 49 de ce document, on reconnaît que les six associés restants n'ont pas contribué directement au financement de la société de construction de la route; on mentionne plutôt que la contribuable a prêté de l'argent à la société de personnes en leur nom parce que cette façon de procéder était [TRADUCTION] «plus pratique». Les contrats de prêt n'ont pas été attestés par des documents et les six associés n'ont pas versé à la contribuable d'intérêts prélevés sur leur part respective des bénéfices.

[12] Selon la clause 17 du contrat de société, l'équipe de gestion sur le chantier était composée de Marcel Bruce et de Russell Graham. M. Graham détenait une participation de 5 p. 100 dans la société de construction de la route. Dans la clause 15, les parties ont convenu que la gestion hors chantier serait assurée par Adrien Bruce et Melvin McEwen.

[13] La clause 9 prévoit que [TRADUCTION] «les parties conviennent que tout le matériel qui pourra être obtenu des parties respectives sera loué aux parties». Elle stipule ensuite que le matériel qui ne pourra être obtenu ni de Bruce Bros. ni de la contribuable sera loué à des fournisseurs de matériel. La clause 10 constate que le matériel décrit dans l'annexe «A» au contrat a été loué à la société de construction de la route par Bruce Bros. et la contribuable. Bruce Bros. a reçu un remboursement de 240 000 \$ pour le matériel loué par la contribuable (de ce montant, la contribuable a reçu la somme de 132 000 \$). Hydro-Manitoba a versé 1,2 million de dollars au total à la société de construction de la route pour la location de matériel.

[14] La clause 16 du contrat de société stipule que des registres comptables [TRADUCTION] «sont» tenus à l'établissement, que la clause 1 situe au siège social de Bruce Bros. (partie de première part). Les associés ont convenu d'ouvrir un compte de banque à Churchill (Manitoba), où les travaux ont été exécutés. Chaque chèque tiré par la société de construction de la route devait porter la signature de Marcel ou Adrien Bruce

McEwen or Russell Graham. For the most part, the personnel required to complete the project were from Churchill, as required under the terms of the tendering contract. Only one person in the taxpayer's employ was employed by the Road Partnership.

[15] Manitoba Hydro paid for the Road Contract by cheques payable to Bruce Bros., which were then deposited into the Road Partnership's bank account. Profits from the Road Partnership amounted to \$525,000, of which Bruce Bros. reported its half as income. The remaining six partners reported the other half.

[16] In 1976, the federal Department of Public Works advertised for tenders with respect to the construction of a dike (hereinafter, the Dike Contract). This time, a bid was submitted by the taxpayer, notwithstanding that it had no previous experience in this line of work. Nevertheless, the taxpayer's bid was accepted by the Department on August 9, 1976. According to the agreed partial statement of facts, the bid was submitted by the taxpayer on behalf of a second partnership which had been formed (the Dike Partnership). The reason the taxpayer submitted the bid was because only the taxpayer was in a position to obtain a bid bond, which was required under the contract. Although the taxpayer was not in a position to obtain such a bond for the Road Contract, it was in a position to do so in respect of the Dike Contract because the taxpayer had been able to reduce its work commitments after the Road Contract was obtained, such that the bonding requirement could be met.

[17] On August 19, 1976, Adrien Bruce wrote to the solicitors for Bruce Bros. asking that a partnership agreement similar to the one drawn up "between Bruce Bros. Ltd. and McEwen Ltd." be drafted, subject to a few changes. One of those changes is worthy of note. By July 30, 1976, two of the individual partners in the Road Partnership, Ronald Graham and Adrien Allard, had transferred their shares in the

et celle de Melvin McEwen ou Russell Graham. Le personnel requis pour réaliser le projet provenait en majeure partie de Churchill, comme l'exigeait le contrat de soumission. Un seul employé de la contribuable a été embauché par la société de construction de la route.

[15] Hydro-Manitoba a payé le contrat de construction de la route au moyen de chèques payables à Bruce Bros., qui ont été déposés dans le compte de banque de la société de construction de la route. Les bénéfices de la société de construction de la route se sont élevés à 525 000 \$ et Bruce Bros. a déclaré la moitié de cette somme dans son revenu. Les six autres associés ont déclaré l'autre moitié.

[16] En 1976, le ministère fédéral des Travaux publics a fait un appel d'offres relativement à la construction d'une digue (le contrat de construction de la digue). Cette fois, une soumission a été présentée par la contribuable, même si elle n'avait aucune expérience dans ce domaine. La soumission de la contribuable a toutefois été acceptée par le ministère le 9 août 1976. Selon l'énoncé conjoint partiel des faits, la soumission a été présentée par la contribuable au nom d'une deuxième société de personnes qui avait été formée (la société de construction de la digue). C'est la contribuable qui a présenté la soumission parce qu'elle était la seule qui était en mesure d'obtenir une garantie de bonne exécution comme l'exigeait le contrat. Bien que la contribuable n'ait pas été en mesure d'obtenir une telle garantie pour le contrat de construction de la route, elle pouvait en obtenir une pour le contrat de construction de la digue parce qu'elle avait réussi à réduire ses engagements après l'obtention du contrat de construction de la route, de sorte qu'elle pouvait satisfaire à l'obligation de fournir une garantie de bonne exécution.

[17] Le 19 août 1976, Adrien Bruce a écrit aux avocats de Bruce Bros. pour leur demander de rédiger un contrat de société semblable à celui conclu [TRADUCTION] «entre Bruce Bros. Ltd. et McEwen Ltd.», sous réserve de quelques changements. L'un de ces changements est digne de mention. Le 30 juillet 1976, deux des associés individuels de la société de construction de la route, Ronald Graham et Adrien

taxpayer to their respective holding corporations. Thus, the lawyers were instructed to substitute the names of their holding corporations for those of the individual partners in the Dike Partnership agreement.

[18] As noted above, Adrien Bruce waited until August 19, 1976 to instruct his lawyers to draft the second partnership agreement. For some unexplained reason, the Dike Partnership agreement is dated July 20, 1976. I pause here to note that no one seems to have expressed concern over the unacceptable practice of “backdating” documents. In fairness to counsel for the taxpayer, I wish to stress that their firm did not draft the partnership agreements. In the present case, the only reason I can see for backdating the Dike Partnership agreement is so that it would appear that the partnership was formed prior to the date the taxpayer submitted its bid to the federal Department of Public Works. In my view, however, even if the partnerships were formed after the bids were accepted, the validity of the tax planning schemes would not have been affected. In this regard it must be remembered that the Road Partnership was not executed until after the bid for the Road Contract had been accepted: see also discussion *infra* at paragraph 28.

[19] The Dike Partnership agreement is essentially the same as the Road Partnership. For example, Clause 8 mandates that the parties “shall contribute capital” to the partnership, according to their partnership interest, and “shall have sufficient funds if required to advance to the credit of the partnership”. In fact, the taxpayer and Bruce Bros. each loaned the second partnership \$5,000 as working capital, while the “partners of the second part” contributed nothing. Clause 4 provides that cheques and other banking instruments “shall contain” the signature of Adrien Bruce or Patrick Bruce and Melvin McEwen or Roy Hadaller. Mr. Hadaller’s holding corporation held shares in the taxpayer, and was a partner under both partnership agreements.

Allard, avaient transféré leurs actions de la contribuable à leur société de gestion respective. Par conséquent, les avocats ont reçu pour instructions de substituer le nom des sociétés de gestion à celui des associés individuels dans le contrat de société de construction de la digue.

[18] Comme nous l’avons mentionné, Adrien Bruce a attendu au 19 août 1976 pour demander à ses avocats de rédiger le deuxième contrat de société. Pour des raisons inexplicables, le contrat de société de construction de la digue est daté du 20 juillet 1976. Soulignons que personne ne semble avoir exprimé de réserves sur la pratique inacceptable qui consistait à antidater les documents. Par souci d’équité envers les avocats de la contribuable, je tiens à préciser que leur cabinet n’a pas rédigé les contrats de société. En l’espèce, la seule raison pour laquelle il me semble que le contrat de société de construction de la digue a été antidaté est que la société aurait été formée avant la date à laquelle la contribuable a présenté sa soumission au ministère fédéral des Travaux publics. Selon moi, toutefois, même si les sociétés de personnes avaient été formées après l’acceptation des soumissions, cet élément n’aurait aucune incidence sur la validité du mécanisme de planification fiscale utilisé. Sur ce point, il faut se rappeler que le contrat de société de construction de la route n’a été signé qu’après l’acceptation de la soumission relative au contrat de construction de la route: voir aussi plus loin, le paragraphe 28.

[19] Le contrat de société de construction de la digue est essentiellement identique à celui de la société de construction de la route. Ainsi, la clause 8 stipule que les parties [TRADUCTION] «fournissent des capitaux» à la société de personnes au prorata de leur participation respective dans la société et [TRADUCTION] «ont des fonds suffisants au besoin pour avancer au crédit de la société de personnes». En fait, seules la contribuable et Bruce Bros. ont prêté chacune 5 000 \$ à la deuxième société de personnes pour son fonds de roulement, alors que les «associés composant la partie de seconde part» n’ont fourni aucun apport. La clause 4 stipule que chaque chèque ou autre effet bancaire «porte» la signature d’Adrien Bruce ou Patrick Bruce et celle de Melvin McEwen ou Roy Hadaller. La société de gestion de M. Hadaller détenait des actions

[20] Clause 17 of the Dike Partnership identifies the on-site management team as Patrick Bruce and Roy Hadaller. In Clause 15, the parties agree that off-site management will be performed by Adrien Bruce and Melvin McEwen. The parties also agree in Clause 9 to rent “all equipment available” to the partnership; however, Clause 10 and Exhibit “A” reveal that the rented equipment was owned by the taxpayer and Bruce Bros. Finally, Clause 16 provides that books of account “shall” be kept at the place of business, which is identified in Clause 1 as the head office of the taxpayer.

[21] The Dike Contract resulted in a profit of \$42,000, of which Bruce Bros. declared 50% in its income, with the remaining 50% being divided among the other six partners according to their partnership interest. As with the Road Partnership, 25% of the Dike Partnership interest was owned by Melvin McEwen’s wife’s holding corporation.

[22] I now propose to summarize the decisions below, beginning with that of the Trial Division.<sup>2</sup> It should be noted at the outset that the Trial Judge did not have the benefit of the Supreme Court’s decision in *Continental Bank*.

#### DECISIONS BELOW

[23] The Trial Judge heard the taxpayer’s appeal from the Tax Court Judge’s decision pursuant to a consent order under Rule 473 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663], thus, *de novo*. The Trial Judge considered the evidence before him in order to determine whether the two partnerships had the “required degree of substance” or if they were “mere camouflage for what was essentially a tax-driven scheme for the purpose of redirecting income which would

de la contribuable et était une associée aux termes des deux contrats de société.

[20] La clause 17 du contrat de société de construction de la digue stipule que l’équipe de gestion sur le chantier est composée de Patrick Bruce et de Roy Hadaller. Dans la clause 15, les parties conviennent que la gestion hors chantier sera assurée par Adrien Bruce et Melvin McEwen. Les parties ont également convenu dans la clause 9 de louer à la société de personnes [TRADUCTION] «tout le matériel qui pourra être obtenu»; toutefois, la clause 10 et l’annexe «A» révèlent que le matériel loué appartenait à Bruce Bros. et à la contribuable. Enfin, la clause 16 stipule que les registres comptables «sont» tenus à l’établissement, que la clause 1 situe au siège social de la contribuable.

[21] Le contrat de construction de la digue a généré des bénéfices de 42 000 \$; Bruce Bros. a inclus la moitié de cette somme dans sa déclaration de revenu, l’autre moitié a été déclarée par les autres associés au prorata de leur participation respective. Comme dans le cas de la société de construction de la route, la société de gestion de l’épouse de Melvin McEwen détenait une participation de 25 p. 100 dans la société de construction de la digue.

[22] Je résumerai maintenant les décisions des tribunaux d’instance inférieure en commençant par celle de la Section de première instance<sup>2</sup>. Il faut souligner dès le départ que la Section de première instance n’avait pas l’avantage de pouvoir se guider sur l’arrêt prononcé par la Cour suprême du Canada dans l’affaire *Continental Bank*.

#### LES DÉCISIONS DES TRIBUNAUX D’INSTANCE INFÉRIEURE

[23] L’audition de l’appel interjeté par la contribuable à l’encontre de la décision du juge de la Cour de l’impôt a été tenue par le juge de première instance en vertu d’une ordonnance prononcée par consentement sous le régime de la Règle 473 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663], c’est-à-dire qu’il a instruit l’affaire de nouveau. Le juge de première instance a examiné la preuve produite devant lui afin de déterminer si les deux sociétés avaient la «substance voulue»

otherwise have accrued to the [taxpayer]”.<sup>3</sup> Noting the six personal corporations’ lack of contribution to the two partnerships, the Trial Judge questioned how they could justify earning 50% of the profits. Based on the evidence, he found that the taxpayer was not a mere creditor, but a partner with Bruce Bros. in the two partnerships, and that the six personal corporations were merely “conduits for the income earned by their individual owners from work performed on behalf of the plaintiff”. The Trial Judge agreed with the Tax Court Judge that the arrangements had no *bona fide* business purpose and, therefore, the arrangements fell within the classical definition of “sham”. In addition, the Trial Judge agreed with the Tax Court Judge that the transactions were legally “ineffective”. Accordingly, he dismissed the taxpayer’s appeal.

[24] Very briefly, the Tax Court Judge agreed with the tax principle in *Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of)*,<sup>4</sup> but found that the incorporation of the six management corporations into the partnerships had no *bona fide* business purpose, and was “a meaningless transaction whose purpose was to artificially reduce the appellant’s income from the partnerships within the meaning of section 137 of the *Act* (now section 245)”. In addition to being “legally ineffective and incompletely carried out”, the Tax Court Judge found that the partnership agreements were “shams within the classical definition”; therefore, he dismissed the taxpayer’s appeal from the Minister’s reassessments.

## ISSUES

[25] The taxpayer submits, *inter alia*, that the Trial Judge erred in holding that the transactions pertaining to the two partnerships constituted a sham and, alternatively, that the transactions were ineffective in establishing valid partnerships between Bruce Bros.

ou si elles «n’auraient servi qu’à masquer ce qui était, fondamentalement, un mécanisme fiscal visant à détourner des montants qui revenaient normalement à la [contribuable].<sup>3</sup>» Le juge a souligné l’absence d’apport aux deux sociétés de la part des six sociétés de gestion personnelle et s’est demandé comment elles pouvaient justifier que la moitié des bénéfices leur soient distribués. En s’appuyant sur la preuve, il a conclu que la contribuable n’était pas un simple créancier, mais un associé de Bruce Bros. dans les deux sociétés, et que les six sociétés de gestion personnelle étaient simplement des «sociétés de canalisation des bénéfices gagnés par leur propriétaire pour des travaux exécutés pour le compte de la demanderesse.» Le juge de première instance partageait l’opinion du juge de la Cour de l’impôt selon laquelle les ententes n’avaient aucun objet commercial véritable et constituaient un «trompe-l’œil» dans le sens classique. De plus, le juge de première instance était d’accord avec le juge de la Cour de l’impôt pour dire que ces opérations étaient juridiquement «sans effet». Il a donc rejeté l’appel de la contribuable.

[24] En bref, le juge de la Cour de l’impôt a exprimé son accord avec le principe fiscal énoncé dans l’arrêt *Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of)*<sup>4</sup>, mais il a conclu que la participation des six sociétés de gestion personnelle aux deux sociétés n’avait pas d’objet commercial véritable et constituait une «transaction insignifiante dont l’objet était de réduire de façon artificielle le revenu tiré par l’appelante des sociétés de personnes, au sens de l’article 137 de la *Loi* (maintenant l’article 245)». Le juge de la Cour de l’impôt a conclu qu’en plus d’être «dénué[s] d’effet sur le plan juridique et exécuté[s] de façon incomplète» les contrats de société constituaient des «trompe-l’œil au sens de la définition classique»; il a donc rejeté l’appel interjeté par la contribuable à l’encontre des nouvelles cotisations du ministre.

## LES QUESTIONS EN LITIGE

[25] La contribuable soutient notamment que le juge de première instance a commis une erreur en statuant que les opérations relatives aux deux sociétés de personnes constituaient un trompe-l’œil et, subsidiairement, que ces opérations étaient sans effet pour ce qui

and the six other partners identified in the partnership agreements. The position of the Minister of National Revenue can be distilled into the simple proposition that the only partnership that existed consisted of Bruce Bros. and the taxpayer. Thus, the Minister reassessed the taxpayer, including one-half of the profits realized on both the Road and Dike Contracts in its income. In my respectful view, the Minister was correct in doing so. I reach this conclusion, not on the basis of the sham doctrine, but on the well-accepted principles of partnership law which were recently applied by the Supreme Court in *Continental Bank*.

#### ANALYSIS

[26] Before turning to the relevant principles of partnership law, I wish to state my respectful disagreement with the judges below with respect to the sham doctrine. Today, it is clear that a transaction which lacks any business purpose other than the attainment of a tax benefit does not, *simpliciter*, constitute a sham. What is required under the sham doctrine is deceit on the part of the taxpayer. In *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*,<sup>5</sup> Justice Estey stated:

The transaction and the form in which it was cast by the parties and their legal and accounting advisers [can] be said to have been so constructed as to create a false impression in the eyes of a third party, specifically the taxing authority.

In short, to qualify as a sham, the taxpayer must say one thing to the Minister, and do another in an attempt to avoid its tax obligations.

[27] In the present case, it appears that the taxpayer misled both Manitoba Hydro and the federal Department of Public Works by failing to disclose that the respective bids were being submitted on behalf of partnerships. But, in my view, those distortions of the facts do not support a finding of sham. The fact remains that the undisclosed partnerships may qualify as partnerships. The fact that a contract may have

est de la formation de sociétés de personnes valides regroupant Bruce Bros. et les six autres associés qui y sont nommément désignés. On peut résumer l'argumentation du ministre du Revenu national en disant que la seule société de personnes existante était composée de Bruce Bros. et de la contribuable. En conséquence, le ministre a établi de nouvelles cotisations à l'égard de la contribuable de façon à inclure dans son revenu la moitié des bénéfices générés par les contrats de construction de la route et de la digue. Je suis d'avis que c'est à bon droit que le ministre a agi ainsi. Pour parvenir à cette conclusion, je ne me suis pas appuyé sur la théorie du trompe-l'œil, mais sur les principes juridiques bien établis régissant les sociétés de personnes qui ont été appliqués récemment par la Cour suprême dans l'affaire *Continental Bank*.

#### ANALYSE

[26] Avant d'examiner les principes pertinents du droit des sociétés de personnes, je tiens à exprimer mon désaccord avec les juges des tribunaux d'instance inférieure en ce qui concerne la théorie du trompe-l'œil. Il est aujourd'hui bien reconnu qu'une opération sans objet commercial véritable autre que l'obtention d'un avantage fiscal ne constitue pas en soi un trompe-l'œil. Pour que la théorie du trompe-l'œil s'applique, il doit nécessairement y avoir tromperie de la part du contribuable. Dans l'arrêt *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*<sup>5</sup>, le juge Estey a écrit:

[...] l'opération elle-même et la forme dans laquelle les parties, leurs conseillers juridiques et comptables l'ont réalisée l'ont été de manière à créer une fausse impression pour les tiers, notamment les autorités fiscales.

Bref, pour qu'il y ait trompe-l'œil, le contribuable doit dire une chose au ministre, tout en faisant autre chose afin de se soustraire à ses obligations fiscales.

[27] En l'espèce, il semble que la contribuable ait induit en erreur à la fois Hydro-Manitoba et le ministère fédéral des Travaux publics en ne leur divulguant pas qu'elle leur présentait respectivement une soumission au nom d'une société de personnes. Je suis toutefois d'avis que cette déformation des faits ne permet pas de conclure à l'existence d'un trompe-l'œil. Il demeure possible que les sociétés dont

been obtained in circumstances where, had the true circumstances been known, it could have been set aside does not render the underlying agreement to form a partnership invalid. For tax purposes, this type of deception is irrelevant. For example, simply because a taxpayer is a successful con-artist does not mean that a sham has been perpetrated on the Minister of National Revenue. (In an earlier case, I referred to a situation in which a taxpayer was intending to mislead a third party as an “inverse sham”.<sup>6</sup>) In any event, a partnership could have been formed after the bids were submitted for the purpose of raising needed capital. The only relevant evidence of a sham is that which demonstrates that the taxpayer purposefully or effectively misled the Minister. The typical situation occurs where the taxpayer’s documentary evidence says one thing, and the taxpayer does another.

[28] The strongest evidence supporting the allegation that the partnership agreements were a sham is contained in a letter written by Adrien Bruce to the solicitors for Bruce Bros., dated August 19, 1976. In that letter, Mr. Bruce instructs the solicitors to prepare a partnership agreement for the Dike Partnership similar to the one that had been drawn up for the Road Partnership “between Bruce Bros. Ltd. and McEwen Bros. Ltd.” The taxpayer submits that its request that a similar agreement be prepared for the Dike Partnership is not an acknowledgement of the taxpayer’s “partnership position”, but rather an acknowledgement of the appellant’s position as covenantor”. Alternatively, the taxpayer argues that the letter pertains only to the Dike Partnership; thus, it has no bearing on the partnership status of the taxpayer with respect to the Road Partnership. Neither argument is persuasive in my view. The letter speaks for itself, and it discusses both partnership agreements, not just the latter. Nevertheless, I am not persuaded that this evidence alone is sufficient to support a finding of “sham”.

l’existence n’a pas été divulguée soient de véritables sociétés de personnes. Le fait qu’un contrat ait pu être obtenu dans des circonstances qui en auraient entraîné l’annulation si la vérité avait été connue n’a pas pour effet d’invalider le contrat sous-jacent dont l’objet est de former une société de personnes. Une tromperie de cette nature n’est pas pertinente aux fins de l’impôt. Par exemple, il ne suffit pas qu’un contribuable soit un mystificateur de talent pour que le ministre du Revenu national soit victime d’un trompe-l’œil. (Dans une autre décision, j’ai déjà utilisé l’expression «frime inverse» pour désigner une situation dans laquelle un contribuable avait l’intention de tromper un tiers<sup>6</sup>.) Quoi qu’il en soit, une société de personnes aurait pu être formée après la présentation des soumissions afin de réunir le capital nécessaire. La seule preuve pertinente quant à l’existence d’un trompe-l’œil est celle qui établit que le contribuable a tenté d’induire le ministre en erreur ou qu’il y est parvenu. La situation dans laquelle la preuve documentaire du contribuable dit une chose, alors que le contribuable en fait une autre, en est l’exemple typique.

[28] L’élément de preuve le plus probant à l’appui de la prétention que les contrats de société constituaient un trompe-l’œil se trouve dans une lettre adressée par Adrien Bruce aux avocats de Bruce Bros. le 19 août 1976. Dans cette lettre, M. Bruce donne pour instructions aux avocats de préparer, pour la société de construction de la digue, un contrat de société semblable à celui qui avait été rédigé pour la société de construction de la route [TRADUCTION] «entre Bruce Bros. et McEwen Bros. Ltd.» La contribuable soutient que la demande de rédaction d’un contrat semblable pour la société de construction de la digue n’emporte pas la reconnaissance de sa [TRADUCTION] «qualité “d’associé”, mais plutôt de la qualité de cocontractant de l’appelante». Subsidiairement, la contribuable fait valoir que cette lettre ne vise que la société de construction de la digue; par conséquent, elle n’aurait aucune incidence quant à la qualité d’associé de la contribuable dans la société de construction de la route. Aucun de ces arguments ne me paraît convaincant. La lettre parle d’elle-même et elle traite des deux contrats de société, et non uniquement du deuxième. Néanmoins, je ne suis pas persuadé que cette preuve suffit à elle seule à étayer une conclusion de «trompe-l’œil».

[29] It is obvious from their reasons that the judges below had difficulty accepting the taxpayer's explanation for not becoming a partner in the Road Partnership. The fact that the taxpayer claims not to have been in a position to obtain a bid bond is overshadowed by the fact that no bond was ultimately required for the Road Contract. Additionally, it is somewhat suspicious that a few months later, the taxpayer was in a position to provide a bid bond with respect to the Dike Contract, while Bruce Bros. was not. I am not aware of any explanation as to why the latter was not in a position to provide such security. The taxpayer also claimed that its relationship with its customers, who were also bidding on the Road Contract, would be jeopardized if it was a partner in the Road Partnership. Yet no explanation is given as to why this factor did not deter the taxpayer from bidding on the Dike Contract.

[30] Equally unconvincing is the taxpayer's reliance on the fact that Melvin McEwen had very little time to devote to the business of the Road Partnership because of his commitment to manage the affairs of the taxpayer. This fact does not explain why neither Melvin McEwen nor his holding corporation was made a partner in either partnership. It is obvious that several of the named partners had no involvement whatsoever in either partnership. Nor is any explanation proffered as to why Mrs. McEwen's holding corporation was made a partner, other than for the obvious purpose of splitting income.

[31] Finally, the explanation as to why the taxpayer was not made a partner of the Dike Partnership is unconvincing. The taxpayer insists that it lacked the experience necessary to build dikes. If the taxpayer lacked the requisite experience, then why did it bid on the Dike Contract, and why would the federal Department of Public Works award the contract to an inexperienced contractor? These questions are all the more

[29] Il ressort clairement des motifs des juges d'instance inférieure qu'ils ont eu de la difficulté à accepter les raisons avancées par la contribuable pour expliquer pourquoi elle n'est pas devenue un associé de la société de construction de la route. Le fait qu'une garantie de bonne exécution n'ait finalement pas été exigée pour le contrat de construction de la route éclipse la prétention de la contribuable selon laquelle elle n'était pas en mesure d'obtenir une telle garantie. De plus, le fait que, quelques mois plus tard, elle ait pu fournir une garantie de bonne exécution pour le contrat de construction de la digue, alors que Bruce Bros. ne le pouvait pas, est suspect. On n'a fourni aucune explication relativement à l'incapacité de Bruce Bros. de fournir une telle garantie. La contribuable a aussi fait valoir que ses rapports avec ses clients, qui ont aussi présenté des soumissions pour le contrat de construction de la route, auraient été compromis si elle avait été associé dans la société de construction de la route. Or, elle n'a pas expliqué pourquoi ce facteur ne l'a pas dissuadée de présenter une soumission relativement au contrat de construction de la digue.

[30] Le fait que Melvin McEwen n'avait que très peu de temps à consacrer à l'entreprise de la société de construction de la route parce que la gestion des affaires de la contribuable l'accaparait n'était guère plus convaincant. Ce fait n'explique pas pourquoi ni Melvin McEwen, ni sa société de gestion personnelle n'étaient un associé des deux sociétés de personnes. Il est évident que plusieurs des associés nommément désignés n'ont joué absolument aucun rôle dans les sociétés de personnes. Aucune explication n'a non plus été fournie relativement au fait que la société de gestion personnelle de M<sup>me</sup> McEwen est devenue un associé, si ce n'est à des fins manifestes de fractionnement du revenu.

[31] Enfin, l'explication fournie quant à la raison pour laquelle la contribuable n'était pas un associé de la société de construction de la digue n'est pas convaincante. La contribuable insiste sur le fait qu'elle n'avait pas l'expérience nécessaire pour construire des digues. Si elle n'avait pas l'expérience voulue, pourquoi a-t-elle présenté une soumission relativement au contrat de construction de la digue et pourquoi le

relevant since the reasons given by the taxpayer as to why it did not become a partner under the Road Partnership appear to have been resolved by the time the Dike Partnership was formed.

[32] The taxpayer takes the position that, in raising these kinds of concerns, this Court would err by making findings of fact that conflict with those in the agreed partial statement of facts. In response, it is fair to say that there will be circumstances in which the precise scope of what was agreed upon is itself brought into issue. For example, the agreed partial statement of facts in the present case gives three reasons for the taxpayer's failure to bid on the Road Contract. However, the statement fails to tell us whether those reasons are objectively true. It is one thing to agree on the fact that something did or did not take place; it is quite another to agree as to the truth or plausibility of the reasons for such conduct.

[33] In the present circumstances, however, I must decline the invitation to decide this case on the basis of the sham doctrine. I do so for the reason that no findings of credibility were made below. The reason for this omission can be traced to the Trial Judge's understanding that the sham doctrine is satisfied where no *bona fide* business purpose exists. However, in my view, a finding of deceit is necessary to a finding that the taxpayer (or its explanation as to why certain events took place) lacks credibility or plausibility. Accordingly, I must turn to the argument that the two partnership agreements were legally ineffective for the purpose of establishing a partnership between the "Parties of the Second Part" and Bruce Bros. My analysis begins with a recitation of the legal requirements for a valid partnership.

[34] In order to establish the existence of a valid partnership, one must demonstrate that: (1) a business

ministère fédéral des Travaux publics aurait-il octroyé le contrat à un soumissionnaire sans expérience? Ces questions sont d'autant plus pertinentes que les problèmes invoqués par la contribuable pour expliquer pourquoi elle n'est pas devenue un associé de la société de construction de la route ont apparemment été résolus avant la formation de la société de construction de la digue.

[32] Selon la thèse de la contribuable, la Cour commettrait une erreur en soulevant ces questions, car elle tirerait des conclusions de fait contraires aux dispositions de l'énoncé conjoint partiel des faits. On peut répondre, en toute justice, à cette prétention que, dans certaines circonstances, la question se pose de savoir quelle est la portée véritable des faits sur lesquels les parties se sont entendues. Par exemple, l'énoncé conjoint partiel des faits mentionne trois raisons pour lesquelles la contribuable n'a pas présenté de soumission pour le contrat de construction de la route. Toutefois, cet énoncé ne précise pas si ces raisons sont objectivement vraies. C'est une chose de reconnaître qu'un événement est survenu ou non; c'est une chose tout à fait différente de reconnaître la véracité ou la plausibilité des raisons qui ont motivé cette conduite.

[33] Dans les circonstances, je dois toutefois refuser de trancher l'affaire en m'appuyant sur la théorie du trompe-l'œil, comme on me le demande. Et ce, parce que les tribunaux d'instance inférieure n'ont tiré aucune conclusion sur la crédibilité. Cette omission est due à la croyance du juge de première instance qu'il y a trompe-l'œil en l'absence d'objet commercial véritable. Je suis toutefois d'avis qu'il faut conclure à l'existence d'une tromperie pour statuer que le contribuable (ou l'explication qu'il donne du pourquoi de certains événements) n'est pas crédible ou plausible. En conséquence, je dois m'en remettre à l'argument portant que les deux contrats de société étaient juridiquement sans effet pour ce qui est de former une société de personnes regroupant les «parties de seconde part» et Bruce Bros. Je commencerai mon analyse en énonçant les conditions juridiques essentielles à l'existence d'une société de personnes valide.

[34] Pour établir l'existence d'une société de personnes valide, il faut démontrer les éléments suivants:

was being carried on; (2) by two or more persons in common; and (3) with a view to profit. In the present case, the first and third requirements are easily satisfied. A business or joint venture was undoubtedly being carried on with respect to the Road and Dike Contracts. Bank accounts were opened in the name of the respective partnerships, employees were hired, and work was performed. It is equally obvious that the work was undertaken with a view to profit, and that the resultant profits were distributed to the partners in accordance with the partnership agreements. It is with respect to the second requirement that our attention must focus. In deciding this appeal, it is necessary to identify which persons were carrying on business "in common". The Minister argues that Bruce Bros. and the taxpayer were the true partners, since only these entities were carrying on business in common. The taxpayer relies on the two partnership agreements for its claim that the parties specified therein were carrying on business in common.

[35] The central thrust of the taxpayer's argument is that it did not participate in the two partnerships. At most, the taxpayer claims, it was a lessor of heavy equipment for which it received substantial consideration. In addition, it claims, it acted as banker for the partners other than Bruce Bros., for which it received interest income. I do not agree with those characterizations.

[36] In the Supreme Court's recent decision in *Continental Bank*, Justice Bastarache, speaking on behalf of the entire Court with respect to the partnership issue, outlined various factors to be considered when assessing whether a valid partnership has been established. Several of those factors are relevant to the question before us. At paragraph 24, Justice Bastarache stated that "[t]he indicia of a partnership include the contribution by the parties of money, property, effort, knowledge, skill or other assets to a common undertaking, a joint property interest in the subject-matter of the adventure, the sharing of profits and losses, a mutual right of control or management of the enterprise, the filing of income tax returns as a

1) une entreprise a été exploitée; 2) en commun par deux ou plusieurs personnes; 3) en vue de réaliser un bénéfice. En l'espèce, la première et la troisième conditions sont facilement remplies. Il ne fait aucun doute qu'une entreprise ou une entreprise commune a été exploitée dans le cadre des contrats de construction de la route et de la digue. Des comptes bancaires ont été ouverts au nom de chaque société de personnes, des employés ont été embauchés et des travaux ont été exécutés. Il est aussi évident que ces travaux ont été entrepris dans l'expectative d'un profit et que les bénéfices qu'ils ont générés ont été distribués aux associés en conformité avec les contrats de société. Il faut donc centrer notre attention sur la deuxième condition. Pour trancher l'appel, il faut identifier les personnes qui ont exploité une entreprise «en commun». Le ministre soutient que Bruce Bros. et la contribuable étaient les véritables associés, car seules ces entités ont exploité une entreprise en commun. La contribuable invoque les deux contrats de société et prétend que les parties qui y sont nommément désignées ont exploité une entreprise en commun.

[35] L'élément central de l'argumentation de la contribuable est qu'elle n'a pas participé aux deux sociétés de personnes. Elle affirme avoir tout au plus loué du matériel lourd pour lequel elle a reçu une contrepartie importante. De plus, elle dit avoir joué le rôle d'un banquier auprès des associés autres que Bruce Bros., ce qui lui a rapporté un revenu sous forme d'intérêts. Je ne partage pas son avis à cet égard.

[36] Dans l'arrêt *Continental Bank* prononcé récemment par la Cour suprême du Canada, le juge Bastarache, qui s'exprimait au nom de toute la Cour en ce qui concerne la notion de société de personnes, a énoncé différents facteurs qui doivent être pris en compte pour décider si une société de personnes valide a été établie. Plusieurs de ces facteurs sont pertinents en l'espèce. Au paragraphe 24, le juge Bastarache a mentionné les indices suivants parmi ceux indiquant l'existence d'une société de personnes: «apport des parties à l'entreprise commune sous forme de numéraire, biens, travail, connaissances, habiletés ou autres éléments; droit de propriété conjointe dans l'objet de l'entreprise; partage des profits et des pertes; droit

partnership and joint bank accounts”.<sup>7</sup>

[37] In summary, in determining whether a business is being carried on in common, it is necessary to determine who is contributing capital, property, effort, knowledge, skill and assets to the undertaking. In this appeal, the question of who has “a mutual right of control or management of the enterprise” (for example, cheque-signing authority on the partnerships’ bank accounts), and who is to share in the profits and losses is also pertinent. In deciding this appeal, it is convenient to place these factors into one of two categories: those touching on the management and control of the two partnerships, and those involving the contribution of capital. I turn first to the control and management factors.

[38] With respect to the Road Partnership, it is telling that joint control was held by representatives of Bruce Bros. and key employees of the taxpayer, namely, Melvin McEwen and Russell Graham. Admittedly, Mr. Graham’s holding corporation was a partner, but his services were already contracted to the taxpayer and, therefore, it is difficult to argue persuasively that he was acting on behalf of his holding corporation. With respect to the on-site management of the Road Contract, a representative of Bruce Bros. and Russell Graham retained control. As to off-site management, control was split between Adrien Bruce of Bruce Bros. and Melvin McEwen, president of the taxpayer. Cheque-signing authority rested with Melvin McEwen and Russell Graham, as well as representatives of Bruce Bros.

[39] With respect to the Dike Partnership, joint control was held by representatives of Bruce Bros. and key employees of the taxpayer, namely, Melvin McEwen and Roy Hadaller. Mr. Hadaller, acted through his holding corporation, which was a partner in the joint venture. On-site management was entrusted to Roy Hadaller, while off-site management was delegated to Melvin McEwen, together with representatives from Bruce Bros. In conclusion, it is

mutuel de contrôle ou de gestion de l’entreprise; production de déclarations de revenus à titre de société de personnes et comptes bancaires conjoints»<sup>7</sup>.

[37] En résumé, pour décider si une entreprise a été exploitée en commun, il faut déterminer qui a fait un apport à l’entreprise sous forme de capital, biens, travail, connaissances, habiletés et autres éléments. En l’espèce, les questions de savoir qui possède un «droit de contrôle et de gestion de l’entreprise» (par exemple qui est signataire des chèques tirés sur les comptes bancaires de l’entreprise) et entre qui sont partagés les profits et les pertes sont également pertinentes. Pour trancher l’appel, il convient de répartir ces facteurs en deux catégories selon qu’ils concernent le contrôle et la gestion des deux sociétés de personnes ou l’apport de capital. J’examinerai en premier lieu les facteurs touchant le contrôle et la gestion.

[38] En ce qui concerne la société de construction de la route, le fait que ce soient des représentants de Bruce Bros. et des employés clés de la contribuable, soit Melvin McEwen et Russell Graham, qui en ont eu le contrôle conjoint est révélateur. Il est admis que la société de gestion de M. Graham était un associé, mais un contrat prévoyait déjà la prestation de ses services à la contribuable, de sorte qu’il est difficile de soutenir de façon convaincante qu’il agissait pour le compte de la société de gestion. En ce qui concerne la gestion sur le chantier du contrat de construction de la route, c’est un représentant de Bruce Bros. et Russell Graham qui conservaient le contrôle, alors que Adrien Bruce et Melvin McEwen, le président de la contribuable, se partageaient le contrôle en ce qui a trait à la gestion hors chantier. Les signataires autorisés des chèques étaient Melvin McEwen et Russell Graham, ainsi que des représentants de Bruce Bros.

[39] En ce qui concerne la société de construction de la digue, le contrôle était exercé conjointement par des représentants de Bruce Bros. et des employés clés de la contribuable, savoir Melvin McEwen et Roy Hadaller. M. Hadaller agissait par l’entremise de sa société de gestion, qui était un associé dans l’entreprise. La gestion sur le chantier a été confiée à Roy Hadaller, et la gestion hors chantier à Melvin McEwen, ainsi qu’à des représentants de Bruce Bros.

clear that effective control and management of both projects was vested in Melvin McEwen and two key employees of the taxpayer, Russell Graham and Roy Hadaller. The latter two gentlemen were contractually bound to the taxpayer through their respective holding corporations.

[40] It is accepted law that not every partner is required to contribute time, effort and skill to a partnership. The notion of a “silent partner” is well accepted in law;<sup>8</sup> thus, a business may be run by one or more persons on behalf of themselves and others. However, those other partners must contribute something to the partnership. If it is not time, effort and skill, then it must be in the form of capital. The facts of this case clearly reveal that only the taxpayer and Bruce Bros. provided the requisite capital for the two ventures. There is no evidence that the other partners had either the financial resources or access thereto to make the capital contributions required under both partnership agreements. It was certainly open to the taxpayer to make documented loans to the other partners, and for those partners to pay interest to the taxpayer out of the profits they received. This, however, was not done. The capital flowed directly from the taxpayer to the partnerships, and the partnerships paid interest on the use of the taxpayer’s capital. As a result, a key requirement under both partnership agreements was not met. As stated in *Continental Bank*, where parties have entered into a formal, written document to govern their relationship, the courts must determine whether the agreement was acted upon and whether it actually governed the affairs of the parties. In the present case, the partnership agreements’ requirements pertaining to capital contributions and the liquidity of individual partners were not respected, nor could they have been, given the financial positions of the holding corporations.

[41] Other than the taxpayer and Bruce Bros., it is apparent that none of the partners were in a position to share any losses that might have arisen from

En conclusion, il est clair que la gestion et le contrôle effectifs des deux projets étaient exercés par Melvin McEwen et deux employés clés de la contribuable, soit Russell Graham et Roy Hadaller. Ces deux dernières personnes étaient liées par contrat à la contribuable par l’intermédiaire de leur société de gestion respective.

[40] Il est reconnu en droit qu’il n’est pas nécessaire que chaque associé fasse un apport à la société de personnes sous forme de temps, de travail et d’habiletés. La notion d’«associé commanditaire» est bien acceptée en droit<sup>8</sup>; une société de personnes peut donc être gérée par une ou plusieurs personnes pour leur compte et celui d’autres personnes. Toutefois, les autres associés doivent faire un apport sous une forme quelconque à l’entreprise. S’il ne s’agit pas de temps, de travail ni d’habiletés, il doit s’agir de capital. Les faits de l’espèce révèlent clairement que seules la contribuable et Bruce Bros. ont fourni le capital requis par les deux entreprises. Aucune preuve n’établit que les autres associés possédaient des ressources financières suffisantes ou y avaient accès pour faire l’apport de capital stipulé dans les deux contrats de société. La contribuable pouvait certainement consentir des prêts attestés par des documents aux autres associés, et ceux-ci pouvaient lui verser des intérêts prélevés sur les bénéfices qui leur ont été versés. Mais ils ne l’ont pas fait. Le capital est passé directement de la contribuable aux sociétés de personnes et ce sont les sociétés de personnes qui ont payé des intérêts sur le capital de la contribuable qu’elles ont utilisé. En conséquence, l’un des éléments clés des deux contrats de société n’a pas été respecté. Comme le précise l’arrêt *Continental Bank*, lorsque les parties ont conclu un accord écrit formel régissant leurs rapports, les tribunaux doivent se demander si les parties ont appliqué le contrat et si, dans les faits, il a régi les rapports des parties. En l’espèce, les stipulations des contrats de société concernant les apports de capital et la liquidité des associés individuels n’ont pas été respectées, et n’auraient pas pu l’être, compte tenu de la situation financière des sociétés de gestion.

[41] Il semble qu’aucun associé, hormis la contribuable et Bruce Bros. n’était en mesure de partager les pertes qui auraient pu découler de l’exécution des

performance of the two construction contracts. It is very unlikely that Bruce Bros. would have agreed to a profit-sharing agreement with shell corporations which were not in a position to share potential losses, unless the taxpayer had implicitly assumed their obligations. The fact that the taxpayer was the successful bidder on the Dike Contract, and yet failed to be named a partner of the Dike Partnership speaks for itself.

[42] In conclusion, I am of the view that the partnership agreements were legally ineffective because the partners named therein were not carrying on business "in common". When one examines the typical *indicia* of partnership, namely, contributions of capital, property, effort, knowledge, skill and assets to a joint undertaking, it becomes clear that there were only two true partners: the taxpayer and Bruce Bros. For this reason, the appeal must be dismissed with costs.

STRAYER J.A.: I agree.

SEXTON J.A.: I agree.

<sup>1</sup> [1998] 2 S.C.R. 298.

<sup>2</sup> Now reported at [1994] 1 C.T.C. 317 (F.C.T.D.).

<sup>3</sup> *Ibid.*, at p. 323.

<sup>4</sup> [1936] A.C. 1 (H.L.), at p. 19.

<sup>5</sup> [1984] 1 S.C.R. 536, at p. 572.

<sup>6</sup> *The Queen v. Paxton, J.D.* (1996), 97 DTC 5012 (F.C.A.).

<sup>7</sup> *Continental Bank*, *supra*, note 1, at p. 318.

<sup>8</sup> R. C. l'Anson Banks, ed., *Lindley & Banks on Partnership*, 17th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1995), at p. 9.

deux contrats de construction. Il est très improbable que Bruce Bros. aurait accepté de conclure un accord de partage des bénéfices avec des sociétés «fantômes» qui n'étaient pas en mesure de partager les pertes éventuelles, à moins que la contribuable ait implicitement pris leurs obligations en charge. Le fait que la contribuable ait été le soumissionnaire retenu pour le contrat de construction de la digue, sans toutefois être nommément désignée comme associé de la société de construction de la digue parle de lui-même.

[42] En conclusion, j'estime que les contrats de société étaient juridiquement sans effet parce que les associés nommément désignés n'ont pas exploité une entreprise «en commun». L'examen des indices typiques indiquant l'existence d'une société de personnes, c'est-à-dire l'apport à l'entreprise conjointe, sous forme de capital, biens, travail, connaissances, habiletés et autres éléments, révèle clairement qu'il n'existait en fait que deux associés véritables: la contribuable et Bruce Bros. Pour cette raison, l'appel doit être rejeté avec dépens.

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

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

<sup>1</sup> [1998] 2 R.C.S. 298.

<sup>2</sup> Maintenant publiée dans [1994] 1 C.T.C. 317 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>3</sup> *Id.*, à la p. 323.

<sup>4</sup> [1936] A.C. 1 (H.L.), à la p. 19.

<sup>5</sup> [1984] 1 R.C.S. 536, à la p. 572.

<sup>6</sup> *La Reine c. Paxton, J.D.* (1996), 97 DTC 5012 (C.A.F.).

<sup>7</sup> *Continental Bank*, précité, note 1, à la p. 318.

<sup>8</sup> R. C. l'Anson Banks, éd., *Lindley & Banks on Partnership*, 17<sup>e</sup> éd. (London: Sweet & Maxwell, 1995), à la p. 9.

T-2144-97

**The Canadian Council of Christian Charities**  
(Applicant)

v.

**The Minister of Finance** (Respondent)

INDEXED AS: CANADIAN COUNCIL OF CHRISTIAN CHARITIES  
v. CANADA (MINISTER OF FINANCE) (T.D.)

Trial Division, Evans J.—Toronto, December 8, 1998  
and May 19, 1999.

*Access to information — Application for review pursuant to Act, s. 41 of Minister's refusal to disclose more of material requested relating to interpretation of "religious order", term defining scope of entitlement to clergy residence deduction in Income Tax Act, s. 8(1)(c) — Standard of review — (i) Court required to review Minister's decisions on standard of correctness — (ii) Statutory exemptions from general duty to disclose information to be construed narrowly — (iii) Burden on government to establish refusal to disclose legally authorized by exemption on which relies — (iv) If exemption mandatory, Court need only decide if information within scope of statutory exemption; if permissive, Court must also decide whether discretion lawfully exercised — (v) S. 25 requiring disclosure of any portion of record not containing exempted information that may be severed — Exemptions — (i) S. 18(1)(d) exemption from disclosure of information which could reasonably be expected to be materially "injurious to financial interest of Government of Canada" not including revenue loss resulting from increase in legitimate claims to deduction — If disclosure encouraging taxpayers to claim deduction to which entitled, resulting benefit not "undue" within s. 18(d) — Documents containing analyses of options for amending statute exempt as relating to "contemplated change in . . . taxes" — (ii) Most internal documents identifying problem, canvassing solutions, ending with specific recommendations for change likely exempt from disclosure under s. 21(1)(a) (advice developed by government officials), 21(1)(b) (accounts of consultations, deliberations) — Act leaving to Minister's discretion, subject to review by Information Commissioner, decision as to which documents falling within these paragraphs could be disclosed without damage to effectiveness of government — (iii) S. 24(1), prohibiting release of information relating to taxpayer obtained pursuant to Act, but not including information not revealing taxpayer's identity — Whether disclosure of names of organizations employing taxpayers revealing identity of taxpayer depending on circumstance, including size of organization, number of employees, extent to which locally based — S. 23 authorizing Minister to withhold information*

T-2144-97

**Le Conseil canadien des œuvres de charité chré-**  
**tiennes** (demandeur)

c.

**Le ministre des Finances** (défendeur)

RÉPERTORIÉ: CONSEIL CANADIEN DES ŒUVRES DE CHARITÉ  
CHRÉTIENNES c. CANADA (MINISTRE DES FINANCES)  
(1<sup>re</sup> INST.)

Section de première instance, juge Evans—Toronto,  
8 décembre 1998 et 19 mai 1999.

*Accès à l'information — Demande de contrôle fondée sur l'art. 41 de la Loi concernant le refus du ministre de communiquer un plus grand nombre des renseignements demandés ayant trait à l'interprétation de l'expression «ordre religieux», qui définit l'étendue du droit à la déduction pour résidence d'un membre du clergé prévue à l'art. 8(1)(c) de la Loi de l'impôt sur le revenu — Norme de contrôle — (i) La Cour est tenue de revoir la décision du ministre selon la norme de la décision correcte — (ii) Les exceptions légales qui vont à l'encontre de l'obligation générale de communiquer des renseignements doivent être interprétées strictement — (iii) Le gouvernement a la charge d'établir que son refus de communiquer des documents est légalement autorisé par l'exception sur laquelle il s'appuie — (iv) Si l'exception est obligatoire, la Cour n'a qu'à décider si les renseignements tombent sous le coup de cette exception légale; si l'exception est discrétionnaire, la Cour doit également décider si le pouvoir discrétionnaire a été exercé légalement — (v) L'art. 25 exige la communication de toutes les parties d'un document qui ne renferment pas de renseignements visés par l'exception et qui peuvent en être prélevées — Exceptions — (i) L'exception visée à l'art. 18(1)(d) concernant la communication de renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter «un préjudice appréciable aux intérêts financiers du gouvernement du Canada» n'inclut pas les pertes de revenus résultant d'une augmentation des réclamations légitimes de la déduction — Si la communication encourage les contribuables à réclamer une déduction à laquelle ils ont droit, l'avantage qui en résulte n'est pas «injustifié» au sens de l'art. 18d) — Les documents qui renferment des analyses des différentes options de modifications de la Loi sont exempts étant donné qu'ils constituent des «projets de changement [. . .] des impôts» — (ii) La plupart des documents internes qui identifient un problème, qui proposent des solutions et qui se terminent sur des recommandations précises au niveau des changements sont susceptibles d'être visés par l'art. 21(1)(a) (avis élaborés par des fonctionnaires) et de l'art. 21(1)(b) (comptes rendus de consultations ou délibérations) — La Loi laisse à la discrétion*

*subject to solicitor-client privilege — Legal opinion provided 15 years ago by Department of Justice within exemption.*

*Income tax — Income calculation — Deductions — S. 8(1)(c) clergy residence deduction — Access to Information Act request regarding interpretation of “religious order”, one of terms defining scope of entitlement to deduction — MNR refusing access as disclosure could injure Government’s financial interests by encouraging others to claim deduction — Also concerned taxpayers’ identity not be revealed — “Injurious to financial interest of Government” in Access to Information Act, s. 18(d) not including revenue lost due to increase in legitimate claims for Income Tax deductions — If clergy residence deduction inadequately drafted for contemporary conditions, up to Finance Department to propose statutory reform.*

This was an application for a review pursuant to *Access to Information Act*, section 41 of the Minister’s refusal to disclose more of the material requested by the applicant. The applicant requested disclosure of all materials relating to the interpretation of “religious order”, one of the terms defining the scope of the entitlement to the “clergy residence deduction” in *Income Tax Act*, paragraph 8(1)(c). The Minister relied on the exemptions contained in *Access to Information Act*, paragraph 18(d), which permits refusal to disclose information which could reasonably be expected to be materially injurious to the financial interests of the Government of Canada, including a contemplated change in taxes, duties or other revenue source. The Minister submitted that if the documents requested were disclosed, the amount of revenue lost as a result of claims for this deduction would increase by encouraging individuals who might not otherwise have realized that the deduction may apply to a wider range of individuals than previously conceded and may allow taxpayers to present their affairs in a way that

*tion du ministre, sous réserve du contrôle du commissaire à l’information, la décision de déterminer quels documents visés par ces alinéas peuvent être divulgués sans qu’il soit porté atteinte à l’efficacité du gouvernement — (iii) L’art. 24(1) interdit la communication de renseignements concernant les contribuables qui ont été obtenus pour l’application de la Loi, mais cela ne comprend pas les renseignements qui ne révèlent pas l’identité du contribuable en cause — La question de savoir si la divulgation des noms d’organismes qui emploient des contribuables permettrait de révéler l’identité de ceux-ci dépend des circonstances, notamment de la taille de l’organisme, du nombre de ses employés et de son rayon d’action plus ou moins local — L’art. 23 autorise le ministre à ne pas divulguer des renseignements protégés par le secret professionnel qui lie un avocat à son client — L’avis juridique donné il y a 15 ans par le ministère de la Justice est visé par l’exception.*

*Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Déduction pour résidence d’un membre du clergé visé à l’art. 8(1)c — Demande fondée sur la Loi sur l’accès à l’information concernant l’interprétation de l’expression «ordre religieux», qui est l’une des expressions définissant l’étendue du droit à la déduction — Le MRN a refusé l’accès à ces renseignements parce que la divulgation pourrait porter un préjudice aux intérêts financiers du gouvernement en encourageant d’autres personnes à réclamer la déduction — Il se préoccupait également de ne pas révéler l’identité des contribuables — L’expression «de porter un préjudice appréciable aux intérêts financiers du gouvernement» utilisée à l’art. 18d) de la Loi sur l’accès à l’information n’inclut pas les pertes de revenus dues à l’augmentation des réclamations légitimes des déductions d’impôt sur le revenu — Si la déduction pour résidence d’un membre du clergé n’a pas été rédigée de façon satisfaisante pour répondre aux conditions actuelles, il incombe au ministère des Finances de proposer une réforme de la Loi.*

Il s’agit d’une demande de contrôle fondée sur l’article 41 de la *Loi sur l’accès à l’information*, concernant le refus du ministre de communiquer un plus grand nombre des renseignements demandés par le demandeur. Celui-ci réclamait la communication de tous les documents ayant trait à l’interprétation de l’expression «ordre religieux» qui est l’une des expressions définissant l’étendue du droit à la déduction pour «résidence d’un membre du clergé» prévue à l’alinéa 8(1)c) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Le ministre s’est appuyé sur les exceptions énumérées à l’alinéa 18d) de la *Loi sur l’accès à l’information* qui l’autorise à refuser de communiquer des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter un préjudice appréciable aux intérêts financiers du gouvernement du Canada, notamment les projets de changement des taxes, impôts ou droits ou d’autres sources de revenu. Le ministre a fait valoir que si les documents demandés étaient communiqués, le montant des pertes de revenus découlant des réclamations de cette déduction augmenterait en encourageant des

enables them to claim a deduction for years past. Other information was withheld under paragraph 21(1)(a) as constituting advice developed by departmental officials for decision-making purposes, and under paragraph 21(1)(b) as containing accounts of consultations and deliberations among governmental officials about paragraph 8(1)(c). The Minister also relied upon subsection 24(1), which prohibits the release of information relating to taxpayers that has been obtained by the Minister pursuant to the Act, but does not include information that “does not directly or indirectly reveal the identity of the taxpayer to whom it relates”. The applicant’s access to information request extended to information about organizations, members of which had claimed the clergy residence deduction. The Minister was willing to provide information about the incidence of claims, but not the names of organizations that employed taxpayers who had claimed the deduction or the position occupied by the claimants, on the ground that many of these organizations were small, or local, and that disclosure might indirectly reveal the identity of the taxpayers who had claimed the deduction. The Minister also relied on the exemption in section 23 which authorizes the head of a government institution to withhold from disclosure information that is the subject of solicitor-client privilege.

*Held*, the application should be granted with respect to withheld material that did not fall within the scope of any of the statutory exemptions.

It was necessary to consider the standard of review. (1) The decision reviewed under section 41 is the Minister’s. Heads of government institutions are apt to apply the Act in a manner that gives maximum protection from disclosure for information in their possession. Accordingly, there was no room for the kind of judicial deference to the Minister’s interpretation or application of the statutory exemptions that courts have sometimes shown to decisions made by information and privacy commissioners operating under provincial legislation that confers on them, not the Minister, the power to determine whether information should be disclosed. While the Court is required to review the Minister’s decisions according to a standard of correctness, it is appropriate to have regard to the recommendations of the Information Commissioner, who has acquired an expertise in the administration of the Act. (2) The statutory exemptions from the general duty to disclose information are to be construed narrowly so as not to derogate more than is required by the

particuliers, qui ne se seraient peut-être pas autrement rendu compte que, correctement interprétée, la déduction peut s’appliquer à une catégorie de personnes beaucoup plus large que ce que Revenu Canada était disposé à admettre et pourrait amener les contribuables à présenter leur cas d’une façon qui leur permettrait de réclamer la déduction pour des années antérieures. D’autres renseignements n’ont pas été communiqués parce qu’ils étaient visés par l’exception prévue à l’alinéa 21(1)(a) comme constituant des avis élaborés par les fonctionnaires des ministères aux fins de la prise de décisions, et par l’exception prévue à l’alinéa 21(1)(b) en tant que comptes rendus de consultations et de délibérations entre des fonctionnaires des ministères concernant les dispositions de l’alinéa 8(1)(c). Le ministre s’est également appuyé sur le paragraphe 24(1) qui interdit à un fonctionnaire de fournir des renseignements concernant des contribuables qui ont été obtenus par le ministre pour l’application de la Loi, mais cela ne comprend pas les renseignements «qui ne révèlent pas, même indirectement, l’identité du contribuable en cause». La demande d’accès à l’information du demandeur incluait des renseignements au sujet des organismes dont les membres avaient réclamé la déduction pour résidence d’un membre du clergé. Le ministre était disposé à fournir des renseignements sur l’incidence des réclamations, mais pas le nom des organismes ayant employé des contribuables qui avaient réclamé la déduction ou le poste occupé par ces contribuables, au motif que bon nombre de ces organismes étaient de petite taille, de nature locale, et que la communication pourrait indirectement révéler l’identité des contribuables ayant réclamé la déduction. Le ministre s’est de plus appuyé sur l’exception visée à l’article 23 qui autorise le responsable d’une institution fédérale à refuser la communication de renseignements protégés par le secret professionnel qui lie un avocat à son client.

*Jugement*: la demande est accueillie pour ce qui a trait à la décision de ne pas communiquer les renseignements qui ne sont pas visés par les exceptions prévues dans la Loi.

Il a été nécessaire d’examiner la norme de contrôle. 1) La décision faisant l’objet du contrôle en vertu de l’article 41 est la décision du ministre. Les responsables des institutions fédérales ont tendance à appliquer la Loi d’une façon qui assure une protection maximale des renseignements qui sont en leur possession. Par conséquent, il n’y a pas lieu de faire preuve à l’égard de l’interprétation du ministre de l’application des exceptions prévues par la Loi du genre de retenue judiciaire que les tribunaux ont quelquefois témoigné à l’égard des décisions prises par les commissaires à l’information et à la protection de la vie privée nommés en vertu de lois provinciales qui confèrent à ces derniers, et non au ministre, le pouvoir de déterminer si les renseignements devraient être communiqués ou non. Même si la Cour est tenue de revoir la décision du ministre en respectant la norme de la décision correcte, il est approprié de tenir compte du rapport et des recommandations du commissaire à l’information, qui possède une compétence certaine dans

Act from its overall purpose, which is to give legal expression to the general principle that government information should be available to the public. (3) Section 48 imposes on the government the burden of establishing that the refusal to disclose a document is legally authorized by the exemption on which it relies. (4) If the exemption is mandatory, the Court needs only to decide if the information falls within the scope of the statutory exemption. If the exemption is permissive, the Court must also decide whether the head of the government institution lawfully exercised the discretion not to disclose it, based on administrative law grounds in light of the overall purpose of the statute and of the particular exemption. (5) Section 25 requires the head of the institution to disclose any portion of a record that does not contain exempted information and can reasonably be severed from the part that does.

As to the exemptions, the words “injurious to the financial interest of the Government of Canada” in paragraph 18(d) should not be interpreted as including revenue loss resulting from an increase in legitimate claims to deductions under the *Income Tax Act*. If the clergy residence deduction is not satisfactorily drafted for contemporary conditions, the Department of Finance should propose statutory reforms to deal with the problem. Legal frailty cannot be hidden behind a cloud of secrecy that it was the general purpose of the *Access to Information Act* to dispel. Similarly, if disclosure encourages taxpayers to claim the benefit of a deduction to which they are entitled, the resulting benefit to them will not be “undue” within paragraph 18(d). However, documents that contained analyses of various options for amending the statute were exempt under subparagraph 18(d)(iii) on the ground that the information therein related to a “contemplated change in . . . taxes”. Disclosure of such information may be refused if it would cause a loss of revenue to the government or would unduly benefit particular individuals.

To permit or require the disclosure of advice given by officials and the disclosure of confidential deliberation within the public service on policy options, would erode the government’s ability to formulate and to justify its policies. On the other hand, democratic principles require that the public be enabled to participate as widely as possible in

l’application de la Loi. 2) Les exceptions prévues par la Loi qui vont à l’encontre de l’obligation générale de communiquer des renseignements doivent être interprétées strictement de façon à ne pas déroger plus qu’il ne faut de l’objectif général clairement énoncé dans la Loi, c’est-à-dire de donner légalement effet au principe général selon lequel les documents de l’administration fédérale doivent être mis à la disposition du public. 3) L’article 48 impose au gouvernement la charge d’établir que le refus de communiquer un document est légalement autorisé par l’exception sur laquelle il s’appuie. 4) Si l’exception est obligatoire, la Cour aura uniquement pour rôle de décider si les renseignements tombent sous le coup de cette exception. Si l’exception est discrétionnaire, la Cour doit aussi décider si le responsable de l’institution fédérale a légalement exercé son pouvoir discrétionnaire de ne pas divulguer ces renseignements en fonction de principes de droit administratif à la lumière de l’objet général de la Loi et de l’exception particulière. 5) L’article 25 exige que le responsable de l’institution fédérale communique toutes les parties d’un document qui ne renferment pas de renseignements visés par l’exception et qui peuvent raisonnablement en être prélevées.

Pour ce qui a trait aux exceptions, les mots «de porter un préjudice appréciable aux intérêts financiers du gouvernement du Canada» utilisés à l’alinéa 18d) ne devraient pas être interprétés comme incluant les pertes de revenus résultant d’une augmentation des réclamations légitimes d’une déduction prévue par la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Si la déduction pour résidence d’un membre du clergé n’est pas rédigée de façon satisfaisante compte tenu des conditions actuelles, il incombe au ministre des Finances de proposer des réformes législatives pour régler le problème. La fragilité juridique de la position du ministre ne peut être camouflée derrière un écran de secret que la *Loi sur l’accès à l’information* a pour objectif général de dissiper. De même, si la communication de ces renseignements encourage les contribuables à réclamer une déduction à laquelle ils ont droit, l’avantage qui en résulterait ne pourrait être qualifié d’«injustifié» au sens de l’alinéa 18d). Cependant, les documents qui renferment des analyses préparées par des fonctionnaires sur différentes options de modifications de la Loi sont visés par le sous-alinéa 18d)(iii) au motif que les renseignements contenus dans ces documents ont trait à un «projet de changement des [. . .] impôts». La communication de ces renseignements peut à bon droit être refusée si elle risque d’entraîner une perte de revenus pour le gouvernement ou qu’elle représente des avantages injustifiés pour certains particuliers.

Autoriser ou exiger la communication d’avis donnés par des fonctionnaires et la communication de délibérations confidentielles au sein de la fonction publique concernant certaines options politiques éroderait la capacité du gouvernement de formuler et de justifier ses politiques. Par ailleurs, les principes démocratiques exigent que le public soit en

influencing policy development. Most internal documents that analyse a problem, starting with an initial identification of a problem, then canvassing a range of solutions, and ending with specific recommendations for change, are likely to be caught within paragraph 21(1)(a) or (b). The Act thus leaves to the heads of government institutions, subject to review and recommendations by the Information Commissioner, the discretion to decide which of the broad range of documents that fall within these paragraphs can be disclosed without damage to the effectiveness of government. The Court plays a very limited role in overseeing the exercise of this discretion.

Whether disclosure of the name of the employer of a person who had claimed the deduction is capable of revealing the identity of the taxpayer depends on the particular circumstances, including the size of the organization, the number of its employees and the extent to which it is locally based. It is important to maintain taxpayer confidentiality as a matter of fairness to individuals and for the efficient administration of the *Income Tax Act*. If taxpayers become concerned about Revenue Canada's ability to keep confidential information about their financial affairs, they are likely to be less forthcoming in providing information that Revenue Canada requires for the expeditious and accurate assessment of tax liability. Most of the employer organizations herein were of such a size or geographic definition that there was a real risk that the identities of the taxpayer claimants could be inferred from the names of the employers and of the position in which they were employed.

The scope of the section 23 exemption was governed by the common law of legal privilege. A legal opinion provided, on request, by the Department of Justice, was within the exemption established by section 23. Even though the opinion was given 15 years ago, it dealt with issues that were of continuing vitality and hence there was no obvious error in the decision not to disclose it in the exercise of discretion.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2(1), 18, 21, 23, 24, 25, 41, 48.  
*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 8(1)(c)(i),(ii), 241(1) (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. VIII, s. 137), (10) (as am. *idem*).

mesure de participer aussi pleinement que possible à l'élaboration des politiques en exerçant une certaine influence. La plupart des documents internes qui analysent un problème, en commençant par identifier celui-ci, et qui proposent ensuite un certain nombre de solutions avant de terminer sur des recommandations précises au niveau des changements sont susceptibles d'être visés par les alinéas 21(1)a) ou b). La Loi accorde donc aux responsables des institutions fédérales, sous réserve d'un pouvoir de contrôle et de recommandation conféré au commissaire à l'information, le pouvoir discrétionnaire de décider lesquels parmi la très grande série de documents visés par ces alinéas peuvent être communiqués sans porter atteinte à l'efficacité du gouvernement. Le rôle de la Cour au niveau du contrôle de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est très limité.

La question de savoir si la communication du nom de l'employeur d'une personne qui a réclamé la déduction est susceptible de révéler l'identité du contribuable concerné dépend de circonstances particulières, notamment de la taille de l'organisme, du nombre de ses employés et de son rayon d'action plus ou moins local. Le maintien de la stricte confidentialité des renseignements sur les contribuables est important par mesure d'équité envers les particuliers et pour la bonne administration de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Si les contribuables viennent à douter de la capacité de Revenu Canada d'assurer la confidentialité des renseignements qu'ils lui fournissent au sujet de leurs affaires financières, ils seront peut-être moins portés à fournir les renseignements dont Revenu Canada a besoin pour l'évaluation rapide et exacte de leur responsabilité fiscale. La plupart des organismes visés en l'espèce sont tels, soit du fait de leur taille, soit du fait de leur situation géographique, qu'il existe un risque véritable que l'identité des contribuables qui ont réclamé la déduction puisse être déduite si le nom de leurs employeurs et le poste qu'ils occupaient étaient communiqués.

La portée de l'exception visée à l'article 23 est régie par la doctrine du privilège juridique découlant de la common law. L'avis juridique donné, sur demande, par le ministère de la Justice constitue une exception établie par l'article 23. Même si cet avis a été donné il y a 15 ans, il traite de questions qui sont toujours d'actualité et, par conséquent, le ministre n'a pas commis d'erreur évidente en décidant de ne pas communiquer ces renseignements, dans le cadre de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 8(1)c)(i),(ii), 241(1) (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. VIII, art. 137), (10) (mod., *idem*).  
*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2(1), 18, 21, 23, 24, 25, 41, 48.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## REFERRED TO:

*John Doe v. Ontario (Information & Privacy Commissioner)* (1993), 13 O.R. (3d) 767; 106 D.L.R. (4th) 140; 19 Admin. L.R. (2d) 251; 64 O.A.C. 248 (Div. Ct.); *Canadian Jewish Congress v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1996] 1 F.C. 268; (1995), 102 F.T.R. 30 (T.D.).

APPLICATION for a review pursuant to *Access to Information Act*, section 41 of the Minister's refusal to disclose more of the material requested by the applicant relating to the interpretation of "religious order", one of the terms describing the scope of entitlement to the "clergy residence" deduction provided in *Income Tax Act*, subsection 8(1). Application granted with respect to material that did not fall within the scope of any of the statutory exemptions.

## APPEARANCES:

*Robert Brendan Bissell* for applicant.  
*Robert H. Jaworski* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Fraser Milner*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*The following are the reasons for order rendered in English by*

EVANS J.:

## A. INTRODUCTION

[1] The Canadian Council of Christian Charities is a charitable organization that represents more than a thousand Christian charities across Canada. Their members comprise approximately 3.5 million individual Christians of all denominations. One of the Council's principal purposes is to provide assistance, guidance and professional accounting and tax expertise to the organizations that it represents, many of which are small.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS CITÉES:

*John Doe v. Ontario (Information & Privacy Commissioner)* (1993), 13 O.R. (3d) 767; 106 D.L.R. (4th) 140; 19 Admin. L.R. (2d) 251; 64 O.A.C. 248 (Cour div.); *Congrès juif canadien c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1996] 1 C.F. 268; (1995), 102 F.T.R. 30 (1<sup>re</sup> inst.).

DEMANDE de contrôle fondée sur l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information* concernant le refus du ministre de communiquer un plus grand nombre des renseignements demandés par le demandeur ayant trait à l'interprétation de l'expression «ordre religieux», qui est l'une des expressions définissant l'étendue du droit à la déduction pour «résidence d'un membre du clergé» prévue au paragraphe 8(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La demande est accueillie pour ce qui a trait à la décision de ne pas communiquer les renseignements qui ne sont pas visés par les exceptions prévues dans la Loi.

## ONT COMPARU:

*Robert Brendan Bissell*, pour le demandeur.  
*Robert H. Jaworski*, pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Fraser Milner*, Toronto, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada*, pour le défendeur.

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

LE JUGE EVANS:

## A. INTRODUCTION

[1] Le Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes est un organisme caritatif qui représente plus de mille œuvres de charité chrétiennes dans tout le Canada. Leurs membres regroupent environ 3,5 millions de chrétiens de toutes les confessions. L'un des principaux objectifs du Conseil est de fournir de l'aide, des conseils et des services professionnels comptables et fiscaux aux organismes qu'il représente, dont bon nombre sont de peu d'envergure.

[2] The Council has been actively concerned in recent years with the provision in the *Income Tax Act* [R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1] known as the “clergy residence” deduction, and has represented its members when dealing with Revenue Canada over their entitlement to claim this deduction. The Council is of the opinion that Revenue Canada has taken a narrower view of the range of persons eligible to claim this deduction than, on its proper interpretation, the Act provides. Indeed, there are a number of cases at various stages of the assessment and appeal processes challenging Revenue Canada’s position, in some of which taxpayers have already won notable successes.

[3] No doubt with this litigation in mind, and the possibility that statutory reforms may be under consideration, the Council made a request to the Minister of Finance under the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 for the disclosure of all materials in the possession of the Department relating to the interpretation of “religious order”, one of the terms defining the scope of the entitlement to the “clergy residence” deduction. The Council has assisted and acted as advocate for constituent members who maintain that they are “religious orders” within the meaning of paragraph 8(1)(c) of the *Income Tax Act*.

[4] The Minister identified more than 150 pages of material falling within this request, but advised the Council that nearly all of it would be withheld under specified statutory exemptions. On receiving a complaint by the Council, the Information Commissioner investigated the Minister’s decision not to disclose, and recommended that some of the documents should be disclosed to the Council, either in whole or in part.

[5] The Minister acted on these recommendations. The Commissioner stated in his report to the Council that he was satisfied that the Minister had disclosed all the material covered by the Council’s request that it was proper to disclose. Still dissatisfied with the

[2] Le Conseil s’intéresse activement depuis quelques années à la disposition de la *Loi de l’impôt sur le revenu* [L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1] qui concerne la déduction pour «résidence d’un membre du clergé», et il a représenté ses membres dans les négociations avec Revenu Canada concernant leur droit de réclamer cette déduction. Le Conseil est d’avis que Revenu Canada a adopté, au sujet des catégories de personnes qui peuvent réclamer cette déduction, une position plus rigide que ce que la Loi prévoit, selon l’interprétation qu’il convient de lui donner. En fait, bon nombre de causes contestant la position de Revenu Canada en sont à différentes étapes des processus de cotisation et d’appel et dans certains de ces cas les contribuables ont déjà obtenu des succès remarquables.

[3] C’est sans aucun doute en ayant à l’esprit ces litiges, et en songeant à la possibilité que des réformes législatives soient à l’étude, que le Conseil a présenté au ministre des Finances une demande fondée sur la *Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, pour que lui soient communiqués tous les documents en possession du Ministère ayant trait à l’interprétation de l’expression «ordre religieux», qui est l’une des expressions définissant l’étendue du droit à la déduction pour «résidence d’un membre du clergé». Le Conseil a aidé et représenté certains de ses membres qui prétendent être des «ordres religieux» au sens de l’alinéa 8(1)c) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*.

[4] Le ministre a identifié plus de 150 pages de renseignements visés par cette demande, mais il a informé le Conseil que la presque totalité de ces renseignements ne pourrait être communiquée en raison d’exceptions législatives précises. Sur réception de la plainte déposée par le Conseil, le commissaire à l’information a enquêté sur la décision du ministre de ne pas divulguer les renseignements et lui a recommandé d’en communiquer certains au Conseil, soit en totalité, soit en partie.

[5] Le ministre s’est conformé à ces recommandations. Le commissaire a déclaré dans son rapport au Conseil qu’il était convaincu que le ministre avait communiqué tous les renseignements, visés par la demande du Conseil, qu’il était approprié de commu-

Minister's refusal to disclose more of the material requested, the Council applied to the Court for a review of this decision pursuant to section 41 of the *Access to Information Act*.

[6] In January 1998, the Council brought a motion for an order that the Minister disclose to its counsel, on a confidential basis, the documents in question so that he could prepare for the application for review. Rouleau J. dismissed the motion, holding that counsel could adequately make submissions on the interpretation of the relevant provisions of the Act, and the approach to be taken by the Court to them, without seeing the documents themselves. He ordered that they be placed in a sealed envelope to be opened by the judge when examining them to determine whether the Minister had discharged the onus imposed by section 48 of proving that the refusal to disclose is justified in law.

[7] Accordingly, I heard helpful submissions from both parties on the factual background to the dispute, and on the applicable legal principles and statutory provisions. Following these generic submissions, I examined the documents with the assistance of counsel for the Minister, but in the absence of counsel for the applicant.

## B. THE STATUTORY FRAMEWORK

### (i) *Income Tax Act*

[8] The deduction in which the Council is interested is contained in the following provisions:

8. (1) . . .

(c) where the taxpayer is a member of the clergy or of a religious order or a regular minister of a religious denomination, and is in charge of or ministering to a diocese, parish or congregation, or engaged exclusively in full-time administrative service by appointment of a religious order or religious denomination, an amount equal to

(i) the value of the residence or other living accommodation occupied by the taxpayer in the course of or by

niquer. Toujours insatisfait du refus du ministre de communiquer un plus grand nombre de renseignements, le Conseil s'est pourvu devant la présente Cour pour faire réviser cette décision conformément à l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information*.

[6] En janvier 1998, le Conseil a déposé une requête en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant au ministre de communiquer à son avocat, de façon confidentielle, les documents en question afin de lui permettre de se préparer pour la demande de contrôle judiciaire. Le juge Rouleau a rejeté la requête, en statuant que l'avocat pouvait fort bien faire des observations sur l'interprétation des dispositions pertinentes de la Loi et la démarche que la Cour devrait adopter à l'égard de ces dispositions, sans voir les documents eux-mêmes. Il a ordonné que ces documents soient placés dans une enveloppe scellée qui serait ouverte par le juge qui serait chargé de les examiner afin de déterminer si le ministre s'était acquitté du fardeau que lui impose l'article 48, c'est-à-dire de prouver que son refus de communiquer les renseignements est justifié en droit.

[7] Par conséquent, j'ai entendu les observations des deux parties sur le contexte factuel du litige, ainsi que sur les dispositions législatives et les principes juridiques applicables. Après avoir pris connaissance de ces observations générales, j'ai examiné les documents avec l'aide de l'avocat du ministre, mais en l'absence de l'avocat du demandeur.

## B. RÉGIME LÉGISLATIF

### (i) *Loi de l'impôt sur le revenu*

[8] La déduction à laquelle s'intéresse le Conseil est énoncée aux dispositions suivantes:

8. (1) [. . .]

c) lorsque le contribuable est membre du clergé ou d'un ordre religieux ou ministre régulier d'une confession religieuse, et qu'il dessert un diocèse, une paroisse ou a la charge d'une congrégation, ou s'occupe exclusivement et à plein temps du service administratif, du fait de sa nomination par un ordre religieux ou une confession religieuse, un montant égal:

(i) soit à la valeur de la résidence ou autre logement qu'il a occupé en vertu ou au cours de l'exercice de sa

virtue of the taxpayer's office or employment as such a member or minister so in charge of or ministering to a diocese, parish or congregation, or so engaged in such administrative service, to the extent that that value is included in computing the taxpayer's income for the year by virtue of section 6, or

(ii) rent paid by the taxpayer for a residence or other living accommodation rented and occupied by the taxpayer, or the fair rental value of a residence or other living accommodation owned and occupied by the taxpayer, during the year but not, in either case, exceeding the taxpayer's remuneration from the taxpayer's office or employment as described in subparagraph (i); [underlining added].

[9] The *Access to Information Act*, subsection 24(1) prohibits the release of information, the disclosure of which is forbidden by any of the statutory provisions listed in Schedule II of the Act. Section 241 [as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. VIII, s. 137] of the *Income Tax Act* is included in the Schedule.

**241.** (1) Except as authorized by this section, no official shall

(a) knowingly provide, or knowingly allow to be provided, to any person any taxpayer information;

(b) knowingly allow any person to have access to any taxpayer information; . . .

. . .

(10) . . .

“taxpayer information” means information of any kind and in any form relating to one or more taxpayers that is

(a) obtained by or on behalf of the Minister for the purposes of this Act, or

(b) prepared from information referred to in paragraph (a),

but does not include information that does not directly or indirectly reveal the identity of the taxpayer to whom it relates. [Underlining added.]

(ii) *Access to Information Act*

[10] The Minister has relied on the following provisions, singly or in combination, to justify the non-disclosure of documents requested by the applicant.

charge ou de son emploi, à titre de membre ou ministre qui ainsi dessert un diocèse, une paroisse ou a la charge d'une congrégation, ou est ainsi occupé à un service administratif, dans la mesure où cette valeur est incluse dans le calcul de son revenu pour l'année en vertu de l'article 6.

(ii) soit au loyer qu'il a payé pour une résidence ou autre logement qu'il a loué et occupé ou à la juste valeur locative d'une résidence ou autre logement lui appartenant et occupé par lui durant l'année, jusqu'à concurrence, dans chaque cas, de la rémunération provenant de sa charge ou de son emploi ainsi qu'il est indiqué au sous-alinéa (i); [soulignement ajouté].

[9] Le paragraphe 24(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* empêche que soient communiqués des renseignements dont la divulgation est interdite en vertu d'une disposition figurant à l'annexe II de la Loi. L'article 241 [mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. VIII, art. 137] de la *Loi de l'impôt sur le revenu* figure dans cette annexe.

**241.** (1) Sauf autorisation prévue au présent article, il est interdit à un fonctionnaire:

a) de fournir sciemment à quiconque un renseignement confidentiel ou d'en permettre sciemment la prestation;

b) de permettre sciemment à quiconque d'avoir accès à un renseignement confidentiel;

[. . .]

(10) [. . .]

«renseignement confidentiel» Renseignement de toute nature et sous toute forme concernant un ou plusieurs contribuables et qui, selon le cas:

a) est obtenu par le ministre ou en son nom pour l'application de la présente loi;

b) est tiré d'un renseignement visé à l'alinéa a).

N'est pas un renseignement confidentiel le renseignement qui ne révèle pas, même indirectement, l'identité du contribuable en cause. [Soulignement ajouté.]

(ii) *Loi sur l'accès à l'information*

[10] Le ministre s'est appuyé sur les dispositions suivantes, individuellement ou conjointement, pour justifier la non-communication des documents demandés par le demandeur.

18. The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains

...

(d) information the disclosure of which could reasonably be expected to be materially injurious to the financial interests of the Government of Canada or the ability of the Government of Canada to manage the economy of Canada or could reasonably be expected to result in an undue benefit to any person, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information relating to

...

(iii) a contemplated change in tariff rates, taxes, duties or any other revenue source,

...

21. (1) The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains

(a) advice or recommendations developed by or for a government institution or a minister of the Crown,

(b) an account of consultations or deliberations involving officers or employees of a government institution, a minister of the Crown or the staff of a minister of the Crown,

...

23. The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains information that is subject to solicitor-client privilege.

24. (1) The head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains information the disclosure of which is restricted by or pursuant to any provision set out in Schedule II.

...

25. Notwithstanding any other provision of this Act, where a request is made to a government institution for access to a record that the head of the institution is authorized to refuse to disclose under this Act by reason of information or other material contained in the record, the head of the institution shall disclose any part of the record that does not contain, and can reasonably be severed from any part that contains, any such information or material. [Underlining added.]

## C. THE APPLICABLE LEGAL PRINCIPLES

[11] This appears to be the first case in which the Court has been required to consider the scope of the exemptions from disclosure contained in paragraphs

18. Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents contenant:

[. . .]

d) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter un préjudice appréciable aux intérêts financiers du gouvernement du Canada ou à sa capacité de gérer l'économie du pays, ainsi que ceux dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des avantages injustifiés à une personne. Ces renseignements peuvent notamment porter sur:

[. . .]

(iii) les projets de changement des taux tarifaires, des taxes, impôts ou droits ou des autres sources de revenu,

[. . .]

21. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents datés de moins de vingt ans lors de la demande et contenant:

a) des avis ou recommandations élaborés par ou pour une institution fédérale ou un ministre;

b) des comptes rendus de consultations ou délibérations où sont concernés des cadres ou employés d'une institution fédérale, un ministre ou son personnel;

[. . .]

23. Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents contenant des renseignements protégés par le secret professionnel qui lie un avocat à son client.

24. (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant des renseignements dont la communication est restreinte en vertu d'une disposition figurant à l'annexe II.

[. . .]

25. Le responsable d'une institution fédérale, dans les cas où il pourrait, vu la nature des renseignements contenus dans le document demandé, s'autoriser de la présente loi pour refuser la communication du document, est cependant tenu, nonobstant les autres dispositions de la présente loi, d'en communiquer les parties dépourvues des renseignements en cause, à condition que le prélèvement de ces parties ne pose pas de problèmes sérieux. [Soulignement ajouté.]

## C. PRINCIPES JURIDIQUES APPLICABLES

[11] Il semble que ce soit la première affaire dans laquelle la Cour soit tenue d'examiner la portée des exceptions énoncées aux alinéas 18d) et 21(1)a) de la

18(d) and 21(1)(a) of the *Access to Information Act*. I approach this task within the framework of the well-established legal principles that inform the conduct of section 41 reviews, as they relate to the facts of this case.

[12] First, it is necessary to consider the standard of review applicable to the Minister's refusal to disclose the information in question. Unlike some analogous provincial statutes, the federal *Access to Information Act* does not give to the Information Commissioner of Canada the statutory authority to decide whether a particular document should be disclosed. Instead, it confers on the Information Commissioner the power to investigate refusals to disclose and to make recommendations to the head of the government institution, in this case, the Minister of Finance. Since the Commissioner's recommendations are not legally binding the decision reviewed by the Federal Court under section 41 is the Minister's, not the Information Commissioner's.

[13] Heads of government institutions are apt to equate the public interest with the reasons for not disclosing information, and thus to interpret and apply the Act in a manner that gives maximum protection from disclosure for information in their possession. Accordingly, there is no room for the kind of judicial deference to the Minister's interpretation or application of the statutory exemptions that courts have sometimes shown to decisions made by information and privacy commissioners operating under provincial legislation that confers on them, not the Minister, the power to determine whether information should be disclosed: see, for example, *John Doe v. Ontario (Information & Privacy Commissioner)* (1993), 13 O.R. (3d) 767 (Div. Ct.).

[14] However, while the Court is required to review the Minister's decisions on a standard of correctness it is certainly appropriate to have regard to the report and recommendations of the Information Commis-

*Loi sur l'accès à l'information*. Je m'acquitterai de cette tâche en respectant le cadre des principes juridiques bien établis qui nous renseignent sur le déroulement des procédures de contrôle fondées sur l'article 41, en fonction des faits de l'espèce.

[12] Tout d'abord, il est nécessaire d'examiner la norme de contrôle applicable au refus du ministre de communiquer les renseignements en question. Contrairement à certaines lois provinciales analogues, la *Loi sur l'accès à l'information* de régime fédéral ne confère pas au commissaire canadien à l'information le pouvoir de décider si un document particulier doit ou non être communiqué. Il lui confère plutôt le pouvoir d'enquêter sur les refus de communiquer les renseignements demandés et de faire des recommandations au responsable d'une institution fédérale, en l'espèce, le ministre des Finances. Étant donné que les recommandations du commissaire n'ont pas d'effet obligatoire, la décision qui fait l'objet du contrôle par la Cour fédérale en vertu de l'article 41 est la décision du ministre et non pas celle du commissaire à l'information.

[13] Les responsables des institutions fédérales ont tendance à justifier les raisons qu'ils invoquent pour ne pas communiquer les renseignements en faisant valoir l'intérêt public et ainsi à interpréter et appliquer la Loi d'une façon qui assure une protection maximale aux renseignements qui sont en leur possession. Par conséquent, il n'y a pas lieu en l'espèce de faire preuve à l'égard de l'interprétation du ministre ou de l'application des exceptions prévues par la Loi du genre de retenue judiciaire que les tribunaux ont quelquefois témoigné à l'égard des décisions prises par les commissaires à l'information et à la protection de la vie privée nommés en vertu de lois provinciales qui confèrent à ces derniers, et non au ministre, le pouvoir de déterminer si les renseignements devraient être communiqués ou non: voir, par exemple, *John Doe v. Ontario (Information & Privacy Commissioner)* (1993), 13 O.R. (3d) 767 (Cour div.).

[14] Toutefois, même si la Cour est tenue de revoir les décisions du ministre en respectant la norme de la décision correcte, il est certainement approprié de tenir compte du rapport et des recommandations du com-

sioner. The Commissioner is independent of the Executive and reports directly to Parliament, and has acquired an expertise in the administration of the Act as a result of the experience gained in the investigation of complaints of refusals to disclose.

[15] Second, the statutory exemptions from the general duty to disclose information are to be construed narrowly so as not to derogate more than is clearly required by the Act from its overall purpose, which is to give legal expression to the general principle that government information should be available to the public: see subsection 2(1).

[16] Third, for a similar reason section 48 imposes on the government the burden of establishing that the refusal to disclose a document, or part of a document, is legally authorized by the exemption on which it relies. Thus, in respect of the exemption claimed under paragraph 18(d) the Court will require clear proof that the Minister has reasonable grounds to believe that there was a reasonable expectation of probable harm of the prescribed kinds if the documents in question were disclosed.

[17] Fourth, the nature of the decision to be made by the Court on review depends on the particular exemptions relied upon. Some, such as that contained in section 24, are mandatory, so that the Court is called upon to decide only if the information falls within the scope of the statutory exemption. If it does, that is the end of the matter, and the information must not be disclosed. If it does not, then the Court will order its disclosure: *Canadian Jewish Congress v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1996] 1 F.C. 268 (T.D.), at page 280.

[18] Other exemptions, however, are permissive and provide that the head of a government institution may refuse to disclose information of a given description: paragraphs 18(d), subsection 21(1) and section 23 are

missaire à l'information. Le commissaire n'est pas lié au pouvoir exécutif, il est comptable directement au Parlement et il possède une compétence certaine dans l'application de la Loi du fait de son expérience dans la tenue d'enquêtes sur les plaintes faisant suite aux refus de communication.

[15] Deuxièmement, les exceptions prévues par la Loi qui vont à l'encontre de l'obligation générale de communiquer des renseignements doivent être interprétées strictement de façon à ne pas déroger plus qu'il ne faut de l'objectif général clairement énoncé dans la Loi, c'est-à-dire de donner légalement effet au principe général selon lequel les documents de l'administration fédérale doivent être mis à la disposition du public: voir le paragraphe 2(1).

[16] Troisièmement, pour une raison semblable, l'article 48 impose au gouvernement la charge d'établir que le refus de communiquer un document, en totalité ou en partie, est légalement autorisé par l'exception sur laquelle il s'appuie. Donc, pour ce qui a trait à l'exception prévue à l'alinéa 18d), la Cour exigera une preuve convaincante que le ministre a des motifs raisonnables de croire qu'il est légitime de craindre un préjudice probable du genre de ceux qui sont prescrits si les documents en question sont communiqués.

[17] Quatrièmement, la nature de la décision que la Cour devra prendre au terme du contrôle dépend des exceptions précises sur lesquelles le défendeur s'appuie. Certaines exceptions, comme celles qui sont énoncées à l'article 24, sont obligatoires, de sorte que la Cour aura uniquement pour rôle de décider si les renseignements tombent sous le coup de cette exception. Dans l'affirmative, l'affaire sera réglée, et les renseignements ne pourront être communiqués. Dans la négative, la Cour devra en ordonner la communication: *Congrès juif canadien c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1996] 1 C.F. 268 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 280.

[18] Toutefois, il y a d'autres exceptions discrétionnaires qui prévoient que le responsable d'une institution fédérale peut refuser de communiquer certains renseignements: l'alinéa 18d), le paragraphe 21(1) et

of this kind. When reviewing decisions made under permissive provisions, the Court must decide not only whether the information falls within that described in the relevant provision, but also, if it does, whether the head of the government institution lawfully exercised the discretion not to disclose it.

[19] However, when reviewing the exercise of discretion under a permissive exemption the Court is not to decide how it would have exercised the discretion, but merely to review on administrative law grounds the legality of the exercise of that discretion by the Minister, in light of the overall purpose of the statute and of the particular exemption. Accordingly, if the Court concludes that the discretion was exercised unlawfully, the normal remedy will be to remit the matter to the head of the government institution for a re-determination in accordance with the Court's reasons, not an order by the Court that the document be disclosed: *Canadian Jewish Congress, supra*, at pages 280-282.

[20] Fifth, in order to ensure that public access to information is restricted as little as possible, section 25 requires the head of the institution to disclose any portion of a record that does not contain exempted information and can reasonably be severed from the part that does.

#### D. THE EXEMPTIONS CLAIMED

##### (i) Paragraph 18(d)

[21] This provision was relied on by the Minister to justify the non-disclosure of several of the records covered by the Council's request but, for the documents still withheld, only in combination with subsection 21(1). I have found that the non-disclosure of the documents in question can be justified under subsection 21(1), and the parts of them that should be disclosed are clearly not covered by paragraph 18(d). Nonetheless, I shall set out the paragraph 18(d) argument made in this case, and my response to it.

l'article 23 énoncent des exceptions de cette nature. La Cour qui est appelée à contrôler des décisions prises en vertu de dispositions discrétionnaires doit décider non seulement si les renseignements sont visés par la disposition pertinente, mais aussi, dans l'affirmative, si le responsable de l'institution fédérale a légalement exercé son pouvoir discrétionnaire de ne pas divulguer ces renseignements.

[19] Toutefois, en révisant le pouvoir discrétionnaire exercé en vertu d'une exception discrétionnaire, la Cour ne peut pas décider comment elle l'aurait elle-même exercé, mais simplement déterminer en fonction des principes de droit administratif la légalité de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire par le ministre, à la lumière de l'objet général de la loi et de l'exception particulière. Par conséquent, si la Cour conclut que le pouvoir discrétionnaire a été irrégulièrement exercé, la réparation normalement accordée sera de renvoyer la question au responsable de l'institution fédérale pour une nouvelle décision qui devra être conforme aux motifs de la Cour, et non pas de rendre une ordonnance enjoignant au responsable de communiquer le document: *Congrès juif canadien*, précité, aux pages 280 à 282.

[20] Cinquièmement, afin de porter atteinte le moins possible au droit du public à l'information, l'article 25 exige que le responsable de l'institution fédérale communique toutes les parties d'un document qui ne renferment pas de renseignements visés par l'exception et qui peuvent raisonnablement en être prélevées.

#### D. EXCEPTIONS SOULEVÉES

##### (i) L'alinéa 18d)

[21] Pour justifier la non-communication de plusieurs des documents visés dans la demande du Conseil, le ministre s'est appuyé sur cette disposition mais, pour les documents qu'il retient encore, seulement en combinaison avec le paragraphe 21(1). J'ai conclu que le refus de communication des documents en question peut se justifier en vertu du paragraphe 21(1), et que les parties de ces documents qui devraient être communiquées ne tombent manifestement pas sous le coup de l'alinéa 18d). Néanmoins, je

[22] The Information Commissioner concurred with the opinion of the Minister that paragraph 18(d) was applicable, on the ground that disclosure would be materially injurious to the financial interests of the Government of Canada, because it would cause a significant loss of tax revenue. The Commissioner was also satisfied that the discretion to withhold the exempted documents had been properly exercised.

[23] In his submissions counsel relied on the affidavit of Mr. Michel Maher, a tax policy officer with the Department of Finance, who stated that there had been a steady increase in the revenue lost as a result of a growing number of claims made for the “clergy residence” deduction, despite the virtual disappearance of the social conditions that had led to its original enactment, namely the regular use, especially in rural parishes, of the minister’s house as the unofficial church office or meeting room. Mr. Maher stated that, if the documents requested were disclosed, the amount of revenue lost as a result of claims for this deduction would increase further to up to \$20 million a year.

[24] The argument on behalf of the Minister is that the disputed documents, which contain legal and policy analyses of the deduction prepared by officials within the Department, will encourage claims by individuals who might not otherwise have realized that, properly interpreted, the deduction may apply to a wider range of persons than Revenue Canada has so far been prepared to concede. Moreover, on the basis of these analyses taxpayers may be able to present their affairs in a way that enables them to claim the deduction for years past.

vais reprendre l’argument fondé sur l’alinéa 18d) qui a été soulevé en l’espèce, et la réponse que j’y ai apportée.

[22] Le commissaire à l’information a souscrit à l’avis du ministre selon lequel l’alinéa 18d) était applicable, au motif que la divulgation de ces renseignements risquait vraisemblablement de porter un préjudice appréciable aux intérêts financiers du gouvernement du Canada parce que cela entraînerait une perte importante de revenus fiscaux. Le commissaire a également été convaincu que le pouvoir discrétionnaire de ne pas communiquer les renseignements protégés avait été exercé de façon régulière.

[23] Dans ses observations, l’avocat s’est appuyé sur l’affidavit de M. Michel Maher, agent de la législation fiscale au ministère des Finances, qui a déclaré qu’il y avait eu une augmentation constante des pertes de revenus résultant du nombre croissant de déductions pour «résidence d’un membre du clergé», malgré la disparition virtuelle des conditions sociales ayant mené à l’adoption de cette disposition, c’est-à-dire l’utilisation régulière, particulièrement dans les paroisses rurales, de la maison du ministre comme bureau non officiel de l’église ou de salle de réunion. M. Maher a déclaré que, si les documents demandés étaient communiqués, le montant des pertes de revenus résultant des réclamations de cette déduction augmenteraient encore pour s’établir à 20 millions de dollars par année.

[24] L’argument présenté au nom du ministre fait valoir que les documents contestés, qui renferment des analyses juridiques et politiques relatives à la déduction, préparées par des fonctionnaires du Ministère, encourageront des particuliers à réclamer cette déduction, alors qu’ils ne se seraient peut-être pas autrement rendu compte que, correctement interprétée, la déduction peut s’appliquer à une catégorie de personnes beaucoup plus large que ce que Revenu Canada a été disposé à reconnaître jusqu’à maintenant. En outre, en s’appuyant sur ces analyses, les contribuables pourraient être en mesure de présenter leur cas d’une façon qui leur permettrait de réclamer la déduction pour des années antérieures.

[25] I should make clear at the outset that this argument was based on an apprehended increase in the number of legitimate claims under paragraph 8(1)(c) of the *Income Tax Act*, not on a fear that disclosure would facilitate tax evasion by the making of false claims to which the claimants were not in law entitled.

[26] I find it difficult to accept that it was the intention of Parliament to exempt from the general right of public access to information in the possession of the government materials that would enable individuals to claim deductions from their income tax liability to which they are legally entitled.

[27] I would therefore not interpret the words “injurious to the financial interest of the Government of Canada” to include revenue loss resulting from an increase in the legitimate claims to a deduction under the *Income Tax Act*. If the “clergy residence” deduction is not satisfactorily drafted for contemporary conditions, it is the responsibility of the Department of Finance to propose statutory reforms to deal with the problem. The Department cannot attempt to hide the legal frailty of its position behind a cloud of secrecy that it was the general purpose of the *Access to Information Act* to dispel.

[28] Similarly, if disclosure encourages taxpayers to claim the benefit of a deduction to which they are entitled, I cannot accept that the resulting benefit to them will be “undue” within the meaning of paragraph 18(d).

[29] However, the Minister is on firmer ground in refusing to disclose documents that contain analyses by officials of various options for amending the statute, on the ground that the information in these documents related to “a contemplated change in . . . taxes”, and thus was exempt under subparagraph 18(d)(iii). Disclosure of information of this description may properly be refused if it would cause a loss of revenue to the government or would unduly benefit particular individuals.

[25] Je tiens à préciser dès maintenant que cet argument était fondé sur une augmentation appréhendée du nombre de réclamations légitimes fondées sur l’alinéa 8(1)c) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, et non pas sur la crainte que la communication des renseignements faciliterait l’évasion fiscale du fait de la présentation de fausses réclamations par des particuliers n’y ayant légalement aucun droit.

[26] Il m’est difficile d’accepter que le législateur ait eu l’intention de limiter le droit général du public à l’information en exemptant des renseignements qui sont en possession du gouvernement et qui permettraient à des particuliers de réclamer des déductions fiscales auxquelles ils ont légalement droit.

[27] Par conséquent, je ne suis pas disposé à interpréter les mots «de porter un préjudice appréciable aux intérêts financiers du gouvernement du Canada» comme incluant les pertes de revenus résultant d’une augmentation des réclamations légitimes d’une déduction prévue par la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Si la déduction pour «résidence d’un membre du clergé» n’est pas rédigée de façon satisfaisante compte tenu des conditions actuelles, il incombe au ministère des Finances de proposer des réformes législatives pour régler le problème. Le Ministère ne peut espérer camoufler la fragilité juridique de sa position derrière un écran de secret que la *Loi sur l’accès à l’information* a pour objectif général de dissiper.

[28] De même, si la communication de ces renseignements encourage les contribuables à réclamer une déduction à laquelle ils ont droit, je ne peux accepter que l’avantage qui en résulterait serait «injustifié» au sens de l’alinéa 18d).

[29] Cependant, le ministre a présenté un argument plus sérieux en faisant valoir qu’il refuse de communiquer des documents qui renferment des analyses préparées par des fonctionnaires sur différentes options de modifications de la Loi, au motif que les renseignements contenus dans ces documents ont trait à un «projet de changement des [. . .] impôts», et qu’ils tombent sous le coup du sous-alinéa 18d)(iii). La communication de renseignements correspondant à cette description peut à bon droit être refusée si elle

(ii) Paragraphs 21(1)(a) and (b)

[30] Despite the importance of governmental openness as a safeguard against the abuse of power, and as a necessary condition for democratic accountability, it is equally clear that governments must be allowed a measure of confidentiality in the policy-making process. To permit or to require the disclosure of advice given by officials, either to other officials or to ministers, and the disclosure of confidential deliberations within the public service on policy options, would erode government's ability to formulate and to justify its policies.

[31] It would be an intolerable burden to force ministers and their advisors to disclose to public scrutiny the internal evolution of the policies ultimately adopted. Disclosure of such material would often reveal that the policy-making process included false starts, blind alleys, wrong turns, changes of mind, the solicitation and rejection of advice, and the re-evaluation of priorities and the re-weighing of the relative importance of the relevant factors as a problem is studied more closely. In the hands of journalists or political opponents this is combustible material liable to fuel a fire that could quickly destroy governmental credibility and effectiveness.

[32] On the other hand, of course, democratic principles require that the public, and this often means the representatives of sectional interests, are enabled to participate as widely as possible in influencing policy development. Without a degree of openness on the part of government about its thinking on public policy issues, and without access to relevant information in the possession of government, the effectiveness of public participation will inevitably be curbed.

risque d'entraîner une perte de revenus pour le gouvernement ou qu'elle représente des avantages injustifiés pour certains particuliers.

(ii) Les alinéas 21(1)a) et b)

[30] Malgré l'importance de la transparence gouvernementale comme protection contre les abus de pouvoir et condition nécessaire à la responsabilité démocratique, il est aussi vrai que les gouvernements doivent être autorisés à garder un certain degré de confidentialité dans le processus d'élaboration des politiques. Autoriser ou exiger la communication d'avis donnés par des fonctionnaires, soit à d'autres fonctionnaires soit à des ministres, et la communication de délibérations confidentielles au sein de la fonction publique concernant certaines options politiques, éroderaient la capacité du gouvernement de formuler et de justifier ses politiques.

[31] Cela constituerait un fardeau intolérable que de forcer les ministres et leurs conseillers à soumettre à l'examen du public l'évolution interne des politiques qui sont finalement adoptées. La communication de ces renseignements révélerait souvent que le processus d'élaboration des politiques s'accompagne de faux départs, d'impasses, de mauvais virages, de changements d'orientation, de demandes d'avis ultérieurement rejetés, de réévaluations des priorités et de repondération de l'importance relative des facteurs pertinents au fur et à mesure de l'analyse du problème. Si ce matériau hautement inflammable tombait entre les mains de journalistes ou d'opposants politiques, il pourrait facilement alimenter un brasier capable de détruire rapidement la crédibilité et l'efficacité du gouvernement.

[32] Par ailleurs, bien entendu, les principes démocratiques exigent que le public, et cela signifie souvent les représentants de différents groupes d'intérêts, soit en mesure de participer aussi pleinement que possible à l'élaboration des politiques en exerçant une certaine influence. Sans un certain degré d'ouverture de la part du gouvernement au sujet de sa réflexion sur les questions d'intérêt public, et sans accès aux renseignements pertinents qui sont en possession du gouvernement, l'efficacité de la participation du public sera inévitablement réduite.

[33] The Information Commissioner's report simply states that some of the information withheld in this case "constitutes advice developed by departmental officials for decision-making purposes" and is thus exempt under subsection 21(1)(a). Other information "contains accounts of consultations and deliberations among governmental officials in FIN and Revenue Canada about the 8(1)(c) provisions of the *Income Tax Act*", and is thus exempt under paragraph 21(1)(b). Again, the Commissioner adds that he is satisfied that the discretion to withhold information falling within these paragraphs was exercised properly.

[34] One point of principle about the scope of subsection 21(1) on which the parties advanced different views at the hearing was whether it exempted internal documents that revealed that officials had identified a problem with the clergy residence deduction as presently defined in paragraph 8(1)(c) of the *Income Tax Act*.

[35] Counsel for the applicant took the position that it did not. He submitted that it was important for interested members of the public and organizations to have access to this information so that they could make submissions to the government on whether, in their opinion, a problem existed, and if it did, how it should be solved.

[36] Since citizen participation is more likely to be effective if it comes early in the policy-making process, subsection 21(1) should not be given a broader interpretation than its wording clearly requires. A central purpose of the *Access to Information Act* is, after all, to enhance the democratic foundations of government, and accountability.

[37] Counsel for the Minister, however, took the view that it was generally impossible to disentangle the identification of a problem with the legislation

[33] Le rapport du commissaire à l'information déclare simplement que certains des renseignements retenus en l'espèce [TRADUCTION] «constituent des avis élaborés par les fonctionnaires des ministères aux fins de la prise de décisions» et qu'ils sont donc exclus aux termes de l'alinéa 21(1)a). D'autres renseignements [TRADUCTION] «sont des compte rendus de consultations et de délibérations entre des fonctionnaires du ministère des Finances et ceux de Revenu Canada concernant les dispositions de l'alinéa 8(1)c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*», et font donc l'objet de l'exception prévue à l'alinéa 21(1)b). De nouveau, le commissaire ajoute qu'il est convaincu que le pouvoir discrétionnaire de ne pas divulguer les renseignements tombant sous le coup de ces alinéas a été exercé régulièrement.

[34] La portée du paragraphe 21(1) a fait l'objet d'une question de principe au sujet de laquelle les parties ont avancé différentes opinions à l'audience: il s'agissait de savoir si cette disposition vise des documents internes révélant que les fonctionnaires ont identifié un problème concernant la déduction «pour résidence d'un membre du clergé» selon la définition actuelle de l'alinéa 8(1)c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

[35] L'avocat du demandeur prétend que non. Il soutient qu'il est important pour les membres intéressés du public et de différents organismes d'avoir accès à ce type de renseignements de façon à pouvoir présenter des observations au gouvernement pour déterminer si, à leur avis, un problème existe et, dans l'affirmative, quelle est la manière de le résoudre.

[36] Étant donné que la participation des citoyens est vraisemblablement plus efficace s'ils interviennent tôt dans le processus d'élaboration de la politique, il ne faudrait pas interpréter le paragraphe 21(1) plus libéralement que ce que le libellé exige clairement. Après tout, l'un des buts essentiels de la *Loi sur l'accès à l'information* est de favoriser les fondements démocratiques du gouvernement, et sa responsabilité.

[37] Pour sa part, l'avocat du ministre soutient qu'il est généralement impossible de faire la distinction entre l'identification d'un problème au niveau de la

from recommendations for reform and advice on policy options for dealing with it. Even when not stated expressly, advice and recommendations might be implicit in the mere identification of something as a problem.

[38] Moreover, an internal document written by one official, and communicated to another, that identifies a problem with the legislation would fall within paragraph 21(1)(b) as “an account of consultations or deliberations involving officers or employees of a government institution”.

[39] It is difficult to avoid the conclusion that the combined effect of paragraphs 21(1)(a) and (b) is to exempt from disclosure under the Act a very wide range of documents generated in the internal policy processes of a government institution. Documents containing information of a factual or statistical nature, or providing an explanation of the background to a current policy or legislative provision, may not fall within these broad terms. However, most internal documents that analyse a problem, starting with an initial identification of a problem, then canvassing a range of solutions, and ending with specific recommendations for change, are likely to be caught within paragraph (a) or (b) of subsection 21(1).

[40] The Act thus leaves to the heads of government institutions, subject to review and recommendations by the Information Commissioner, the discretion to decide which of the broad range of documents that fall within these paragraphs can be disclosed without damage to the effectiveness of government. There is very little role for the Court in overseeing the exercise of this discretion.

(iii) Subsection 24(1)

[41] The third statutory exemption relied on by the Minister in this case prohibits the disclosure of infor-

législation et les recommandations de réforme et les conseils sur les options de politique présentées pour résoudre ce problème. Même quand cela n'est pas clairement exprimé, les conseils et les recommandations peuvent être implicites dans la simple identification d'un problème.

[38] Qui plus est, un document interne rédigé par un fonctionnaire, et communiqué à un autre fonctionnaire, qui identifie un problème au niveau de la législation tomberait sous le coup de l'alinéa 21(1)b) comme étant un «compt[e] rend[u] de consultations ou délibérations où sont concernés des cadres ou employés d'une institution fédérale».

[39] Il est difficile de ne pas en venir à la conclusion que l'effet combiné des alinéas 21(1)a) et b) est d'exclure de la communication prévue par la Loi un très grand nombre de documents établis dans les processus internes d'élaboration des politiques d'une institution fédérale. Les documents renfermant des renseignements de nature factuelle ou statistique ou offrant une explication du contexte d'une politique ou d'une disposition législative en vigueur ne sont peut-être pas visés par ces conditions générales. Cependant, la plupart des documents internes qui analysent un problème, en commençant par identifier celui-ci, et qui proposent ensuite un certain nombre de solutions avant de terminer sur des recommandations précises au niveau des changements sont susceptibles de tomber sous le coup des alinéas 21(1)a) ou b).

[40] La Loi accorde donc aux responsables des institutions fédérales, sous réserve d'un pouvoir de contrôle et de recommandation conféré au commissaire à l'information, le pouvoir discrétionnaire de décider lesquels parmi la très grande série de documents tombant sous le coup de ces alinéas peuvent être communiqués sans porter atteinte à l'efficacité du gouvernement. Le rôle de la Cour au niveau du contrôle de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est très limité.

(iii) Le paragraphe 24(1)

[41] La troisième exception prévue par la Loi sur laquelle s'appuie le ministre en l'espèce interdit la

mation in contravention of any of the statutory provisions included in Schedule II of the *Access to Information Act*. Schedule II includes section 241 of the *Income Tax Act*.

[42] Subsection 241(1) forbids the knowing disclosure by officials of any “taxpayer information”. This term is defined in subsection 241(10) as information relating to taxpayers that has been obtained by the Minister pursuant to the Act but, significantly for present purposes, does not include information that “does not directly or indirectly reveal the identity of the taxpayer to whom it relates”.

[43] The Council’s access to information request included information about the organizations, members of which had claimed the clergy residence deduction. The Minister was willing to provide information about the incidence of claims, but not the names of the organizations that employed taxpayers who had claimed the deduction or, in some cases, the position occupied by the claimants, on the ground that many of these organizations are small, or local, and that disclosure might well indirectly reveal the identity of the taxpayers who had claimed the deduction.

[44] The Information Commissioner reported that subsection 24(1) applied:

The remaining exempted records and portions of documents contain taxpayer specific information regarding a company other than your client.

[45] As a matter of principle, it seems clear to me that disclosing the name of the employer of a person who had claimed the deduction is capable of revealing the identity of the taxpayer concerned. Whether this is in fact the case must depend on the particular circumstances, including the size of the organization, the number of its employees and the extent to which it is locally based.

[46] I would only add that maintaining the strict confidentiality of taxpayer information is important, not only as a matter of fairness to individuals who are

communication de renseignements en contravention de dispositions législatives qui figurent à l’annexe II de la *Loi sur l’accès à l’information*. L’article 241 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* figure à cette annexe.

[42] Le paragraphe 241(1) interdit à un fonctionnaire de fournir sciemment des «renseignement[s] confidentiel[s]». Cette expression est définie au paragraphe 241(10) comme étant des renseignements concernant des contribuables et ayant été obtenus par le ministre pour l’application de la Loi mais, et c’est ce qui est important en l’espèce, cette expression ne comprend pas les renseignements «qui ne révèle[nt] pas, même indirectement, l’identité du contribuable en cause».

[43] La demande d’accès à l’information du Conseil incluait des renseignements au sujet des organismes dont les membres avaient réclamé la déduction pour «résidence d’un membre du clergé». Le ministre était disposé à fournir des renseignements sur l’incidence des réclamations, mais non pas le nom des organismes ayant employé des contribuables qui ont réclamé la déduction ou, dans certains cas, le poste occupé par ces contribuables, au motif que bon nombre de ces organismes sont de petite taille, ou de nature locale, et que la communication pourrait indirectement révéler l’identité des contribuables ayant réclamé la déduction.

[44] Le commissaire à l’information a indiqué dans son rapport que le paragraphe 24(1) s’applique:

[TRADUCTION] Le reste des documents et parties de documents visés par l’exception renferment des renseignements confidentiels relativement à une compagnie autre que votre client.

[45] En principe, il semble manifeste que la communication du nom de l’employeur d’une personne qui a réclamé la déduction est susceptible de révéler l’identité du contribuable concerné. Bien entendu, cela dépend des circonstances particulières, notamment de la taille de l’organisme, du nombre de ses employés et de son rayon d’action plus ou moins local.

[46] J’ajouterai simplement que le maintien de la stricte confidentialité des renseignements sur les contribuables est important, non seulement par mesure

required by law to supply information to the Minister, but also for the effect of disclosure on the efficient administration of the *Income Tax Act*. If taxpayers become concerned about Revenue Canada's ability to keep confidential information about their financial affairs, they are likely to be less forthcoming in providing information that Revenue Canada requires for the expeditious and accurate assessment of tax liability.

(iv) Section 23

[47] The fourth and final exemption relied on by the Minister relates to solicitor-client privilege. Section 23 authorizes the head of a government institution to withhold from disclosure information that is the subject of solicitor-client privilege. The parties agree that the scope of this exemption is governed by the common law of legal privilege. Counsel for the Minister requested only that, when examining the documents for which this privilege is claimed, I satisfy myself that it does indeed qualify, in view of earlier claims for solicitor-client privilege that the Minister had made, but subsequently retracted as unjustified.

[48] The Information Commissioner upheld the non-disclosure of the documents for which an exemption under section 23 was claimed on the ground that:

The information is of a confidential nature and the communications were developed as the result of a request for legal advice.

He was also satisfied that they had been withheld in the proper exercise of discretion.

E. THE DOCUMENTS EXAMINED

(i) Paragraph 18(d)

[49] This paragraph was not relied on alone to justify the non-disclosure of any of the documents that

d'équité envers les particuliers qui sont tenus par la Loi de fournir des renseignements au ministre, mais aussi en raison des répercussions que peut avoir la communication sur la bonne administration de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Si les contribuables viennent à douter de la capacité de Revenu Canada d'assurer la confidentialité des renseignements qu'ils lui fournissent au sujet de leurs affaires financières, ils seront peut-être moins portés à fournir les renseignements dont Revenu Canada a besoin pour l'évaluation rapide et exacte de leur responsabilité fiscale.

(iv) L'article 23

[47] La quatrième et dernière exception sur laquelle le ministre s'appuie a trait au privilège des communications entre avocat et client. L'article 23 autorise le responsable d'une institution fédérale à refuser la communication de renseignements protégés par le secret professionnel qui lie un avocat à son client. Les parties conviennent que la portée de cette exception est régie par la doctrine du privilège juridique découlant de la common law. L'avocat du ministre a simplement demandé que, dans mon examen des documents au sujet desquels ce privilège est invoqué, je m'assure que ces documents sont véritablement visés par lui, compte tenu du fait que le ministre a antérieurement invoqué le secret professionnel pour certains renseignements, et qu'il s'est par la suite rétracté en indiquant que ses prétentions n'étaient pas justifiées.

[48] Le commissaire à l'information a confirmé le refus de communiquer les documents au sujet desquels on avait invoqué l'exception visée à l'article 23 au motif que:

[TRADUCTION] Les renseignements sont de nature confidentielle et les communications ont eu lieu par suite d'une demande d'avis juridique.

Il s'est également dit convaincu qu'en refusant de communiquer ces renseignements le ministre avait correctement exercé son pouvoir discrétionnaire.

E. LES DOCUMENTS EXAMINÉS

(i) L'alinéa 18d)

[49] Le ministre ne s'est pas appuyé sur cet alinéa seul pour justifier son refus de communiquer les

the Minister has decided not to produce. Since I have found that the non-disclosure of these documents, or parts of them, is justified under subsection 21(1), it is not necessary for me to decide whether the claim under paragraph 18(d) was also properly made.

(ii) Paragraphs 21(1)(a) and (b)

[50] The Minister relies on one or both of these paragraphs with respect to the material on pages 1-77 and 149-150 of the bundle of documents that I examined. On examining them I am satisfied that, with three exceptions, the material that has been withheld falls within the exemptions described in these paragraphs.

[51] The exceptions comprise the following material which seems to me to be clearly factual in nature, and thus not to fall within paragraph 21(1)(a) or (b).

a) page 24, the first full paragraph: this simply describes a well-known social change that has occurred in Canada that is of obvious significance to an understanding of paragraph 8(1)(c). Paragraph 18(d) is clearly not relevant to this material.

b) page 69, with the exception of the last paragraph and the last sentence of the penultimate paragraph: this page describes the results of certain tax appeals, and contains a statement of the intent attributed to Parliament in enacting paragraph 8(1)(c).

c) page 74, last paragraph: this describes the role of the Council and the strategy that it has pursued on this issue.

[52] To the extent that I have indicated, therefore, this material was not within the categories described in these paragraphs and the decision not to disclose it was wrong.

[53] Finally, in light of the affidavit of Mr. Maher, the report of the Information Commissioner and of my examination of the documents, I have no reason for believing that the discretion to withhold the informa-

documents. Étant donné que j'ai conclu que le refus de communiquer la totalité ou une partie de ces documents est justifié en vertu du paragraphe 21(1), il n'est pas nécessaire que je décide si la prétention fondée sur l'alinéa 18d) a été faite à bon droit.

(ii) Les alinéas 21(1)a) et b)

[50] Le ministre s'appuie sur l'un de ces alinéas ou sur les deux concernant les renseignements figurant aux pages 1 à 77 et 149 à 150 de la liasse de documents que j'ai examinés. Après avoir examiné ces documents, je suis convaincu que, sauf pour trois exceptions, les renseignements qui n'ont pas été communiqués sont visés par les exceptions décrites dans ces alinéas.

[51] Les exceptions portaient aussi sur les renseignements suivants qui me semblent manifestement de nature factuelle, et qui ne tombent donc pas sous le coup des alinéas 21(1)a) ou b).

a) page 24, premier paragraphe en entier: ce paragraphe décrit simplement un changement social bien connu qui s'est produit au Canada et qui est manifestement important pour être en mesure de bien comprendre l'alinéa 8(1)c). L'alinéa 18d) n'est clairement pas pertinent à cet égard.

b) page 69, à l'exception du dernier paragraphe et de la dernière phrase de l'avant-dernier paragraphe: cette page décrit les résultats de certains appels fiscaux, et comprend un énoncé de l'intention attribuée au législateur au moment de l'adoption de l'alinéa 8(1)c).

c) page 74, dernier paragraphe: ce paragraphe décrit le rôle du Conseil et la stratégie qu'il a adoptée sur cette question.

[52] Dans la mesure que je viens d'indiquer, donc, ces renseignements n'étaient pas visés par les exceptions décrites dans ces alinéas et la décision de ne pas les divulguer était erronée.

[53] Finalement, à la lumière de l'affidavit de M. Maher, du rapport du commissaire à l'information et de mon examen des documents, je n'ai aucune raison de croire que le ministre a exercé illégalement

tion that falls within these paragraphs has been exercised unlawfully.

(iii) Section 24

[54] Pages 82-97, for which this exception is invoked, contain two categories of information. The Minister contends that both must be withheld as "taxpayer information" as defined by subsection 241(10) of the *Income Tax Act*.

[55] The first category comprises a summary of questionable claims made in one year for the clergy residence deduction, and includes the number by which the taxpayer claimants are identified, claimants' salary levels, and the names of the organizations that employed them. In some cases, the capacity in which a claimant is employed is also included in the information that has been withheld. The second category is a list of the names of organizations that have been accepted as religious orders for the purpose of paragraph 8(1)(c) of the *Income Tax Act*, and a description of their activities.

[56] As to the first category, I have been assisted by information contained in the documents about the number of employees of some of the organizations for which claimants worked. I am satisfied that most are of such a size or geographical definition that there is a real risk that the identities of taxpayer claimants might be inferred from the disclosure of the names of their employers and of the position in which they were employed.

[57] Numerical information was not available with respect to all of the organizations that employed claimants in the year in question. However, on the basis of the numerical information that I had about others, and inferences that I have drawn from the names of some of the organizations, I am prepared to

son pouvoir discrétionnaire de refuser de communiquer les renseignements qui sont visés par ces alinéas.

(iii) L'article 24

[54] Les pages 82 à 97, au sujet desquelles une exception a été invoquée, renferment deux catégories de renseignements. Le ministre prétend que ces deux catégories de renseignements ne peuvent être communiquées parce qu'il s'agit de «renseignements confidentiels» au sens du paragraphe 241(10) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

[55] La première catégorie de renseignements comprend un résumé des réclamations contestables qui ont été faites au cours d'une année concernant la déduction pour «résidence d'un membre du clergé», et inclut le numéro d'identification des contribuables qui ont réclamé la déduction, leur niveau de salaire, ainsi que le nom des organismes qui les employaient. Dans certains cas, le poste que le contribuable occupait figurait également dans les renseignements qui n'avaient pas été communiqués. La deuxième catégorie est une liste des noms des organismes qui ont été acceptés comme des ordres religieux pour les fins de l'alinéa 8(1)c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et une description de leurs activités.

[56] Pour ce qui concerne la première catégorie de renseignements, j'ai consulté les renseignements contenus dans les documents eux-mêmes au sujet du nombre d'employés de certains des organismes où travaillaient les contribuables qui ont réclamé la déduction. Je suis convaincu que la plupart de ces organismes sont tels, soit du fait de leur taille, soit du fait de leur situation géographique, qu'il existe un risque véritable que l'identité des contribuables qui ont réclamé la déduction puisse être déduite si le nom de leurs employeurs et le poste qu'ils occupaient étaient communiqués.

[57] Les renseignements numériques n'étaient pas disponibles pour la totalité des organismes pour lesquels travaillaient les contribuables qui ont réclamé la déduction dans l'année en question. Toutefois, en m'appuyant sur les renseignements numériques dont je disposais au sujet d'autres personnes, et à partir des

assume that there was an unacceptable degree of risk that disclosure of the information withheld would indirectly reveal the identity of the taxpayer claimants. As for the few large organizations named, it is clear that they are almost certainly corporations or registered charities and thus are taxpayers within the meaning of the *Income Tax Act*. To disclose the information obtained by the Minister about them would inevitably disclose their identity.

[58] Hence, I find that the Minister was correct in law not to disclose any of this information.

[59] The second category of information found on pages 82-97 names the employers of claimants that Revenue Canada has accepted are religious orders for the purposes of paragraph 8(1)(c) of the *Income Tax Act*. Similar information is contained on pages 99-100.

[60] Again, since the disclosure of the names of the employers might indirectly reveal the identity of the claimants, I am satisfied that this information was properly withheld.

[61] Pages 120-147 contain documents that identify and describe organizations that have been accepted as religious orders, employees of which have claimed deductions. The nature of some of these claims is described at length. The information withheld seems to me to fall within section 24 as “taxpayer information” because it could be used to identify those who had claimed this deduction.

(iv) Section 23

[62] The document on pages 101-118 deals with the scope of paragraph 8(1)(c) of the *Income Tax Act*. It is a legal opinion provided, on request, by the Department of Justice, and hence is within the exemption

inférences que j’ai tirées des noms de certains de ces organismes, je suis disposé à supposer qu’il y a un degré inacceptable de risque que la communication des renseignements refusés révèle indirectement l’identité des contribuables qui ont réclamé la déduction. Pour ce qui a trait aux quelques très grands organismes désignés, il est clair qu’il s’agit presque certainement de sociétés ou d’œuvres de bienfaisance enregistrées et donc de contribuables au sens de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Communiquer les renseignements obtenus par le ministre à leur sujet révélerait inévitablement leur identité.

[58] Par conséquent, je conclus que le ministre a eu légalement raison de ne pas communiquer ces renseignements.

[59] La deuxième catégorie de renseignements qui se trouve aux pages 82 à 97 désigne les employeurs des contribuables qui ont réclamé la déduction et que Revenu Canada a acceptés comme ordres religieux pour les fins de l’alinéa 8(1)c) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Des renseignements semblables sont contenus aux pages 99 et 100.

[60] Encore une fois, puisque la communication du nom des employeurs pourrait indirectement révéler l’identité des contribuables, je suis convaincu que le ministre a eu raison de refuser de communiquer ces renseignements.

[61] Les pages 120 à 147 sont des documents qui identifient et décrivent les organismes qui ont été acceptés comme ordres religieux, et dont les employés ont réclamé la déduction. La nature de certaines de ces réclamations est décrite en détail. Les renseignements non communiqués me semblent tomber sous le coup de l’article 24 comme étant des «renseignements confidentiels» parce qu’ils pourraient être utilisés pour identifier ceux qui ont réclamé cette déduction.

(iv) L’article 23

[62] Le document figurant aux pages 101 à 118 traite de la portée de l’alinéa 8(1)c) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Il s’agit d’un avis juridique donné, sur demande, par le ministère de la Justice, et

established by section 23. Even though the opinion was given 15 years ago, it deals with issues that are of continuing vitality and hence there was no obvious error in the decision not to disclose it in the exercise of discretion.

#### F. CONCLUSION

[63] With the exception of the material on pages 24, 69 and 74 of the bundle of documents that I have decided was not within the exemption claimed pursuant to paragraph 21(1)(a) or (b), in my opinion the Minister was authorized or required to withhold the documents that have not been disclosed to the applicant.

[64] For these reasons, the application for judicial review is granted with respect to the decision not to disclose the above material. The Minister is ordered to disclose the withheld material that does not fall within the scope of any of the statutory exceptions. Otherwise, the application is dismissed.

[65] Counsel have indicated that they wish to make submissions on the question of costs. These should be in writing and should reach the Court within 14 days from the date of these reasons.

par conséquent, il s'agit d'une exception établie par l'article 23. Même si cet avis a été donné il y a 15 ans, il traite de questions qui sont toujours d'actualité et, par conséquent, le ministre n'a pas commis d'erreur évidente en décidant de ne pas communiquer ces renseignements, dans le cadre de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

#### F. CONCLUSION

[63] À l'exception des documents figurant aux pages 24, 69 et 74 de la liasse de documents qui, selon ma décision, ne sont pas visés par les exceptions invoquées aux termes des alinéas 21(1)a) ou b), à mon avis, le ministre pouvait ou devait refuser de communiquer ces documents au demandeur.

[64] Pour ces raisons, la demande de contrôle judiciaire est accueillie pour ce qui a trait à la décision de ne pas communiquer les renseignements dont il est question ci-dessus. J'ordonne au ministre de communiquer les renseignements qui ne sont pas visés par l'une ou l'autre des exceptions prévues par la Loi. À tous autres égards, la demande est rejetée.

[65] Les avocats ont indiqué qu'ils souhaitaient présenter des observations sur la question des dépens. Ces observations seront soumises par écrit à la Cour au plus tard 14 jours suivant la date des présents motifs.

IMM-3326-98

IMM-3326-98

**Rohini Ranganathan** (*Applicant*)**Rohini Ranganathan** (*demanderesse*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Respondent*)**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**  
(*défendeur*)**INDEXED AS: RANGANATHAN v. CANADA (MINISTER OF  
CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: RANGANATHAN c. CANADA (MINISTRE DE LA  
CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)**Trial Division, Evans J.—Toronto, April 29; Ottawa,  
May 21, 1999.Section de première instance, juge Evans—Toronto,  
29 avril; Ottawa, 21 mai 1999.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Application for judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee — Applicant, Tamil woman of Sri Lanka, seeking refugee status on ground of well-founded fear of persecution by reason of membership of particular social group — Whether fact having relatives in Canada, none in safe place relevant in determining whether unreasonable to expect applicant to live in Colombo — Case law on unreasonableness issue reviewed — Correctness appropriate standard of review of determination by CRDD of whether claimant has IFA — As CRDD erred in failing to take into account applicant has family in Canada, no relatives in Colombo but not in finding applicant having no grounds to fear persecution in Colombo, case remitted to different panel to decide whether, for second limb of Rasaratnam test, unduly harsh to expect applicant live in Colombo.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Demande de contrôle judiciaire formée à l'encontre de la décision de la SSR statuant que la demanderesse n'était pas une réfugiée au sens de la Convention — La demanderesse, une Tamoule du Sri Lanka, revendique le statut de réfugié pour le motif qu'elle craint avec raison d'être persécutée du fait de son appartenance à un groupe social — Le fait d'avoir de la parenté au Canada, de même que l'absence de parenté à l'endroit sûr, est-il pertinent quant à la question de savoir s'il est déraisonnable de s'attendre à ce que la demanderesse vive à Colombo? — Revue de la jurisprudence sur la question du caractère déraisonnable — La norme de la décision correcte est la norme de contrôle judiciaire applicable à la décision rendue par la SSR quant à la question de savoir si la demanderesse avait une possibilité de refuge intérieur — Comme la SSR a commis une erreur, non en pas concluant que la demanderesse n'avait pas raison de craindre d'être persécutée à Colombo, mais en ne tenant pas compte du fait qu'elle avait de la parenté au Canada et non à Colombo, le dossier est renvoyé à un tribunal différemment constitué pour que celui-ci décide si, en vertu du second volet du critère de Rasaratnam, le fait de s'attendre à ce que la demanderesse vive à Colombo équivaut à une contrainte excessive.*

This was an application for judicial review of a decision by the Convention Refugee Determination Division (CRDD) dismissing the applicant's claim for refugee status. The applicant is a Tamil woman from Sri Lanka who left the north of the country, moved to Colombo where she spent some time with her mother, and lived there for a total of four years. After being involved in an incident in Colombo, she left for Canada where she applied for refugee status on the ground that she had a well-founded fear of persecution by reason of her membership of a particular social group, Tamil women in Sri Lanka. Her closest relatives now live in Canada. The sole issue before the CRDD was whether there was an internal flight alternative in Colombo that was reasonably available to her. On the basis of the facts, which occurred at a police station where the applicant was arrested

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire formée à l'encontre d'une décision rendue par la section du statut de réfugié (SSR), par laquelle cette dernière a rejeté la demande de statut de réfugié présentée par la demanderesse. Celle-ci est une Tamoule du Sri Lanka qui a quitté le nord du pays pour Colombo, où elle a séjourné avec sa mère pendant un certain temps; elle y a vécu pendant quatre ans au total. Après avoir été impliquée dans un incident à Colombo, elle est partie pour le Canada, où elle a revendiqué le statut de réfugié pour le motif qu'elle craignait avec raison d'être persécutée du fait de son appartenance à un groupe social, soit les femmes tamoules du Sri Lanka. Ses plus proches parents vivent actuellement au Canada. La seule question devant la SSR était de savoir s'il y avait une possibilité raisonnable de refuge pour elle dans une autre

and warned by the police to leave Colombo immediately, the CRDD held that her arrest and mistreatment at the police station did not support a well-founded fear of future persecution in Colombo. The Refugee Division also concluded that it would not be unreasonable for the claimant to return to live in Colombo, and that she was not a refugee since she had an internal flight alternative there. Finally, the CRDD stated that it was not legally empowered to consider humanitarian and compassionate grounds for permitting the applicant to remain in Canada. The issue herein was whether the CRDD erred in failing to take into account the fact that a refugee claimant has relatives in Canada but none in the safe area of the country of nationality.

*Held*, the application should be allowed.

Applying the test established by the Federal Court of Appeal in *Rasaratham v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, the CRDD considered, first, whether the applicant had good reason to fear persecution in Colombo and, second, if she did not, whether it was nonetheless unreasonable to require her to return to live there. It did not commit an error of law in deciding that the applicant had not established that she had good reason to fear persecution in Colombo. According to the evidence before the CRDD, it has been police practice since November 1996 not to permit Tamils from the North to remain in Colombo for more than three days. It was not clear from that evidence whether such prohibition would apply to the applicant who had left the North in 1993 and had lived in Colombo for four years. If the CRDD had been satisfied that the applicant would not be permitted to remain in Colombo for more than three days, it would surely have found that Colombo was not a reasonably available safe place for her. The evidence was thus relevant to a material issue. The documentary evidence of police practice, and of the warning given by the police officers that the applicant must leave, was sufficiently cogent to require the CRDD to have considered it in its reasons. Its failure even to mention this issue in its reasons rendered its dismissal of the applicant's claim erroneous in law.

Despite its sympathy for the applicant, a person with a physical disability, the CRDD said it did not have jurisdiction to determine its claim based on humanitarian and compassionate grounds. Moreover, it did not mention the fact that the applicant has no relatives in Colombo when deciding that it was not unreasonable to expect her to return to live there. "Unreasonableness" is a flexible standard, and includes not only the general conditions in the region or city in question, but also the circumstances particular to the claimant which might make it unreasonable to require that

partie du même pays, soit à Colombo. En se fondant sur les faits, qui sont survenus au poste de police où la demanderesse a été arrêtée et avisée par les policiers de quitter Colombo immédiatement, la SSR a jugé que son arrestation et le mauvais traitement qu'elle a subi au poste de police ne légitimaient pas sa crainte d'être persécutée à Colombo. La SSR a également conclu qu'il n'était pas déraisonnable pour la demanderesse de retourner vivre à Colombo, et qu'elle n'était pas une réfugiée en raison de la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays. Finalement, la SSR a affirmé qu'elle n'était pas autorisée par la loi à tenir compte des raisons d'ordre humanitaire pour permettre à la demanderesse de rester au pays. La question était de savoir si la SSR a commis une erreur en omettant de considérer le fait qu'un demandeur du statut de réfugié a de la parenté au Canada mais n'en a pas à l'endroit sûr de son pays de nationalité.

*Jugement*: la demande est accueillie.

À l'aide du critère établi par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Rasaratham c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, la SSR a examiné, en premier lieu, si la crainte de persécution de la demanderesse à Colombo était fondée et, en second lieu, dans la négative, s'il était néanmoins déraisonnable d'exiger qu'elle retourne y vivre. La SSR n'a pas commis d'erreur de droit lorsqu'elle a décidé que la demanderesse n'avait pas démontré qu'elle avait raison de craindre d'être persécutée à Colombo. La preuve documentaire soumise devant la SSR révèle qu'il est courant pour la police depuis novembre 1996 de ne pas permettre aux Tamouls du Nord de demeurer plus de trois jours à Colombo. Il ne ressort pas clairement de la preuve qu'une telle interdiction s'appliquerait à la demanderesse, qui a quitté le Nord en 1993 et qui est restée à Colombo pendant quatre ans. Si la SSR avait été convaincue que la demanderesse n'aurait pu rester plus de trois jours à Colombo, elle aurait sûrement décidé que Colombo n'était pas un endroit sûr raisonnablement envisageable pour la demanderesse. La preuve était donc reliée à une question de fond. La preuve documentaire liée à la pratique policière ainsi que l'avertissement des policiers à l'endroit de la demanderesse de quitter les lieux étaient suffisamment convaincants pour obliger la SSR à les examiner dans ses motifs. Le défaut du tribunal de même en faire mention dans ses motifs a fait en sorte que son rejet de la revendication de la demanderesse constitue une erreur de droit.

Bien que la SSR ait eu de la sympathie pour la demanderesse, une personne avec une incapacité physique, elle a déclaré ne pas avoir compétence pour décider de sa revendication du statut de réfugié en fonction de raisons d'ordre humanitaire. De plus, la SSR n'a pas soulevé le fait que la demanderesse n'avait aucune parenté à Colombo lorsqu'elle a décidé qu'il n'était pas déraisonnable de s'attendre à ce qu'elle retourne y vivre. Le «caractère déraisonnable» est un critère souple et comprend non seulement la situation générale de la région ou de la ville en question, mais aussi

person to live in that place. Whether the absence of relatives in the place of refuge is a relevant consideration in determining if a person is a refugee must be decided on a standard of correctness. On the other hand, the CRDD's determination of whether the relevant facts satisfy the *Rasaratnam* test is a question of mixed fact and law, and is reviewable only for unreasonableness. In determining undue hardship or unreasonableness for the purpose of the availability of an internal flight alternative, the CRDD must take into account the fact that the claimant has no relatives in Colombo when there are family members in Canada. The absence of family members available to provide emotional and material support might consign a claimant to a quality of life that falls well below that standard of decency that is widely recognized as a human entitlement. The matter having been remitted to a differently constituted panel of the CRDD, the latter will decide only whether, in all the circumstances of this case, it would be unduly harsh or unreasonable to expect the applicant to live in Colombo for the purpose of the second limb of the *Rasaratnam* test in determining whether an internal flight alternative was available.

les circonstances particulières au demandeur qui pourraient faire en sorte que ce ne serait pas raisonnable de s'attendre à ce qu'il y vive. La question de savoir si l'absence de parenté à l'endroit du refuge est un facteur pertinent pour décider si une personne est un réfugié doit être tranchée selon la norme de la décision correcte. D'un autre côté, la décision de la SSR relativement à la question de savoir si les faits pertinents remplissent les exigences du critère de *Rasaratnam* constitue une question mixte de droit et de fait, et n'est susceptible de contrôle judiciaire que si elle est déraisonnable. Lors de l'évaluation visant à déterminer s'il y a une contrainte excessive ou caractère déraisonnable relativement à la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays, la SSR doit tenir compte du fait que la demanderesse n'a pas de parenté à Colombo, alors que des membres de sa famille se trouvent au Canada. L'absence de membres de la famille pouvant fournir un soutien émotionnel et matériel peut fort bien condamner un requérant à un niveau de vie bien inférieur à la norme consacrée de décence à laquelle tout être humain a droit. Le dossier ayant été renvoyé à un tribunal différemment constitué de la SSR, celui-ci doit seulement décider si, vu l'ensemble des faits de la présente affaire, le retour de la demanderesse à Colombo serait déraisonnable ou équivaudrait à une contrainte excessive aux fins du second volet du critère de *Rasaratnam*, lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y avait possibilité de refuge dans une autre partie du même pays.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 65(3) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 55), 83(1) (as am. *idem*, s. 73), 114(2) (as am. *idem*, s. 102).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 65(3) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 55), 83(1) (mod., *idem*, art. 73), 114(2) (mod., *idem*, art. 102).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Rasaratnam v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 706; (1991), 140 N.R. 138 (C.A.); *Adjei v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 680; (1989), 57 D.L.R. (4th) 153 (C.A.); *Kanagaratnam v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 83 F.T.R. 131; 28 Imm. L.R. (2d) 44 (F.C.T.D.); *Thirunavukkarasu v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 589; (1993), 109 D.L.R. (4th) 682; 22 Imm. L.R. (2d) 241; 163 N.R. 232 (C.A.); *Sivasambo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 741; (1994), 29 Admin. L.R. (2d) 211; 87 F.T.R. 46 (T.D.); *Gregory v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] F.C.J. No. 606 (T.D.) (QL); *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 Admin. L.R. (2d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *Pushpanathan v. Canada (Minister of*

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Rasaratnam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 706; (1991), 140 N.R. 138 (C.A.); *Adjei c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 680; (1989), 57 D.L.R. (4th) 153 (C.A.); *Kanagaratnam c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 83 F.T.R. 131; 28 Imm. L.R. (2d) 44 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Thirunavukkarasu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 589; (1993), 109 D.L.R. (4th) 682; 22 Imm. L.R. (2d) 241; 163 N.R. 232 (C.A.); *Sivasambo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 741; (1994), 29 Admin. L.R. (2d) 211; 87 F.T.R. 46 (1<sup>re</sup> inst.); *Gregory c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 606 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 Admin. L.R. (2d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20;

*Citizenship and Immigration*), [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 226 N.R. 201.

CONSIDERED:

*Badurdeen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 371 (T.D.) (QL); *Ramanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 152 F.T.R. 305; 44 Imm. L.R. (2d) 294 (F.C.T.D.); *Elmi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 336 (T.D.) (QL); *Sooriyakumaran v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] F.C.J. No. 1402 (T.D.) (QL).

REFERRED TO:

*Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 97 F.T.R. 139 (F.C.T.D.); *Jayabalasingham v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] F.C.J. No. 1584 (T.D.) (QL).

APPLICATION for judicial review of a decision by the Convention Refugee Determination Division dismissing the applicant's claim for refugee status on the ground that she had an internal flight alternative in Colombo and that it was not unreasonable for her to return to live there. Application allowed.

APPEARANCES:

*Kumar S. Sriskanda* for applicant.  
*Kevin Lunney* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

*Kumar S. Sriskanda*, Toronto, for applicant.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*The following are the reasons for order rendered in English by*

EVANS J.:

A. INTRODUCTION

[1] The applicant in this case, Rohini Ranganathan, is a 42 year-old Tamil woman and a citizen of

*Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 226 N.R. 201.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Badurdeen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 371 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Ramanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 152 F.T.R. 305; 44 Imm. L.R. (2d) 294 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Elmi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 336 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Sooriyakumaran c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 1402 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

DÉCISIONS CITÉES:

*Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 97 F.T.R. 139 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Jayabalasingham c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 1584 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la section du statut de réfugié, par laquelle celle-ci a rejeté la demande de statut de réfugié présentée par la demanderesse pour le motif qu'elle avait une possibilité de refuge intérieur à Colombo et qu'il n'était pas déraisonnable de s'attendre à ce qu'elle retourne y vivre. Demande accueillie.

ONT COMPARU:

*Kumar S. Sriskanda* pour la demanderesse.  
*Kevin Lunney* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Kumar S. Sriskanda*, Toronto, pour la demanderesse.

*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

LE JUGE EVANS:

A. INTRODUCTION

[1] La demanderesse dans la présente affaire, Rohini Ranganathan, est une Tamoule de 42 ans citoyenne du

Sri Lanka. She contracted polio as a child and walks with the assistance of crutches. Her family is relatively wealthy; her closest relatives now live in Canada.

[2] In 1993 Ms. Ranganathan and her mother left the north of Sri Lanka and moved to Colombo, where they stayed in a lodge for approximately one year before her mother emigrated to Canada as a permanent resident, sponsored by a daughter who is a Canadian citizen. Despite being refused a visa on the ground that she did not qualify as a member of the family class, the applicant continued to make inquiries about admission to Canada.

[3] After her mother left for Canada, Ms. Ranganathan remained in Colombo, where she rented accommodation in a house until she was asked by the landlord to leave in September 1997 after being involved in an incident which I describe later in these reasons. The applicant then moved back into a lodge for a short time before leaving for Canada, where she applied for refugee status on the ground that she had a well-founded fear of persecution by reason of her membership of a particular social group, Tamil women in Sri Lanka.

#### B. THE REFUGEE DIVISION'S DECISION

[4] The Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board was prepared to accept that Ms. Ranganathan had a well-founded fear of persecution in the north of Sri Lanka. It cast no doubt on the credibility of any of her evidence. The sole issue before the Refugee Division was whether there was an internal flight alternative in Colombo that was reasonably available to her.

[5] Applying the test established in *Rasaratnam v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 706 (C.A.), the Refugee Division considered, first, whether the applicant had good

Sri Lanka. Enfant, elle a contracté la poliomyélite et marche aujourd'hui à l'aide de béquilles. Sa famille est relativement aisée; ses plus proches parents vivent actuellement au Canada.

[2] En 1993, M<sup>me</sup> Ranganathan et sa mère ont quitté le nord du Sri Lanka pour Colombo, où elles sont restées dans une pension pendant environ un an avant que la mère émigre au Canada à titre de résidente permanente, parrainée par sa fille qui a la citoyenneté canadienne. La demanderesse a continué à se renseigner à propos de son admission au Canada, en dépit du fait qu'on lui a refusé un visa pour le motif qu'elle ne possédait pas les qualités requises d'une personne appartenant à la catégorie de la famille.

[3] Après le départ de sa mère pour le Canada, M<sup>me</sup> Ranganathan est demeurée à Colombo; elle y est restée dans une maison comme locataire jusqu'à ce que son locateur lui demande de quitter les lieux en septembre 1997 à la suite de son implication dans un incident que la Cour décrira plus loin dans les présents motifs. La demanderesse est alors retournée dans une pension pendant une courte période de temps avant de partir pour le Canada, où elle a revendiqué le statut de réfugié pour le motif qu'elle craignait avec raison d'être persécutée du fait de son appartenance à un groupe social, soit les femmes tamoules du Sri Lanka.

#### B. LA DÉCISION DE LA SECTION DU STATUT DE RÉFUGIÉ

[4] La section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié était prête à accepter la prétention de M<sup>me</sup> Ranganathan selon laquelle elle craignait avec raison d'être persécutée dans le nord du Sri Lanka. Le tribunal n'a pas émis de doute sur la crédibilité de la preuve de la demanderesse. La seule question devant la section du statut de réfugié était de savoir s'il y avait une possibilité raisonnable de refuge pour elle dans une autre partie du même pays, soit à Colombo.

[5] À l'aide du critère établi dans l'arrêt *Rasaratnam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 706 (C.A.), la section du statut de réfugié a examiné, en premier lieu, si la crainte de

reason to fear persecution in Colombo and, second, if she did not, whether it was nonetheless unreasonable to require her to return to live there.

(i) well-founded fear of persecution

[6] The applicant had stated in her personal information form that, while she and her mother were living together in Colombo in the latter part of 1993 and the first half of 1994, their lodge was raided on several occasions by the police who harassed them and extorted money and jewellery. The applicant did not give oral evidence of these incidents at the hearing before the Refugee Division.

[7] At that hearing Ms. Ranganathan relied principally on an incident that occurred in September 1997, when the police came to arrest a young Tamil couple who were renting a room in the same house as the applicant. Ms. Ranganathan was also arrested, and told the police officer who was questioning her that she was afraid to go to the north because the Sri Lankan army was raping Tamil women there. The officer became angry at these comments, and the verbal abuse that he directed at her included a threat to kill her.

[8] The applicant also testified that another officer put his arm around her shoulder and pulled her close to him. She asked him to desist, fearing that he intended to rape her. He took his arm off her when another woman entered the room. Ms. Ranganathan was detained overnight at the police station and released the next morning on the payment of a bribe. She was warned by the police officers to leave Colombo immediately; this precipitated her eviction from the house where she had rented accommodation, and her return to a lodge. She departed for Canada shortly afterwards, even though she had received no positive response from the High Commissioner to her continuing inquiries about her immigration application.

[9] The Refugee Division concluded that her arrest and mistreatment at the police station did not support

persécution de la demanderesse à Colombo était fondée et, en second lieu, dans la négative, s'il était néanmoins déraisonnable d'exiger que la demanderesse retourne y vivre.

i) la crainte fondée de persécution

[6] La demanderesse a déclaré dans son formulaire de renseignements personnels que, pendant que sa mère et elle vivaient ensemble à Colombo à la fin de 1993 et au début de 1994, leur pension a fait l'objet de plusieurs descentes par la police, qui leur a extorqué de l'argent et des bijoux. La demanderesse n'a pas témoigné de ces incidents à l'audience devant la section du statut de réfugié.

[7] Lors de cette audience, M<sup>me</sup> Ranganathan s'est appuyée principalement sur un incident survenu en septembre 1997, lorsque la police est venue arrêter un jeune couple tamoul qui louait une chambre dans la même maison que la demanderesse. M<sup>me</sup> Ranganathan a également été arrêtée, et elle a déclaré au policier qui l'interrogeait qu'elle craignait d'aller dans le Nord en raison des viols de femmes tamoules perpétrés par l'armée sri-lankaise là-bas. Ces commentaires ont mis le policier en colère, et la violence verbale qu'il a ensuite dirigée contre elle comprenait notamment une menace de mort à son endroit.

[8] La demanderesse a aussi témoigné qu'un autre policier lui a mis le bras autour de son épaule et l'a rapprochée de lui. Craignant qu'il ait l'intention de la violer, elle lui a demandé d'arrêter. Ce n'est que lorsqu'une autre femme a pénétré dans la salle que le policier a retiré son bras. M<sup>me</sup> Ranganathan a passé la nuit au poste de police, pour être relâchée le lendemain sur versement d'un pot-de-vin. Elle a été avisée par les policiers de quitter Colombo immédiatement; cela a précipité son expulsion de la maison où elle avait loué une chambre, de même que son retour dans une pension. Elle est partie pour le Canada peu de temps après, malgré le fait qu'elle n'avait pas encore reçu de réponse favorable du Haut Commissariat relativement aux questions qu'elle n'avait pas cessé d'y adresser au sujet de sa demande d'immigration.

[9] La section du statut de réfugié a jugé que son arrestation et le mauvais traitement que la demande-

a well-founded fear of future persecution in Colombo. First, the incident was isolated: the applicant had lived in Colombo on her own since 1994 without any kind of harassment. She seems, as the Refugee Division put it, simply to have had the misfortune to be in the wrong place at the wrong time when the police came to arrest the young Tamil couple. Second, disturbing as the incident no doubt was to the applicant, it did not amount to persecution when all the circumstances were considered.

(ii) reasonable availability

[10] When the Refugee Division came to the second limb of the *Rasaratnam* test, it noted that the applicant was obviously a resourceful, intelligent and articulate woman who had lived on her own in Colombo for three years, despite her disability, and was adequately supported financially by her family. Moreover, there is a large Tamil community in Colombo, where she had lived for a total of four years.

[11] On the basis of these facts the Refugee Division concluded that it was not unreasonable for the claimant to return to live in Colombo, and that since she had an internal flight alternative there she was not a refugee. The panel concluded by noting the applicant's desire to stay in Canada with close members of her family, and stating that it was not legally empowered to consider humanitarian and compassionate grounds for permitting Ms. Ranganathan to remain.

### C. ISSUES AND ANALYSIS

(i) well-founded fear of persecution

[12] In my opinion the Refugee Division did not commit an error of law when it decided that the applicant had not established that she had good reason to fear persecution in Colombo, as required by *Adjei v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 680 (C.A.), at page 683.

resse a subi au poste de police ne légitimaient pas sa crainte d'être persécutée à Colombo. Premièrement, il s'agissait d'un incident isolé: la demanderesse avait vécu seule à Colombo depuis 1994 sans faire l'objet d'aucune forme de harcèlement. La demanderesse semble, selon les termes employés par la section du statut, avoir eu le malheur de se trouver au mauvais endroit au mauvais moment lors de l'arrestation du jeune couple tamoul. Deuxièmement, bien que l'incident ait sans aucun doute été bouleversant pour la demanderesse, il n'équivaut pas à de la persécution, toutes choses étant considérées.

(ii) l'option envisageable

[10] Lorsque la section du statut de réfugié s'est penchée sur le second volet du critère de *Rasaratnam*, elle a noté que la demanderesse était une femme manifestement débrouillarde, intelligente et articulée, qui a vécu de façon autonome pendant trois ans à Colombo malgré son handicap, et qui a été bien soutenue sur le plan financier par sa famille. De plus, il existe une importante communauté tamoule à Colombo, là où elle a vécu pendant quatre ans au total.

[11] Sur la foi de ces données, la section du statut de réfugié a conclu qu'il n'était pas déraisonnable pour la demanderesse de retourner vivre à Colombo, et qu'elle n'était pas une réfugiée, en raison de la possibilité raisonnable de refuge dans une autre partie du même pays. Le tribunal a noté à la fin que la demanderesse désirait rester au Canada avec ses parents proches, et a affirmé qu'il n'était pas autorisé par la loi à tenir compte des raisons d'ordre humanitaire pour permettre à M<sup>me</sup> Ranganathan de rester au pays.

### C. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

i) la crainte fondée de persécution

[12] La Cour est d'avis que la section du statut de réfugié n'a pas commis d'erreur de droit lorsqu'elle a décidé que la demanderesse n'avait pas démontré qu'elle avait raison de craindre d'être persécutée à Colombo, comme le requiert l'arrêt *Adjei c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 680 (C.A.), à la page 683.

[13] Counsel for the applicant submitted that the Refugee Division was legally obliged in its reasons to consider the harassment and extortion to which the applicant said that she had been subjected by the police in Colombo prior to her mother's departure for Canada. I do not agree. The fact that these incidents occurred five years ago, and were not even mentioned by the applicant in her oral testimony, despite the panel's invitation to her to recount her experiences in Colombo, suggests that they were not of such importance to the claim as to require the Refugee Division to refer to them expressly in its reasons.

(ii) reasonable availability

[14] Counsel for the applicant challenged on three grounds the panel's conclusion that it was not unreasonable to expect the applicant to return to live in Colombo. First, in its reasons the Refugee Division did not consider the evidence before it as to whether the applicant would be permitted to remain in Colombo for any length of time. Second, the panel's reasons did not address the impact on her psychological well-being of the distressing incident at the police station in Colombo in 1997. Third, the Refugee Division appears to have regarded the fact that all Ms. Ranganathan's family members are in Canada as a "humanitarian consideration" beyond its jurisdiction to consider in determining whether Ms. Ranganathan had an internal flight alternative in Colombo.

(a) length of permitted stay

[15] Counsel for the applicant submitted that the Refugee Division erred in law when it found that it was not unreasonable for Ms. Ranganathan to return to Colombo without referring in its reasons to the evidence before it regarding the brief length of time that she might well be permitted to stay there.

[13] L'avocat de la demanderesse a soutenu que la section du statut de réfugié était légalement tenue de considérer dans ses motifs le harcèlement et l'extorsion pratiqués par la police à Colombo, dont la demanderesse affirme avoir fait l'objet avant le départ de sa mère pour le Canada. La Cour n'est pas de cet avis. Le fait que ces incidents se sont produits cinq ans auparavant et qu'ils n'ont même pas été mentionnés par la demanderesse lors de son témoignage, et ce malgré que le tribunal lui ait donné l'occasion de relater son expérience à Colombo, laisse croire qu'ils n'étaient pas à ce point indispensables au soutien de sa demande que la section du statut de réfugié se devait d'en faire expressément mention dans ses motifs.

ii) l'option envisageable

[14] L'avocat de la demanderesse conteste trois éléments de la conclusion du tribunal selon laquelle il était raisonnable de s'attendre à ce que la demanderesse retourne vivre à Colombo. En premier lieu, la section du statut de réfugié n'a pas tenu compte dans ses motifs de la preuve quant à savoir si la demanderesse serait autorisée à demeurer à Colombo pour un certain temps. En second lieu, le tribunal n'a pas examiné dans ses motifs l'impact sur le bien-être psychologique de la demanderesse de l'incident bouleversant survenu au poste de police à Colombo en 1997. En troisième lieu, il appert que la section du statut de réfugié a considéré le fait que tous les membres de la famille de M<sup>me</sup> Ranganathan se trouvent au Canada comme une «raison d'ordre humanitaire» qu'elle ne pouvait, sans outrepasser sa compétence, prendre en compte pour décider si M<sup>me</sup> Ranganathan avait une possibilité de refuge dans une autre partie du même pays, soit Colombo.

a) la durée permise de séjour

[15] L'avocat de la demanderesse a fait valoir que la section du statut de réfugié a commis une erreur de droit lorsqu'elle a conclu qu'il n'était pas déraisonnable pour M<sup>me</sup> Ranganathan de retourner à Colombo, sans toutefois faire mention dans ses motifs de la preuve relative à la courte période de temps qu'elle sera probablement autorisée à rester là-bas.

[16] There was documentary evidence before the Refugee Division that it has been police practice since November 1996 not to permit Tamils from the North to remain in Colombo for more than three days. In addition, Ms. Ranganathan had stated in her personal information form that, on her release from detention in September 1997, she was told by the police that she had to leave Colombo immediately.

[17] Whether the Refugee Division is required as a matter of law to deal in its reasons with particular items of evidence before it depends, among other things, on the cogency of the evidence in question and on the importance to the disposition of the issues in dispute of the facts to which the evidence relates

[18] Three considerations are relevant here in considering the probative value of the evidence. First, it is not clear from the evidence before the Refugee Division whether the prohibition on Tamils from the North residing in Colombo for more than three days would apply to a person such as Ms. Ranganathan who had left the North in 1993 and had lived in Colombo for four years. In *Badurdeen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 371 (T.D.) (QL), the Court held that the Refugee Division's reasons were defective in law because they did not consider the impact of the three-day residence rule, even though the person concerned had lived in Colombo for a total of 16 months spread over three years.

[19] Second, the applicant continued to live in Colombo after November 1996 for another ten months before she was told by the police to leave the city, following the incident at the police station in September. If the three-day residence rule applied to Tamils from the North who had lived in Colombo for several years, then it is difficult to understand why the applicant had not been told much earlier to move on.

[20] One possible explanation is that the short temporary residence rule is applied more systematically to Tamils in lodges than to those who are living in

[16] La preuve documentaire soumise devant le tribunal révèle qu'il est courant pour la police depuis novembre 1996 de ne pas permettre aux Tamouls du Nord de demeurer plus de trois jours à Colombo. De plus, M<sup>me</sup> Ranganathan a affirmé dans son formulaire de renseignements personnels que, dès sa remise en liberté en septembre 1997, elle a été avisée par la police qu'elle devait quitter Colombo immédiatement.

[17] La question de savoir si la section du statut de réfugié est légalement tenue d'aborder dans ses motifs certains éléments de preuve dépend notamment de la force probante de la preuve en question et de l'importance pour la résolution des questions en litige des faits auxquels elle renvoie.

[18] Trois facteurs sont pertinents en l'espèce relativement à l'analyse de la valeur probante de la preuve. En premier lieu, il ne ressort pas clairement de la preuve devant la section du statut de réfugié que l'interdiction de séjour de plus de trois jours visant les Tamouls du Nord demeurant à Colombo s'appliquerait à une personne telle que M<sup>me</sup> Ranganathan, qui a quitté le Nord en 1993 et qui est restée à Colombo pendant quatre ans. Dans l'affaire *Badurdeen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 371 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), la Cour a conclu que les motifs de la section du statut de réfugié étaient mal fondés en droit en ce qu'ils ne tenaient pas compte de l'impact de la règle de séjour de trois jours, et ce malgré que la personne en question avait vécu à Colombo en tout 16 mois étalés sur une période de trois ans.

[19] En second lieu, la demanderesse a continué de vivre encore dix mois à Colombo après novembre 1996 avant de se faire avertir par la police de quitter la ville, à la suite de l'incident au poste de police survenu en septembre. Si la règle de séjour de trois jours vise les Tamouls du Nord qui demeurent à Colombo depuis plusieurs années, il est alors difficilement concevable que la demanderesse n'a pas été avisée de partir beaucoup plus tôt.

[20] Une explication possible est que la règle de séjour temporaire est appliquée de façon plus systématique aux Tamouls vivant en pension qu'à ceux

private houses in Colombo, who may only be required to leave when, as in the case of Ms. Ranganathan, they come to the attention of the police as a result of a particular incident. However, there was no evidence to this effect before the panel.

[21] Third, the fact that counsel for the applicant did not raise at the hearing before the panel the likelihood that she would not be permitted to remain in Colombo for more than a few days may suggest that counsel did not regard the evidence as having the significance that is now ascribed to it. Nonetheless, as counsel for the applicant pointed out, the existence of the three-day rule, and the officer's warning to the applicant that she was to leave Colombo immediately, were in evidence before the Refugee Division in documentary form: evidence is evidence, whether oral or written.

[22] If the Refugee Division had been satisfied that Ms. Ranganathan would not be permitted to remain in Colombo for more than three days, it would surely have found that Colombo was not a reasonably available safe place for her. The evidence was thus relevant to a material issue. In addition, the documentary evidence of police practice, and of the warning given by the police officers that the applicant must leave, is sufficiently cogent to require the Refugee Division to have considered it in its reasons. Accordingly, the Refugee Division's failure even to mention this issue in its reasons rendered its dismissal of the applicant's claim erroneous in law.

(b) psychological impact of the detention

[23] In the paragraph of its reasons listing the facts relevant to the issue of whether it was unreasonable to expect the applicant to live in Colombo, the Refugee Division did not mention the impact that the incidents at the police station were likely to have upon her psychological well-being there. However, since there was no evidence before the Refugee Division on this

demeurant dans des maisons privées à Colombo, ces derniers n'étant obligés de quitter les lieux que lorsque leur présence est portée à l'attention de la police à la suite d'un incident, comme dans le cas de M<sup>me</sup> Ranganathan. Cependant, aucune preuve à cet égard n'a été soumise au tribunal.

[21] En troisième lieu, le fait que l'avocat de la demanderesse n'a pas signalé à l'audience devant le tribunal que, selon toute probabilité, la demanderesse ne serait pas autorisée à rester à Colombo plus de quelques jours, peut donner à penser qu'il n'avait pas au départ attaché à ce renseignement l'importance qui lui est accordée aujourd'hui. Néanmoins, comme l'a fait remarquer l'avocat de la demanderesse, l'existence de la règle de trois jours, de même que l'avertissement du policier selon lequel la demanderesse devait quitter Colombo immédiatement, ont été soumis devant la section du statut de réfugié sous forme de preuve documentaire: une preuve demeure une preuve, qu'elle soit écrite ou de vive voix.

[22] Si la section du statut de réfugié avait été convaincue que M<sup>me</sup> Ranganathan n'aurait pu rester plus de trois jours à Colombo, elle aurait sûrement décidé que Colombo n'était pas un endroit sûr raisonnablement envisageable pour la demanderesse. La preuve était donc reliée à une question de fond. De plus, la preuve documentaire liée à la pratique policière ainsi que l'avertissement des policiers à l'endroit de la demanderesse de quitter les lieux sont suffisamment convaincants pour obliger la section du statut de réfugié à les examiner dans ses motifs. Par conséquent, le défaut du tribunal de même faire mention de ces éléments dans ses motifs a fait en sorte que son rejet de la revendication de la demanderesse constitue une erreur de droit.

b) l'impact psychologique de la détention

[23] Dans le paragraphe des motifs énumérant les faits pertinents à la question de savoir s'il était déraisonnable d'exiger que la demanderesse vive à Colombo, la section du statut de réfugié n'a pas fait mention de l'impact qu'ont vraisemblablement eu les incidents au poste de police sur le bien-être psychologique de la demanderesse. Cependant, comme aucun

issue from a psychologist or psychiatrist I do not think that its omission from the panel's reasons can be regarded as rendering the decision erroneous in law.

(c) refusal to consider "humanitarian and compassionate grounds"

[24] Counsel submitted that the Refugee Division erred in law when it stated that the requirement of the *Rasaratnam* test that the safe place be reasonably available to a claimant does not permit it to decide claims on humanitarian and compassionate considerations. Thus, after summarizing the factors that it had considered, and concluding that they did not satisfy the *Rasaratnam* test, the Refugee Division said:

While the panel has sympathy for the claimant, a person with a physical disability, who obviously wishes to reside in Canada with her mother, brother and sister, the panel does not have the jurisdiction to determine refugee claims based on humanitarian and compassionate grounds.

[25] Counsel for the Minister submitted that this passage should not be understood as a statement by the panel that a factor was irrelevant to the determination of whether it would be unreasonable to expect a claimant to avail herself of an internal flight alternative simply because the same factor might also be relevant to, for example, an application for landing from within Canada on humanitarian and compassionate grounds pursuant to subsection 114(2) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 102)].

[26] Rather, he argued, having taken into account the situation in Colombo for Tamils and the personal circumstances of the applicant, and having concluded that they did not meet the unreasonableness requirement, the Refugee Division was simply acknowledging that it could not take into consideration other factors that might be relevant to a humanitarian and compassionate claim to be landed from within Canada, but

rapport de psychologue ou de psychiatre n'a été soumis à cet égard au tribunal, la Cour est d'avis que l'omission de ce renseignement des motifs du tribunal ne peut être considérée comme une erreur de droit.

c) le refus de tenir compte de «raisons d'ordre humanitaire»

[24] L'avocat de la demanderesse a soutenu que la section du statut de réfugié a commis une erreur lorsqu'elle a affirmé que le critère de *Rasaratnam*, à savoir un endroit sûr raisonnablement envisageable pour la demanderesse, ne lui permettait pas de juger les demandes en fonction de raisons d'ordre humanitaire. C'est ainsi que, après avoir résumé les facteurs dont elle avait tenu compte et après avoir conclu que ceux-ci ne satisfaisaient pas au critère de *Rasaratnam*, la section du statut de réfugié a affirmé:

[TRADUCTION] Bien qu'il ait de la sympathie pour la requérante, une personne avec une incapacité physique qui désire manifestement s'établir au Canada avec sa mère, son frère et sa sœur, le tribunal n'a pas compétence pour décider des revendications du statut de réfugié en fonction de raisons d'ordre humanitaire.

[25] L'avocat du ministre a fait valoir que ce passage ne devait pas être pris pour une affirmation du tribunal qu'un facteur n'était pas pertinent quant à la question de savoir s'il est déraisonnable de s'attendre à ce qu'une requérante se prévale de la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays, pour la seule raison que ce même facteur pourrait aussi être pertinent, par exemple, quant à une demande du droit d'établissement faite en sol canadien invoquant des raisons d'ordre humanitaire aux termes du paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 102)].

[26] Il a plutôt soutenu que, après avoir tenu compte de la situation des Tamouls à Colombo et de la situation personnelle de la demanderesse, et après avoir conclu que ni l'une ni l'autre ne satisfaisaient au critère du caractère déraisonnable, la section du statut de réfugié n'a fait que reconnaître qu'elle ne pouvait pas considérer d'autres facteurs qui pourraient être pertinents relativement à une demande d'établissement

were irrelevant to the definition of a Convention refugee.

[27] In effect, counsel's argument was that this is a case like *Kanagaratnam v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 83 F.T.R. 131 (F.C.T.D.), where, in response to a submission similar to that made on behalf of Ms. Ranganathan, Rothstein J. (as he then was) said (at page 133):

While in the broadest sense, Canada's refugee policy may be founded on humanitarian and compassionate considerations, that terminology in the **Immigration Act** and the procedures followed by officials under it, has taken on a particular connotation. Humanitarian and compassionate considerations normally arise after an applicant has been found not to be a Convention refugee. The panel's failure to consider humanitarian and compassionate factors in its Convention refugee determination in this case was not in error.

[28] While I do not take issue with this statement of the law, I do not think that it is dispositive of the case before me. First, it does not address the question of whether the presence in Canada of a claimant's closest family members is relevant to the determination of the claimant's refugee status, when the issue in dispute is the reasonableness or otherwise of expecting the claimant to go to live in a place where there is no well-founded fear of persecution of the claimant. Moreover, as I note in paragraph 54, *infra*, Rothstein J. did not regard the absence of family members from the place of refuge as totally irrelevant to the reasonableness requirement.

[29] Second, in its summary of the facts relevant to its refugee determination the Refugee Division did not mention the fact that the applicant has no relatives in Colombo, a consideration that might seem particularly relevant to the reasonableness inquiry in the case of a person with a physical disability, especially as she grows older. I infer from the panel's silence that it did not take into account the absence of relatives when considering the reasonableness issue.

faite en sol canadien et fondée sur des raisons d'ordre humanitaire, mais qui ne sont pas pertinents quant à la définition d'un réfugié au sens de la Convention.

[27] En effet, l'argument de l'avocat du ministre est que le cas présent est analogue à l'affaire *Kanagaratnam c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 83 F.T.R. 131 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), où, en réponse à une prétention semblable à celle faite au nom de M<sup>me</sup> Ranganathan, le juge Rothstein (tel était alors son titre) a affirmé à la page 133:

Bien que, dans le sens le plus général, la politique canadienne en matière de statut de réfugié se fonde peut-être sur des considérations humanitaires, cette terminologie dans la **Loi sur l'immigration** et les procédures suivies par les agents sous le régime de cette loi a pris une connotation particulière. La question des considérations humanitaires est normalement soulevée après qu'il a été déclaré qu'un requérant n'est pas un réfugié au sens de la Convention. L'omission par le tribunal d'examiner des considérations humanitaires dans sa décision en matière de statut de réfugié au sens de la Convention n'était pas une erreur.

[28] La Cour ne conteste pas cet énoncé du droit, mais elle n'est pas d'avis qu'il permet de trancher le litige en l'espèce. En premier lieu, il n'aborde pas la question de savoir si la présence au Canada des plus proches parents d'un demandeur est pertinente pour déterminer le statut de réfugié de celui-ci, lorsque la question en litige concerne le caractère raisonnable ou non du fait d'exiger que ce demandeur vive dans un endroit où sa crainte de persécution n'est pas fondée. De plus, comme la Cour le note au paragraphe 54, le juge Rothstein n'a pas considéré que l'absence des membres de la famille de l'endroit du refuge était complètement non pertinente quant au critère du caractère raisonnable.

[29] En second lieu, dans son résumé des faits pertinents relativement à la détermination du statut de réfugié, la section du statut de réfugié n'a pas soulevé le fait que la demanderesse n'avait aucune parenté à Colombo, un renseignement qui semble particulièrement pertinent quant à l'évaluation du caractère raisonnable dans le cas d'une personne avec une incapacité physique, surtout lorsqu'elle avance en âge. La Cour déduit du silence du tribunal à cet égard qu'il n'a pas tenu compte de l'absence de parenté lors de son évaluation de la question du caractère raisonnable.

[30] The question that I must decide, therefore, is whether the presence of relatives in Canada, and their absence from the safe place—factors that are regularly considered in the context of subsection 114(2) applications—are also relevant to determining whether it was unreasonable to expect Ms. Ranganathan to live in Colombo.

[31] In the leading case of *Thirunavukkarasu v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 589 (C.A.) it was said that the relevant question is whether it is “objectively unreasonable” to expect a claimant who has a well-founded fear of persecution in one part of her country of nationality to move to live elsewhere in that country where she has no such fear. Linden J.A. (at page 598) amplified the standard somewhat by saying that a claimant “cannot be required to encounter great physical danger or to undergo undue hardship in travelling to or in staying there.” (Emphasis added.)

[32] This basic test has been further elaborated. Thus, it has been said that “unreasonableness” is a flexible standard, and includes not only the general conditions in the region or city in question, but also the circumstances particular to the claimant which might make it unreasonable to require that person to live in that place (for example, *Jayabalasingham v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] F.C.J. No. 1584 (T.D.) (QL), including the claimant’s psychological well-being there (*Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 97 F.T.R. 139 (F.C.T.D.)).

[33] However, of more immediate relevance to this case is Linden J.A.’s statement in *Thirunavukkarasu, supra*, (at page 598) that it was not enough to bring claimants within the definition of a refugeee

. . . that they do not like the weather in a safe area, or that they have no friends or relatives there, or that they may not be able to find suitable work there. [Emphasis added.]

[30] La Cour doit donc se prononcer sur la question de savoir si la présence de parents au Canada, et leur absence de l’endroit sûr—des facteurs qui sont fréquemment considérés dans le contexte des demandes examinées en vertu du paragraphe 114(2)—, sont également pertinentes quant à savoir s’il est déraisonnable de s’attendre à ce que M<sup>me</sup> Ranganathan vive à Colombo.

[31] Dans la décision de principe *Thirunavukkarasu c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1994] 1 C.F. 589 (C.A.), la Cour a affirmé que la question pertinente consiste à savoir s’il est «objectivement déraisonnable» de s’attendre à ce que le demandeur qui craint avec raison d’être persécuté dans une partie de son pays de nationalité, aille vivre dans une autre partie de ce pays où il n’a pas cette crainte. Le juge Linden, J.C.A. (à la page 598) a quelque peu explicité la norme en affirmant qu’«[o]n ne peut exiger du demandeur qu’il s’expose à un grand danger physique ou qu’il subisse des épreuves indues pour se rendre dans cette autre partie ou pour y demeurer». (Non souligné dans l’original.)

[32] Ce critère de base a été davantage développé. Ainsi, on a dit que le «caractère déraisonnable» était un critère souple et qu’il comprenait non seulement la situation générale de la région ou de la ville en question, mais aussi les circonstances particulières au demandeur qui pourraient faire en sorte que ce ne serait pas raisonnable de s’attendre à ce qu’il y vive (à titre d’exemple, *Jayabalasingham c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] F.C.J. n° 1584 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), notamment le bien-être psychologique du demandeur à cet endroit (*Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (1995), 97 F.T.R. 139 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)).

[33] Cependant, est d’une plus grande pertinence pour les fins de l’espèce l’affirmation du juge Linden dans l’affaire *Thirunavukkarasu, supra*, (à la page 598), selon laquelle le fait

[. . .] qu’ils n’aiment pas le climat dans la partie sûre du pays, qu’ils n’y ont ni amis ni parents ou qu’ils risquent de ne pas y trouver de travail qui leur convient. [Non souligné dans l’original.]

n'est pas suffisant pour considérer les demandeurs comme des réfugiés.

[34] The relevance of the absence of relatives in a safe place has been considered in at least three recent cases in this Court. First, in *Ramanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 152 F.T.R. 305 (F.C.T.D.), where the claimant was 75 years old and, while in Canada had become very dependent, both emotionally and for his daily needs, on his family members here, Hugessen J. said [at page 308]:

. . . the factor of requiring an elderly, dependant and unwell person to live alone in a governmental or publicly supported home with governmental or publicly supported health and other social services provided to him when there is an alternative where he is presently living where he has the emotional and family support gained from close members of his family is something which should be considered when inquiring as to whether it would be unduly harsh to send that person from the latter situation to the former.

[35] Second, in *Elmi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 336 (T.D.) (QL), McKeown J. held that the absence of family in Somalia was relevant to determining the unreasonableness of requiring a child to live there. He reasoned that, while, as Linden J.A. had indicated in *Thirunavukkarasu, supra*, it may normally be no more than inconvenient for a person to live without his or her relatives, in the case of a child the absence of relatives could amount to undue hardship, and thus make it objectively unreasonable to expect the claimant to live in the safe place.

[36] *Ramanathan* had earlier been followed in *Sooriyakumaran v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] F.C.J. No. 1402 (T.D.) (QL), where Lutfy J. held that it was a relevant consideration under the second limb of the *Rasaratnam* test that the claimant's only surviving relatives, her minor children, were in Canada after being recognized as refugees.

[34] La pertinence de l'absence de parenté dans un endroit sûr a été considérée dans au moins trois cas récents de la Cour. Premièrement, dans l'affaire *Ramanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 152 F.T.R. 305 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), où le demandeur avait 75 ans et, pendant qu'il était au pays, était devenu très dépendant de sa famille sur le plan à la fois des émotions et de ses besoins quotidiens, le juge Hugessen a affirmé [à la page 308]:

[. . .] le facteur qui exige qu'une personne âgée, dépendante, et qui ne se sent pas très bien vive seule dans un foyer étatique ou subventionné par l'État, où elle obtiendrait des services de santé et autres types de services sociaux étatiques ou subventionnés par l'État, alors qu'une solution de rechange s'offre déjà à cette personne à l'endroit où elle vit et où elle bénéficie du soutien affectif et familial de membres de sa famille proches, en déterminant si le fait de forcer la personne à quitter ce dernier milieu pour s'installer dans un foyer décrit précédemment serait indûment pénible pour celle-ci.

[35] Deuxièmement, dans l'affaire *Elmi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] F.C.J. n° 336 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), le juge McKeown a décidé que l'absence de parenté en Somalie était pertinente pour déterminer le caractère déraisonnable du fait d'exiger qu'un enfant y vive. Il a jugé que, comme le juge Linden l'a indiqué dans *Thirunavukkarasu, supra*, bien que normalement l'absence de parenté ne cause à une personne rien de plus que des inconvénients, l'absence de parenté dans le cas d'un enfant peut équivaloir à une contrainte excessive, et ainsi faire en sorte qu'il ne soit pas objectivement raisonnable de s'attendre à ce que le demandeur vive à l'endroit sûr.

[36] Le principe de l'affaire *Ramanathan* avait auparavant été suivi dans l'affaire *Sooriyakumaran c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 1402 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), dans laquelle le juge Lutfy avait conclu que le fait que les seuls parents survivants de la demanderesse, soit ses enfants mineurs, étaient au Canada en tant que réfugiés était un élément pertinent à considérer sous le second volet du critère de *Rasaratnam*.

[37] Indeed, by indicating that the presence of the applicant's children in Canada was in itself a relevant consideration, regardless of whether there were relatives in Colombo, which, on the facts there were not, Lutfy J. may have gone further than the Court in either *Ramanathan* or, subsequently, *Elmi*. Thus, he said [at paragraph 7]:

The presence in Canada of her two children, both minors and Convention refugees, is the kind of particular circumstance that the tribunal ought to have considered in assessing whether Colombo was an unduly harsh refuge for her.

And later he stated [at paragraph 9]:

It was an error in law for the tribunal to close its mind to the natural bond between a parent and her minor children . . .

[38] Before proceeding further with my analysis of the question of relevance, I should address the standard of review applicable to a determination by the Refugee Division of whether a claimant has an internal flight alternative.

[39] In *Sivasambo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 741 (T.D.) it was held that significant deference should be extended by a reviewing court to determinations by the Refugee Division of whether a reasonable internal flight alternative was available to an applicant. Richard J. (as he then was) applied a deferential standard to both the findings of primary fact made by the Refugee Division, and the application to those facts of the legal standard of unreasonableness or undue hardship.

[40] Similarly, in *Gregory v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] F.C.J. No. 606 (T.D.) (QL), the Court upheld a finding by the Refugee Division that it was not unreasonable to expect the applicant to avail himself of an internal flight alternative in Colombo on the ground that [at paragraph 7] "this conclusion was reasonably open to the Board on

[37] En fait, le juge Lutfy est peut-être allé plus loin que la Cour était allée tant dans *Ramanathan* que, ultérieurement, dans *Elmi*, lorsqu'il a indiqué que la présence des enfants de la demanderesse au Canada était en soi une considération pertinente, peu importe s'il restait de la parenté à Colombo (et dans les faits il n'y en avait pas). Ainsi il a affirmé [au paragraphe 7]:

La présence au Canada de ses deux enfants mineurs et réfugiés au sens de la Convention constitue le type de circonstance particulière dont le tribunal aurait dû tenir compte pour déterminer si Colombo offre un refuge indûment pénible pour la demanderesse.

Et un peu plus loin [au paragraphe 9]:

Le tribunal a commis une erreur de droit en ne tenant pas compte du lien naturel existant entre une mère et ses enfants mineurs [ . . . ]

[38] Avant d'approfondir davantage l'analyse de la question de la pertinence, la Cour se penchera sur la norme de contrôle applicable à une décision de la section du statut de réfugié relative à la possibilité pour un demandeur de trouver refuge dans une autre partie du même pays.

[39] Dans l'affaire *Sivasambo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 741 (1<sup>re</sup> inst.), la Cour a décidé que l'instance révisionnelle devait faire preuve d'une grande retenue à l'égard des décisions rendues par la section du statut de réfugié sur la possibilité raisonnable pour un demandeur de trouver refuge dans une autre partie du même pays. Le juge Richard (tel était alors son titre) a fait preuve de retenue judiciaire vis-à-vis tant des conclusions de la section du statut de réfugié concernant les faits essentiels que de l'application à ces faits de la norme juridique du caractère déraisonnable ou de la contrainte excessive.

[40] De manière analogue, dans l'affaire *Gregory c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 606 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), la Cour a confirmé une décision de la section du statut de réfugié selon laquelle il n'était pas déraisonnable de s'attendre à ce que le demandeur se prévale d'une possibilité de refuge à Colombo, au motif

this record”. (Emphasis added.)

[41] However, whether the absence of family members from the safe area is relevant to determining whether it would be “objectively unreasonable” or impose an “undue hardship” to require a refugee claimant to avail herself of an internal flight alternative is an issue that clearly transcends the particular facts of this case. In *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at pages 767-768, and *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at pages 1015-1018, the Supreme Court of Canada stated that the generality of the issue in dispute is one of the factors that indicates that correctness is the appropriate standard of review.

[42] Whether the absence of relatives in the place of refuge is relevant for the purpose of determining if the internal flight alternative is reasonably available to a refugee claimant involves setting boundaries to the definition of a refugee. As the post-*Thirunavukkarasu* case law to which I have referred indicates, this is a question that has already arisen in several recent cases, and is likely to recur.

[43] Accordingly, on the basis of the reasoning in *Pushpanathan* I conclude that whether the absence of relatives in the place of refuge is a relevant consideration in determining if a person is a refugee is to be decided by this Court on a standard of correctness.

[44] The application of the correctness standard to this question will help to reduce inconsistency among the multiple panels in which the Refugee Division sits across the country. It would be highly detrimental to the legitimacy of the Refugee Division if different panels were permitted to take different views of whether it was relevant to consider the fact that a person had no family members in the place of refuge.

[au paragraphe 7] qu’«il était raisonnablement loisible à la Commission de tirer cette conclusion dans ce dossier». (Non souligné dans l’original.)

[41] Toutefois, la question de savoir si l’absence de parenté à l’endroit sûr est pertinente pour décider s’il est «objectivement déraisonnable» ou s’il y a «contrainte excessive» pour un demandeur du statut de réfugié de se prévaloir d’une possibilité de refuge dans une autre partie du même pays est un sujet qui débordait clairement les faits particuliers de la présente affaire. Dans les affaires *Canada (Directeur des enquêtes et des recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, aux pages 767 et 768, et *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, aux pages 1015 à 1018, la Cour suprême du Canada a affirmé que la généralité de la question en litige constituait un facteur parmi d’autres démontrant que la norme de contrôle judiciaire appropriée était celle de la décision correcte.

[42] La question de savoir si l’absence de parenté à l’endroit du refuge est pertinente aux fins de décider s’il y a une possibilité raisonnable pour le demandeur du statut de réfugié de trouver refuge dans une autre partie du même pays implique l’application de paramètres à la définition de réfugié. Comme le démontre la jurisprudence qui a suivi l’affaire *Thirunavukkarasu* et que j’ai citée ci-dessus, il s’agit d’une question qui a été soulevée dans plusieurs cas récents et qui est susceptible de se poser de nouveau.

[43] Par conséquent, sur la base du raisonnement dans *Pushpanathan*, la Cour est d’avis que la question de savoir si l’absence de parenté à l’endroit du refuge est un facteur pertinent pour décider si une personne est un réfugié doit être tranchée par la Cour selon la norme de la décision correcte.

[44] L’application de la norme de la décision correcte à cette question contribuera à atténuer le manque de cohérence entre les nombreux tribunaux de la section du statut de réfugié qui siègent à travers le pays. La possibilité que différents tribunaux puissent avoir différentes perceptions relativement à la pertinence du fait qu’une personne n’a pas de parenté à l’endroit du refuge serait grandement préjudiciable à

And, since the Chairperson of the Immigration and Refugee Board has issued no interpretative guidelines on this question pursuant to subsection 65(3) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 55] of the *Immigration Act*, which might assist in enhancing consistency among panels, it is appropriate for the Court to decide the question for itself.

[45] On the other hand, the Refugee Division's determination of whether the relevant facts satisfy the *Rasaratnam* test, properly understood, is a question of mixed fact and law, and is reviewable only for unreasonableness. *Sivasambo*, *supra*, and *Gregory*, *supra*, remain good law after *Pushpanatham*, *supra*, to the extent that they establish that rationality is the standard of review for the Refugee Division's application of the *Rasaratnam* test to the facts of a particular case.

[46] Thus, it will be for the Refugee Division to weigh such matters as the seriousness of the claimant's disability, its likely progress as she gets older, the existence in Colombo of any other social network of support available to her, and the fact that she lived in Colombo in the years 1994-1997 without relatives to assist her.

[47] Moreover, even if I am wrong to conclude that correctness is the applicable standard of review on the question of relevance raised by this case, I would not be prepared to extend judicial deference to the panel that dismissed Ms. Ranganathan's claim because it is not clear from its reasons whether it considered the question of relevance at all. Thus, it simply omitted the fact that she had no relatives in Colombo from the facts that it stated that it had taken into consideration in determining whether it would be unreasonable to expect the applicant to reside there.

la légitimité de la section du statut de réfugié. Comme le président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié n'a émis aucune directive interprétative à cet égard conformément au paragraphe 65(3) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 55] de la *Loi sur l'immigration* pour aider à maintenir une certaine cohérence entre les tribunaux, la Cour est autorisée à trancher la question elle-même.

[45] D'un autre côté, la décision de la section du statut de réfugié relativement à la question de savoir si les faits pertinents remplissent les exigences du critère de *Rasaratnam*, interprété comme il se doit, constitue une question mixte de droit et de fait, et n'est susceptible de contrôle judiciaire que si elle est déraisonnable. Les affaires *Sivasambo*, *supra*, et *Gregory*, *supra*, font encore autorité après la décision *Pushpanatham*, *supra*, dans la mesure où elles établissent que la rationalité est la norme de contrôle appropriée de l'application par la section du statut de réfugié du critère de *Rasaratnam* aux faits d'un cas particulier.

[46] Par conséquent, il reviendra à la section du statut de réfugié de décider du poids à accorder à des questions telles que la gravité de l'incapacité de la demanderesse, la détérioration prévisible de sa situation à mesure que la demanderesse prendra de l'âge, l'existence d'autres réseaux d'assistance sociale à sa disposition à Colombo et le fait qu'elle a vécu à Colombo durant les années 1994 à 1997 sans l'aide d'aucun parent.

[47] De plus, même si la Cour avait tort d'affirmer que la norme de la décision correcte est la norme de contrôle appropriée relativement à la question de la pertinence soulevée dans la présente affaire, elle ne serait pas prête à faire preuve de retenue judiciaire à l'égard du tribunal qui a rejeté la demande de M<sup>me</sup> Ranganathan, parce qu'il ne ressort pas clairement de ses motifs qu'il ait tenu compte de la question de pertinence de quelque façon que ce soit. Par conséquent, le tribunal a simplement omis le fait que la demanderesse n'avait aucune parenté à Colombo lorsqu'il a mentionné les faits qu'il a affirmé avoir pris en considération pour décider s'il serait déraisonnable de s'attendre à ce que la demanderesse y vive.

[48] To turn to the substantive issue, on the basis of the recent decisions to which I have referred (*Ramanathan, Elmi* and *Sooriyakumaran*) it would now seem settled law in this Court that in determining undue hardship or unreasonableness for the purpose of the availability of an internal flight alternative, the Refugee Division must take into account the fact that the claimant has no relatives in Colombo when there are family members in Canada.

[49] I see no reason to take a view that is different from my colleagues on this issue. Depending on the circumstances of the particular case, it would seem clear to me that the absence of family members available to provide emotional and material support might well consign a claimant to a quality of life that falls well below that standard of decency that is widely recognized as a human entitlement.

[50] I think that Rothstein J. got it right when he said in *Kanagaratnam, supra* (at page 132):

I interpret Linden, J.A.'s, comments [in *Thirunavukkarasu, supra*] not to exclude the absence of friends or relatives or inability to find work as factors in the reasonableness consideration, but only that these factors alone would not make an IFA unreasonable.

[51] It cannot be that there are two mutually exclusive lists of factors to be considered in the two contexts of refugee determination and subsection 114(2) applications. Indeed, as Hugessen J. pointed out in *Ramanathan, supra*, (at page 308) if factors relevant to a humanitarian and compassionate application were for that reason excluded from the reasonableness consideration, there would be virtually nothing to consider under the second limb of the *Rasaratnam* test.

#### D. CONCLUSION

[52] For these reasons the application for judicial review is granted and the decision of the Refugee Division finding Ms. Ranganathan not to be a Convention refugee is set aside.

[48] En ce qui concerne la question de fond, sur la base des décisions récentes que la Cour a citées (*Ramanathan, Elmi* et *Sooriyakumaran*), il semble maintenant bien établi que, lors d'une évaluation visant à déterminer s'il y a contrainte excessive ou caractère déraisonnable relativement à la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays, la section du statut de réfugié doit tenir compte du fait que la demanderesse n'a pas de parenté à Colombo, alors que des membres de sa famille se trouvent au Canada.

[49] La Cour ne voit pas pourquoi elle devrait adopter un point de vue différent de celui des autres juges sur cette question. Selon les circonstances de l'espèce, il est clair que l'absence de membres de la famille pouvant fournir un soutien émotionnel et matériel peut fort bien condamner un requérant à un niveau de vie bien inférieur à la norme consacrée de décence à laquelle tout être humain a droit.

[50] La Cour est d'avis que le juge Rothstein avait raison d'affirmer dans la décision *Kanagaratnam, supra* (à la page 132):

J'interprète les commentaires du juge Linden [dans l'arrêt *Thirunavukkarasu*, précité] comme n'excluant pas l'absence d'amis ou de parents ou l'impossibilité de trouver du travail comme facteurs dans l'examen du caractère raisonnable, sauf que ces facteurs seuls ne rendent pas déraisonnable l'idée de possibilité d'un refuge dans une autre partie du même pays.

[51] Il ne peut y avoir deux listes de facteurs à considérer qui s'excluent mutuellement selon qu'il s'agit de la détermination du statut de réfugié ou des demandes présentées en vertu du paragraphe 114(2). En effet, comme le juge Hugessen l'a indiqué dans la décision *Ramanathan, supra* (à la page 308), si des éléments pertinents quant à une demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire devaient pour cette raison être exclus de l'évaluation du caractère raisonnable, il n'y aurait pratiquement plus rien à examiner sous le second volet du critère de *Rasaratnam*.

#### D. CONCLUSION

[52] Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire est accueillie, et la décision de la section du statut de réfugié selon laquelle M<sup>me</sup> Ranganathan n'est pas une réfugiée au sens de la Convention est annulée.

[53] However, since I have found that the Refugee Division committed no reviewable error in concluding that the applicant did not have good grounds to fear persecution in Colombo, the matter is remitted to a differently constituted panel of the Refugee Division to decide. I am remitting with the direction that the panel decide only whether in all the circumstances of this case it would be unduly harsh or unreasonable to expect the applicant to live in Colombo for the purpose of the second limb of the *Rasaratnam* test for determining whether an internal flight alternative was available.

[54] And, in conducting this inquiry, the Refugee Division must consider whether Ms. Ranganathan has relatives in Colombo and, in accordance with the reasons that I have given, take its finding on this question into account when determining whether in all the circumstances the *Rasaratnam* test is satisfied.

[55] I invited submissions from counsel on the certification of a question or questions. Counsel for the Minister requested that, since I have found that the Refugee Division erred in law by failing to consider evidence, even though that evidence did not contradict a finding of fact that it had made, I should certify a question on this point. I have decided not to do so because I found that the "three-day residence rule" was highly material to the Refugee Division's conclusion that it was not unreasonable for the applicant to live in Colombo.

[56] Counsel for the applicant opposed the certification of a question on the standard of review applicable to the Refugee Division's determination of the relevance of facts to be considered in deciding the question of unreasonableness. He submitted that the standard of review is not relevant to the disposition of this case because I had stated that even if unreasonableness were the standard applicable I would not have deferred to the panel in this case since it is not

[53] Cependant, comme la Cour n'a relevé aucune erreur susceptible de contrôle judiciaire de la part de la section du statut de réfugié lorsque celle-ci a décidé que la demanderesse n'avait pas de motifs de craindre d'être persécutée à Colombo, le dossier est renvoyé pour réexamen devant un tribunal différemment constitué de la section du statut de réfugié. La Cour renvoie le dossier avec la directive que le tribunal doit seulement décider si, vu l'ensemble des faits de la présente affaire, le retour de la demanderesse à Colombo est déraisonnable ou équivaut à une contrainte excessive aux fins du second volet du critère de *Rasaratnam*, lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y avait possibilité de refuge dans une autre partie du même pays.

[54] Lors de cet examen, la section du statut de réfugié doit décider si M<sup>me</sup> Ranganathan a de la parenté à Colombo et, conformément aux motifs que la Cour a prononcés, tenir compte de sa conclusion à cet égard lorsqu'elle détermine si, compte tenu de l'ensemble des faits, il a été satisfait au critère de *Rasaratnam*.

[55] La Cour a invité les avocats à soumettre une ou des questions à certifier. L'avocat du ministre a demandé que, étant donné qu'elle a conclu que la section du statut de réfugié a commis une erreur de droit en n'examinant pas certaines preuves, malgré le fait que ces preuves ne contredisaient pas la conclusion de fait que le tribunal avait tirée, la Cour certifie une question à cet égard. La Cour décide de ne pas faire droit à cette demande du fait que la «règle de séjour de trois jours» avait une importance déterminante au regard de la conclusion de la section du statut de réfugié selon laquelle il n'était pas déraisonnable pour la demanderesse de vivre à Colombo.

[56] L'avocat de la demanderesse s'est opposé à la certification d'une question qui porterait sur la norme de contrôle judiciaire applicable à la décision de la section du statut de réfugié concernant la pertinence des faits à considérer dans l'examen du caractère déraisonnable. Il a soutenu que la norme de contrôle n'est pas pertinente pour trancher le litige, car la Cour a affirmé que, même si le caractère déraisonnable était la norme applicable, elle n'aurait pas fait preuve de

clear that it considered the fact at all. I agree.

[57] I certify under subsection 83(1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73] of the *Immigration Act* the following question:

Is it an error of law for the Refugee Division to fail to take into account for the purpose of the unreasonableness inquiry under the second branch of the *Rasaratnam* test the fact that a refugee claimant who has relatives in Canada has no relatives in the safe area of the country of nationality?

retenue judiciaire à l'égard du tribunal dans le présent cas étant donné qu'il n'est pas clair qu'il ait tenu compte de cette question de quelque façon que ce soit. La Cour est de cet avis.

[57] La Cour certifie la question suivante en vertu du paragraphe 83(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73] de la *Loi sur l'immigration*:

La section du statut de réfugié commet-elle une erreur de droit lorsqu'elle omet de considérer, aux fins de l'examen du caractère déraisonnable sous le second volet du critère de *Rasaratnam*, le fait qu'un demandeur du statut de réfugié qui a de la parenté au Canada n'en a pas à l'endroit sûr de son pays de nationalité?

T-2765-96

T-2765-96

**Ernst Zündel** (*Applicant*)**Ernst Zündel** (*demandeur*)

v.

c.

**The Attorney General of Canada, Sabina Citron, The Toronto Mayor's Committee on Community and Race Relations** (*Respondents*)**Le procureur général du Canada, Sabina Citron, The Toronto Mayor's Committee on Community and Race Relations** (*défendeurs*)

and

et

**The Canadian Human Rights Commission, Canadian Jewish Congress, Canadian Holocaust Remembrance Association, Simon Wiesenthal Centre and The League for Human Rights of B'Nai Brith Canada** (*Interveners*)**La Commission canadienne des droits de la personne, le Congrès juif canadien, The Canadian Holocaust Remembrance Association, Simon Wiesenthal Centre et la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada** (*intervenants*)**INDEXED AS: ZÜNDEL v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: ZÜNDEL c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, Evans J.—Toronto, March 10; Ottawa, June 15, 1999.

Section de première instance, juge Evans—Toronto, 10 mars; Ottawa, 15 juin 1999.

*Human Rights — Application for judicial review of CHRC's decision to request appointment of Tribunal to inquire into complaints applicant causing hate messages to be communicated through computer Web site (server computer and Web site manager located outside Canada) — Past speech by Deputy Chief Commissioner on subject of hate propaganda not indication of bias herein — Legal test of bias — Interpretation of enabling statute (communicate telephonically, extra-territorial issue, causing to communicate) by Commission not automatically justifying judicial review — Not appropriate at this stage to determine issue of whether provision in violation of Charter, s. 2(b) as, in any event, recent amendment to Human Rights Act, s. 50(2) giving Tribunal jurisdiction to determine constitutional issue.*

*Droits de la personne — Demande de contrôle judiciaire de la décision de la CCDP de demander la désignation d'un tribunal des droits de la personne pour instruire les plaintes portant que le demandeur faisait aborder des messages haineux sur un site Web (le serveur du site Web et la personne qui le gérât étaient situés à l'extérieur du Canada) — Le discours sur la propagande haineuse prononcé auparavant par la vice-présidente de la Commission ne constituait pas un signe de partialité — Critère de partialité prévu dans la loi — L'interprétation de la loi habilitante (utiliser un téléphone, extra-territorialité, faire aborder) par la Commission ne justifie pas automatiquement le contrôle judiciaire — Il ne convenait pas de trancher à cette étape la question de savoir si la disposition contrevenait à l'art. 2b) de la Charte parce que, quoi qu'il en soit, une modification récente apportée à la l'art. 50(2) de la Loi sur les droits de la personne conférait compétence à la Commission pour trancher une question constitutionnelle.*

*Administrative law — Judicial review — Certiorari — CHRC decision to request appointment of Tribunal to inquire into complaints applicant causing hate messages to be communicated through computer Web site — Allegation of bias against Deputy Chief Commissioner — Legal test of bias — Interpretation of enabling statute by Commission not automatically justifying judicial review — Not appropriate at this stage to determine issue of whether provision in violation of Charter, s. 2(b) as, in any event, recent amendment to CHRA, s. 50(2) giving Tribunal jurisdiction to determine constitutional issue.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Décision de la CCDP de demander la désignation d'un tribunal des droits de la personne pour instruire les plaintes portant que le demandeur faisait aborder des messages haineux sur un site Web — Allégation de partialité de la part de la vice-présidente de la Commission — Critère de partialité prévu dans la loi — L'interprétation de la loi habilitante par la Commission ne justifie pas automatiquement le contrôle judiciaire — Il ne convenait pas de trancher à cette étape la question de savoir si la disposition contrevenait à l'art. 2b) de la Charte parce que, quoi qu'il en soit, une modification récente apportée à l'art. 50(2) de*

In response to complaints that Ernst Zündel was causing hate messages to be communicated through a computer Web site (the Zündel site), the Canadian Human Rights Commission requested the appointment of a Human Rights Tribunal to inquire into complaints.

This was an application for judicial review of the Commission's decision on the following grounds: that the decision was vitiated by bias as a result of statements made by the Deputy Chief Commissioner (DCC) prior to the filing of the complaints and to her subsequent participation in the Commission's decision to refer them for adjudication; that the Tribunal had no jurisdiction to inquire into the complaints because material posted on the Web site was not communicated "telephonically" as required by section 13 of the *Canadian Human Rights Act* and because the server computer and the manager of the Web site were located outside Canada; that the Commission ought to have dismissed the complaints because they were vexatious and made in bad faith; that to uphold the complaints would violate applicant's right to freedom of expression as guaranteed by the Charter.

*Held*, the application should be dismissed.

The allegation of bias was made in respect of the DCC on the basis of two speeches she gave, "Combatting Hate Propaganda" and "Hate Propaganda: A Human Rights Perspective", in which she mentioned that the Internet was used for hate propaganda, that Internet hate messages could be treated like telephone hate messages, and that Ernst Zündel was one of the originators of hate messages who were difficult to trace and often operated outside Canada. The applicant alleged that the DCC had thus prejudged the principal questions that the Commission had to decide when considering whether to dismiss the complaints or request the appointment of a Tribunal.

The standard of impartiality required of investigators and members of the Commission, which has no adjudicative role, was at the low end of the spectrum, at least when the basis of the allegation of bias is that a member has expressed views that indicated a pre-judgment of the issues under consideration. In order to succeed, the applicant had to show that the DCC had a closed mind when she participated in the decision to refer the complaint to a Tribunal. Furthermore, the Act contemplated a proactive role for the Commission in the complaints process and conferred on it powers and responsibilities for such matters as public education and information. Its duties thus extended beyond the processing of individual complaints.

*la LCDP conférerait compétence à la Commission pour trancher une question constitutionnelle.*

À la suite de plaintes portant que Ernst Zündel faisait aborder des messages haineux sur un site Web (le Zündel site), la Commission canadienne des droits de la personne a demandé la désignation d'un Tribunal des droits de la personne pour instruire les plaintes.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de cette décision de la Commission fondée sur les moyens suivants: la décision était entachée de partialité vu les déclarations faites par la vice-présidente de la Commission (la vice-présidente) avant le dépôt des plaintes et de sa participation subséquente à la décision de la Commission de les déférer à un Tribunal; le Tribunal n'avait pas compétence pour instruire les plaintes puisque les données affichées sur le site Web n'étaient pas communiquées par «téléphone» comme l'exigeait l'article 13 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et parce que le serveur du site Web et la personne qui le gérait étaient situés à l'extérieur du Canada; la Commission aurait dû rejeter les plaintes, car elles étaient vexatoires et entachées de mauvaise foi; si les plaintes étaient jugées fondées, il serait porté atteinte à la liberté d'expression du demandeur garantie par la Charte.

*Jugement*: la demande est rejetée.

L'allégation de partialité de la part de la vice-présidente était fondée sur deux discours qu'elle avait prononcés, «*Combatting Hate Propaganda*» et «*La propagande haineuse sous l'angle des droits de la personne*», dans lesquels elle mentionnait qu'Internet était utilisé pour faire de la propagande haineuse, que les messages à caractère haineux diffusés sur Internet pouvaient être considérés comme de la propagande haineuse téléphonique et que Ernst Zündel était l'un des auteurs de messages haineux au sujet desquels elle a dit qu'il était plus difficile de trouver qui est à l'origine des messages diffusés sur Internet et que cette diffusion se fait souvent à partir de l'étranger. Le demandeur a prétendu que la vice-présidente avait donc préjugé les questions principales que la Commission devait trancher pour décider si elle devait rejeter les plaintes ou demander la désignation d'un tribunal.

La norme d'impartialité applicable aux enquêteurs et aux membres de la Commission, qui n'exerce pas de fonction juridictionnelle, est parmi les moins sévères, du moins lorsque les allégations de partialité sont fondées sur le fait qu'ils ont exprimé des opinions qui témoignent d'un préjugement des questions à l'étude. Pour s'acquitter du fardeau qui lui incombait, le demandeur devait démontrer que la vice-présidente avait l'esprit fermé lorsqu'elle a participé à la décision de la Commission de déférer les plaintes à un Tribunal. De plus, la Loi attribuait un rôle proactif à la Commission en ce qui concerne la procédure de traitement des plaintes et elle lui conférerait des pouvoirs et des responsabilités sur des questions comme la sensibilisa-

A position taken by the DCC at a time when the Commission had no complaint before it should not be regarded as precluding her from later being amenable to persuasion by the substantial volume of material placed before the Commission. She had given no opinion as to whether material posted on the Zündelsite contravened subsection 13(1) of the Act. Her comments did not indicate that she had a closed mind to the disposition of the complaints subsequently made against applicant. Furthermore, the notes for the speeches she had given suggest that they were thoughtful and informative in nature, rather than inflammatory and demagogic.

The Court is reluctant to intervene prior to the determination of a matter by a Human Rights Tribunal. Courts no longer regard the interpretation of statutory provisions defining the regulated conduct (“communicate telephonically”, extra-territorial issue, “causing to communicate”) as *ipso facto* “jurisdictional” in nature. Furthermore, the Commission’s decisions are normally reviewable on a standard of rationality, not correctness. The Commission’s decision should only be quashed if there was no rational basis in law or on the evidence to support the decision that an inquiry by a Tribunal was warranted in all the circumstances.

The matters raised by applicant challenge the legal authority of the Commission and the Tribunal to regulate material available on the Internet, which is fast becoming one of the most powerful media of mass communication. The benefits to be obtained from awaiting the Tribunal’s considered determination of questions of this complexity, novelty and importance clearly outweigh the costs to applicant, and to the public purse, of permitting the administrative process to run its course before the matter is fully reviewed by the Court.

As to the substantive issues, first, on a consideration of the language of the Act, the evidence and the interpretative approach to be taken to human rights legislation, it could not be said that the position adopted by the Commission on the interpretation of the word “telephonically” lacked a rational basis. And the Tribunal must be permitted to make findings of fact about technical aspects of Internet communication, and to give its considered interpretation of section 13 in the light of the arguments of counsel and its own understanding of the purposes of the Act. As to the “extra-territorial issue”, a person in Canada causes material to be communicated for the purpose of section 13 if that person effectively controls the content of material posted on a Web site that is maintained outside Canada. It should be left to the Tribunal to decide whether the evidence adduced at the hearing is sufficient to establish that applicant was causing

tion et l’information du public. Ses obligations s’étendaient donc au-delà du traitement des plaintes.

Une position prise par la vice-présidente, à une époque où la plainte n’avait pas encore été adressée à la Commission, ne doit pas être considérée comme écartant toute chance que les nombreux documents produits devant la Commission puissent la convaincre. Elle n’avait pas exprimé d’opinion quant à savoir si les données affichées sur le «Zündelsite» contrevenaient au paragraphe 13(1) de la Loi. Ses remarques ne laissaient pas croire qu’elle avait un esprit fermé en ce qui concerne le traitement des plaintes ensuite déposées contre le demandeur. Qui plus est, ses notes indiquent que ses discours étaient réfléchis et instructifs plutôt qu’incendiaries et démagogiques.

La Cour est réticente à intervenir avant qu’un Tribunal canadien des droits de la personne rende une décision. Les cours de justice ne considèrent plus que l’interprétation des dispositions législatives définissant la conduite réglementée («utiliser un téléphone», extra-territorialité, «fait aborder») est de nature «juridictionnelle» en soi. De plus, normalement, les décisions de la Commission sont susceptibles de contrôle selon le critère de la rationalité, et non de la justesse. La décision de la Commission ne devait être annulée que si la Commission ne pouvait s’appuyer sur aucun motif rationnel en droit, ni sur aucune preuve pour décider qu’une instruction par un Tribunal était justifiée compte tenu de toutes les circonstances.

Les questions soulevées par le demandeur mettent en doute le pouvoir légal de la Commission et du Tribunal de réglementer les documents accessibles sur Internet, qui est en voie de devenir rapidement le moyen de communication de masse le plus puissant. Les avantages qu’il y a à attendre que le Tribunal ait rendu une décision motivée sur des questions aussi complexes, inédites et importantes surpassent nettement les coûts qu’occasionnerait au demandeur, et aux contribuables, la décision de la Cour de laisser le processus administratif suivre son cours avant d’examiner l’affaire à fond.

En ce qui concerne les questions de fond, d’abord, compte tenu du libellé de la Loi, de la preuve et de la méthode d’interprétation applicable à la législation en matière de droits de la personne, on ne pouvait affirmer que la position adoptée par la Commission concernant l’interprétation du terme «téléphone» n’avait pas de fondement rationnel. Le Tribunal doit pouvoir tirer des conclusions de fait sur les aspects techniques des communications par Internet et donner une interprétation motivée de l’article 13 en tenant compte des arguments des avocats et de sa propre compréhension de l’objet de la Loi. Quant à la question de l’extra-territorialité, une personne qui se trouve au Canada fait aborder des données au sens de l’article 13 si elle contrôle effectivement le contenu d’un site Web géré à l’extérieur du Canada. Il fallait laisser au tribunal le soin de décider si la preuve produite à l’audition par les parties était suffisante

material to be communicated within the meaning of section 13. The argument, that those who accessed the Zündelsite from their computers caused the material to be communicated, was mere sophistry.

That Sabina Citron was a survivor of the Holocaust and had failed in an attempt to have applicant convicted of a criminal offence arising from his publications did not mean that her complaint was made in bad faith.

It was not appropriate to determine the constitutional issue at this point. The decision under review was that of the Commission to request the appointment of a Tribunal, and it could not be set aside on a Charter ground if the Commission lacked jurisdiction to decide that question for itself. The Commission did not have legal authority to determine the validity of a provision in its enabling legislation. Accordingly, the Commission's decision could not be set aside on the ground that invoking section 13 against applicant in connection with the material posted on the Zündelsite would deprive him of his right to freedom of expression under paragraph 2(b) of the Charter, a deprivation that could not be justified under section 1. The section 1 issue is more appropriately adjudicated at first instance by the Tribunal.

The Tribunal has implied statutory authority to determine whether it is constitutionally permissible to apply section 13 of the Act to the facts before it. In any event, a recent amendment to section 50(2) of the *Canadian Human Rights Act* has laid to rest whatever doubt there might otherwise have been about the Tribunal's jurisdiction to determine the Charter question raised on behalf of applicant.

#### 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).

*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 2 (as am. by S.C. 1996, c. 14, s. 1; 1998, c. 9, s. 9), 13, 27(1)(a),(b),(h) (as am. *idem*, s. 20), 40(3), 41(1) (as am. by S.C. 1995, c. 44, s. 49), 44(3)(a) (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 24), (b) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 64), 49(1) (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 27), 50(2) (as am. *idem*).

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(4) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 44(c),(d).

pour établir que le demandeur a fait communiquer des données au sens de l'article 13. L'argument selon lequel ce sont les personnes qui ont visité le «Zündelsite» à partir de leurs ordinateurs qui ont fait aborder ces données constituait un pur sophisme.

Le fait que Sabina Citron ait survécu à l'holocauste et qu'elle n'ait pas réussi à faire condamner le demandeur au criminel pour ses publications ne signifiait pas que sa plainte était entachée de mauvaise foi.

Il ne convenait pas de trancher la question constitutionnelle à cette étape. La décision contestée est celle de la Commission de demander la désignation d'un Tribunal, et elle ne peut être annulée pour un motif fondé sur la Charte si la Commission n'avait pas compétence pour trancher cette question. La Commission n'avait pas le pouvoir légal de se prononcer sur la validité d'une disposition de sa loi habilitante. Par conséquent, la Cour ne pouvait annuler la décision de la Commission au motif que le recours à l'article 13 contre le demandeur relativement aux éléments affichés dans le «Zündelsite» aurait porté atteinte à la liberté d'expression que lui garantissait l'alinéa 2b) de la Charte, et que cette atteinte n'était pas justifiable en regard de l'article premier. Il était plus approprié que la question de l'application de l'article premier soit tranchée en première instance par le Tribunal.

Le Tribunal possédait le pouvoir légal implicite de déterminer si la Constitution permet l'application de l'article 13 de la Loi aux faits qui lui étaient soumis. Quoi qu'il en soit, le paragraphe 50(2) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* a levé tout doute qui aurait autrement pu subsister quant à la compétence de la Commission pour trancher la question fondée sur la Charte soulevée par le demandeur.

#### 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).

*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 2 (mod. par L.C. 1996, ch. 14, art. 1; 1998, ch. 9, art. 9), 13, 27(1)a),b),h) (mod., *idem*, art. 20), 40(3), 41(1) (mod. par L.C. 1995, ch. 44, art. 49), 44(3)a) (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 24), b) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 64), 49(1) (mod., par L.C. 1998, ch. 9, art. 27), 50(2) (mod., *idem*).

*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 44c),d).

*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).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879; (1989), 62 D.L.R. (4th) 385; 100 N.R. 241; *Slattery v. Canada (Human Rights Commission)*, [1994] 2 F.C. 574; (1994), 73 F.T.R. 161 (T.D.); *Canadian Broadcasting Corp. v. Canadian Human Rights Commission et al.* (1993), 71 F.T.R. 214 (F.C.T.D.); *Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada*, [1999] 1 F.C. 113; (1998), 167 D.L.R. (4th) 432 (C.A.); *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; (1991), 81 D.L.R. (4th) 358; 50 Admin. L.R. 1; 36 C.C.E.L. 117; 91 CLLC 14,023; 4 C.R.R. (2d) 12; 126 N.R. 1; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; (1996), 140 D.L.R. (4th) 193; 43 Admin. L.R. (2d) 155; 26 C.C.E.L. (2d) 1; 40 C.R.R. (2d) 81; 204 N.R. 1.

## DISTINGUISHED:

*Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada et al.* (1997), 127 F.T.R. 44 (F.C.T.D.); *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; *E.A. Manning Ltd. v. Ontario Securities Commission* (1995), 23 O.R. (3d) 257; 125 D.L.R. (4th) 305; 32 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.C.L.S. 125; 80 O.A.C. 321 (C.A.).

## CONSIDERED:

*R. v. Pickersgill et al., Ex parte Smith et al.* (1970), 14 D.L.R. (3d) 717 (Man. Q.B.); *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d) 1; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R. 1.

## REFERRED TO:

*Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; (1990), 75 D.L.R. (4th) 577; 13 C.H.R.R. D/435; 3 C.R.R. (2d) 116; *Great Atlantic & Pacific Co. of Canada v. Ontario (Human Rights Commission)* (1993), 13 O.R. (3d) 824; 109 D.L.R. (4th) 214; 12 Admin. L.R. (2d) 267; 93 CLLC 17,017; 65 O.A.C. 227 (Div. Ct.); *Save Richmond Farmland Society v. Richmond (Township)*, [1990] 3 S.C.R. 1213; (1990), 75 D.L.R. (4th) 425; [1991] 2 W.W.R. 178; 52 B.C.L.R. (2d) 145; 46 Admin. L.R. 264; 2 M.P.L.R. (2d) 288; 116 N.R. 68; *Zündel v. Canada (Minister of Citizenship*

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879; (1989), 62 D.L.R. (4th) 385; 100 N.R. 241; *Slattery c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1994] 2 C.F. 574; (1994), 73 F.T.R. 161 (1<sup>re</sup> inst.); *Société Radio-Canada c. Commission canadienne des droits de la personne et al.* (1993), 71 F.T.R. 214 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier*, [1999] 1 C.F. 113; (1998), 167 D.L.R. (4th) 432 (C.A.); *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; (1991), 81 D.L.R. (4th) 358; 50 Admin. L.R. 1; 36 C.C.E.L. 117; 91 CLLC 14,023; 4 C.R.R. (2d) 12; 126 N.R. 1; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; (1996), 140 D.L.R. (4th) 193; 43 Admin. L.R. (2d) 155; 26 C.C.E.L. (2d) 1; 40 C.R.R. (2d) 81; 204 N.R. 1.

## DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier et al.* (1997), 127 F.T.R. 44 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *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; *E.A. Manning Ltd. v. Ontario Securities Commission* (1995), 23 O.R. (3d) 257; 125 D.L.R. (4th) 305; 32 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.C.L.S. 125; 80 O.A.C. 321 (C.A.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*R. v. Pickersgill et al., Ex parte Smith et al.* (1970), 14 D.L.R. (3d) 717 (B.R. Man.); *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d) 1; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R. 1.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; (1990), 75 D.L.R. (4th) 577; 13 C.H.R.R. D/435; 3 C.R.R. (2d) 116; *Great Atlantic & Pacific Co. of Canada v. Ontario (Human Rights Commission)* (1993), 13 O.R. (3d) 824; 109 D.L.R. (4th) 214; 12 Admin. L.R. (2d) 267; 93 CLLC 17,017; 65 O.A.C. 227 (C. div.); *Save Richmond Farmland Society c. Richmond (Canton)*, [1990] 3 R.C.S. 1213; (1990), 75 D.L.R. (4th) 425; [1991] 2 W.W.R. 178; 52 B.C.L.R. (2d) 145; 46 Admin. L.R. 264; 2 M.P.L.R. (2d) 288; 116 N.R. 68; *Zündel c.*

and Immigration), [1998] 2 F.C. 233; (1997), 154 D.L.R. (4th) 216; 7 Admin. L.R. (3d) 126; 221 N.R. 213 (C.A.); *Regina (City) Police v. Saskatchewan (Human Rights Commission)* (1992), 98 D.L.R. (4th) 51; [1993] 1 W.W.R. 577; 105 Sask. R. 100; 8 Admin. L.R. (2d) 1 (C.A.); *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756; (1971), 18 D.L.R. (3d) 1; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227; (1979), 25 N.B.R. (2d) 237; 97 D.L.R. (3d) 417; 51 A.P.R. 237; 79 CLLC 14,209; 26 N.R. 341; *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton et al.*, [1985] 2 S.C.R. 150; (1985), 21 D.L.R. (4th) 1; [1985] 6 W.W.R. 166; 38 Man. R. (2d) 1; 15 Admin. L.R. 177; 8 C.C.E.L. 105; 85 CLLC 17,020; 61 N.R. 241; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; (1987), 40 D.L.R. (4th) 193; 27 Admin. L.R. 172; 87 CLLC 17,022; 76 N.R. 161; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; (1990), 75 D.L.R. (4th) 577; 13 C.H.R.R. D/435; 3 C.R.R. (2d) 116.

#### AUTHORS CITED

Gosnell, Chris. "Hate Speech on the Internet: A Question of Context" (1997-98), 23 *Queen's L.J.* 369.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Canadian Human Rights Commission to request the appointment of a Human Rights Tribunal to inquire into complaints made against Ernst Zündel that he was causing hate messages to be communicated through a computer Web site. Application dismissed.

#### APPEARANCES:

*Douglas Christie* for applicant.  
*Marlene I. Thomas* and *Michael H. Morris* for respondent.  
*Robert P. Armstrong* and *Wendy M. Matheson* for respondent Sabina Citron and intervener Canadian Holocaust Remembrance Association.  
*Andrew A. Weretelnik* for respondent Toronto Mayor's Committee on Community and Race Relations.  
*René Duval* for intervener Canadian Human Rights Commission.

#### SOLICITORS OF RECORD:

*Douglas Christie* for applicant.

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 2 C.F. 233; (1997), 154 D.L.R. (4th) 216; 7 Admin. L.R. (3d) 126; 221 N.R. 213 (C.A.); *Regina (City) Police v. Saskatchewan (Human Rights Commission)* (1992), 98 D.L.R. (4th) 51; [1993] 1 W.W.R. 577; 105 Sask. R. 100; 8 Admin. L.R. (2d) 1 (C.A.); *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756; (1971), 18 D.L.R. (3d) 1; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; (1979), 25 N.B.R. (2d) 237; 97 D.L.R. (3d) 417; 51 A.P.R. 237; 79 CLLC 14,209; 26 N.R. 341; *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton et autre*, [1985] 2 R.C.S. 150; (1985), 21 D.L.R. (4th) 1; [1985] 6 W.W.R. 166; 38 Man. R. (2d) 1; 15 Admin. L.R. 177; 8 C.C.E.L. 105; 85 CLLC 17,020; 61 N.R. 241; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; (1987), 40 D.L.R. (4th) 193; 27 Admin. L.R. 172; 87 CLLC 17,022; 76 N.R. 161; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; (1990), 75 D.L.R. (4th) 577; 13 C.H.R.R. D/435; 3 C.R.R. (2d) 116.

#### DOCTRINE

Gosnell, Chris. «Hate Speech on the Internet: A Question of Context» (1997-98), 23 *Queen's L.J.* 369.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission canadienne des droits de la personne de demander la désignation d'un tribunal des droits de la personne pour instruire les plaintes déposées contre Ernst Zündel, selon lesquelles il faisait aborder des messages haineux sur un site Web. Demande rejetée.

#### ONT COMPARU:

*Douglas Christie* pour le demandeur.  
*Marlene I. Thomas* et *Michael H. Morris* pour le défendeur.  
*Robert P. Armstrong* et *Wendy M. Matheson* pour la défenderesse Sabina Citron et l'intervenante Canadian Holocaust Remembrance Association.  
*Andrew A. Weretelnik* pour le défendeur Toronto Mayor's Committee on Community and Race Relations.  
*René Duval* pour l'intervenante Commission canadienne des droits de la personne.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Douglas Christie* pour le demandeur.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*Tory Tory Deslauriers & Binnington*, Toronto, for respondent Sabina Citron and intervener Canadian Holocaust Remembrance Association.

*City of Toronto (Legal Department)*, Toronto, for respondent Toronto Mayor's Committee on Community and Race Relations.

*Canadian Human Rights Commission*, Ottawa, for intervener Canadian Human Rights Commission.

*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

*Tory Tory Deslauriers & Binnington*, Toronto, pour la défenderesse Sabina Citron et l'intervenante Canadian Holocaust Remembrance Association.

*Cité de Toronto (Service du contentieux)*, Toronto, pour le défendeur Toronto Mayor's Committee on Community and Race Relations.

*Commission canadienne des droits de la personne*, Ottawa, pour l'intervenante Commission canadienne des droits de la personne.

*The following are the reasons for order rendered in English by*

EVANS J.:

#### A. Introduction

[1] This application for judicial review arises from a decision of the Canadian Human Rights Commission to request the appointment of a Human Rights Tribunal to inquire into complaints made against Ernst Zündel by Sabina Citron and the Toronto Mayor's Committee on Community and Race Relations.

[2] The complainants alleged that Mr. Zündel was violating section 13 of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 by causing hate messages to be communicated through a computer Web site known as the "Zündelsite", which can be readily accessed through the Internet. The server for the Web site, and the person who manages it and posts material on it, are located in California. The complainants took objection to material on the "Zündelsite" claiming that the scale of the Holocaust has been greatly exaggerated; they alleged that this material was likely to expose persons of the Jewish faith or ethnicity to hatred or contempt.

[3] In this application for judicial review Mr. Zündel challenges on five grounds the Commission's decision to request the appointment of a Tribunal, and the

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

LE JUGE EVANS:

#### A. Introduction

[1] La présente demande de contrôle judiciaire fait suite à la décision de la Commission canadienne des droits de la personne de demander la désignation d'un Tribunal des droits de la personne pour instruire les plaintes déposées contre Ernst Zündel par Sabina Citron et par le Toronto Mayor's Committee on Community and Race Relations [le comité du maire de Toronto sur les relations communautaires et raciales].

[2] Les plaignants ont allégué que M. Zündel contrevenait à l'article 13 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, en faisant aborder des messages haineux sur un site Web appelé le «Zündelsite», facilement accessible par Internet. Le serveur de ce site Web ainsi que la personne qui le gère et y affiche des données sont situés en Californie. Les plaignants se sont opposés aux données incluses dans le «Zündelsite» qui prétendaient que l'ampleur de l'holocauste a été grandement exagérée. Ils ont soutenu que ces données étaient susceptibles d'exposer les personnes de religion et d'origine ethnique juives à la haine ou au mépris.

[3] Dans la présente demande de contrôle judiciaire, M. Zündel invoque cinq motifs pour contester la décision de la Commission de demander la désignation

jurisdiction of the Tribunal to inquire into the complaints. First, the Commission's decision to request the appointment of a Tribunal is vitiated by bias as a result of statements made by the Deputy Chief Commissioner prior to the filing of the complaints and to her subsequent participation in the Commission's decision to refer them for adjudication. Second, the Tribunal has no jurisdiction to inquire into these complaints because material posted on the Web site in the form of text and graphics is not communicated "telephonically" as required by section 13. Third, a Tribunal has no jurisdiction to hear and determine these complaints because the server for the Web site is located outside Canada, as is the person responsible for selecting what is posted on it, who is the only person able to enter the material. Fourth, the Commission ought to have dismissed the complaints because they were vexatious and made in bad faith. Fifth, for the Tribunal to uphold the complaints would infringe Mr. Zündel's right to freedom of expression as guaranteed by 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]].

[4] Mr. Zündel asks the Court to quash the Commission's decision to refer the complaints to the Canadian Human Rights Tribunal, and to prohibit the Tribunal from continuing to hear a matter that is not within its jurisdiction. I should add by way of background that the Tribunal commenced its inquiry into the complaints in May 1997 and since then has held 41 days of hearings. Prior to the applications for judicial review instituted by Mr. Zündel in this Court, the Tribunal had planned to complete the hearings this May.

#### B. Legislation

[5] The following are the provisions of the *Canadian Human Rights Act* relevant to this proceeding [ss. 27(1)(h) (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 20), 41(1) (as am. by S.C. 1995, c. 44, s. 49), 44(3) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 64), s. 64), 49(1) (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 27), 50(2) (as am. *idem*)]:

d'un Tribunal et la compétence du Tribunal pour instruire les plaintes. Premièrement, la décision de la Commission de demander la désignation d'un Tribunal est viciée en raison de la partialité qui résulte des déclarations faites par la vice-présidente de la Commission avant le dépôt des plaintes et de sa participation subséquente à la décision de la Commission de les déferer à un Tribunal. Deuxièmement, le Tribunal n'a pas compétence pour instruire ces plaintes puisque les données affichées sur le site Web sous forme de texte et de graphiques ne sont pas communiquées par «téléphone» comme l'exige l'article 13. Troisièmement, le Tribunal n'a pas compétence pour instruire et trancher ces plaintes étant donné que le serveur du site Web est situé à l'extérieur du Canada, tout comme la personne responsable de la sélection des données qui y sont affichées, qui est la seule personne capable de charger ces données. Quatrièmement, la Commission aurait dû rejeter les plaintes, car elles sont vexatoires et entachées de mauvaise foi. Cinquièmement, s'il jugeait les plaintes fondées, le Tribunal porterait atteinte à la liberté d'expression de M. Zündel, garantie par 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] M. Zündel demande à la Cour d'annuler la décision de la Commission de déferer les plaintes au Tribunal canadien des droits de la personne et d'interdire au Tribunal de continuer à instruire une affaire qui ne relève pas de sa compétence. Ajoutons, à titre de renseignements supplémentaires, que depuis que le Tribunal a commencé à instruire les plaintes au mois de mai 1997, il a tenu 41 jours d'audience. Avant la présentation de la demande de contrôle judiciaire de M. Zündel, le Tribunal avait prévu terminer les audiences en mai.

#### B. Les dispositions législatives

[5] Voici les dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (la Loi) qui sont pertinentes en l'espèce [art. 27(1)(h) (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 20), 41(1) (mod. par L.C. 1995, ch. 44, art. 49), 44(3) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 64), 49(1) (mod., par L.C. 1998, ch. 9, art. 27), 50(2) (mod., *idem*)]:

13. (1) It is a discriminatory practice for a person or a group of persons acting in concert to communicate telephonically or to cause to be so communicated, repeatedly, in whole or in part by means of the facilities of a telecommunication undertaking within the legislative authority of Parliament, any matter that is likely to expose a person or persons to hatred or contempt by reason of the fact that that person or those persons are identifiable on the basis of a prohibited ground of discrimination.

(2) Subsection (1) does not apply in respect of any matter that is communicated in whole or in part by means of the facilities of a broadcasting undertaking.

...

27. (1) In addition to its duties under Part III with respect to complaints regarding discriminatory practices, the Commission is generally responsible for the administration of this Part and Parts I and III and

(a) shall develop and conduct information programs to foster public understanding of this Act and of the role and activities of the Commission thereunder and to foster public recognition of the principle described in section 2;

(b) shall undertake or sponsor research programs relating to its duties and functions under this Act and respecting the principle described in section 2;

...

(h) shall, so far as is practical and consistent with the application of Part III, try by persuasion, publicity or any other means that it considers appropriate to discourage and reduce discriminatory practices referred to in sections 5 to 14.1.

...

40. . . .

(3) Where the Commission has reasonable grounds for believing that a person is engaging or has engaged in a discriminatory practice, the Commission may initiate a complaint.

...

41. (1) Subject to section 40, the Commission shall deal with any complaint filed with it unless in respect of that complaint it appears to the Commission that

...

(d) the complaint is trivial, frivolous, vexatious or made in bad faith; or

...

44. . . .

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

13. (1) Constitue un acte discriminatoire le fait, pour une personne ou un groupe de personnes agissant d'un commun accord, d'utiliser ou de faire utiliser un téléphone de façon répétée en recourant ou en faisant recourir aux services d'une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement pour aborder ou faire aborder des questions susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des personnes appartenant à un groupe identifiable sur la base des critères énoncés à l'article 3.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas dans les cas où les services d'une entreprise de radiodiffusion sont utilisés.

[. . .]

27. (1) Outre les fonctions prévues par la partie III au titre des plaintes fondées sur des actes discriminatoires et l'application générale de la présente partie et des parties I et III, la Commission:

a) élabore et exécute des programmes de sensibilisation publique touchant le principe énoncé à l'article 2, la présente loi et le rôle et les activités que celle-ci lui confère;

b) entreprind ou patronne des programmes de recherche dans les domaines qui ressortissent à ses objets aux termes de la présente loi ou au principe énoncé à l'article 2;

[. . .]

h) dans la mesure du possible et sans transgresser la partie III, tente, par tous les moyens qu'elle estime indiqués, d'empêcher la perpétration des actes discriminatoires visés aux articles 5 à 14.1.

[. . .]

40. [. . .]

(3) La Commission peut prendre l'initiative de la plainte dans les cas où elle a des motifs raisonnables de croire qu'une personne a commis un acte discriminatoire.

[. . .]

41. (1) Sous réserve de l'article 40, la Commission statue sur toute plainte dont elle est saisie à moins qu'elle estime celle-ci irrecevable pour un des motifs suivants:

[. . .]

d) la plainte est frivole, vexatoire ou entachée de mauvaise foi;

[. . .]

44. [. . .]

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

...

[. . .]

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

b) rejette la plainte, si elle est convaincue:

...

[. . .]

(ii) that the complaint should be dismissed on any ground mentioned in paragraphs 41(c) to (e).

(ii) soit que la plainte doit être rejetée pour l'un des motifs énoncés aux alinéas 41c) à e).

...

[. . .]

49. (1) At any stage after the filing of a complaint, the Commission may request the Chairperson of the Tribunal to institute an inquiry into the complaint if the Commission is satisfied that, having regard to all the circumstances of the complaint, an inquiry is warranted.

49. (1) La Commission peut, à toute étape postérieure au dépôt de la plainte, demander au président du Tribunal de désigner un membre pour instruire la plainte, si elle est convaincue, compte tenu des circonstances relatives à celle-ci, que l'instruction est justifiée.

...

[. . .]

50. . . .

50. [. . .]

(2) In the course of hearing and determining any matter under inquiry, the member or panel may decide all questions of law or fact necessary to determining the matter.

(2) Il tranche les questions de droit et les questions de fait dans les affaires dont il est saisi en vertu de la présente partie.

### C. Issues and Analysis

### C. Questions en litige et analyse

#### 1. Bias

#### 1. La question de la partialité

##### (i) factual background

##### i) contexte factuel

[6] The question here is whether a speech that Michelle Falardeau-Ramsay had made when she was Deputy Chief Commissioner of the Commission tainted with bias the Commission's subsequent decision, in which she participated, to refer the complaints about the "Zündelsite" to a Human Rights Tribunal.

[6] La question à trancher consiste à savoir si un discours prononcé par M<sup>me</sup> Michelle Falardeau-Ramsay, lorsqu'elle était vice-présidente de la Commission, a vicié pour cause de partialité la décision prise ultérieurement par la Commission, à laquelle elle a participé, de déférer les plaintes concernant le «Zündelsite» à un Tribunal des droits de la personne.

[7] Counsel for Mr. Zündel also raised a question of bias in respect of another Commission member, Mr. Reiser, but since he did not participate in the Commission's decision to refer, I see no merit in this objection. At the hearing of the application for judicial review counsel did not press the argument contained in his memorandum alleging a more "systemic" bias in the Commission against Mr. Zündel and his views. In my opinion these allegations clearly do not constitute bias, and I propose to say no more about them.

[7] L'avocat de M. Zündel a également soulevé la question de la partialité d'un autre membre de la Commission, M. Reiser, mais puisque ce dernier n'a pas participé à la décision de la Commission de déférer les plaintes, je juge que cette objection n'est pas fondée. Lors de l'audition de la demande de contrôle judiciaire, l'avocat n'a pas fait valoir l'allégation, formulée dans son mémoire, de partialité encore plus «systémique» de la part de la Commission contre M. Zündel et ses opinions. À mon avis, il est clair que ces allégations ne constituent pas de la partialité; il est donc inutile de s'y attarder.

[8] The most significant allegation of bias made on behalf of Mr. Zündel was that Ms. Falardeau-Ramsay was disqualified for bias on the basis of speaking notes that had been prepared for two speeches that she gave. One speech, "Combatting Hate Propaganda", was given in Toronto on November 30, 1995 to the Community, Race and Ethnic Relations Committee of North York, and the other, "Hate Propaganda: A Human Rights Perspective", was given in Ottawa on March 16, 1996 to the Association des civilistes.

[9] It is important to note that both speeches were delivered before the Toronto Mayor's Committee and Ms. Citron filed their complaints against Mr. Zündel with the Commission, on July 18, 1996 and September 25, 1996 respectively.

[10] There was a very considerable overlap in the content of the two speeches. As might be inferred from their titles, the general themes of the speeches were that hate messages threatened human rights, and that the *Canadian Human Rights Act* contained provisions for dealing with them that were more appropriate and effective than the criminal law. Ms. Falardeau-Ramsay identified as an important current problem the fact that groups were finding ways of delivering "hate messages" through music and other means that were attractive to young people and made it hard to track down the originators.

[11] She referred to the successes that the Commission had had against the purveyors of "hate propaganda" who had used pre-recorded telephone messages, in particular the decision of the Supreme Court of Canada in *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892. She mentioned other groups whose "hate lines" had subsequently been shut down, including that of the Canadian Liberty Net, which, although she did not say so, had located its pre-recorded message in New York.

[12] She then turned to the Internet as the most recent and important source of "hate propaganda". She

[8] L'allégation de partialité la plus importante faite au nom de M. Zündel était que M<sup>me</sup> Falardeau-Ramsay était inhabile, pour cause de partialité, en raison des notes préparées pour deux discours qu'elle a prononcés. L'un de ces discours, «Combatting Hate Propaganda», a été fait à Toronto, le 30 novembre 1995, devant le Community, Race and Ethnic Relations Committee of North York; l'autre, «La propagande haineuse sous l'angle des droits de la personne», a été prononcé à Ottawa, le 16 mars 1996, devant l'Association des civilistes.

[9] Il importe de signaler que ces deux discours ont été prononcés avant que le Toronto Mayor's Committee et M<sup>me</sup> Citron déposent respectivement leurs plaintes contre M. Zündel à la Commission le 18 juillet 1996 et le 25 septembre 1996.

[10] Le contenu de ces deux discours se chevauchait en grande partie. Comme le révèlent leurs titres, ces discours avaient pour thèmes généraux que les messages à caractère haineux menacent les droits de la personne et que la *Loi canadienne des droits de la personne* contient des dispositions qui permettent de régler les problèmes qu'ils posent plus adéquatement et plus efficacement que le droit criminel. M<sup>me</sup> Falardeau-Ramsay a identifié comme l'un des problèmes actuels importants le fait que certains groupes réussissent à véhiculer des «messages à caractère haineux» en utilisant la musique et d'autres moyens qui attirent les jeunes et qui rendent difficile d'en repérer les auteurs.

[11] M<sup>me</sup> Falardeau-Ramsay a parlé des victoires remportées par la Commission contre les semeurs de «propagande haineuse» qui utilisaient des messages téléphoniques enregistrés, et en particulier de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892. Elle a mentionné d'autres groupes dont les «lignes téléphoniques diffusant de la propagande haineuse» ont été fermées par la suite, par exemple le Canadian Liberty Net, dont les messages, bien qu'elle ne l'ait pas précisé, provenaient de New York.

[12] M<sup>me</sup> Falardeau-Ramsay a ensuite parlé de la plus récente et importante source de «propagande

argued that new legislation was not necessary to deal with this phenomenon: section 13 of the *Canadian Human Rights Act* was adequate for the task. The following are the passages from Ms. Falardeau-Ramsay's speeches that are most pertinent to this application for judicial review.

Since a computer modem operates through telephone lines, hate messages on the Internet would be considered "telephonic communication" . . . .

. . .

While the Commission has not yet received any formal complaints regarding hate on the Internet, we expect that we will as the Internet becomes more widely accessible to the general public. When and if we do receive complaints we intend to treat them in exactly the same way as complaints regarding hate on the telephone: we would investigate them and, if we believe the messages constitute hate propaganda and we cannot resolve the situation by other means, we should send them to a Human Rights Tribunal, as we did the telephone hate messages.

We recognize that from a technological perspective, Internet hate poses some different problems from hate on the telephone, since the originators of the Internet messages are more difficult to trace and often operate outside Canada.

[13] Ms. Falardeau-Ramsay concluded by noting that some opponents of hate propaganda were also strongly opposed on civil libertarian grounds to government regulation of the content of the Internet. She then noted that some of them were using the Internet very effectively to counter hate propaganda, and suggested that the Internet will be a powerful medium for the broad dissemination of material discrediting hatemongers, including those who deny the historical reality of the Holocaust.

[14] In her speech of March 16, 1996 Ms. Falardeau-Ramsay identified Mr. Zündel as one of the originators of hate messages who are "more difficult to trace and often operate outside Canada":

haineuse», à savoir Internet. Elle a maintenu qu'il n'était pas nécessaire d'adopter de nouvelles lois pour remédier à ce phénomène: l'article 13 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* était suffisant. Les passages suivants de son discours sont les plus pertinents en ce qui concerne la présente demande de contrôle judiciaire.

Puisque l'utilisation d'un modem d'ordinateur nécessite une ligne téléphonique, les messages à caractère haineux diffusés sur l'internet seraient considérés comme des «communications téléphoniques» [. . .]

[. . .]

La Commission n'a encore été saisie d'aucune plainte officielle touchant la diffusion de propagande haineuse sur l'internet, mais nous nous attendons à en recevoir lorsque le «net» sera davantage accessible au grand public. Dans cette éventualité, nous avons l'intention de procéder exactement comme s'il s'agissait de plaintes relatives à la diffusion de propagande par téléphone. Nous ferons enquête. Si nous estimons que les messages constituent effectivement de la propagande haineuse et qu'il s'avère impossible de régler le problème autrement, nous soumettrons l'affaire à un tribunal des droits de la personne, comme nous l'avons fait dans les cas de propagande téléphonique.

Et du point de vue de la technologie, la diffusion de propagande haineuse sur l'internet pose des problèmes différents que la diffusion par lignes téléphoniques, puisqu'il est plus difficile de trouver qui est à l'origine des messages diffusés sur l'internet, et que cette diffusion se fait souvent à partir de l'étranger.

[13] M<sup>me</sup> Falardeau-Ramsay a terminé son discours en faisant remarquer que certaines personnes qui luttent contre la propagande haineuse s'opposent fortement, au nom des libertés civiles, à la réglementation par le gouvernement du contenu d'Internet. Elle a ensuite signalé que certains d'entre eux utilisaient Internet de façon très efficace pour lutter contre la propagande haineuse et que, selon elle, Internet deviendra un puissant moyen de diffusion à grande échelle d'information qui discrédite les semeurs de haine, y compris ceux qui nient la réalité historique de l'holocauste.

[14] Dans son discours du 16 mars 1996, M<sup>me</sup> Falardeau-Ramsay a identifié M. Zündel comme l'auteur de messages haineux en disant qu'il «est plus difficile de trouver qui est à l'origine des messages diffusés sur l'Internet, et que cette diffusion se fait souvent à partir de l'étranger»:

When Ernst Zündel's Internet access provider cancelled his account because of the content of his messages, he quickly set up an account with another company.

[15] It has been an important part of the applicant's response to the complaints that have given rise to these proceedings that there are important differences of legal significance between pre-recorded telephone messages, and the "Zündelsite". These differences, Mr. Zündel has contended, take the communication of material available on a Web site located in the United States outside the scope of section 13. Mr. Zündel has also denied that the content of the material posted on the "Zündelsite" infringes section 13 of the *Canadian Human Rights Act*.

[16] Consequently, counsel for Mr. Zündel maintained that the statements by Ms. Falardeau-Ramsay disqualified her on the ground of bias from participating in the Commission's decision to refer to the Tribunal the complaints subsequently made against the "Zündelsite" by the Toronto Mayor's Committee and Ms. Citron. These speeches, he argued, indicated that the Deputy Chief Commissioner had prejudged the principal questions that the Commission had to decide when it considered whether to dismiss the complaints or to request the appointment of a Tribunal.

(ii) the legal test of bias

[17] It is not a matter of dispute that the Commission is subject to the duty of fairness when exercising its statutory powers to investigate complaints and to decide whether they should be dismissed or the appointment of a Tribunal requested: *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879 (*SEPQA*). It is equally clear that the duty of fairness requires that the Commission and its investigators be free from bias: *Slattery v. Canada (Human Rights Commission)*, [1994] 2 F.C. 574 (T.D.).

[18] Just as the content of the participatory rights conferred by the duty of fairness vary according to the

Par exemple, lorsque le fournisseur de services d'accès à l'internet d'Ernst Zündel (*sic*) a annulé l'abonnement de ce dernier à cause du contenu des messages, Zündel (*sic*) a trouvé presque aussitôt un autre fournisseur.

[15] L'un des arguments importants invoqués par le demandeur en réponse aux plaintes qui ont donné lieu au présent contrôle judiciaire veut qu'il existe des différences notables du point de vue du droit entre les messages téléphoniques enregistrés et le «Zündelsite». M. Zündel a prétendu que ces différences font en sorte que l'article 13 n'englobe pas la diffusion de données affichées sur un site Web situé aux États-Unis. Il a également nié que le contenu du «Zündelsite» contrevient à l'article 13 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[16] Par conséquent, l'avocat de M. Zündel a soutenu que les déclarations faites par M<sup>me</sup> Falardeau-Ramsay la rendaient inhabile, pour cause de partialité, à participer à la décision de la Commission de soumettre au tribunal les plaintes déposées plus tard par le Toronto Mayor's Committee et M<sup>me</sup> Citron relativement au «Zündelsite». Il a prétendu que les discours qu'elle a prononcés démontraient que la vice-présidente avait préjugé les questions principales que la Commission devait trancher pour décider si elle devait rejeter les plaintes ou demander la désignation d'un Tribunal.

ii) le critère de la partialité prévu dans loi

[17] Il est incontestable que la Commission a l'obligation d'agir équitablement lorsqu'elle exerce les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi de faire enquête sur les plaintes et de décider si elles doivent être rejetées ou s'il y a plutôt lieu de demander la désignation d'un Tribunal: *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879 (*SEPQA*). Il est également clair que suivant les règles de l'équité procédurale, la Commission et ses enquêteurs ne doivent pas avoir de parti pris: *Slattery c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1994] 2 C.F. 574 (1<sup>re</sup> inst.).

[18] Comme c'est le cas pour les droits de participation conférés par l'obligation d'agir équitablement, la

legal, administrative and factual contexts from which the dispute arises, so does the standard of impartiality required of an administrative agency. Thus, administrative agencies exercising adjudicative functions, including human rights tribunals, are held to a high standard of impartiality approaching that applicable to courts: see, for example, *Great Atlantic & Pacific Co. of Canada v. Ontario (Human Rights Commission)* (1993), 13 O.R. (3d) 824 (Div. Ct.). On the other hand, a much lower standard has been applied to municipal councillors voting on a zoning bylaw in the exercise of legislative powers: *Save Richmond Farmland Society v. Richmond (Township)*, [1990] 3 S.C.R. 1213.

[19] In my opinion the standard of impartiality required of investigators and members of the Commission is at the low end of the spectrum, at least when the basis of the allegation of bias is that they have expressed views that indicate a pre-judgment of the issues under consideration. In order to succeed in his challenge in this case the applicant must show that Ms. Falardeau-Ramsay had a closed mind when she participated in the Commission's decision to refer the complaint against Mr. Zündel to a Tribunal. I base this conclusion on the following three considerations.

[20] First, the Commission is not an adjudicative body that determines the legal rights of individuals. In the scheme of the *Canadian Human Rights Act* the Commission is the body that screens and investigates complaints, deciding which should be dismissed and which referred on for adjudication by a Tribunal: *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854. As a non-adjudicative body the Commission owes to complainants and respondents a duty of fairness with a much lower content than that owed by a Tribunal to which a complaint is referred for adjudication: *SEPQA, supra*; see also *Zündel v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 2 F.C. 233 (C.A.) (standard of impartiality applicable to the Security Intelligence Review Committee dependent on the adjudicative or investigatory nature of its powers).

norme d'impartialité applicable à un organisme administratif varie en fonction du contexte juridique, administratif et factuel dans lequel le litige a pris naissance. Ainsi, les organismes administratifs qui exercent des fonctions juridictionnelles, y compris les tribunaux des droits de la personne, sont assujettis à une norme d'impartialité exigeante qui s'apparente à celle que doivent observer les tribunaux: voir, par exemple, *Great Atlantic & Pacific Co. of Canada v. Ontario (Human Rights Commission)* (1993), 13 O.R. (3d) 824 (C. div.). Par contre, une norme beaucoup moins stricte a été appliquée à un conseil municipal qui a voté au sujet d'un règlement de zonage dans l'exercice de sa compétence législative: *Save Richmond Farmland Society c. Richmond (Canton)*, [1990] 3 R.C.S. 1213.

[19] À mon avis, la norme d'impartialité applicable aux enquêteurs et aux membres de la Commission est parmi les moins sévères, du moins lorsque les allégations de partialité sont fondées sur le fait qu'ils ont exprimé des opinions qui témoignent d'un préjugement des questions à l'étude. Pour s'acquitter du fardeau qui lui incombe dans la présente affaire, le demandeur doit démontrer que M<sup>me</sup> Falardeau-Ramsay avait l'esprit fermé lorsqu'elle a participé à la décision de la Commission de déferer les plaintes déposées contre lui à un Tribunal. Cette conclusion s'appuie sur les trois motifs suivants.

[20] Premièrement, la Commission n'est pas un organisme juridictionnel chargé de déterminer quels sont les droits que le droit confère à une personne. Sous le régime de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, la Commission est l'organisme qui effectue un examen préalable des plaintes et qui fait enquête pour décider lesquelles doivent être rejetées et lesquelles doivent être soumises à un Tribunal pour qu'il rende une décision: *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854. En sa qualité d'organisme non juridictionnel, la Commission a, envers les plaignants et les défendeurs, une obligation d'agir équitablement beaucoup moins exigeante que celle à laquelle doit satisfaire le tribunal auquel la plainte est déferée: *SEPQA, précitée*; voir aussi *Zündel c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 2 C.F. 233 (C.A.) (la norme

[21] For this reason it has been held with respect to both a provincial human rights commission (*Regina (City) Police v. Saskatchewan (Human Rights Commission)* (1992), 98 D.L.R. (4th) 51 (Sask. C.A.)), and the Canadian Human Rights Commission (*Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada et al.* (1997), 127 F.T.R. 44 (F.C.T.D.)) that the closed mind test of bias is applicable to investigators and the Commission. As Noël J. (as he then was) said in *Canadian Broadcasting Corp. v. Canadian Human Rights Commission et al.* (1993), 71 F.T.R. 214 (F.C.T.D.), at page 225, when considering the test of bias applicable to the Commission:

The test, therefore, is not whether bias can reasonably be apprehended, but whether, as a matter of fact, the standard of open-mindedness has been lost to a point where it can reasonably be said that the issue before the investigative body has been predetermined.

[22] This test had been formulated earlier in *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 63, where the impartiality of a member of the Board was challenged on the basis of statements that he had made in the media about a matter that the Board was investigating prior to moving to the adjudicative stage of the process. In delivering the judgment of the Court Cory J. said (at page 642):

During the investigative stage, a wide licence must be given to board members to make public comment. As long as those statements do not indicate a mind so closed that any submissions would be futile, they should not be subject to an attack on the basis of bias. [Emphasis added.]

[23] The facts of the case before me are not identical to those in the cases considered above. In *Regina (City) Police, Canadian Broadcasting Corp.* and *Bell*

d'impartialité applicable au Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité dépend des pouvoirs juridictionnels et d'enquête qui lui sont conférés).

[21] C'est pourquoi il a été statué, autant en ce qui concerne une commission provinciale des droits de la personne (*Regina (City) Police v. Saskatchewan (Human Rights Commission)* (1992), 98 D.L.R. (4th) 51 (C.A. Sask.)) que la Commission canadienne des droits de la personne (*Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier et al.* (1997), 127 F.T.R. 44 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)), que le critère applicable aux enquêteurs et à la Commission en matière de partialité est celui de l'esprit fermé. Comme l'a dit le juge Noël (maintenant juge de la Cour d'appel fédérale) dans l'affaire *Société Radio-Canada c. Commission canadienne des droits de la personne et al.* (1993), 71 F.T.R. 214 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 225, au sujet du critère de partialité applicable à la Commission:

Le critère ne repose donc pas sur le point de savoir si l'on peut raisonnablement discerner un part pris, mais plutôt si l'on s'est tellement écarté de la norme de l'ouverture d'esprit qu'on pourrait avec raison affirmer qu'il y a eu préjugement de la question portée devant l'organisme d'enquête.

[22] Ce critère a été établi plus tôt dans l'arrêt *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 63. Dans cette affaire, un membre de la Commission était accusé de partialité pour avoir fait des déclarations devant les médias concernant une affaire sur laquelle la Commission faisait enquête, avant le stade juridictionnel du processus. Dans les motifs qu'il a prononcés au nom de la Cour, le juge Cory a dit, à la page 642:

Les membres de la Commission doivent avoir au stade de l'enquête une grande latitude pour faire des commentaires publics. Pourvu que ces déclarations ne témoignent pas d'un esprit à ce point fermé qu'il serait inutile de présenter des arguments contraires, on ne devrait pas pouvoir les attaquer en invoquant la partialité. [Non souligné dans l'original.]

[23] Les faits de l'espèce ne sont pas identiques à ceux en cause dans les affaires examinées plus haut. Dans les affaires *Regina (City) Police, Société Radio-*

*Canada* the bias alleged was that of an investigator, not a member of the Commission. And, in *Newfoundland Telephone* the allegation of bias arose from statements made by a Board member while a matter was in the investigative stage of the statutory process.

[24] Nonetheless, in my opinion they are applicable to the facts of this case because the Commission has no adjudicative phase to its process: it can only decide whether to request a Tribunal or to dismiss the complaint. Moreover, the statements made by Ms. Falardeau-Ramsay that Mr. Zündel alleges constituted a pre-judgment were made before the Commission had even received complaints about the "Zündelsite".

[25] Of course, while the Commission's decision did not decide Mr. Zündel's legal liability under section 13 it obviously had serious consequences for him. In particular, it exposed him to the expense, anxiety and commitment of time inevitably associated with lengthy legal proceedings, not to mention the risk of an adverse determination of his rights by the Tribunal. However, I should also note parenthetically that for those, like Mr. Zündel, whose political views are well out of the mainstream, Tribunal hearings may provide a not altogether unwelcome publicity that they would not otherwise receive.

[26] The second reason for not imposing on the Commission the adjudicative standard of impartiality, namely, a reasonable apprehension of bias, is that the Act contemplates a proactive role for the Commission in the complaints process. In particular, subsection 40(3) of the Act authorizes the Commission to initiate a complaint when it has reasonable grounds to believe that a person is engaging or has engaged in discriminatory conduct contrary to the Act. In such a situation the Commission would inevitably approach its consideration of the investigator's report and any submissions made to it with some predisposition towards

*Canada, et Bell Canada*, la partialité alléguée concernait un enquêteur et non pas un membre de la Commission. Quant à l'affaire *Newfoundland Telephone*, la partialité avait été invoquée en raison des déclarations faites par un membre de la Commission concernant une affaire qui se trouvait au stade de l'enquête du processus établi par la loi.

[24] À mon avis, ces affaires sont quand même pertinentes en l'espèce puisque la procédure de la Commission ne comprend pas de stade juridictionnel: la Commission a seulement le pouvoir de décider si elle doit demander la désignation d'un Tribunal ou rejeter la plainte. De plus, les déclarations de M<sup>me</sup> Falardeau-Ramsay qui, suivant ce que prétend M. Zündel, constituent un préjugement, ont été faites avant même que les plaintes concernant le «Zündelsite» soient adressées à la Commission.

[25] Bien entendu, même si la décision de la Commission n'est pas déterminante quant à la responsabilité légale de M. Zündel au regard de l'article 13, il est évident qu'elle a eu de graves conséquences pour lui. En particulier, elle l'a exposé aux dépenses, à l'anxiété et aux pertes de temps qui découlent inévitablement des longues poursuites judiciaires, sans oublier le risque que le Tribunal rende une décision défavorable en ce qui concerne ses droits. Toutefois, j'aimerais ajouter, incidemment, que pour les personnes, comme M. Zündel, dont les opinions politiques sont très différentes de celles du grand public, les audiences devant les tribunaux engendrent une publicité dont elle ne bénéficieraient pas autrement et qui, dans une certaine mesure, n'est pas pour leur déplaire.

[26] La deuxième raison pour laquelle la Commission ne doit pas être assujettie à la norme d'impartialité applicable aux tribunaux, c'est-à-dire à celle de la crainte raisonnable de partialité, est que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* attribue un rôle proactif à la Commission en ce qui concerne la procédure de traitement des plaintes. En particulier, le paragraphe 40(3) de la Loi autorise la Commission à prendre l'initiative d'une plainte dans les cas où elle a des motifs raisonnables de croire qu'une personne a enfreint la Loi en commettant un acte discriminatoire. En pareil cas, il est certain qu'au moment de l'examen

the issue to be decided.

[27] Subsection 40(3) is not directly relevant to the case before me because complaints about the “Zündelsite” were filed by the Toronto Mayor’s Committee and Ms. Citron. However, it does indicate that Parliament did not envisage a purely passive role for the Commission, but contemplated that it might well have a view on whether a person’s conduct violated the Act before it came to decide whether to dismiss a complaint or to refer it for adjudication.

[28] Third, subsection 27(1) of the Act confers on the Commission powers and responsibilities that are not limited to the processing of individual complaints. In particular, it is required to develop and conduct information programs to foster public understanding of the Act and of the principle of equality free from discrimination (paragraph 27(1)(a)); to undertake or sponsor research programs relating to its duties under the Act and respecting the principle of equality free from discrimination on the prohibited grounds (paragraph 27(1)(b)); and to try by persuasion, publicity and other means compatible with its duty with respect to the processing of complaints, to discourage or reduce unlawful discrimination (paragraph 27(1)(h)).

[29] These provisions make clear that the statutory role of the Commission in administering the *Canadian Human Rights Act* and furthering its objectives is not limited to the processing of complaints. Giving public speeches to community and professional groups on current human rights issues is a very appropriate way for members of the Commission, and particularly the Chief Commissioner and the Deputy, to discharge these broader responsibilities.

[30] Paragraphs 27(1)(a) and (h) seem the provisions most apt to provide legal authorization for the speeches made by Ms. Falardeau-Ramsay that are under consideration in this case. Paragraph 27(1)(h), it is true, expressly does not authorize conduct that is

du rapport de l’enquêteur et de la présentation de ses observations, la Commission se sera déjà fait une certaine idée sur la question à trancher.

[27] Le paragraphe 40(3) n’est pas directement pertinent en l’espèce étant donné que les plaintes contre le «Zündelsite» ont été déposées par le Toronto Mayor’s Committee et M<sup>me</sup> Citron. Il permet cependant d’affirmer que le législateur n’avait pas l’intention d’attribuer un rôle purement passif à la Commission, mais qu’il avait prévu qu’elle pourrait fort bien avoir une certaine opinion de la légalité du comportement d’une personne avant de décider s’il y a lieu de rejeter la plainte ou de la déférer à un Tribunal.

[28] Troisièmement, les pouvoirs et les responsabilités conférés à la Commission par le paragraphe 27(1) de la Loi ne se limitent pas au traitement des plaintes. La Commission doit, notamment, élaborer et exécuter des programmes de sensibilisation publique touchant la Loi et le principe du droit à l’égalité sans distinction (alinéa 27(1)a)); entreprendre ou patronner des programmes de recherche dans les domaines qui ressortissent à ses objets aux termes de la Loi ou au principe du droit à l’égalité sans distinction illicite (alinéa 27(1)b)) et tenter, par la persuasion, la publicité ou tout moyen compatible avec son obligation concernant le traitement des plaintes, d’empêcher la perpétration d’actes de distinction illicite (alinéa 27(1)h)).

[29] Il ressort clairement de ces dispositions que le rôle d’appliquer la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et de promouvoir ses objectifs, conféré à la Commission par la loi, ne se limite pas au traitement des plaintes. Prononcer des discours devant le grand public et des groupes de professionnels sur des questions actuelles concernant les droits de la personne est un moyen très approprié pour les membres de la Commission, et en particulier pour la vice-présidente, d’assumer ces responsabilités plus vastes.

[30] C’est dans les alinéas 27(1)a) et 27(1)h) que M<sup>me</sup> Falardeau-Ramsay est le plus susceptible d’avoir puisé l’autorisation légale de prononcer les discours visés par la présente demande de contrôle judiciaire. Il est vrai que l’alinéa 27(1)h) interdit expressément

incompatible with the duties of the Commission in processing complaints; these include the duty to be free from bias. Nonetheless, it is equally important that the duty of impartiality owed by Commission members not be pitched so high that it undermines members' ability to discharge the Commission's responsibilities for combatting discrimination through public education and information.

(iii) application of the legal test to the facts

[31] In order to succeed in this application the applicant must demonstrate that the speeches made by Ms. Falardeau-Ramsay indicate that on the balance of probabilities she had a closed mind when she participated in the Commission's decision to request the appointment of a Tribunal to inquire into the complaints. In my opinion he has not discharged this burden.

[32] First, the speeches were made before any complaint was filed against Mr. Zündel with respect to material posted on the "Zündelsite", and the more recent speech was made eight months before the Commission decided to refer the complaints for adjudication. A position taken by Ms. Falardeau-Ramsay at a time when the Commission had no complaint before it should not be regarded as precluding her from later being amenable to persuasion by the substantial volume of material placed before the Commission. It is a serious matter to allege of a member of the Commission that she was so derelict of her legal duty that she did not consider in any meaningful way the report of the investigator and the lengthy submissions made by counsel on behalf of the applicant.

[33] Second, while Ms. Falardeau-Ramsay's speaking notes indicate that she thought that the Commission could deal with hate messages on the Internet by analogy to its recently affirmed power to proceed against those responsible for pre-recorded telephone hate messages, they also noted that technological differences between the Internet and the telephone made it more difficult for the Commission to enforce

les comportements incompatibles avec les obligations imposées à la Commission en matière de traitement des plaintes, et notamment celle d'agir de façon impartiale. Néanmoins, il est tout aussi important que l'obligation d'impartialité des membres de la Commission ne soit pas stricte au point de compromettre leur capacité d'assumer leurs responsabilités de lutter contre la discrimination en sensibilisant et en informant le public.

iii) l'application du critère prévu dans la loi aux faits de l'espèce

[31] Pour que sa demande soit accueillie, le demandeur doit prouver que les discours prononcés par M<sup>me</sup> Falardeau-Ramsay démontrent, suivant la prépondérance des probabilités, qu'elle avait l'esprit fermé lorsqu'elle a participé à la décision de la Commission de demander la désignation d'un tribunal pour instruire les plaintes. À mon avis, il ne s'est pas acquitté de ce fardeau.

[32] Premièrement, au moment où ces discours ont été prononcés, aucune plainte n'avait encore été déposée contre M. Zündel relativement aux données affichées sur le «Zündelsite». Le plus récent discours a été prononcé huit mois avant la décision de la Commission de déférer les plaintes à un Tribunal. Une position prise par M<sup>me</sup> Falardeau-Ramsay, à une époque où la plainte n'avait pas encore été adressée à la Commission, ne doit pas être considérée comme écartant toute chance que les nombreux documents produits devant la Commission puissent la convaincre. Il est grave d'alléguer qu'une membre de la Commission a tellement négligé son obligation légale qu'elle n'a pas examiné sérieusement le rapport de l'enquêteur et les nombreuses observations présentées par l'avocat du demandeur.

[33] Deuxièmement, bien que M<sup>me</sup> Falardeau-Ramsay mentionne, dans les notes pour ses allocutions, que la Commission pouvait, selon elle, par analogie, régler le problème des messages à caractère haineux diffusés par Internet en vertu son pouvoir, réaffirmé récemment, d'agir contre les auteurs de messages téléphoniques enregistrés, elle y déclare également que les différences qui existent du point de vue de la techno-

the Act against originators of hate messages on the Internet. She mentioned in particular the fact that such people often operated from outside Canada. While she included Mr. Zündel in this category, she gave no opinion on whether material posted on the “Zündelsite” contravened subsection 13(1) of the Act.

[34] To put the matter in some perspective it is instructive to compare Ms. Falardeau-Ramsay’s statements with those made by Mr. Wells which were the subject of the bias allegation considered in *Newfoundland Telephone, supra*. Cory J. had this to say (at pages 642-643):

The statements made by Mr. Wells before the hearing began on December 19 did not indicate that he had a closed mind. For example, his statement: “[s]o I want the company hauled in here—all them fat cats with their big pensions—to justify (these expenses) under the public glare . . . I think the rate payers have a right to be assured that we are not permitting this company to be too extravagant” is not objectionable. That comment is no more than a colourful expression of an opinion that the salary and pension benefits seemed to be unreasonably high. It does not indicate a closed mind. Even Wells’ statement that he did not think that the expenses could be justified, did not indicate a closed mind. However, should a commissioner state that, no matter what evidence might be disclosed as a result of the investigation, his or her position would not change, this would indicate a closed mind. [Emphasis added.]

[35] In my opinion, the statements made by Ms. Falardeau-Ramsay were, to say the least, no more indicative of a closed mind than those of Mr. Wells. *Newfoundland Telephone* is a striking illustration of the latitude given by a reviewing court to members of administrative tribunals who make statements prior to the adjudicative stage of an administrative proceeding that may be regarded as a pre-judgment of the issues subsequently to be decided.

[36] In *R. v. Pickersgill et al., Ex parte Smith et al.* (1970), 14 D.L.R. (3d) 717 (Man. Q.B.) the Court

logie entre le réseau Internet et le téléphone font en sorte qu’il est plus difficile pour la Commission d’appliquer la Loi contre les auteurs de messages haineux diffusés par Internet. M<sup>me</sup> Falardeau-Ramsay a précisé que le centre d’activités de ces personnes se trouve souvent à l’extérieur du Canada. Même si elle a inclus M. Zündel dans cette catégorie, elle n’a pas exprimé d’opinion quant à savoir si les données affichées sur le «Zündelsite» contrevenaient au paragraphe 13(1) de la Loi.

[34] Pour remettre les choses davantage en perspective, il est utile de comparer les déclarations faites par M<sup>me</sup> Falardeau-Ramsay avec celles de M. Wells qui étaient à l’origine de l’allégation de partialité examinée dans l’affaire *Newfoundland Telephone*, précitée. Voici ce qu’a dit le juge Cory, aux pages 642 et 643:

Les déclarations faites par M. Wells avant le début de l’enquête, le 19 décembre, ne semblent pas le fait d’un esprit fermé. Par exemple, il n’y a rien à redire à sa déclaration: [TRADUCTION] «Alors, je veux que la société soit traduite devant nous—tous ces richards aux grosses pensions—pour qu’ils justifient (ces dépenses) aux yeux du public [. . .] Je crois que les abonnés ont droit à l’assurance de notre intention de ne pas permettre à cette société de se montrer trop prodigue.» Elle n’est que l’expression colorée que les salaires et les prestations de retraite paraissaient déraisonnablement élevés. Elle ne révèle pas un esprit fermé. Pas même la déclaration de Wells qu’il tenait ces dépenses pour injustifiables n’est indicative d’un esprit fermé. Si toutefois un commissaire déclarait qu’aucun élément de preuve recueilli au cours de l’enquête ne lui ferait changer d’avis, ce serait là une indication d’un esprit fermé. [Non souligné dans l’original.]

[35] À mon avis, le moins que l’on puisse dire, c’est que les déclarations de M<sup>me</sup> Falardeau-Ramsay n’étaient pas plus révélatrices d’un esprit fermé que celles de M. Wells. L’affaire *Newfoundland Telephone* illustre, de façon frappante, la latitude laissée par les cours exerçant leur pouvoir de contrôle aux membres des tribunaux administratifs qui font, avant qu’une affaire atteigne le stade juridictionnel dans une procédure administrative, des déclarations qui pourraient être considérées comme un préjugement des questions qui seront tranchées ultérieurement.

[36] Dans l’affaire *R. v. Pickersgill et al., Ex parte Smith et al.* (1970), 14 D.L.R. (3d) 717 (B.R. Man.),

took a similarly tolerant attitude to a speech made by the Chair of the Canadian Transport Commission prior to the start of a hearing that he subsequently conducted into a railway company's application to discontinue a service. Even though the Chair articulated his view on an issue of general policy that had a direct bearing on the application, the Court held that it did not give rise to a reasonable apprehension of bias.

[37] Third, the circumstances surrounding the statements by Ms. Falardeau-Ramsay do not indicate that she probably had a closed mind to the disposition of the complaints subsequently made against Mr. Zündel. For example, the content of the speeches for the most part addressed general issues on the legal regulation of hate messages, especially the contribution made by section 13 of the *Canadian Human Rights Act*. While she also considered hate messages on the Internet as a sub-topic, the particular passages on which the applicant has based his allegation of bias comprise a very small part of the speeches taken as a whole.

[38] Furthermore, the notes for Ms. Falardeau-Ramsay's speeches suggest that they were thoughtful and informative in nature, rather than inflammatory and demagogic. The audiences to which they were given were appropriate recipients of the Deputy Chief Commissioner's thoughts on the issues that she addressed.

[39] To summarize, in my opinion it would unduly curtail the ability of the Commission to discharge its responsibilities for combatting discrimination outside the complaints process if members were unable to give speeches in these circumstances without thereby disqualifying themselves from subsequently participating in a decision on whether a complaint should be referred to a Tribunal, or dismissed.

[40] In *E.A. Manning Ltd. v. Ontario Securities Commission* (1995), 23 O.R. (3d) 257 (C.A.), an allegation of bias against Mr. Waitzer, the Chair of the

la Cour a adopté une attitude tout aussi tolérante en ce qui concerne un discours prononcé par le président de la Commission canadienne des transports avant la tenue d'une audience qu'il a présidée par la suite relativement à la demande d'une compagnie de chemin de fer d'interrompre un service. Bien que le président ait exprimé son opinion sur une question de politique générale qui se rapportait directement à la demande, la Cour a statué que cela ne soulevait pas une crainte raisonnable de partialité.

[37] Troisièmement, le contexte dans lequel les déclarations de M<sup>me</sup> Falardeau-Ramsay ont été faites ne permet pas de conclure qu'elle avait probablement un esprit fermé en ce qui concerne le traitement des plaintes ensuite déposées contre M. Zündel. À titre d'exemple, ces discours portaient essentiellement sur des questions générales concernant la réglementation des messages à caractère haineux, en particulier sur l'effet de l'article 13 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Certes, M<sup>me</sup> Falardeau-Ramsay a aussi abordé le thème secondaire des messages haineux diffusés sur Internet, mais les passages précis sur lesquels le demandeur a fondé son allégation de partialité ne représentaient qu'une très petite partie de l'ensemble de ces discours.

[38] Qui plus est, les notes de M<sup>me</sup> Falardeau-Ramsay indiquent que ses discours étaient réfléchis et instructifs plutôt qu'incendiaries et démagogiques. Ils ont été prononcés devant un auditoire capable de comprendre le point de vue de la vice-présidente sur les questions qu'elle a abordées.

[39] Pour résumer, à mon avis, on entraverait indûment la capacité de la Commission d'assumer ses responsabilités de lutter contre la discrimination en dehors de la procédure de traitement des plaintes si l'on niait à ses membres le droit de faire des discours en pareilles circonstances sans devenir inhabiles à participer ensuite à la décision de déférer une plainte à un tribunal ou de la rejeter.

[40] Dans l'affaire *E.A. Manning Ltd. v. Ontario Securities Commission* (1995), 23 O.R. (3d) 257 (C.A.), une allégation de partialité a été faite contre

Commission, was made on the basis of a speech that he had given on a policy issue related to a matter that subsequently came for adjudication before a panel of the Commission on which Mr. Waitzer sat. "In making the comments complained of here", said Dubin C.J.O. (at page 271), "Mr. Waitzer was fulfilling his mandate as Chair of the Commission". This sentiment seems to me equally applicable to Ms. Falardeau-Ramsay and the comments to which Mr. Zündel has objected, especially since, unlike Mr. Waitzer, Ms. Falardeau-Ramsay had no adjudicative functions to perform.

## 2. The substantive issues

[41] Before dealing with the substantive issues raised by Mr. Zündel as to whether his activities breached section 13 of the *Canadian Human Rights Act*, I should emphasize the reluctance of the Court to intervene prior to the determination of a matter by a Human Rights Tribunal. I need only to refer to the recent decision to this effect from the Federal Court of Appeal in *Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada*, [1999] 1 F.C. 113, at page 137, where Décaré J.A. said:

... it may safely be said as a general rule that Parliament did not want the courts at this stage to intervene lightly in the decisions of the Commission.

[42] I should note that the substantive ground on which the Commission's decision to refer was challenged in the *Bell Canada* case related to the facts. Décaré J.A. [at page 136] formulated the applicable standard of review of the Commission's decision as follows:

As a screening body the Canadian Human Rights Commission need only show that it could validly have formed the opinion, rightly or wrongly, that there was a reasonable basis in the evidence for proceeding to the next stage. The evidence suggested a possibility of discrimination and that is enough at this stage.

M. Waitzer, le président de la Commission, en raison d'un discours qu'il avait prononcé sur une question de politique se rapportant à une affaire qui a été déferée par la suite à un Tribunal de la Commission dont M. Waitzer faisait partie. M. le juge Dubin, juge en chef de l'Ontario, a dit, à la page 271: [TRADUCTION] «En formulant les commentaires qui font présentement l'objet d'une plainte, M. Waitzer s'acquittait de son mandat de président de la Commission». Selon moi, cet avis s'applique également à M<sup>me</sup> Falardeau-Ramsay et aux commentaires auxquels s'est opposé M. Zündel, d'autant plus que, contrairement à M. Waitzer, M<sup>me</sup> Falardeau-Ramsay n'exerçait pas de fonctions juridictionnelles.

## 2. Les questions de fond

[41] Avant de trancher les questions de fond soulevées par M. Zündel quant à savoir si ses activités contrevenaient à l'article 13 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, je tiens à souligner la réticence de la Cour à intervenir avant qu'un Tribunal canadien des droits de la personne rende une décision. Je me contenterai de citer la décision rendue à cet égard récemment par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier*, [1999] 1 C.F. 113, aux pages 137 et 138, dans laquelle le juge Décaré, J.C.A. a écrit:

[...] on peut dire sans risque de se tromper qu'en règle générale, le législateur ne voulait pas que les cours interviennent à la légère dans les décisions prises par la Commission à cette étape.

[42] Je dois souligner que le moyen invoqué dans *Bell Canada* pour contester sur le fond la décision de la Commission de déferer la plainte était lié aux faits. Le juge Décaré a formulé [à la page 136] ainsi la norme de contrôle applicable à la décision de la Commission:

Dans l'exercice de ses fonctions d'examen préalable, la Commission canadienne des droits de la personne n'a qu'à démontrer qu'elle pouvait, à tort ou à raison, en venir à la conclusion qu'il y avait une justification raisonnable pour passer à l'étape suivante. La preuve laissait croire à la possibilité qu'il y ait discrimination et cela suffit à cette étape.

Since the Commission's decision was not "patently unreasonable" the Court did not intervene.

[43] Counsel for the applicant submitted, however, that considerations of prematurity do not justify a similar judicial reluctance to intervene when the issue in dispute is a legal question involving the interpretation of a provision in the enabling statute that defines the "jurisdiction" of the Tribunal. He relied on *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756 for the proposition that a court may prohibit a tribunal from proceeding, before it has even started the hearing, when the issue raised is a "short and perfectly simple question of law".

[44] I do not find this argument persuasive. First, the authoritativeness of *Bell* has been severely eroded, if not totally destroyed, by the revolution in the law of judicial review of administrative action that started with the decision of the Supreme Court of Canada in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227.

[45] Courts no longer regard the interpretation of statutory provisions defining the regulated conduct as *ipso facto* "jurisdictional" in nature. Even if the Tribunal's interpretation of the words "communicated telephonically" are ultimately reviewed on a standard of correctness, the reviewing court will want the benefit of the Tribunal's considered decision, will be reluctant to encourage piecemeal challenges to administrative proceedings and will defer to any findings of fact that inform the Tribunal's legal conclusions.

[46] Furthermore, the Commission's power to refer a complaint to a Human Rights Tribunal has a significant subjective element. A reference may be made under paragraph 44(3)(a) [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 24] or subsection 49(1) when the Commission "is satisfied" that in all the circumstances of the complaint an inquiry is warranted. This signals that the Commission's decisions are normally reviewable only

Comme la décision de la Commission n'était pas «manifestement déraisonnable», la Cour n'est pas intervenue.

[43] L'avocat du demandeur a toutefois fait valoir que la réticence de la Cour à intervenir a au motif que le recours serait prématuré n'est pas justifiée lorsque la question en litige est une question de droit faisant appel à l'interprétation d'une disposition de la loi habilitante qui définit la «compétence» du Tribunal. Il s'appuie sur l'arrêt *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756 pour affirmer qu'une cour peut interdire à un tribunal de procéder avant même le début de l'instruction lorsque la question en litige est «une question de droit courte et très simple».

[44] Je ne juge pas cet argument persuasif. Premièrement, l'arrêt *Bell* ne fait presque plus, sinon plus du tout autorité depuis la révolution du droit applicable au contrôle judiciaire d'un acte administratif amorcée par l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, de la Cour suprême du Canada.

[45] Les cours de justice ne considèrent plus que l'interprétation des dispositions législatives définissant la conduite réglementée est de nature «juridictionnelle» en soi. Même si, en bout de ligne, l'interprétation que le Tribunal a donnée des mots «utiliser un téléphone» donne lieu à l'exercice du contrôle judiciaire selon le critère de la justesse, la Cour qui y procédera voudra bénéficier de la décision réfléchie du Tribunal, répugnera à encourager les contestations à la pièce d'une procédure administrative et fera preuve de retenue à l'égard des conclusions de fait sur lesquelles s'appuient les conclusions de droit du Tribunal.

[46] En outre, le pouvoir de la Commission de déférer une plainte à un Tribunal des droits de la personne comporte un important élément subjectif. Un renvoi est possible en vertu de l'alinéa 44(3)a) [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 24] ou du paragraphe 49(1), dans les cas où la Commission «est convaincue», compte tenu des circonstances, que l'instruction est justifiée. Ces termes indiquent que les décisions de la

on a standard of rationality, not correctness.

[47] Second, the interpretation of the disputed words of subsection 13(1) is not a “pure question of law” because it will be informed by evidence on the way in which information is communicated through the Internet and, in particular, the part played by the telephone system in accessing and transmitting it. On the modern or functional approach to the interpretation of legislation, questions of law, fact and policy can no longer be regarded as wholly discrete.

[48] Third, when *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, supra, was decided it was not clear to the Court (at pages 769-770) that, if the applicant were prevented from seeking judicial review prior to the hearing of the complaint by the board of inquiry, he would have a remedy after the board had rendered its decision and made a recommendation on the appropriate disposition of the matter. Even though there is no right of appeal from the Canadian Human Rights Tribunal its decisions are fully subject to review in this Court on the grounds contained in subsection 18.1(4) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)].

[49] Accordingly, I should only quash the Commission’s decision and prohibit the Tribunal from continuing to inquire into the complaints against Mr. Zündel if I am satisfied that there is no rational basis in law or on the evidence to support the Commission’s decision that an inquiry by a Tribunal is warranted in all the circumstances of the complaints. Any more searching examination of the questions of statutory interpretation or application raised by Mr. Zündel should, in my opinion, be deferred until the Tribunal has completed the hearing and rendered a reasoned decision.

[50] The issues raised by Mr. Zündel challenge the legal authority of the Commission and the Tribunal to regulate material available on the Internet, which is

Commission sont susceptibles de contrôle selon le critère de la rationalité, et non de la justesse.

[47] Deuxièmement, l’interprétation des mots en litige figurant au paragraphe 13(1) ne constitue pas une «pure question de droit», parce qu’elle est liée à la preuve sur la façon dont l’information a été communiquée par l’intermédiaire d’Internet et, en particulier, sur le rôle que joue le système téléphonique quant à l’accès à cette information et à sa transmission. Selon la conception moderne ou fonctionnelle de l’interprétation législative, les questions de droit, de fait et de politique ne peuvent plus être considérées comme entièrement distinctes.

[48] Troisièmement, lorsque l’arrêt *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, précité, a été prononcé, il n’était pas clair pour la Cour (aux pages 769 et 770) que, dans le cas où on l’empêcherait d’engager une procédure de contrôle judiciaire avant l’instruction de la plainte par la commission d’enquête, le demandeur pourrait obtenir réparation après que la commission aurait prononcé sa décision et fait une recommandation quant à la façon dont l’affaire devait être réglée. Bien qu’il n’existe pas de droit d’appel des décisions du Tribunal canadien des droits de la personne, celles-ci sont assujetties au contrôle de la Cour pour les motifs énumérés au paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)].

[49] En conséquence, je n’annulerais la décision de la Commission et je n’interdirais au Tribunal de continuer à instruire les plaintes formulées contre M. Zündel que si j’étais convaincu que la Commission ne pouvait s’appuyer sur aucun motif rationnel en droit, ni sur aucune preuve pour décider qu’une instruction par un Tribunal est justifiée compte tenu de toutes les circonstances. Tout examen plus approfondi des questions touchant l’interprétation ou l’application de la loi soulevées par M. Zündel devrait selon moi être reporté jusqu’à ce que le Tribunal ait terminé l’instruction et rendu une décision motivée.

[50] Les questions soulevées par M. Zündel mettent en doute le pouvoir légal de la Commission et du Tribunal de réglementer les documents accessibles sur

fast becoming one of the most powerful media of mass communication. The benefits to be obtained from awaiting the Tribunal's considered determination of questions of this complexity, novelty and importance clearly outweigh the costs to Mr. Zündel, and to the public purse, of permitting the administrative process to run its course before the matter is fully reviewed by the Court.

(i) "communicate telephonically"

[51] It is a discriminatory practice under subsection 13(1) for a person or a group of persons "to communicate telephonically or to cause to be so communicated . . . by means of the facilities of a telecommunication undertaking within the legislative authority of Parliament" material commonly known as hate messages.

[52] Counsel for Mr. Zündel submitted that material was only "communicated telephonically", and so capable of falling within the scope of subsection 13(1), if the communication involved the transmission of the human voice through the medium of the telephone and telephone wires. He relied heavily on dictionary definitions of "telephone" and "telephonic" to support this interpretation. While sounds can be transmitted between computers, it was agreed that only text and graphics were available on the "Zündelsite".

[53] Furthermore, it was argued, an interpretation of subsection 13(1) that includes messages heard on the telephone, but not material obtained by computer from a Web site, is also supported by policy considerations. In particular, those who access the "Zündelsite" have available to them there material that challenges the "revisionist" view of the Holocaust advanced by Mr. Zündel. In other words, the "Zündelsite" is a less powerful medium of communication than a pre-recorded message on a telephone answering machine because it allows those interested to enter into an active exchange of views, and to gain access to a range of opinions.

Internet, qui est en voie de devenir rapidement le moyen de communication de masse le plus puissant. Les avantages qu'il y a à attendre que le Tribunal ait rendu une décision motivée sur des questions aussi complexes, inédites et importantes surpassent nettement les coûts qu'occasionnerait à M. Zündel, et aux contribuables, la décision de la Cour de laisser le processus administratif suivre son cours avant d'examiner l'affaire à fond.

i) «utiliser un téléphone»

[51] Constitue un acte discriminatoire au sens du paragraphe 13(1) le fait, pour une personne ou un groupe de personnes «d'utiliser ou de faire utiliser un téléphone . . . en recourant ou en faisant recourir aux services d'une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement» pour communiquer des données désignées couramment par l'expression «messages haineux».

[52] L'avocat de M. Zündel a soutenu qu'on ne peut «utiliser un téléphone» pour communiquer des données, et commettre ainsi un acte visé au paragraphe 13(1), que par la transmission de la voix humaine au moyen du téléphone et des fils téléphoniques. Il a invoqué avec insistance les définitions que les dictionnaires donnent des termes «téléphone» et «téléphonique», à l'appui de cette interprétation. Bien que des sons puissent être transmis d'un ordinateur à un autre, les parties ont convenu que seuls des textes et des graphiques étaient accessibles à l'adresse du «Zündelsite».

[53] De plus, a-t-il affirmé, des considérations de politique appuient une interprétation du paragraphe 13(1) qui inclurait les messages entendus au téléphone, mais exclurait les données dont on prend connaissance sur un site Web au moyen d'un ordinateur. Plus particulièrement, les personnes qui ont accès au «Zündelsite» peuvent y trouver des données qui contestent la perspective «révisionniste» de l'holocauste prônée par M. Zündel. En d'autres termes, le «Zündelsite» est un moyen de communication moins puissant qu'un message enregistré sur un répondeur téléphonique, parce qu'il permet aux intéressés de participer activement à un échange de vues et d'avoir accès à toute une variété d'opinions.

[54] Counsel for Ms. Citron, on the other hand, submitted that the adverb “telephonically” should be interpreted broadly so as to include the Internet, on the ground that most users gain access to it by dialling up and using a modem that is plugged into a telephone line outlet, and that information passes in digital form along telephone wires from the “Zündelsite” server to the computer of the person accessing it. The fact that sound, including the human voice, is not being transmitted should not be conclusive. For an overview of the “technical architecture” of cyberspace, see Chris Gosnell, “Hate Speech on the Internet: A Question of Context” (1997-98), 23 *Queen’s L.J.* 369, at pages 372-382.

[55] In support of her position counsel relied on a broader definition of the word “telephonically” contained in *Newton’s Telecom Dictionary*, a not particularly authoritative source. In addition, counsel pointed out that if “telephonically” were given the meaning for which the respondent contended, its presence in the Act would still serve a purpose because it would, for example, exclude communication *via* satellite.

[56] More importantly, counsel relied on the principle that human rights legislation, being quasi-constitutional in nature, should be given a broad and liberal interpretation. Accordingly, in order to tackle the mischief at which section 13 is aimed, namely the dissemination of hate messages, subsection 13(1) should be interpreted in a manner that accomplishes this goal by including this powerful new medium which relies in part on the telephone system. Subsection 13(2) specifically exempts from subsection 13(1) material that is communicated by the facilities of a broadcasting undertaking. This is because broadcasting is regulated by another federal agency, the CRTC.

[57] There is little doubt that when section 13 was first enacted in 1977 Parliament almost certainly did not intend the adverb “telephonically” to include communication *via* the Internet because it was not

[54] L’avocate de M<sup>me</sup> Citron soutient, pour sa part, que le terme «téléphone» doit recevoir une interprétation large, qui inclut le réseau Internet, étant donné que la plupart de ses utilisateurs y accèdent en composant un numéro de téléphone et en utilisant un modem branché à une prise téléphonique, et que l’information est transmise sous forme numérique par les fils téléphoniques entre le serveur du «Zündelsite» et l’ordinateur de la personne qui le consulte. Le fait qu’aucun son, et notamment aucune voix humaine, ne soit transmis ne devrait pas être déterminant. Pour un aperçu de l’«architecture technique» du cyberespace, voir Chris Gosnell, «Hate Speech on the Internet: A Question of Context» (1997-98), 23 *Queen’s L.J.* 369, aux pages 372 à 382.

[55] À l’appui de ses prétentions, l’avocate a fait valoir une interprétation plus large du mot anglais «telephonically» figurant dans le *Newton’s Telecom Dictionary*, une source qui ne jouit pas d’une très grande autorité. De plus, elle a souligné que, si on attribuait à ce terme la définition proposée par le défendeur, son utilisation dans la Loi conserverait son utilité parce qu’il exclurait, notamment, la communication par satellite.

[56] Plus important encore, l’avocate a fait valoir le principe selon lequel la législation en matière de droits de la personne est de nature quasi-constitutionnelle et doit, de ce fait, recevoir une interprétation large et libérale. En conséquence, pour combattre le mal auquel l’article 13 vise à remédier, savoir la diffusion de messages haineux, il faut attribuer au paragraphe 13(1) une interprétation qui favorise la réalisation de cet objectif en incluant ce nouveau médium, très puissant, qui fait appel en partie au système téléphonique. Le paragraphe 13(2) exempte expressément de l’application du paragraphe 13(1) les données communiquées par les services d’une entreprise de radiodiffusion. Cette exemption s’explique par le fait que la radiodiffusion est régie par un autre organisme fédéral, à savoir le CRTC.

[57] On ne saurait douter qu’au moment où l’article 13 a été édicté à l’origine, en 1977, il est presque certain que le législateur n’avait pas l’intention d’inclure dans le terme «téléphone» les communications

then a widely available medium. However, on a progressive, as opposed to a static interpretation of the Act, a court could conclude that “telephonically” should be construed in light of both the overall purpose of the legislation as set out in section 2 [as am. by S.C. 1996, c. 14, s. 1; 1998, c. 9, s. 9], and technological developments.

[58] In *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, it is true, the Court refused to interpret “family status” as including same sex couples, largely because a contemporaneous amendment to include sexual orientation as a prohibited ground of discrimination had been defeated in the House of Commons. However, there is no evidence that Parliament considered the application of section 13 to the Internet, and rejected it.

[59] Dictionaries, no doubt, still have their place in assisting in the interpretation of statutory language, particularly in identifying the range of meanings that words are capable of bearing in the ordinary use of the English language. However, it is a place of diminishing importance, as courts have increasingly sought to attribute meaning to the text of legislation by placing more weight on the statutory context in which the words are used, and the purposes underlying the legislative scheme.

[60] Indeed, the Supreme Court of Canada has regularly endorsed a broad and purposive approach to the interpretation of human rights legislation in recognition of its quasi-constitutional status: see, for example, *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton et al.*, [1985] 2 S.C.R. 150; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114. This is another important reason for no longer regarding *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, *supra*, as a reliable precedent: in 1970 the Court attached at least as much weight to the respondent’s proprietary rights as to the complainant’s right not to be the subject of discrimination, which at that time had no quasi-constitutional status.

par Internet, ce médium n’étant alors pas couramment accessible au grand public. Toutefois, en attribuant une interprétation progressive, et non statique, à la Loi, une cour pourrait conclure que le terme «téléphone» devrait être interprété en tenant compte à la fois de l’objet général de la loi, énoncé à l’article 2 [mod. par L.C. 1996, ch. 14, art. 1; 1998, ch. 9, art. 9], et de l’évolution de la technologie.

[58] Certes, dans *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, la Cour a refusé d’interpréter l’expression «situation de famille» comme incluant une relation entre deux personnes de même sexe, en grande partie parce qu’à la même époque, une modification visant à inclure l’orientation sexuelle comme motif illicite de discrimination avait été rejetée par la Chambre des communes. Aucun élément de preuve ne laisse cependant croire que le législateur a envisagé l’application de l’article 13 à Internet et décidé de l’écarter.

[59] Bien sûr, les dictionnaires ont encore un rôle à jouer dans l’interprétation du texte des dispositions législatives, plus particulièrement pour ce qui est de déterminer quels sens un mot peut avoir dans la langue courante. Ce rôle perd toutefois de l’importance, car les cours tentent de plus en plus de déterminer le sens d’un texte législatif en accordant un poids accru au contexte de la loi dans laquelle figurent les mots en cause et à l’objet du régime législatif sous-jacent.

[60] En fait, la Cour suprême du Canada a régulièrement privilégié une interprétation large et libérale de la législation en matière de droits de la personne, parce qu’elle en reconnaît la nature quasi-constitutionnelle: voir, par exemple, *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton et autre*, [1985] 2 R.C.S. 150; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114. Voilà une autre raison importante pour ne plus considérer l’arrêt *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, précité, comme un précédent fiable: en 1970, la Cour accordait au moins autant d’importance aux droits de propriété de l’intimé qu’au droit du requérant de ne pas subir de discrimination, ce dernier droit n’ayant pas acquis, à l’époque, le statut de droit quasi-constitutionnel.

[61] Therefore, on a consideration of the language of the Act, the evidence and the interpretative approach to be taken to human rights legislation, it cannot be said that the position adopted by the Commission on the interpretation of the word “telephonically” lacks a rational basis. Whether it is correct in law is not for me to decide in this proceeding; that will be for the Court before which any application for judicial review of the Tribunal’s decision is brought. Meanwhile, the Tribunal must be permitted to make findings of fact about technical aspects of Internet communication on the evidence before it, and to give its considered interpretation of section 13 in light of the arguments of counsel and its own understanding of the purposes of the Act.

(ii) the extra-territorial issue

[62] Counsel for Mr. Zündel submitted that section 13 does not permit the Commission and the Tribunal to regulate material posted on Web sites that are located beyond Parliament’s geographic reach, when the person in control of the selection and posting of the material is also outside Canada. The fact that interested individuals may access the “Zündelsite” from within Canada was, he submitted, insufficient to justify the extra-territorial reach that the Commission was purporting to give to the *Canadian Human Rights Act*.

[63] The position of the respondents and of the Commission on this issue was simple. They submitted that subsection 13(1) prohibits people in Canada from communicating hate messages or causing them to be communicated. Mr. Zündel is present in Canada, and the Commission maintains that, while he may not have posted material on the “Zündelsite” himself, and indeed, may be incapable technically of so doing, in fact he controlled the selection of the material that was posted, including many of his own writings, some of which had originally appeared in printed form.

[64] Evidence was tendered to show that the “Zündelsite” was under the supervision of Dr. Ingrid

[61] Par conséquent, compte tenu du libellé de la Loi, de la preuve et de la méthode d’interprétation applicable à la législation en matière de droits de la personne, on ne peut affirmer que la position adoptée par la Commission concernant l’interprétation du terme «téléphone» n’a pas de fondement rationnel. Il ne m’appartient pas, dans le cadre de l’instance, de décider si cette position est juste, en droit; cette question relèvera de la Cour qui sera saisie d’une éventuelle demande de contrôle judiciaire de la décision du Tribunal. Entre-temps, le Tribunal doit pouvoir tirer des conclusions de fait sur les aspects techniques des communications par Internet, à partir de la preuve qui lui est présentée, et donner une interprétation motivée de l’article 13 en tenant compte des arguments des avocats et de sa propre compréhension de l’objet de la Loi.

ii) la question de l’extra-territorialité

[62] L’avocat de M. Zündel a soutenu que l’article 13 ne permet pas à la Commission et au Tribunal de réglementer les données affichées sur les sites Web situés à l’extérieur du territoire qui relève de la compétence du Parlement, lorsque la personne qui contrôle la sélection et l’affichage de ces données se trouve également à l’extérieur du Canada. Le fait que les personnes intéressées puissent avoir accès au «Zündelsite» à partir du Canada ne suffit pas, à son avis, pour justifier la portée extra-territoriale que la Commission entend donner à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[63] La thèse des défendeurs et de la Commission sur cette question est simple. Ils ont fait valoir que le paragraphe 13(1) interdit aux personnes qui se trouvent au Canada d’aborder ou de faire aborder des messages haineux. M. Zündel se trouve au Canada et la Commission soutient que, bien qu’il n’ait peut-être pas affiché lui-même des données sur le «Zündelsite», et qu’il soit en fait incapable de le faire pour des raisons techniques, il contrôlait effectivement la sélection des éléments affichés, y compris de nombreux textes dont il est l’auteur et qui ont, dans certains cas, été imprimés à l’origine.

[64] Une preuve a été produite afin de démontrer que le «Zündelsite» relevait de M<sup>me</sup> Ingrid Rimland,

Rimland, “the webmaster”, who not only shared Mr. Zündel’s views of the Holocaust, but also was paid for her services. The Commission argued that it could be inferred from the communications between Mr. Zündel and Dr. Rimland, from the nature of the relationship between them, and from Mr. Zündel’s references to “our ‘Zündelsite’”, and “my webmaster”, that Mr. Zündel in fact exercised such a substantial degree of control over what Dr. Rimland posted on the “Zündelsite” that he could be said to be causing the material on the “Zündelsite” to be communicated.

[65] I agree with the proposition that a person in Canada causes material to be communicated for the purpose of section 13 if that person effectively controls the content of material posted on a Web site that is maintained from outside Canada: see further Gosnell, *op. cit.*, at pages 383-387, 389-395.

[66] Whether Mr. Zündel exercised the requisite degree of control over the content of the “Zündelsite” to bring him within section 13 is a question with a very significant factual component. There was sufficient evidence before the Commission on this issue to enable it to conclude that an inquiry into the complaints by a Human Rights Tribunal was warranted. It should be left to the Tribunal to decide whether the evidence adduced at the hearing by the parties is sufficient to establish that Mr. Zündel was causing the material to be communicated for the purpose of section 13.

(iii) “cause to be communicated”

[67] Counsel argued on behalf of Mr. Zündel that he could not be found to be in violation of subsection 13(1) by reason of having caused the communication of material on the Web site to which the complaints related. His argument was that those who accessed the “Zündelsite” from their computers and called up the material that they wished to see caused it to be communicated: until then it was simply stored in electronic files.

[68] This is the merest sophistry and provides no basis for the Court to intervene in the proceedings

gestionnaire de sites Web, qui ne partageait pas seulement les points de vue de M. Zündel sur l’holocauste, mais qui a été rémunérée pour ses services. La Commission a affirmé qu’on pouvait inférer des communications entre M. Zündel et M<sup>me</sup> Rimland, compte tenu de la nature de leurs rapports et du fait que M. Zündel a parlé de «notre “Zündelsite”», et de «ma gestionnaire de site Web», que M. Zündel exerçait effectivement sur les données que M<sup>me</sup> Rimland affichait sur le «Zündelsite» un contrôle assez important pour qu’il soit possible d’affirmer qu’il a fait aborder les données affichées sur le «Zündelsite».

[65] Je retiens la thèse selon laquelle une personne qui se trouve au Canada fait aborder des données au sens de l’article 13 si elle contrôle effectivement le contenu d’un site Web géré à l’extérieur du Canada: voir d’autres passages de Gosnell, précité, aux pages 383 à 387 et 389 à 395.

[66] La question de savoir si M. Zündel a exercé le contrôle requis sur le contenu du «Zündelsite» pour commettre un acte prévu à l’article 13 comporte un aspect factuel très important. La Commission disposait d’une preuve suffisante à cet égard pour lui permettre de conclure qu’une instruction par un Tribunal des droits de la personne était justifiée. Il faut laisser au Tribunal le soin de décider si la preuve produite à l’audition par les parties est suffisante pour établir que M. Zündel a fait communiquer ces données au sens de l’article 13.

iii) «faire aborder»

[67] L’avocat de M. Zündel a plaidé qu’il était impossible de conclure qu’il avait contrevenu au paragraphe 13(1) en ayant fait aborder les données affichées sur le site Web visés par les plaintes. Selon cet argument, ce sont les personnes qui ont visité le «Zündelsite» à partir de leurs ordinateurs et qui ont fait apparaître à l’écran les données qu’ils voulaient voir qui ont fait aborder ces données: jusqu’alors, celles-ci n’étaient que conservées dans des fichiers électroniques.

[68] Il s’agit d’un pur sophisme qui ne saurait justifier que la Cour intervienne dans l’instance dont

now before the Tribunal. It would follow from counsel's submission that the person who opens the morning's newspaper causes its content to be communicated to her, rather than the journalists who wrote the items that are published and printed in the newspaper.

### 3. Bad Faith

[69] Counsel for Mr. Zündel submitted that the complaints were "trivial, frivolous, vexatious or made in bad faith" and therefore should have been dismissed by the Commission pursuant to subparagraph 44(3)(b)(ii) and paragraph 41(1)(d) of the *Canadian Human Rights Act*, not referred to a Tribunal under subsection 49(1). In my opinion, it was open to the Commission on the evidence before it to be satisfied that the complaints did not fall into any of these categories.

[70] The fact that Ms. Citron, a Holocaust survivor, is a determined opponent of Mr. Zündel and his views does not mean that the complaint was made in bad faith. Nor does the fact that she has been unsuccessful in securing Mr. Zündel's conviction for criminal offences on the basis of his publications mean that a complaint to the Commission under the non-criminal scheme established by the *Canadian Human Rights Act* is vexatious.

### 4. The Charter Question

[71] Finally, counsel for the applicant submitted that, if his other arguments failed, as they have, the Commission's decision to request the appointment of a Tribunal to inquire into the complaints should be set aside on constitutional grounds. His argument was that, even if the decision was not erroneous in law on a proper interpretation of section 13 of the Act, that provision was invalid as a violation of the applicant's right to freedom of expression under paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[72] In *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892 the Court held that the

le Tribunal est saisi. L'argument de l'avocat signifierait que la personne qui ferait aborder le contenu du journal du matin serait le lecteur qui ouvre le journal, et non le journaliste qui a rédigé les articles qui y sont publiés et imprimés.

### 3. La mauvaise foi

[69] L'avocat de M. Zündel a fait valoir que les plaintes sont «frivoles, vexatoires ou entachées de mauvaise foi» et que la Commission aurait donc dû les rejeter par application du sous-alinéa 44(3)b(ii) et de l'alinéa 41(1)d) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, plutôt que de les déférer à un Tribunal des droits de la personne en vertu du paragraphe 49(1). Je suis d'avis que la Commission pouvait, en s'appuyant sur la preuve dont elle disposait, être convaincue que les plaintes n'entraient dans aucune de ces catégories.

[70] Le fait que M<sup>me</sup> Citron, qui a survécu à l'holocauste, s'oppose farouchement à M. Zündel et à ses points de vue ne signifie pas que la plainte est entachée de mauvaise foi. Et le fait qu'elle n'ait pas réussi à faire condamner M. Zündel au criminel pour ses publications ne signifie pas non plus qu'une plainte déposée devant la Commission sous le régime de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, qui n'est pas de nature pénale, est vexatoire.

### 4. La question fondée sur la Charte

[71] Enfin, l'avocat du demandeur a soutenu que si ses autres arguments n'étaient pas retenus, comme c'est effectivement le cas, la décision de la Commission de demander la désignation d'un Tribunal pour instruire les plaintes devait être annulée pour des motifs d'ordre constitutionnel. Il a plaidé que, même si cette décision n'était pas erronée en droit, en regard de l'interprétation juste de l'article 13 de la Loi, cette disposition était invalide parce qu'elle portait atteinte à la liberté d'expression du demandeur protégée par l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[72] Dans l'arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, la Cour

section 13 infringed paragraph 2(b) of the Charter but that, as applied to pre-recorded telephone hate messages, it was a reasonable limitation under section 1. It was argued on behalf of Mr. Zündel that *Taylor* is distinguishable and that the section 1 defence could not be made out with respect to the “Zündelsite”.

[73] In my opinion it is not appropriate for me to determine this question in this application for judicial review. The decision under review is the decision of the Commission to request the appointment of a Tribunal, and it may not be set aside on a Charter ground if the Commission had no jurisdiction to decide that question for itself: *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, at pages 37-38.

[74] The Commission does not have legal authority to determine the validity of a provision in its enabling legislation: *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854. Accordingly, this Court cannot set aside the Commission’s decision on the ground that invoking section 13 against Mr. Zündel in connection with the material posted on the “Zündelsite” would deprive him of his right to freedom of expression under paragraph 2(b) of the Charter, a deprivation that could not be justified under section 1.

[75] In my opinion the section 1 issue is more appropriately adjudicated at first instance by the Tribunal, particularly in view of the significant factual element of the defence raised by Mr. Zündel. The Tribunal’s decision on the Charter issue, and on any others, can then be the subject of review in this Court on the basis of a solid factual record.

[76] The Tribunal has implied statutory authority to determine whether it is constitutionally permissible to apply section 13 of the Act to the facts before it. In *Cooper, supra*, at pages 896-897 the Court decided only that the Tribunal had no jurisdiction to determine a Charter challenge to the validity of a statutory

à statué que l’article 13 contrevenait à l’alinéa 2b) de la Charte, mais que son application à des messages haineux enregistrés constituait une limite raisonnable au sens de l’article premier. L’avocat de M. Zündel a fait valoir qu’une distinction devait être faite d’avec l’arrêt *Taylor* et que l’article premier ne pouvait être invoqué avec succès relativement au «Zündelsite».

[73] J’estime qu’il ne convient pas que je tranche cette question dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire. La décision contestée est celle de la Commission de demander la désignation d’un Tribunal, et elle ne peut être annulée pour un motif fondé sur la Charte si la Commission n’avait pas compétence pour trancher cette question: *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, aux pages 37 et 38.

[74] La Commission n’a pas le pouvoir légal de se prononcer sur la validité d’une disposition de sa loi habilitante: *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854. Par conséquent, la Cour ne peut annuler la décision de la Commission au motif que le recours à l’article 13 contre M. Zündel relativement aux éléments affichés dans le «Zündelsite» porterait atteinte à la liberté d’expression que lui garantit l’alinéa 2b) de la Charte, et que cette atteinte n’est pas justifiable en regard de l’article premier.

[75] Selon moi, il est plus approprié que la question de l’application de l’article premier soit tranchée en première instance par le Tribunal, d’autant plus que la défense invoquée par M. Zündel fait appel à d’importants éléments factuels. La décision que rendra le Tribunal relativement à la question fondée sur la Charte, et à toute autre question, pourra être contrôlée par la Cour, qui bénéficiera alors d’un solide dossier sur les faits.

[76] Le Tribunal possède le pouvoir légal implicite de déterminer si la Constitution permet l’application de l’article 13 de la Loi aux faits qui lui sont soumis. Dans l’arrêt *Cooper*, précité, aux pages 896 et 897, la Cour a décidé seulement que le Tribunal n’avait pas compétence pour se prononcer sur la validité, en vertu

restriction on the definition of a discriminatory practice into which a Tribunal may inquire. This is because, given the inability of the Commission to make such a determination, it is not a jurisdiction that the Tribunal could ever exercise.

[77] In any event, subsection 50(2) of the *Canadian Human Rights Act* has laid to rest whatever doubt there might otherwise have been about the Tribunal's jurisdiction to determine the Charter question raised on behalf of Mr. Zündel.

50. . . .

(2) In the course of hearing and determining any matter under inquiry, the member or panel may decide all questions of law or fact necessary to determining the matter.

[78] This subsection was added to the Act by the amendments introduced by S.C. 1998, c. 9, which were enacted in June 1998, after the Tribunal had commenced its inquiry into the complaints against Mr. Zündel. Even if, contrary to the view that I have expressed, the Tribunal had no jurisdiction before the amendment to subsection 50(2) to determine the constitutional question raised by Mr. Zündel, it does now: *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, paragraphs 44(c) and (d).

#### D. Conclusion

[79] For these reasons the application for judicial review is dismissed. Counsel may make written submissions to me on the question of costs within 14 days from the date of this order.

de la Charte, d'une restriction légale à la définition d'un acte discriminatoire sur lequel le Tribunal peut tenir une instruction. Cela s'explique du fait que, compte tenu de l'inhabileté de la Commission à rendre pareille décision, le tribunal n'aurait jamais pu exercer cette compétence.

[77] Quoi qu'il en soit, le paragraphe 50(2) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* a levé tout doute qui aurait autrement pu subsister quant à la compétence de la Commission pour trancher la question fondée sur la Charte soulevée au nom de M. Zündel.

50. [ . . . ]

(2) Il tranche les questions de droit et les questions de fait dans les affaires dont il est saisi en vertu de la présente partie.

[78] Ce paragraphe a été ajouté à la Loi par des modifications apportées par L.C. 1998, ch. 9, qui ont été édictées en juin 1998, après le début de l'instruction par le Tribunal des plaintes formulées contre M. Zündel. Même si, contrairement à l'avis que j'ai exprimé, le Tribunal n'avait pas compétence avant la modification du paragraphe 50(2) pour trancher la question constitutionnelle soulevée par M. Zündel, elle a maintenant cette compétence: *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, alinéas 44c) et d).

#### D. Conclusion

[79] Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire est rejetée. Les avocats disposent de 14 jours à compter de la date de la présente ordonnance pour me présenter des observations écrites sur la question des dépens.

A-406-96

**Belships (Far East) Shipping (Pte.) Ltd., Northsouth Shipmanagement Pte. Ltd., Canadian Transport Company Limited, The Owners and Charterers of the Vessel *Beltimber*, and The Vessel *Beltimber* (Appellants)**

v.

**Canadian Pacific Forest Products Limited-Tahsis Pacific Region, Stevens & Co. S.A., Denderwood NV, All those persons having an interest in the Cargo Laden on Board the Vessel *Beltimber* (Bs/L Nos. 351 and 352) (Respondents)**

**INDEXED AS: CANADIAN PACIFIC FOREST PRODUCTS LTD.-TAHSIS PACIFIC REGION v. BELTIMBER (THE) (C.A.)**

Court of Appeal, Stone, Linden and Létourneau JJ.A.—Ottawa, May 26 and June 10, 1999.

*Maritime law — Carriage of goods — Appeal from trial judgment allowing action for damages for loss of part of cargo of lumber stowed on deck — Trial Judge holding loss caused by master's negligence — Bills of lading, Clause 8 exempting carrier from liability for loss, damage to deck cargo howsoever caused — Trial Judge holding Clause 8 not excluding liability for negligence — Applying third test for construction of such exclusion clause in Canada Steamship Lines Ltd. v. The King — Canada Steamship tests not displaced by Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd. — Latter distinguishable, based on 1980 H.L. decision; subsequent English cases not indicating ratio thereof should be preferred to Canada Steamship — English, Canadian courts continuing to apply Canada Steamship — Apart from statute, and subject to terms of contract, at common law carrier of goods by sea undertaking to carry goods at own absolute risk, except for loss, damages caused by acts of God or of Queen's enemies or inherent defect in goods themselves or default of shipper — Also impliedly undertaking ship seaworthy unless relieved of that obligation by contract — Applying Canada Steamship tests, Clause 8 broad enough to exclude "negligence", but not intended to exclude liability for negligence — Intended to exclude liabilities other than negligence imposed at common law i.e. damage naturally concomitant with deck stowage including damage by sea-water, rain or wind — Implied warranty of seaworthiness exposing appellants to another potential head of liability apart from negligence to which Clause 8 would also apply.*

A-406-96

**Belships (Far East) Shipping (Pte.) Ltd., Northsouth Shipmanagement Pte. Ltd., Canadian Transport Company Limited, les propriétaires et affréteurs du navire *Beltimber*, et le navire *Beltimber* (appelants)**

c.

**Produits forestiers Canadien Pacifique Limitée-Région du Pacifique Tahsis, Stevens & Co. S.A., Denderwood NV, toutes les personnes ayant un droit sur la cargaison chargée à bord du navire *Beltimber* (Connaissements n<sup>os</sup> 351 et 352) (intimées)**

**RÉPERTORIÉ: PRODUITS FORESTIERS CANADIEN PACIFIQUE LTÉE-RÉGION DU PACIFIQUE TAHSIS c. BELTIMBER (LE) (C.A.)**

Cour d'appel, juges Stone, Linden et Létourneau, J.C.A.—Ottawa, 26 mai et 10 juin 1999.

*Droit maritime — Transport de marchandises — Appel contre le jugement de première instance qui a accordé des dommages-intérêts pour perte partielle d'une cargaison de bois transportée en pontée — Jugé en première instance que la perte était due à la négligence du capitaine — La clause 8 des connaissements exonérait le transporteur de toute responsabilité en cas de perte ou avarie touchant la cargaison en pontée, quelle qu'en soit la cause — Jugé que cette clause n'excluait pas la responsabilité pour négligence — Application du troisième critère défini par l'arrêt Canada Steamship Lines Ltd. v. The King pour l'interprétation de cette clause — Les critères définis par la jurisprudence Canada Steamship ne sont pas dépassés à la suite de l'arrêt Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd. — Différenciation de ce dernier qui était fondé sur une décision de 1980 de la Chambre des lords; la jurisprudence subséquente d'Angleterre n'indique pas qu'il faut préférer le raisonnement qui y était tenu au raisonnement tenu dans l'arrêt Canada Steamship — Les juridictions anglaises et canadiennes continuent à appliquer ce dernier — La loi mise à part et sous réserve des stipulations du contrat, le transporteur s'engage en common law à transporter les marchandises à ses risques exclusifs, sauf le cas fortuit, les actes hostiles des ennemis de la Reine, les défauts inhérents des marchandises elles-mêmes et la faute du chargeur — En outre, il garantit implicitement la navigabilité du navire, à moins que le contrat ne le libère de cet engagement — Par application des critères définis par Canada Steamship, la formulation de la clause 8 était suffisamment large pour exclure la «négligence», mais ne visait pas à exclure la responsabilité pour négligence — Elle visait à exclure les*

*chefs de responsabilité autres que la négligence et présumés en common law, savoir les dommages naturellement liés à l'arrimage en pontée, notamment les dommages causés par l'eau de mer, la pluie ou le vent — La garantie implicite du bon état de navigabilité du navire expose les appelants à un autre chef de responsabilité potentiel au-delà de la négligence, auquel s'appliquerait aussi la clause 8.*

This was an appeal from the trial judgment allowing a claim for damages for loss of part of a cargo of lumber, and holding that the loss was not excluded by the contract of affreightment. The cargo was carried on deck as expressly stated in the bills of lading, which included an exclusion clause (Clause 8) exempting the carrier from liability for loss of or damage to deck cargo, howsoever caused. The Trial Judge concluded that the loss had been caused by the master's negligence, and that Clause 8 did not exclude liability for negligence. He applied the third test for construction of such an exclusion clause set out in *Canada Steamship Lines Ltd. v. The King*, which provides that if the words are wide enough in their ordinary meaning, to cover negligence on the part of the servants, the Court must consider whether the head of damage may be based on some ground other than that of negligence. The Trial Judge found that such a "ground" existed in the case law governing common carriers who are "strictly liable at common law for any loss or damage". Apart from negligence, therefore, the appellants would be liable for damage "naturally concomitant with deck stowage including damage by sea-water, rain or wind", all of which he regarded as predictable heads of liability against which the relevant exemptions contained in the bills of lading could operate and which the contracting parties necessarily had in mind in agreeing to the terms of the contract. In addition, the presence of "negligence" in other clauses and its absence from Clause 8 was found to be significant. The issues were whether the *Canada Steamship* tests for the construction of an exclusion clause applied in light of *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, wherein the Supreme Court of Canada held that the doctrine of fundamental breach of contract did not displace an exclusion of liability clause, but rather, that the language of such a clause must be given its natural and true construction; and, if the *Canada Steamship* tests were applicable, whether the Trial Judge erred in applying them to the construction of Clause 8.

*Held*, the appeal should be dismissed.

The tests in *Canada Steamship* have not been displaced by *Hunter Engineering* and therefore Clause 8 of the present contracts for the carriage of goods by sea had to be construed in the light of those tests.

Appel formé contre le jugement de première instance qui accorde des dommages-intérêts pour la perte partielle d'une cargaison de bois et conclut que cette perte n'était pas exonérée par le contrat d'affrètement. La cargaison était transportée en pontée conformément aux stipulations expresses des connaissements, lesquels comportaient une clause (clause 8) exonérant le transporteur de toute responsabilité en cas de perte ou d'avarie de la cargaison en pontée, quelle qu'en soit la cause. Le juge de première instance a conclu que la perte tenait à la négligence du capitaine, et que la clause 8 n'exonérait pas de la responsabilité pour négligence. Il a appliqué le troisième critère d'interprétation défini par l'arrêt *Canada Steamship Lines Ltd. v. The King*, savoir que si les termes employés sont suffisamment généraux dans leur acception ordinaire pour couvrir la négligence des employés, la juridiction saisie doit examiner si la catégorie des dommages peut avoir une autre cause que la négligence. Le juge de première instance a conclu que pareille «cause» a été dégagée par la jurisprudence concernant les transporteurs publics, lesquels sont «en common law, présumés responsables de toute perte ou avarie». À part la négligence, les appelants seraient donc «responsables des dommages naturellement liés à l'arrimage en pontée, notamment les dommages causés par l'eau de mer, la pluie ou le vent», autant de catégories de dommages prévisibles auxquels les exonérations pertinentes du connaissement pourraient s'appliquer et que les parties contractantes avaient nécessairement à l'esprit lorsqu'elles ont accepté les conditions du contrat. En outre, la présence du terme «négligence» dans d'autres clauses, alors qu'il est absent de la clause 8, a été jugée significative. Il échet d'examiner si les critères définis par la jurisprudence *Canada Steamship* pour l'interprétation de la clause d'exonération sont encore applicables depuis l'arrêt *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltd.*, par lequel la Cour suprême du Canada a jugé que la doctrine de l'inexécution fondamentale ne se substitue pas à la clause d'exonération de responsabilité, mais qu'il faut donner des termes d'une telle clause une interprétation naturelle et juste; et, au cas où ces critères seraient applicables, si le juge de première instance a commis une erreur en les appliquant à l'interprétation de la clause 8.

*Arrêt*: il faut rejeter l'appel.

Les critères définis dans *Canada Steamship* n'ont pas été déplacés par *Hunter Engineering*; par conséquent, la clause 8 des contrats de transport maritime de marchandises en question doit être interprétée à la lumière de ces critères.

The tests in *Canada Steamship* were not mentioned in *Hunter Engineering*, which addressed the use of fundamental breach in the context of enforcing an exclusion clause. Such was not the issue herein. Moreover, the rejection of the fundamental breach doctrine in that case was expressly based on the 1980 decision of the House of Lords in *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.* There is no indication in subsequently decided English cases that the *ratio* of that decision is now to be applied in preference to the tests in *Canada Steamship*. Indeed English and Canadian courts have continued to apply those tests to the construction of a broadly worded exclusion clause in a contract that did not expressly exclude liability for negligence.

In *MacKay v. Scott Packaging and Warehousing Co. (Canada) Ltd.*, which applied *Hunter Engineering*, the Federal Court of Appeal determined that an exclusion clause which excluded liability for "any damage (howsoever caused) to the goods" had effectively excluded liability for negligence, although "negligence" was not expressly mentioned. But the contract therein was not a contract for the carriage of goods by sea *per se*, but a form of forwarding contract. The defendant was not burdened with the obligations imposed at common law upon a carrier by sea for safe carriage and delivery and seaworthiness.

The Hague Rules did not apply herein because the definition of "goods" in Article 1(c) exempts any cargo which the contract of carriage states is carried on deck. Therefore the appellants were subject to the obligations of a carrier by sea at common law unless those obligations were modified by the contracts in issue.

The unlikelihood that one party to a contract would intend to absolve the other from negligent performance of the contract appears to lie at the root of the *Canada Steamship* tests. Therefore, the question was whether there were heads of liability at common law other than negligence imposed upon a carrier of goods by sea. In general terms, such a carrier incurs "the same liability as a common carrier in respect of loss or damage to the goods". Apart from statute and subject to the terms of the contract, the carrier undertakes to carry the goods at his own absolute risk, with the exception of loss or damage caused by acts of God or of the Queen's enemies or inherent defect in the goods themselves or default of the shipper. In addition, the carrier impliedly undertakes that the ship is seaworthy unless relieved of that obligation by a term of the contract. By this undertaking the carrier ensures that the ship is fit both to encounter the perils of the voyage and to receive and carry the cargo safely. The tests in *Canada Steamship* and *ITO* are particu-

Les critères dégagés dans *Canada Steamship* ne sont mentionnés nulle part dans *Hunter Engineering*, où se posait la question du recours à la doctrine de l'inexécution fondamentale pour appliquer une clause d'exonération. Tel n'est pas le cas en l'espèce. De plus, le rejet de la doctrine de l'inexécution fondamentale dans l'affaire citée était expressément fondé sur la décision rendue en 1980 par la Chambre des lords dans *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.* Il n'y a dans la jurisprudence d'Angleterre subséquente aucune indication que le raisonnement adopté dans cette décision doit maintenant être appliqué de préférence aux critères dégagés dans *Canada Steamship*. En effet, les juridictions anglaises et canadiennes ont continué à appliquer ces derniers dans l'interprétation de la clause d'exonération couchée en termes généraux dans les contrats qui n'excluaient pas expressément de la responsabilité pour négligence.

Dans *MacKay c. Scott Packaging and Warehousing Co. (Canada) Ltd.*, la Cour d'appel fédérale, appliquant la jurisprudence *Hunter Engineering*, a conclu qu'une clause qui excluait la responsabilité en cas de «dommage (causé de quelque manière que ce soit) [aux biens]» exonérait effectivement de la responsabilité pour négligence bien que le terme «négligence» n'y figurât pas. Cependant, le contrat en cause dans cette affaire n'était pas un contrat de transport maritime de marchandises proprement dit, mais une forme de contrat de réexpédition. La défendresse n'était pas soumise à l'obligation imposée en common law au transporteur maritime, savoir l'obligation de transport et livraison en bon état et de garantie de navigabilité.

Les Règles de la Haye ne sont pas applicables puisque la définition de «marchandises» à l'article 1c) exclut toute cargaison qui, par le contrat de transport, est déclarée comme mise sur le pont et, en fait, est ainsi transportée. Les appelants étaient donc tenus aux obligations de common law du transporteur maritime, sauf dérogation expresse dans les contrats en question.

À l'origine des critères dégagés dans *Canada Steamship*, il y a le fait qu'il est hautement improbable qu'une partie entende absoudre l'autre partie de toute négligence dans l'exécution du contrat. En conséquence, se pose la question de savoir s'il y a en common law un ou des chefs de responsabilité autres que la négligence, dont doit répondre le transporteur maritime de marchandises. En termes généraux, ce transporteur répond «de la même responsabilité qu'un transporteur public en cas de perte ou d'avarie». La loi mise à part et sous réserve des stipulations du contrat, le transporteur s'engage à transporter les marchandises à ses risques exclusifs, sauf le cas fortuit, les actes hostiles des ennemis de la Reine, les défauts inhérents des marchandises elles-mêmes et la faute du chargeur. En outre, il garantit implicitement la navigabilité du navire, à moins d'être libéré de cet engagement par une stipulation du contrat. Par cet engagement, il garantit que le navire peut à la fois affronter les périls du voyage et recevoir et transpor-

larly applicable to the construction of an exclusion clause in a contract for the carriage of goods by sea, wherein carriers are exposed to liability for loss of goods that is in addition to that of negligence.

Although the word “negligence” does not appear in Clause 8 of the bills of lading, the language of Clause 8 is broad enough to exclude negligence. Given the context of the contracts, Clause 8 was not intended to exclude liability for negligence but for other heads of liability imposed on the appellants at common law i.e. “damage that is naturally concomitant with deck stowage including damage by seawater, rain or wind”. Liability for this type of damage is “other than that of negligence” and is not “so fanciful or remote that the proferens [the person in whose favour the clause is made] cannot be supposed to have desired protection against”. The parties must have contemplated the possibility of such situations. In addition, the implied warranty of seaworthiness exposed the appellants to another potential head of liability that was quite apart from negligence. This, too, constituted a head of liability to which Clause 8 would apply.

ter la cargaison en toute sécurité durant le voyage. Les critères dégagés par les jurisprudences *Canada Steamship* et *ITO* sont éminemment applicables à l’interprétation d’une clause d’exonération dans un contrat de transport de marchandises par mer, contrat qui tient le transporteur responsable des pertes et avaries sans qu’il y ait négligence de sa part.

Bien que le terme «négligence» ne figure pas à la clause 8 des connaissements en question, la formulation de cette clause est suffisamment large pour exclure la négligence. Étant donné le contexte de ces contrats, cette clause ne visait pas à exclure la responsabilité pour négligence, mais d’autres chefs de responsabilité que la common law impose aux appelants, c’est-à-dire les «dommages naturellement liés à l’arrimage en pontée, notamment les dommages causés par l’eau de mer, la pluie ou le vent». La responsabilité pour ce type d’avaries est la responsabilité tenant à «une autre cause que la négligence» et cette autre cause ne doit pas être «si ténue ou lointaine qu’on ne puisse supposer que le [bénéficiaire] ait voulu s’en garantir». Ces éventualités doivent être considérées comme ayant été prévues par les parties. En outre, la garantie implicite du bon état de navigabilité du navire expose les appelants à un autre chef de responsabilité potentiel au-delà de la négligence. Il s’agit là aussi d’un chef de responsabilité auquel s’appliquerait la clause 8.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Carriage of Goods by Water Act*, R.S.C., 1985, c. C-27, s. 2, Sch.

*International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading and Protocol of Signature*, Brussels, 25 August, 1924 (“Hague Rules”), Art. 1(c), 3(1).

*Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading*, Brussels, 25 August 1924 (Brussels, 23 February, 1968) (“Visby Rules”).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Canada Steamship Lines Ltd. v. The King*, [1952] A.C. 192 (P.C.); *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Smith v South Wales Switchgear Ltd*, [1978] 1 All ER 18 (H.L.); *Raphael, The*, [1982] 2 Lloyd’s Rep. 42 (C.A.); *Rutter v. Palmer*, [1922] 2 K.B. 87 (C.A.).

##### DISTINGUISHED:

*Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426; (1989), 57 D.L.R. (4th) 321;

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Convention internationale pour l’unification de certaines règles en matière de connaissement et Protocole de signature*, Bruxelles, 25 août 1924 («Règles de La Haye»), art. 1c), 3(1).

*Loi sur le transport des marchandises par eau*, L.R.C. (1985), ch. C-27, art. 2, ann.

*Protocole portant modification de la Convention internationale pour l’unification de certaines règles en matière de connaissement*, Bruxelles, 25 août 1924 (Bruxelles, 23 février 1968) («Règles de Visby»).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Canada Steamship Lines Ltd. v. The King*, [1952] A.C. 192 (C.P.); *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Smith v South Wales Switchgear Ltd*, [1978] 1 All ER 18 (H.L.); *Raphael, The*, [1982] 2 Lloyd’s Rep. 42 (C.A.); *Rutter v. Palmer*, [1922] 2 K.B. 87 (C.A.).

##### DISTINCTION FAITE D’AVEC:

*Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426; (1989), 57 D.L.R. (4th) 321;

[1989] 3 W.W.R. 385; 35 B.C.L.R. (2d) 145; 92 N.R. 1; *MacKay v. Scott Packing and Warehousing Co. (Canada) Ltd.*, [1996] 2 F.C. 36; (1995), 192 N.R. 118 (C.A.).

## CONSIDERED:

*Gillespie Bros. & Co. Ltd. v. Roy Bowles Transport Ltd. Rennie Hogg Ltd. (Third Party)*, [1973] 1 Lloyd's Rep. 10 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Good Friend, The*, [1984] 2 Lloyd's Rep. 586 (Q.B. (Com. Ct.)); *Alderslade v. Hendon Laundry Ltd.*, [1945] K.B. 189 (C.A.); *Beaumont-Thomas v. Blue Star Line, Ltd.*, [1939] 3 All E.R. 127 (C.A.); *Thin v. Richards*, [1892] 2 Q.B. 141 (C.A.); *Vortigern, The*, [1899] P. 140 (C.A.); *McFadden v. Blue Star Line*, [1905] 1 K.B. 697; *Paterson Steamships, Ltd. v. Canadian Co-operative Wheat Producers, Ltd.*, [1934] A.C. 538 (P.C.); *Wade v. Cockerline*, [1905] Com. Cas. 47 (K.B.); aff'd [1905] Com. Cas. 115 (C.A.); *Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522 (H.L.); *Friso, The*, [1980] 1 Lloyd's Rep. 469 (Q.B. (Adm. Ct.)); *Galileo, The*, [1914] P. 9 (C.A.); *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827 (H.L.); *Dorset County Council v. Southern Felt Roofing Co. Ltd.* (1989), 29 Co. L.R. 61 (C.A.); *E.E. Caledonia Ltd. v. Orbit Valve Plc*, [1994] 2 Lloyd's Rep. 239 (C.A.); *Cavell Developments Ltd. v. Royal Bank of Canada* (1991), 78 D.L.R. (4th) 512; [1991] 4 W.W.R. 266; 54 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.); *Upper Lakes Shipping Ltd. v. St. Lawrence Cement Inc.* (1992), 89 D.L.R. (4th) 722 (Ont. C.A.); *Zippy Print Enterprises Ltd. v. Pawliuk*, [1995] 3 W.W.R. 324 (B.C.C.A.), [1995] 3 W.W.R. 324; (1994), 100 B.C.L.R. (2d) 55; 20 B.L.R. (2d) 170 (C.A.); *Murray v. Bitango* (1996), 184 A.R. 68; 135 D.L.R. (4th) 443; [1996] 7 W.W.R. 163; 38 Alta. L.R. (3d) 408 (C.A.); *Ailsa Craig Fishing Co Ltd v Malvern Fishing Co Ltd*, [1983] 1 All ER 101 (H.L.); *Mitchell (George) (Chesterhall) Ltd. v. Finney Lock Seeds Ltd.*, [1983] Q.B. 284 (C.A.); *MacKay v. Scott Packing and Warehousing Co. (Canada) Ltd.* (1994), 75 F.T.R. 174 (F.C.T.D.).

## AUTHORS CITED

*Canadian Code of Safe Practice for Ships Carrying Timber Deck Cargoes*. Ottawa: Canadian Marine Transportation Administration, 1974.  
*Carver's Carriage by Sea*, 13th ed. by R. Colinvaux. Vol. 1. London: Stevens & Sons, 1982.  
*Grand dictionnaire encyclopédique Larousse*. Paris: Larousse, 1995, "métacentre".  
*Halsbury's Laws of England*, 4th ed., Vol. 43. London: Butterworths, 1983.

[1989] 3 W.W.R. 385; 35 B.C.L.R. (2d) 145; 92 N.R. 1; *MacKay c. Scott Packing and Warehousing Co. (Canada) Ltd.*, [1996] 2 C.F. 36; (1995), 192 N.R. 118 (C.A.).

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Gillespie Bros. & Co. Ltd. v. Roy Bowles Transport Ltd. Rennie Hogg Ltd. (Third Party)*, [1973] 1 Lloyd's Rep. 10 (C.A.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Good Friend, The*, [1984] 2 Lloyd's Rep. 586 (Q.B. (Com. Ct.)); *Alderslade v. Hendon Laundry Ltd.*, [1945] K.B. 189 (C.A.); *Beaumont-Thomas v. Blue Star Line, Ltd.*, [1939] 3 All E.R. 127 (C.A.); *Thin v. Richards*, [1892] 2 Q.B. 141 (C.A.); *Vortigern, The*, [1899] P. 140 (C.A.); *McFadden v. Blue Star Line*, [1905] 1 K.B. 697; *Paterson Steamships, Ltd. v. Canadian Co-operative Wheat Producers, Ltd.*, [1934] A.C. 538 (P.C.); *Wade v. Cockerline*, [1905] Com. Cas. 47 (K.B.); conf. par [1905] Com. Cas. 115 (C.A.); *Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522 (H.L.); *Friso, The*, [1980] 1 Lloyd's Rep. 469 (Q.B. (Adm. Ct.)); *Galileo, The*, [1914] P. 9 (C.A.); *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827 (H.L.); *Dorset County Council v. Southern Felt Roofing Co. Ltd.* (1989), 29 Co. L.R. 61 (C.A.); *E.E. Caledonia Ltd. v. Orbit Valve Plc*, [1994] 2 Lloyd's Rep. 239 (C.A.); *Cavell Developments Ltd. v. Royal Bank of Canada* (1991), 78 D.L.R. (4th) 512; [1991] 4 W.W.R. 266; 54 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.); *Upper Lakes Shipping Ltd. v. St. Lawrence Cement Inc.* (1992), 89 D.L.R. (4th) 722 (C.A. Ont.); *Zippy Print Enterprises Ltd. v. Pawliuk*, [1995] 3 W.W.R. 324 (C.A.C.-B.), [1995] 3 W.W.R. 324; (1994), 100 B.C.L.R. (2d) 55; 20 B.L.R. (2d) 170 (C.A.); *Murray v. Bitango* (1996), 184 A.R. 68; 135 D.L.R. (4th) 443; [1996] 7 W.W.R. 163; 38 Alta. L.R. (3d) 408 (C.A.); *Ailsa Craig Fishing Co Ltd v Malvern Fishing Co Ltd*, [1983] 1 All ER 101 (H.L.); *Mitchell (George) (Chesterhall) Ltd. v. Finney Lock Seeds Ltd.*, [1983] Q.B. 284 (C.A.); *MacKay c. Scott Packing and Warehousing Co. (Canada) Ltd.* (1994), 75 F.T.R. 174 (C.F. 1<sup>o</sup> inst.).

## DOCTRINE

*Carver's Carriage by Sea*, 13th ed. by R. Colinvaux. Vol. 1. London: Stevens & Sons, 1982.  
*Grand dictionnaire encyclopédique Larousse*. Paris: Larousse, 1995, «métacentre».  
*Halsbury's Laws of England*, 4th ed., Vol. 43. London: Butterworths, 1983.  
*Halsbury's Laws of England*, 4th ed. reissue, Vol. 5(1). London: Butterworths, 1993.

*Halsbury's Laws of England*, 4th ed. reissue, Vol. 5(1).  
London: Butterworths, 1993.

*Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*. Oxford: Oxford University Press, 1973, "metacentre".

APPEAL from trial judgment (*Canadian Pacific Forest Products Ltd. v. Belships (Far East) Shipping (Pte.) Ltd. et al.* (1996), 111 F.T.R. 11 (F.C.T.D.)) allowing a claim for damages for part of a cargo of lumber that was lost from the deck of the *Beltimber*, and holding that the loss was not excluded by the contract of affreightment. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

*Nick J. Spillane* for appellants.  
*J. Kenrick Sproule* for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

*McMaster Gervais*, Montréal, for appellants.  
*Sproule, Castonguay, Pollack*, Montréal, for respondents.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

[1] STONE J.A.: This appeal is from a judgment of Noël J. dated April 23, 1996 in an action in admiralty,<sup>1</sup> allowing a claim for damages for part of a cargo of lumber that was lost overboard from the deck of the ship *Beltimber* in December 1991 and holding that the loss was not excluded by the contract of affreightment. The cargo was shipped from Nanaimo, British Columbia, to Antwerp, Belgium, under two identical bills of lading which contained an exclusion clause. At the time of the carriage the ship was owned by the first appellant and was time chartered to the third appellant. The parties agreed at trial that those respondents were "both bill of lading carriers" and in the event the carriers were found to be responsible for the damages claimed "that they are jointly and severally liable to pay the damages".<sup>2</sup>

*Recueil canadien de règles de pratiques pour la sécurité des navires transportant des cargaisons de bois en pontée*. Ottawa: Administration canadienne du transport maritime, 1974.

*Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*. Oxford: Oxford University Press, 1973, «metacentre».

APPEL contre le jugement de première instance (*Produits forestiers Canadien Pacifique Ltée c. Belships (Far East) Shipping (Pte.) Ltd. et al.* (1996), 111 F.T.R. 11 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)) qui a accordé des dommages-intérêts pour la perte partielle d'une cargaison de bois transportée sur le pont du *Beltimber*, et conclu que cette perte n'était pas exclue par le contrat d'affrètement. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

*Nick J. Spillane* pour les appelants.  
*J. Kenrick Sproule* pour les intimées.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*McMaster Gervais*, Montréal, pour les appelants.  
*Sproule, Castonguay, Pollack*, Montréal, pour les intimées.

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

[1] LE JUGE STONE, J.C.A.: Il y a en l'espèce appel formé contre le jugement rendu le 23 avril 1996 par le juge Noël dans une affaire de droit maritime<sup>1</sup> pour allouer des dommages-intérêts à la suite de la perte partielle en mer en décembre 1991 d'une pontée de bois à bord du navire *Beltimber* et conclure que la perte n'était pas exclue par le contrat d'affrètement. Cette cargaison était transportée de Nanaimo (Colombie-Britannique) à Anvers, (Belgique), sous deux connaissements identiques comportant l'un et l'autre une clause d'exonération de responsabilité. Au moment du transport en question, la première appelante était la propriétaire du navire, et la troisième appelante, l'affréteur en time-charter. Les parties sont convenues en première instance que ces deux étaient «l'une et l'autre transporteurs sous connaissement» et qu'au cas où les transporteurs seraient trouvés responsables des avaries alléguées, «ils seraient solidairement tenus des dommages-intérêts»<sup>2</sup>.

### The decision at trial

[2] The facts surrounding the loading, stowing and carrying of the cargo on the ship's deck are not disputed. The cargo was shipped in pre-slung modules, two packages high and two packages wide. It was stowed by the agent of the third appellant (C.T. Co.), whose basic method of stowing on hatch No. 4 was described by Noël J. as follows:<sup>3</sup>

The stow on hatch no. 4 was 10 layers of packages high, corresponding to a total height above the hatch cover of approximately 6.7 m. Thus, the total height of the stow above the weather deck was just under 9.5 m. The first two layers of lumber packages atop hatch no. 4 (first layer of modules) were stowed in a fore and aft direction, in line with the vessel. The next two layers were stowed athwartships, and ran the full width of the hatch cover. The packages in the top six layers (the top 3 module layers) were stowed in a fore and aft direction and were bricklaid in this direction to avoid stacking them in columns. Small angular restraints (approximately 2.5 ft high) called "lumber chocks" were placed along the edge of the hatch coaming to restrain the movement of the bottom tier of cargo. Two by six inch dunnage was used between package layers 2 and 3 (module layers 1 and 2) and between package layers 6 and 7 (module layers 3 and 4) to bind the stow and ensure the transfer of weight from the upper packages to the lower packages. There were several plastic-wrapped packages stowed athwartships in the second module layer, and there were some plastic-wrapped packages stowed fore and aft on the bottom module layer (resting on the hatch cover). There were plastic-wrapped packages on the wings or outer portions of the stow. The fact that some packages were plastic-wrapped was not taken into account by C.T. Co. in the stowage, nor was it taken into account by the Captain of the Beltimber in his evaluation of the stow. [Footnotes omitted.]

The cargo was secured with lashing material that consisted of chains, links, turnbuckles and eyepads, all of which was supplied by C.T. Co. As Noël J. found:<sup>4</sup>

The stow on hatch no. 4 had 10 pairs of chains (lashings). Because the deck lashing terminals were spaced 1.5 m. apart, there was a lashing every 1.5 m. around the stow. As a result, some of the bundles that were stowed athwartships would not have direct contact with any chains. There were

### Le jugement de première instance

[2] Les faits relatifs au chargement, à l'arrimage et au transport de la cargaison en pontée ne sont pas contestés. Cette cargaison était transportée sous forme de modules pré-élingués, consistant en deux paquets en hauteur et deux paquets sur le plan horizontal. Elle a été arrimée par le mandataire de la troisième appelante (C.T. Co.), dont la méthode d'arrimage sur le panneau d'écouille n° 4 a été décrite par le juge Noël en ces termes<sup>3</sup>:

La cargaison sur le panneau d'écouille n° 4 consistait en un paquet de 10 étages de haut qui s'élevait d'environ 6,7 m au-dessus du panneau. La hauteur totale de la cargaison s'élevait donc à environ 9,5 m au-dessus du pont exposé. Les deux premiers étages des paquets de bois sur le panneau d'écouille n° 4 (premier étage du module) étaient arrimés dans le sens longitudinal du navire. Les deux étages suivants étaient arrimés transversalement au navire et couvraient toute la largeur du panneau. Les paquets composant les six étages supérieurs (3 étages supérieurs du module) étaient arrimés dans le sens longitudinal du navire et posés comme des briques dans cette direction pour ne pas qu'ils soient empilés en colonne. De petits dispositifs de retenue en angle (d'environ 2,5 pi de haut) appelés chaumards ont été placés le long des hiloires d'écouille afin d'empêcher que le plan inférieur de la cargaison ne bouge. Un fardage de 2 po. sur 6 po. a été utilisé entre le deuxième et le troisième étages du paquet (premier et deuxième étages du module) et entre le sixième et septième étages du paquet (troisième et quatrième étages du module) afin d'assujettir la cargaison et d'assurer le transfert de poids des paquets supérieurs aux paquets inférieurs. Plusieurs paquets du deuxième étage étaient emballés dans du plastique et arrimés transversalement au navire, alors que d'autres paquets emballés dans du plastique à l'étage inférieur du module (sur le panneau d'écouille) étaient arrimés dans le sens longitudinal du navire. Il y avait des paquets emballés dans du plastique sur les ailes ou la partie extérieure de la cargaison. La C.T. Co. n'a pas tenu compte pour l'arrimage du fait que certains paquets avaient été emballés dans du plastique, pas plus que le capitaine du Beltimber dans son évaluation de la cargaison. [Notes de bas de page occultées.]

La cargaison était arrimée au moyen de saisines composées de chaînes, de maillons, de ridoirs et de pitons à œil, le tout fourni par C.T. Co. Voici ce qu'a constaté le juge Noël à ce sujet<sup>4</sup>:

La cargaison sur l'écouille n° 4 comportait dix paires de chaînes (saisines). Comme les points d'ancrage sur le pont étaient espacés de 1,5 m., il y avait une saisine à tous les 1,5 m. autour de la cargaison. Il en résulte que certains paquets arrimés transversalement n'auraient pas été en

no chains in a fore and aft direction. Packages stowed on the outer edges (fore and aft) of the stow would also not have been in contact with any chains. [Footnote omitted.]

[3] The *Canadian Code of Safe Practice for Ships Carrying Timber Deck Cargoes* of July 1, 1974 (the Code)<sup>5</sup> and the C.T. Co.'s own Standard Operating Procedures were in evidence. These latter procedures provided in section 16(c) that: "Whenever practical or possible the stow should . . . [have] packages alternated fore and aft and athwartships above the hatch in order to interlock, however, the top two packages should always be fore and aft" and that the "deck stow should also be 'brick-laid' in the fore and aft direction to avoid stacking of packages in a column". The same paragraph contained the advice that there be "one or more non-adjacent tiers stowed athwartships when above the hatches to produce a binding effect within the cargo". Noël J. commented on these requirements as follows in the light of the evidence of Captain Day, a witness called by the appellants:<sup>6</sup>

The logic behind the codification, insofar as it relates to the notion that athwartship packages should not be stowed adjacent to one another, is obvious. Athwartship packages stowed in adjacent layers have a greater propensity to be propelled out of a stow in the event of a severe roll because they rest on each other end to end in the direction of the movement thereby increasing their susceptibility to skid out. Although Captain Day did not say so explicitly, I take it from his testimony that this concern would somehow have been alleviated by the advent of specialized ships and bonded packages of uniform size.

...

The packages of timber were loaded in modules, two packages in width and two packages in height which, once deposited on board the ship, formed a single "tier" according to the interpretation given to the Code on the West Coast. While this practise gives rise to obvious efficiencies, it also has significant repercussions on the composition of the stow. The first is that dunnage can only be placed between every second layer of packages, that is on the top of each module. In the case at hand, the evidence reveals that dunnage was only placed between the second and third layer of packages and between the sixth and seventh layer

contact direct avec les chaînes. Aucune chaîne n'avait été placée dans le sens longitudinal du navire. Les paquets arrimés sur les côtés extérieurs (dans le sens longitudinal) de la cargaison n'auraient pas été non plus en contact direct avec les chaînes. [Note de bas de page occultée.]

[3] *Le Recueil canadien de règles de pratiques pour la sécurité des navires transportant des cargaisons de bois en pontée* du 1<sup>er</sup> juillet 1974 (le Recueil)<sup>5</sup> et le propre règlement de manutention de C.T. Co. ont été produits en preuve. Celui-ci prévoit en son alinéa 16(c) que: «dans la mesure du possible, l'arrimage doit être à niveau avec des paquets alternant de façon longitudinale et transversale sur l'écouille pour un effet de verrouillage; toutefois, les deux paquets supérieurs doivent toujours être placés dans le sens longitudinal» et que «la cargaison en pontée doit aussi être placée "en forme de briques" de l'avant à l'arrière afin d'éviter l'empilage de paquets dans une colonne». Le même alinéa comporte aussi cette recommandation: «il est conseillé d'arrimer transversalement un ou plusieurs plans non adjacents au-dessus des écoutilles pour consolider la pontée». Le juge Noël a fait l'observation suivante au sujet de ces prescriptions, à la lumière du témoignage du capitaine Day, témoin cité par les appelants<sup>6</sup>:

La logique qui sous-tend la codification est évidente, dans la mesure où elle porte sur l'idée que les paquets transversaux ne devraient pas être arrimés de façon adjacente l'un à l'autre. Les paquets transversaux arrimés en étages adjacents ont fortement tendance à être propulsés à l'extérieur d'un arrimage dans le cas d'un mouvement de roulis important parce qu'ils reposent l'un sur l'autre, d'un côté à l'autre dans le sens du mouvement, ce qui augmente le risque de ripage. Bien que le capitaine Day ne l'ait pas dit de façon aussi explicite, je déduis de son témoignage que cette préoccupation a été quelque peu allégée par l'arrivée de navires spécialisés et de paquets frettés de taille uniforme.

[. . .]

Les paquets de bois ont été chargés en modules, deux paquets en largeur et deux paquets en hauteur, et une fois placés sur le navire, ils formaient un seul «plan» selon l'interprétation du Recueil sur la côte ouest. Bien que cette pratique présente des avantages d'efficacité indéniables, elle a également d'importantes répercussions sur la composition de l'arrimage. La première étant que le fardage ne peut être placé qu'entre chaque deuxième étage de paquets, c'est-à-dire sur chaque module. En l'espèce, la preuve révèle que le fardage n'a été placé qu'entre le deuxième et troisième étages des paquets et entre le sixième et le septième étages

of packages. The second is that the ability to bind the stow by bricklaying layers of fore and aft packages with athwartships layers is severely compromised. Indeed, as the stow in issue demonstrates, only one module out of five can be placed athwartships. This is because, as pointed out by Captain Day, the top two modules must always remain in the fore and aft position. As otherwise the Code requires that no two modules be placed athwartships in an adjacent position, and as the bottom module must also remain in a fore and aft direction, it follows that only the second and third modules from the bottom can be placed in an athwartship direction. . . . The third and more significant repercussion stemming from the change in practice is that it allows for the loading of athwartship packages adjacent to one another across the width of the stow in circumstances where no dunnage can be inserted between these packages, as again occurred in the case at hand. [Emphasis added; footnotes omitted.]

[4] After discharging other cargoes at Portsbury, England, and then at Brake, Germany, the *Beltimber* departed Brake for Antwerp with only the respondents' cargo remaining on deck. Noël J. found that at the time of departure the *Beltimber* had a GM of 4.69 metres<sup>7</sup> which rendered her "stiff" in that her rotation was "short" and "fast" and the rolling period of eight seconds duration. He characterized the effects of this condition on the cargo in the light of the evidence of Captain Knott and Captain Paines, expert witnesses called by the respondents and the appellants, respectively, as follows:<sup>8</sup>

A stiff ship suffers from excessive stability and according to Captain Knott, a GM of 4.69 m. is adversely large by any standard and a rolling period of 8 seconds can be described as vicious. Indeed, it is said to create a whiplash effect when the roll of the ship reverts from starboard to port. As pointed out by Captain Paines, a stiff ship will, by virtue of its rapid roll, impart a dynamic force onto its cargo and lashings. The higher the cargo stands from the ship's centre of gravity, the faster the movement imparted by the roll, and the greater the dynamic forces acting on the lashings. It will be recalled that when the *Beltimber* sailed from Brake, the cargo on the No. 4 hatch was an 850 metric tonne block of cargo which was made of some 553 individual packages. It was no longer surrounded by other cargo either fore or aft and stood approximately at mid ship, some 9.5 m. in height above the weather deck. [Emphasis added; footnote omitted.]

des paquets. La deuxième est que la capacité de lier l'arrimage est gravement compromise si l'on place, comme des briques, des étages de paquets longitudinaux et transversaux. En effet, comme l'arrimage en cause le montre, seul un module sur cinq peut être placé transversalement. Cela est dû, comme l'affirme le capitaine Day, au fait que les deux modules supérieurs doivent toujours demeurer dans une position longitudinale. Comme le *Recueil* stipule par ailleurs qu'il est interdit de placer deux modules dans le sens transversal en position adjacente, et que le module inférieur doit toujours demeurer dans le sens longitudinal, il s'ensuit que seul le deuxième ou le troisième module à partir du bas peut être placé en travers. En fait, la cargaison sur l'écouille n° 4 a été arrimée en fonction de cette contrainte, autrement dit seul le deuxième module du bas a été placé dans le sens transversal. La troisième et plus importante répercussion qui découle du changement de pratique est qu'elle permet le chargement de paquets transversaux de façon adjacente l'un à l'autre tout au long de l'arrimage dans des cas où aucun fardage ne peut être placé entre ces paquets, comme en l'espèce. [Non souligné dans l'original; notes de bas de page occultées.]

[4] Après avoir déchargé les autres cargaisons à Portsbury, en Angleterre, puis à Brake, en Allemagne, le *Beltimber* a mis le cap sur Anvers, avec juste la cargaison des intimées à bord. Le juge Noël a conclu qu'à son départ de Brake, le navire avait un GM de 4,69 mètres<sup>7</sup>, ce qui en faisait un navire «fort de côté» en ce que le roulis était «court» et «rapide», la période de roulis étant de 8 secondes. Il a relevé en ces termes l'effet de cet état de choses sur la cargaison, à la lumière du témoignage du capitaine Knott et du capitaine Paines, experts respectivement cités par les intimées et les appelants<sup>8</sup>:

Un navire fort de côté souffre d'une stabilité excessive et, selon le capitaine Knott, un GM de 4,69 m est trop élevé, quelle que soit la norme utilisée, et une période de roulis de 8 secondes peut être décrite comme étant dangereuse. En effet, l'on dit qu'elle crée un mouvement de coup de fouet lorsque le roulis du navire passe de tribord à bâbord. Comme l'a expliqué le capitaine Paines, un navire fort de côté impose, du fait de son roulis rapide, des forces vives sur sa cargaison et ses saisines. Plus la cargaison s'éloigne du centre de gravité du navire, plus le mouvement provoqué par le roulis est rapide, et plus les forces dynamiques agissant sur les saisines sont grandes. Il convient de rappeler que, lorsque le *Beltimber* a quitté Brake, la cargaison sur l'écouille n° 4 était un bloc de cargaison de 850 tonnes métriques composé de près de 553 paquets individuels. Elle n'était plus entourée par un chargement à l'avant ou à l'arrière et se trouvait à peu près au milieu du navire, à une hauteur de 9,5 m au-dessus du pont exposé. [Non souligné dans l'original; note de bas de page occultée.]

Noël J. also found that the ship's master had not bothered to obtain weather forecasts before departing Brake because in the words of the master with a ship of this size, "we sail no matter what".<sup>9</sup> On December 26, 1991 during this leg of the voyage, in high wind and heavy seas, the cargo was lost overboard. After carefully examining the evidence, Noël J. concluded that the loss was caused by the negligence of the master:<sup>10</sup>

Having regard to the forecast conditions, the historical weather data, the state of the cargo, the vessel's GM, its bow profile, and the constricted waters that were ahead of him, Captain Pettersen made a navigational error when he left Brake in the circumstances that he did. In my view, a competent master properly informed as to the weather would either have stayed in port or reconfigured the cargo as Captain Knott suggested be done. Captain Pettersen further disregarded the preservation of the on-deck cargo when, after he became aware of the continued weather deterioration, he persisted on his course into the constricted waters of the T.S.S. [German Bight Traffic Separation Scheme] rather than heading into the North Sea where he could have brought his vessel head to wind.

It is apparent from the evidence that the only reservation which Captain Pettersen had about sailing in bad weather was dictated by the capability of his ship to navigate. In his words, the *Beltimber* could sail no matter what. This type of thinking is consistent with my finding that Captain Pettersen gave no consideration to the preservation of the cargo for which he was responsible. In my opinion, Captain Pettersen acted negligently when he decided to leave Brake in the circumstances that he did and thereafter in maintaining his course after he became aware that the weather was in fact deteriorating severely. Captain Pettersen knew or ought to have known that he was thereby putting the on-deck cargo in peril. His decision to sail from Brake and thereafter to maintain his course is the direct cause of the loss of the cargo. [Footnote omitted.]

[5] In view of the condition of the lashings as found upon survey after the *Beltimber* arrived at Antwerp, Noël J. concluded that there had been a gradual deterioration of the stow just prior to the loss. He specifically found:<sup>11</sup>

The evidence however shows that not a single lashing component fractured or broke. Only one pear link was found to have elongated. This very localized damage is not consistent with dynamic forces uniformly exerted on every

Le juge Noël a également pris acte de ce que le capitaine ne s'était pas donné la peine d'obtenir les prévisions météorologiques avant d'appareiller de Brake car, de la bouche même de celui-ci, «un navire de cette taille part [. . .] quelles que soient les conditions»<sup>9</sup>. Le 26 décembre 1991, durant cette étape du voyage, la cargaison a été perdue par-dessus bord par vents forts et grosse mer. Après avoir examiné attentivement les témoignages à ce sujet, le juge Noël a conclu que la perte tenait à la négligence du capitaine<sup>10</sup>:

Compte tenu des conditions météorologiques annoncées, des données météorologiques antérieures, de l'état de la cargaison, du GM du navire, du profil de la proue et des eaux achalandées qui l'attendaient, le capitaine Pettersen a fait une erreur de navigation lorsqu'il a quitté Brake dans les conditions où il l'a fait. À mon avis, un capitaine compétent bien informé sur le temps serait resté dans le port ou aurait reconfiguré la cargaison comme l'a suggéré le capitaine Knott. Le capitaine Pettersen n'a pas non plus protégé la cargaison en pontée lorsque, une fois conscient de la détérioration continue des conditions météorologiques, il a maintenu son cap vers les eaux achalandées du dispositif de séparation du trafic plutôt que de se diriger vers la mer du Nord où il aurait pu amener son navire cap au vent.

Il ressort de la preuve que la seule réserve du capitaine Pettersen pour naviguer dans des conditions d'intempéries était dictée par la capacité du navire à naviguer. Selon lui, le *Beltimber* pouvait naviguer, quelles que soient les conditions. Ce type de raisonnement rejoint ma conclusion selon laquelle le capitaine Pettersen ne s'est pas préoccupé de la protection de la cargaison dont il était responsable. Il me semble que le capitaine Pettersen a fait preuve de négligence lorsqu'il a décidé de quitter Brake dans les conditions où il l'a fait et par la suite, et lorsqu'il a maintenu le cap après avoir compris que les conditions météorologiques se détérioraient en fait très gravement. Le capitaine Pettersen savait, ou aurait dû savoir, qu'il mettait ainsi en danger la cargaison en pontée. Sa décision de quitter Brake et ensuite de maintenir son cap est la cause directe de la perte de la cargaison. [Note de bas de page occultée.]

[5] Vu l'état des saisines tel qu'il a été constaté à l'inspection du *Beltimber* à son arrivée à Anvers, le juge Noël a conclu qu'il y avait détérioration graduelle de l'arrimage juste avant la perte. Il a fait en particulier la constatation suivante<sup>11</sup>:

La preuve montre toutefois qu'aucun élément constituant des saisines ne s'est rompu ou brisé. Une seule maille en poire accusait un allongement. Ce dommage très localisé ne va pas de pair avec les forces vives qui auraient été exercées

lashing, as they would be in a unitized stow. It indicates that a localized force was exerted on one lashing, which could only have occurred as the stow began to break up. In this respect, I accept Captain Knott's opinion to the effect that the generally intact and unbroken state of the lashing suit suggests that there was a gradual deterioration of the stow. This deterioration probably began with the slippage of one or two packages out of the stow due to the very heavy rolling and pitching motion of the Beltimber, followed by a rapid domino-like disintegration of the stow as the rapid roll of the ship propelled the packages into the sea. [Emphasis added; footnotes omitted.]

[6] Each of the bills of lading was stamped on its face with the words "on deck at shipper's risk" and included the following as Clause 8 on its reverse side.<sup>12</sup>

8. The Carrier shall be at liberty to cause goods to be stowed, either in whole or in part, on deck. Goods may be stowed in poop, forecabin, deck house, shelter deck, passenger space or any other covered-in space commonly used in the trade for the carriage of goods, and when so stowed shall be deemed for all purposes to be stowed under deck. Goods stowed on deck shall be at all times and in every respect at the risk of the Shipper/Consignee. The Carrier shall in no circumstances whatsoever be under any liability for loss of or damage to deck cargo, howsoever the same be caused except that, in the event of jettison of deck cargo, there shall in that respect be a right of contribution in general average in favour of any party interested in the adventure.

The principal issue at trial was whether Clause 8 of the bills of lading immunized the appellants from liability for the loss. The appellants' argument that it did was rejected by Noël J., who concluded after a review of the authorities that this broad clause did not exclude liability for negligence. The issue in this appeal is whether he erred in so concluding.

[7] Noël J.'s conclusion that the language employed in Clause 8 did not exclude negligence was based upon a line of English and Canadian authorities, beginning with *Canada Steamship Lines Ltd. v. The King*<sup>13</sup> and ending with *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*<sup>14</sup> In

de façon uniforme sur chaque saisine si l'arrimage avait été unitisé. Il est ainsi montré qu'une force localisée a été exercée sur une saisine, ce qui aurait pu se produire quand l'arrimage s'est défait. À cet égard, j'accepte l'avis du capitaine Knott selon lequel l'état, en général, intact et inébranlé de l'ensemble des saisines suggère qu'il y a eu une détérioration progressive de l'arrimage. Cette détérioration a probablement commencé avec le glissement d'un ou deux paquets en dehors de l'arrimage du fait du violent mouvement de roulis et de tangage du Beltimber, suivi d'une désintégration rapide de l'arrimage, par une réaction en chaîne, comme le roulis rapide du navire propulsait les paquets dans la mer. [Non souligné dans l'original; notes de bas de page occultées.]

[6] Les connaissements portaient au recto cette mention apposée au tampon: «en pontée au risque du chargeur», et au verso la clause 8 suivante<sup>12</sup>:

8. Le chargeur est libre d'organiser l'arrimage des marchandises, en tout ou en partie, en pontée. Les marchandises peuvent être arrimées dans la dunette, le gaillard, le rouf, le pont-abri, l'espace passagers ou tout autre espace couvert, habituellement utilisé dans la négociation du transport de marchandises, et si elles sont ainsi chargées, elles sont réputées, à toutes fins utiles, chargées en cale. Les marchandises chargées en pontée sont, en tout temps et à tous égards, la responsabilité du chargeur/consignataire. Le chargeur n'assume aucune responsabilité en ce qui concerne la perte ou les dommages de la cargaison en pontée, quelle que soit la façon dont ils sont causés, sauf que, en cas de jet à la mer de la cargaison en pontée, il y aura un droit de contribution en avarie commune en faveur de toute partie concernée par l'opération.

En première instance, le litige portait au premier chef sur la question de savoir si la clause 8 des connaissements exonérait les appelants de toute responsabilité pour la perte. L'argument de ces derniers en ce sens a été rejeté par le juge Noël qui a conclu, à la lumière de la jurisprudence en la matière, que cette clause générale n'exonérait pas de la responsabilité pour négligence. Dans cet appel, il échet d'examiner si cette conclusion était erronée.

[7] La conclusion tirée par le juge Noël que les termes de la clause 8 n'excluaient pas la négligence suit une lignée de jurisprudence anglaise et canadienne allant de l'arrêt *Canada Steamship Lines Ltd. v. The King*<sup>13</sup> à la décision *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*<sup>14</sup>.

*Canada Steamship, supra*, [at page 203] a clause in a warehousing contract excluded liability of the lessor of a shed for “detriment, damage or injury of any nature to . . . goods . . . placed . . . in the . . . shed”. The shed and its contents were destroyed by fire, which was caused by the gross negligence of the lessor’s servants. Lord Morton of Henryton enunciated the following approach for a consideration of such an exclusion clause:<sup>15</sup>

Their Lordships think that the duty of a Court in approaching the consideration of such clauses may be summarized as follows:—

(1) If the clause contains language which expressly exempts the person in whose favour it is made (hereafter called “the proferens”) from the consequences of the negligence of his own servants, effect must be given to that provision. Any doubts which existed whether this was the law in the Province of Quebec were removed by the decision of the Supreme Court of Canada in *The Glengoil Steamship Company v. Pilkington*.

(2) If there is no express reference to negligence, the court must consider whether the words used are wide enough, in their ordinary meaning, to cover negligence on the part of the servants of the proferens. If a doubt arises at this point, it must be resolved against the proferens in accordance with article 1019 of the Civil Code of Lower Canada: “In cases of doubt, the contract is interpreted against him who has stipulated and in favour of him who has contracted the obligation.”

(3) If the words used are wide enough for the above purpose, the court must then consider whether “the head of damage may be based on some ground other than that of negligence,” to quote again Lord Greene in the *Alderslade* case . . . The “other ground” must not be so fanciful or remote that the proferens cannot be supposed to have desired protection against it; but, subject to this qualification, which is no doubt to be implied from Lord Greene’s words, the existence of a possible head of damage other than that of negligence is fatal to the proferens even if the words used are prima facie wide enough to cover negligence on the part of his servants. [Footnotes omitted.]

He went on to conclude on these tests that the clause in question did not exclude the liability of the lessor for negligence. The same tests<sup>16</sup> were applied by the majority in *ITO—International Terminal Operators, supra*, to exclude liability for negligence of a bailee

Dans *Canada Steamship*, précité [à la page 203] une clause du contrat d’entreposage exonérait le bailleur d’un hangar de la responsabilité pour [TRADUCTION] «le préjudice, le dommage ou les blessures, de quelque nature qu’ils soient, aux [. . .] effets [. . .] placés [. . .] dans le [. . .] hangar». Ce hangar et ce qu’il y avait à l’intérieur furent détruits dans un incendie causé par la faute lourde des employés du bailleur. Lord Morton of Henryton a formulé en ces termes la méthodologie à appliquer pour l’interprétation d’une clause d’exonération de ce genre<sup>15</sup>:

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries sont d’avis que le devoir d’un tribunal qui aborde l’examen de pareilles clauses, peut se résumer comme suit:—

1) Si la clause est libellée de façon à décharger expressément la personne au bénéfice de qui elle est faite (ci-après appelée «le proferens») des conséquences de la négligence de ses propres préposés, il faut appliquer la disposition. La décision de la Cour suprême du Canada dans *The Glengoil Steamship Company c. Pilkington* a fait disparaître tout doute qui pouvait subsister sur l’application de cette règle dans la province de Québec.

2) Si la négligence n’est pas mentionnée expressément, le tribunal doit examiner si les termes employés sont assez généraux, dans leur acceptation ordinaire, pour englober la négligence de la part des préposés du proferens. S’il y a doute à cet égard, il faut le résoudre à l’encontre du proferens conformément à l’article 1019 du Code civil du Bas Canada: «Dans le doute le contrat s’interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l’obligation».

3) Si les termes employés sont assez généraux aux fins mentionnées ci-dessus, il faut que le tribunal examine alors si «la catégorie des dommages peut avoir une autre cause que la négligence,» pour citer de nouveau lord Greene dans l’arrêt *Alderslade*. Cette «autre cause» ne doit pas être si ténue ou lointaine qu’on ne puisse supposer que le proferens ait voulu s’en garantir; mais sauf cette réserve, que l’on peut certainement déduire du texte de lord Greene, l’existence d’une catégorie possible de dommages ayant une autre cause que la négligence, est fatale au proferens, même si, à première vue, les termes employés sont assez généraux pour englober la négligence de la part de ses préposés. [Notes de bas de page occultées.]

Il a ensuite conclu, à la lumière des critères ci-dessus, que la clause en question n’exonérait pas le bailleur de la responsabilité pour négligence. Les mêmes critères<sup>16</sup> ont été appliqués par la majorité de la Cour suprême dans *ITO—International Terminal Operators*, susmen-

for reward under a warehousing agreement that contained a broadly worded exclusion clause but omitted the word “negligence”.

[8] Similarly, Noël J. was of the view that the language of Clause 8 was not such as to exclude the appellants’ liability for negligence. He regarded the third test of Lord Morton as requiring that he consider whether a head of damage may be based on some ground other than that of negligence because, in the words of the learned Law Lord, “the existence of a possible head of damage other than that of negligence” would be “fatal” to the appellants. Noël J. found that such a “ground” existed in the case law governing common carriers who, in his words, are “strictly liable at common law for any loss or damage”.<sup>17</sup> Apart from negligence, therefore, the appellants would be liable for damage “naturally concomitant with deck stowage including damage by sea-water, rain or wind”,<sup>18</sup> all of which he regarded as “predictable heads of liability against which the relevant exemptions contained in the Bills of Lading could operate and which the contracting parties necessarily had in mind in agreeing to the terms of the contract”.<sup>19</sup> In addition, the presence of the word “negligence” in clauses 9 and 11 of the bills of lading and its absence from Clause 8 was of significance to Noël J. As he put it:<sup>20</sup>

In my view, the use of the word “negligence” in clauses 9 and 11 of the Bills of Lading cuts down the otherwise broad language of clause 8, with the result that it cannot reasonably be construed as exempting the carrier from its negligence or that of its servants.

#### The parties’ submissions

[9] The appellants raise two major arguments against the judgment below. They contend that the *Canada Steamship* tests for the construction of an exclusion clause have been overtaken by the decision of the Supreme Court of Canada in *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*<sup>21</sup> In that case the doctrine of fundamental breach of contract was held not to displace an exclusion of liability clause in a contract

tionné, pour exonérer le dépositaire de la responsabilité pour négligence réparable par dommages-intérêts dans le cadre d’un contrat d’entreposage qui comportait une clause d’exonération formulée en termes généraux mais sans qu’il y fût question de «négligence».

[8] De même, le juge Noël pensait que les termes de la clause 8 ne libéraient pas les appelants de la responsabilité pour négligence. À son avis, le troisième critère défini par lord Morton lui imposait d’examiner si un chef d’avarie pouvait avoir une autre cause que la négligence parce que, selon le lord juge, «l’existence d’une catégorie possible de dommages ayant une autre cause que la négligence» serait «fatale» pour les appelants. Il conclut que pareille «cause» a été dégagée par la jurisprudence concernant les transporteurs publics, lesquels, dit-il, sont «en common law, présumés responsables de toute perte ou dommage»<sup>17</sup>. À part la négligence, les appelants seraient donc «responsables des dommages naturellement liés à l’arrimage en pontée, notamment les dommages causés par l’eau de mer, la pluie ou le vent»<sup>18</sup>, c’est-à-dire autant de «catégories de responsabilité prévisibles auxquels les exonérations pertinentes du connaissance pourraient s’appliquer et que les parties contractantes avaient nécessairement à l’esprit lorsqu’elles ont accepté les conditions du contrat»<sup>19</sup>. En outre, la présence du terme «négligence» dans les clauses 9 et 11 des connaissements en question, alors qu’il est absent de la clause 8, est significative car, comme le fait observer le juge Noël<sup>20</sup>:

À mon avis, l’utilisation du terme «négligence» dans les clauses 9 et 11 des connaissements restreint le libellé autrement général de la clause 8, et il ne peut donc être raisonnablement interprété comme exonérant le transporteur de sa propre négligence ou de celle de ses préposés.

#### L’argumentation des parties

[9] Les appelants proposent deux principaux arguments contre le jugement de première instance. Ils soutiennent que les critères définis par la jurisprudence *Canada Steamship* pour l’interprétation de la clause d’exonération sont dépassés depuis l’arrêt *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*<sup>21</sup>. Dans cette dernière décision, la Cour suprême du Canada a jugé que la doctrine de l’inexécution fondamentale ne

but, rather, that the scope of such a clause is primarily a matter of construction. Secondly, the appellants submit that, assuming the *Canada Steamship* tests are applicable, Noël J. erred in applying them to the construction of Clause 8. They contend, indeed, that apart from the negligence that was found at trial no other head of damage exists in this case even assuming, as the Trial Judge held, that the appellants' liability to the respondents under the contracts is that of a common carrier. They also argue that given the special roles of clauses 9 and 11, the presence of the word "negligence" therein is not a reliable indication that the parties did not intend to exclude negligence under Clause 8.

[10] The respondents, for their part, submit that the tests in *Canada Steamship*, *supra*, remain good law in Canada as is shown by the decision in *ITO—International Terminal Operators*.<sup>22</sup> They contend, therefore, that Noël J. did not err in approaching the construction of Clause 8 with those tests in view. They argue, in any event, that Noël J. did not err in relying on the wording of clauses 9 and 11 for assistance in construing Clause 8.

#### Analysis

[11] As was noted by Noël J., the application of the Hague Rules<sup>23</sup> to the contracts of carriage in issue was excluded by virtue of Article 1(c) of those Rules, in that the definition of "goods" exempts any "cargo which by the contract of carriage is stated as being carried on deck and is so carried". As we have seen, the face of the bills of lading explicitly stated that the cargo was being "carried on deck" and the cargo was, in fact, so carried. I agree, therefore, that the contracts were not subject to the Hague Rules but that the appellants were subject to the obligations of a carrier by sea at common law unless those obligations were modified by the contracts in issue.

[12] Lord Morton's third test may be of particular application with regard to a contract for the carriage

se substitue pas à la clause d'exonération de responsabilité dans un contrat, mais que la portée d'une telle clause est au premier chef affaire d'interprétation. Les appelants soutiennent en second lieu, qu'à même supposer que les critères définis par *Canada Steamship* soient applicables, le juge Noël a eu tort de les appliquer à l'interprétation de la clause 8. Que, à part la négligence constatée en première instance, il n'y a en l'espèce aucun autre chef d'avarie à même supposer, comme l'a conclu le juge de première instance, que la responsabilité assumée par les appelants vis-à-vis des intimées dans le cadre du contrat soit celle du transporteur public. Et aussi que vu le rôle spécial des clauses 9 et 11, le fait que le terme «négligence» y figure n'est pas une indication fiable que les parties n'entendaient pas exclure la négligence par la clause 8.

[10] De leur côté, les intimées soutiennent que les critères définis dans *Canada Steamship* demeurent applicables au Canada, à preuve la décision *ITO—International Terminal Operators*.<sup>22</sup> Qu'ainsi le juge Noël n'a pas eu tort de les appliquer à l'interprétation de la clause 8. Et qu'en tout cas, il n'a pas eu tort de s'appuyer sur les clauses 9 et 11 pour l'interpréter.

#### Analyse

[11] Ainsi que l'a noté le juge Noël, les contrats de transport en question étaient soustraits à l'application des Règles de La Haye<sup>23</sup> par l'article 1c) de ces dernières, en ce que la définition de «marchandises» exclut toute «cargaison qui, par le contrat de transport, est déclarée comme mise sur le pont et, en fait, est ainsi transportée». Comme nous l'avons vu, les connaissements dont s'agit indiquaient expressément que la cargaison était «transportée en pontée» et elle l'était effectivement. Je conviens par conséquent que ces contrats n'étaient pas soumis à l'application des Règles de La Haye, mais que les appelants étaient tenus aux obligations de common law du transporteur maritime, sauf dérogation expresse dans les contrats en question.

[12] Le troisième critère défini par lord Morton est peut-être celui qui s'applique plus que tout autre à

of goods by sea where, as here, the nature and extent of a carrier's liability is to be determined by common law principles. Thus the rationale and the effect of this test on a contract for sea carriage need to be examined. The unlikelihood that one party to a contract would intend to absolve the other party from negligent performance of the contract appears to lie at the root of the *Canada Steamship* tests. This is borne out by the cases. In *Gillespie Bros. & Co. Ltd. v. Roy Bowles Transport Ltd. Rennie Hogg Ltd. (Third Party)*,<sup>24</sup> for example, Buckley L.J. stated that "it is inherently improbable that one party to a contract should intend to absolve the other party from the consequences of the latter's own negligence". Later, in *The Raphael*, May L.J. expressed himself similarly when he stated:<sup>25</sup>

On the other hand if there is a head of liability upon which the clause could bite in addition to negligence, because it is more unlikely than not that a party will be ready to excuse his other contracting party from the consequences of the latter's negligence, the clause will generally be construed as not covering negligence. [Emphasis added.]

In *ITO—International Terminal Operators*, *supra*, McIntyre J., after quoting extensively from the reasons of May L.J. including the passage I have just recited, indicated that the matter there before him "should be approached in this fashion".<sup>26</sup>

[13] The question thus becomes: Is there a head, or heads, of liability at common law other than negligence imposed on a carrier of goods by sea? In general terms, such a carrier incurs "the same liability as a common carrier in respect of loss or damage to the goods".<sup>27</sup> Apart from statute and subject to the terms of the contract, the carrier undertakes to carry the goods at his own absolute risk, acts of God or of the Queen's enemies or inherent defect in the goods themselves or default of the shipper alone excepted.<sup>28</sup> In addition, the carrier impliedly undertakes that the ship is seaworthy<sup>29</sup> unless relieved of that obligation by a term of the contract. By this undertaking the carrier ensures that the ship is fit both to encounter the perils of the voyage and to receive and carry the cargo safely on the voyage.<sup>30</sup>

l'égard du contrat de transport maritime de marchandises stipulant que la nature et l'étendue de la responsabilité du transporteur se déterminent à la lumière des principes de common law. Il faut donc examiner la raison d'être de ce critère ainsi que ses effets sur le contrat. À l'origine de ces critères dégagés dans la cause *Canada Steamship*, il y a le fait qu'il est hautement improbable qu'une partie entende absoudre l'autre partie de toute négligence dans l'exécution du contrat. C'est ce qui se confirme au fil des causes. Dans *Gillespie Bros. & Co. Ltd. v. Roy Bowles Transport Ltd. Rennie Hogg Ltd. (Third Party)*<sup>24</sup>, le lord juge Buckley fait observer qu'il est [TRADUCTION] «fondamentalement improbable qu'une partie contractante puisse entendre absoudre l'autre partie des conséquences de sa négligence». Subséquemment, dans *The Raphael*, le lord juge May a conclu dans le même sens<sup>25</sup>:

[TRADUCTION] D'autre part, s'il est un chef d'avarie que cette clause pourrait couvrir en sus de la négligence, car il est très improbable qu'une partie soit disposée à excuser l'autre partie des conséquences de sa négligence, cette clause sera normalement interprétée comme ne couvrant pas la négligence. [Non souligné dans l'original.]

Dans *ITO—International Terminal Operators* susmentionné, le juge McIntyre a reproduit de longs passages des motifs prononcés par le lord juge May, dont celui cité ci-dessus, pour conclure que «c'est de cette façon qu'il faut aborder la question [dont il était saisi]»<sup>26</sup>.

[13] La question se pose donc en ces termes: Y a-t-il en common law un ou des chefs de responsabilité autres que la négligence, dont doit répondre le transporteur maritime de marchandises? En termes généraux, ce transporteur répond «de la même responsabilité qu'un transporteur public en cas de perte ou d'avarie»<sup>27</sup>. La loi mise à part et sous réserve des stipulations du contrat, le transporteur s'engage à transporter les marchandises à ses risques exclusifs, sauf le cas fortuit, les actes hostiles des ennemis de la Reine, les défauts inhérents de marchandises elles-mêmes et la faute du chargeur<sup>28</sup>. En outre, il garantit implicitement la navigabilité du navire<sup>29</sup>, à moins d'être libéré de cet engagement par une stipulation du contrat. Par cet engagement, le transporteur garantit que le navire peut à la fois affronter les périls du voyage et recevoir et transporter la cargaison en toute sécurité durant le voyage.<sup>30</sup>

[14] Neither *Canada Steamship, supra*, nor *ITO—International Terminal Operators, supra*, was concerned with the construction of a contractual provision that purported to absolve a carrier of goods by sea from common law liability for loss or damage to the goods. The tests stemming from these cases reveal that they are, indeed, particularly applicable to the construction of an exclusion clause in a contract for the carriage of goods by sea. In *Rutter v. Palmer*,<sup>31</sup> the scope of such a clause was addressed. Scrutton L.J. there referred to the common law liability of a carrier under such a contract in the following terms:<sup>32</sup>

Then there are the cases of contracts for carriage by ship or barge. The owner of the vessel being prima facie liable for the unseaworthiness of his vessel and for negligence of himself and his servants, when the question is how far a clause excepting him from liability, without mentioning either seaworthiness or negligence, will except him from liability for one or the other, the Courts insist more strictly on the liability of the shipowner.

In the same case, Atkin L.J. added the following:<sup>33</sup>

I accept the proposition that if a party to a contract would except himself from liability he must express himself in plain words. There is a class of contracts in which words purporting in general terms to exempt a party from "any loss" or to provide that "any loss" shall be borne by the other party, have been held insufficient to exempt from liability for negligence. Those are contracts by sea or land. The liability of the carrier is not confined to his acts of negligence or those of his servants; it extends beyond liability for negligence; therefore when a clause in the contract exempts the carrier from any loss it may have a reasonable meaning even though the exemption falls short of conferring immunity for acts of negligence. This is the reason at the root of the shipping cases. [Emphasis added.]

It is to be noted as well that *Rutter, supra*, was one of the cases relied on by Lord Greene in *Alderslade v. Hendon Laundry, Ltd.*,<sup>34</sup> a case that, in turn, was relied upon by Lord Morton in *Canada Steamship, supra*. A sea carrier is thus held to a duty of safe delivery of the goods at destination as well as to the exercise of skill and care; failure of either duty renders him liable for the loss so caused unless it is excluded by the contract.<sup>35</sup> In addition, as we shall see, the carrier is liable for loss caused by a breach of his implied

[14] Ni l'arrêt *Canada Steamship* ni l'arrêt *ITO—International Terminal Operators* ne portait sur l'interprétation d'une clause contractuelle exonérant le transporteur maritime de marchandises de toute responsabilité en common law en cas de perte ou d'avarie. Il ressort cependant des critères se dégagant de ces précédents qu'ils sont éminemment applicables à l'interprétation d'une telle clause. Dans *Rutter v. Palmer*<sup>31</sup>, où il était question de la portée d'une clause de ce genre, le lord juge Scrutton a évoqué en ces termes la responsabilité en common law du transporteur ayant conclu un tel contrat<sup>32</sup>:

[TRADUCTION] Il y a aussi le cas des contrats de transport par bateau ou barge. Le propriétaire du navire est présumé responsable de la non-navigabilité de celui-ci ainsi que de sa propre négligence et de celle de ses employés, ce qui fait que dans les cas où il s'agit de savoir dans quelle mesure une clause d'exonération de responsabilité, qui ne mentionne ni la non-navigabilité ni la négligence, l'exonérera de la responsabilité pour l'une ou l'autre cause, la justice penche davantage pour la présomption de responsabilité.

Dans la même affaire, le lord juge Atkin a ajouté ce qui suit<sup>33</sup>:

[TRADUCTION] Je conviens que si une partie au contrat entend décliner la responsabilité, elle doit le stipuler expressément. Il est une catégorie de contrats dans lesquels les clauses visant en termes généraux à exonérer une partie de «toute perte» ou à prévoir que «toute perte» sera supportée par l'autre partie, qui a été jugée insuffisante pour exonérer la responsabilité pour négligence. Il s'agit des contrats de transport maritime et terrestre. La responsabilité du transporteur n'est pas limitée à sa négligence ou à celle de ses employés; elle va au-delà de la négligence; il s'ensuit que si une clause du contrat l'exonère de la responsabilité pour toute perte, elle peut avoir un sens bien que l'exonération n'aille pas jusqu'à assurer l'immunité pour les actes de négligence. Tel est le facteur qui est à l'origine des affaires de transport maritime. [Non souligné dans l'original.]

Il y a également lieu de noter que la décision *Rutter* était l'un des précédents sur lesquels lord Greene s'est guidé dans *Alderslade v. Hendon Laundry, Ltd.*<sup>34</sup>, laquelle décision a été citée par lord Morton dans *Canada Steamship* susmentionné. Le transporteur maritime est ainsi tenu à l'obligation de livrer les marchandises en bon état au lieu de destination, ainsi qu'à l'obligation de compétence et de diligence; le manquement à l'une ou à l'autre le rend responsable de la perte qui en découle, sauf stipulation contraire

warranty of seaworthiness.

[15] I now consider the application of Lord Morton's tests to the present case. The word "negligence" does not appear in Clause 8 of the bills of lading. I agree with Noël J., however, that the language employed in that clause is broad enough to exclude negligence. The question thus becomes whether by that broad language the parties intended to exclude the appellants' negligence. I respectfully agree that given the context of the contracts in question, the language of Clause 8 was not meant to exclude liability for negligence but for other heads of liability imposed on the appellants at common law. Noël J. exemplified such liability as "damage that is naturally concomitant with deck stowage including damage by sea-water, rain or wind". Given the scope of the appellants' common law liability, I agree that liability for this type of damage is, in the words of Lord Morton, a liability "other than that of negligence" and that it is not "so fanciful or remote that the proferens cannot be supposed to have desired protection against". To adopt the words of Lord Keith of Kinkel in *Smith*,<sup>36</sup> applying the *Canada Steamship* tests in another context: "the possibility of such situations must be taken to have been in the contemplation of the parties and not only provides ample content for the clause but casts considerable light on the intention to be gathered from the language used".

[16] It would seem to me, as well, that a carrier by sea at common law is exposed to another potential head of liability beyond that of negligence. I refer to the carrier's implied undertaking of seaworthiness. That obligation has been held to attach at the time of loading and departure on the voyage and at all stages thereof to destination.<sup>37</sup> Liability for its breach is imposed regardless of the carrier's negligence.<sup>38</sup> Noël J. found on the evidence that the cargo was not properly stowed on the ship's deck, that the ship's GM at departure from Brake was too high and that the cargo on No. 4 hatch ought to have been reconfigured

du contrat<sup>35</sup>. En outre, comme nous le verrons *infra*, il est responsable de la perte tenant à son manquement à sa garantie implicite de navigabilité.

[15] J'en viens maintenant à l'application des critères dégagés par le lord Morton aux faits de la cause. Le terme «négligence» ne figure pas à la clause 8 du connaissement. Je conviens cependant avec le juge Noël que la formulation en est suffisamment large pour exclure la négligence. La question se pose dès lors de savoir si par cette formulation générale, les parties entendaient exonérer les appelants de la responsabilité pour négligence. Je conviens qu'étant donné le contexte de ces contrats, la formulation de la clause 8 ne visait pas à exclure la responsabilité pour négligence, mais d'autres chefs de responsabilité que la common law impose aux appelants. Le juge Noël citait à titre d'exemples les «dommages naturellement liés à l'arrimage en pontée, notamment les dommages causés par l'eau de mer, la pluie ou le vent». Étant donné la portée de la responsabilité en common law des appelants, je conviens que la responsabilité pour ce type d'avaries est, pour citer le lord Morton, la responsabilité tenant à [TRADUCTION] «une autre cause que la négligence» et cette autre cause ne doit pas être «si ténue ou lointaine qu'on ne puisse supposer que le proferens ait voulu s'en garantir». Pour reprendre la formule de lord Keith of Kinkel qui appliquait dans *Smith*<sup>36</sup> les critères *Canada Steamship* dans un autre contexte, [TRADUCTION] «ces éventualités doivent être considérées comme ayant été prévues par les parties; elles forment non seulement le contenu de la clause mais encore jettent la lumière sur la volonté à dégager des termes employés».

[16] Il me semblerait qu'en common law, le transporteur maritime soit exposé à un autre chef de responsabilité au-delà de la négligence: sa garantie implicite du bon état de navigabilité du navire. Il a été jugé que cette obligation est en jeu dès le chargement de la marchandise et l'appareillage et est en vigueur pendant toutes les étapes du voyage jusqu'à la destination<sup>37</sup>. Le manquement à cette obligation donne lieu à responsabilité, qu'il y ait ou non négligence de la part du transporteur<sup>38</sup>. Le juge Noël a conclu à la lumière des preuves et témoignages produits que la cargaison n'était pas convenablement arrimée, que le GM du

before departure given the sea conditions reasonably to be experienced at the time of year on the intended route. Noël J. did not consider whether these conditions amounted to a breach of the implied obligation of seaworthiness. Although bad stowage was found at trial, I am not persuaded that this amounted to a breach of that obligation. It seems to me that the ship was fit to receive and carry the cargo in safety at the time it was stowed on board.<sup>39</sup> However, where bad stowage renders the ship unfit for the intended voyage as, for example, where it causes the ship to be unstable or excessively stable, then a condition of unseaworthiness might exist.<sup>40</sup> I need not determine the point. What is significant is that this implied warranty exposed the appellants to another potential head of liability that is quite apart from negligence. This, too, constituted a head of liability to which Clause 8 would apply.<sup>41</sup>

[17] It follows from the foregoing that, in my view, Clause 8 did not exclude liability for the appellants' negligence. In view of the foregoing, it is not necessary to consider the further argument that Noël J. erred in relying on clauses 9 and 11 of the bills of lading for the construction of Clause 8.

[18] The remaining issue arises from the decision of the Supreme Court of Canada in *Hunter Engineering, supra*, and in the application of that decision by this Court in *MacKay v. Scott Packaging and Warehousing Co. (Canada) Ltd.*<sup>42</sup> It is that Clause 8 must be construed in the manner required by *Hunter Engineering* and not otherwise. I do not read that case as laying down so broad a principle. The tests in *Canada Steamship, supra*, are nowhere mentioned in *Hunter Engineering, supra*, either by Dickson C.J. or Wilson J. or by McIntyre J. in his concurring reasons. That case established that the doctrine of fundamental breach does not, by itself, preclude the operation of an exclusion clause but, rather, that the language of such a clause must be given its natural and true construction. Both Dickson C.J.<sup>43</sup> and Wilson J.<sup>44</sup> made it clear that they were there addressing the use of fundamental breach in the context of enforcing an exclusion clause. Such is not the issue in the present case. Moreover,

navire au départ de Brake était trop élevé et que la cargaison arrimée sur le panneau d'écouille n° 4 aurait dû être réarrangée avant le départ, étant donné l'état de la mer à prévoir pour cette période de l'année sur l'itinéraire du navire. Il n'a pas examiné si ces facteurs valaient violation de la garantie implicite de navigabilité. Bien qu'il ait été jugé en première instance que la cargaison était mal arrimée, je n'y vois pas une violation de cette garantie. Il me semble que le navire était approprié au chargement et au transport de la cargaison à bon port, au moment où elle fut chargée à bord<sup>39</sup>. Cependant, si le mauvais arrimage rend le navire inapproprié au voyage envisagé parce que, par exemple, il le rend instable ou excessivement stable, il peut y avoir là un élément de non-navigabilité<sup>40</sup>. Je n'ai pas à me prononcer sur ce point. Ce qui compte, c'est que cette garantie implicite exposait les appelants à un autre chef de responsabilité potentiel, à part la négligence. Il s'agit là aussi d'un chef de responsabilité auquel s'appliquerait la clause 8<sup>41</sup>.

[17] Il résulte de ce qui précède qu'à mon avis, la clause 8 n'exonérerait pas les appelants de la responsabilité pour négligence. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner l'argument que le juge Noël a eu tort de s'appuyer sur les clauses 9 et 11 des connaissements en question pour l'interpréter.

[18] Le dernier point à trancher découle de la décision *Hunter Engineering*, précitée, de la Cour suprême du Canada, et de l'application qu'en a faite notre Cour dans *MacKay c. Scott Packaging and Warehousing Co. (Canada) Ltd.*<sup>42</sup>. L'argument proposé à ce sujet est que la clause 8 doit être interprétée de la façon prescrite dans *Hunter Engineering*, à l'exclusion de toute autre méthode. Je ne vois pas que cette décision pose un principe aussi général. Les critères dégagés dans *Canada Steamship*, précité, ne sont mentionnés nulle part dans *Hunter Engineering*, que ce soit par le juge en chef Dickson, par le juge Wilson, ou encore dans les motifs concordants prononcés par le juge McIntyre. Cette jurisprudence pose que la doctrine de l'inexécution fondamentale n'exclut pas à elle seule l'application d'une clause d'exonération de responsabilité, mais plutôt qu'il faut donner des termes d'une telle clause une interprétation naturelle et juste. Le juge en chef Dickson<sup>43</sup> et le juge Wilson<sup>44</sup> font

the rejection of the fundamental breach doctrine in the context of that case was expressly based on the 1980 decision of the House of Lords in *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*<sup>45</sup> I can find no indication in subsequently decided English cases that the *ratio* of that decision is now to be applied in preference to the tests in *Canada Steamship, supra*. Indeed, the courts of England have continued to apply those tests to the construction of a broadly worded exclusion clause in a contract that did not expressly exclude liability for negligence. *The Raphael, supra*, is not the only post-1980 case to have done so.<sup>46</sup> Canadian courts have done likewise.<sup>47</sup>

[19] I turn to consider this Court's decision in *MacKay, supra*. The defendant sought to exclude its liability by virtue of an exclusion clause for non-delivery of goods at destination. That clause was broadly worded, to exclude the defendant's liability "for any loss or failure to produce or damage (howsoever caused) to the goods" and limited the liability of the defendant to a fixed amount "per cubic foot" of each item lost or damaged. The Court determined that the clause had effectively excluded liability for negligence despite the fact that the word "negligence" did not appear in it. In doing so, the Court had particular regard to certain passages in the reasons of McIntyre J. in *ITO—International Terminal Operators, supra*, to *Photo Production, supra*, to subsequent English decisions,<sup>48</sup> and to *Hunter Engineering, supra*. Applying this recent jurisprudence, the Court concluded that negligence on the part of the defendant, although not expressly mentioned in the exclusion clause, was nevertheless excluded by its broad terms. Writing for the Court, Robertson J.A. stated:<sup>49</sup>

The phrase "howsoever caused" as incorporated in both the exemption and limitation portions of the clause, in my view,

remarque l'un et l'autre qu'il se posait la question du recours à la doctrine de l'inexécution fondamentale pour appliquer une clause d'exonération. Tel n'est pas le cas en l'espèce. De plus, le rejet de la doctrine de l'inexécution fondamentale dans le contexte de l'affaire citée était expressément fondé sur la décision rendue en 1980 par la Chambre des lords dans *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*<sup>45</sup>. Je ne vois dans la jurisprudence d'Angleterre subséquente aucune indication que le raisonnement adopté dans cette décision doit maintenant être appliqué de préférence aux critères dégagés dans *Canada Steamship*. En effet, les juridictions d'Angleterre ont continué à appliquer ces critères dans l'interprétation de la clause d'exonération couchée en termes généraux dans les contrats qui n'exonéraient pas expressément la responsabilité pour négligence. La décision *The Raphael*, précitée, n'est pas la seule décision postérieure à 1980 à le faire<sup>46</sup>. Les tribunaux du Canada l'ont fait aussi<sup>47</sup>.

[19] J'en viens maintenant à la décision *MacKay* précitée, de notre Cour. La défenderesse cherchait à se dégager de sa responsabilité en invoquant la clause d'exonération en cas de défaut de livraison des marchandises au point de destination. Cette clause était formulée en termes généraux pour exclure la responsabilité de la défenderesse «en cas de perte des biens, de défaut de les produire ou de dommage à ceux-ci (causé de quelque manière que ce soit)» et limitait sa responsabilité à un montant fixe «par pied cube» pour chaque article perdu ou avarié. La Cour a conclu que cette clause excluait effectivement la responsabilité pour négligence bien que le terme «négligence» n'y figure pas. Pour parvenir à cette conclusion, elle s'est référée en particulier à certains passages des motifs prononcés par le juge McIntyre dans *ITO—International Terminal Operators*, précité, à *Photo Production*, précité, à la jurisprudence subséquente d'Angleterre<sup>48</sup>, et à *Hunter Engineering*, précité. Appliquant cette jurisprudence récente, la Cour a conclu que la négligence de la défenderesse, bien qu'elle ne fût pas expressément prévue à la clause d'exonération, était exclue par la formulation générale de cette clause. Prononçant les motifs de la Cour d'appel, le juge Robertson a fait observer ce qui suit<sup>49</sup>:

Les mots «causé, de quelque manière que ce soit», tels qu'ils sont employés dans la disposition d'exonération et

is capable of encompassing not only negligence, but also other causes. Obviously, the clause would not apply in cases where fraud or bad faith is established. In the present case, what is intended as a limitation of liability regardless of how the liability might attach in law; ex-negligence, gross negligence, strict liability or vicarious liability. In my view, it is clear that the conduct that resulted in the appellant's loss is within the scope of the above clause.

[20] It must be observed that the contract there in question was not a contract for the carriage of goods by sea *per se*, but a form of a forwarding contract. This was noted by Robertson J.A. who pointed out that the owner of the lost goods had "retained the respondent shipper to effect his move" from Canada to England.<sup>50</sup> At trial, Gibson J. noted that the contract was for moving the plaintiff's belongings from Toronto to London "under the door to door concept of international moving".<sup>51</sup> That the defendant did not thereby become the "carrier" of the goods on the sea leg of the movement nor assume responsibilities as such appears evident from the "Delay in Transit" clause of the contract. That clause provided that: "it is a condition that the terms set forth in the Bills of Lading, Consignment Notes or other documents issued by the participating carriers are accepted by the Company as agent for the customer and that the said terms shall be deemed to form part of this Contract" (emphasis added).<sup>52</sup> Thus particular contracts with carriers participating in moving the goods were to be made between the plaintiff and such carriers. It does not appear, therefore, that the defendant was burdened with the obligations imposed at common law upon a carrier by sea for safe carriage and delivery and for seaworthiness. Accordingly, those potential heads of liability could not figure in the construction of the exclusion clause contained in the master agreement between the plaintiff and the defendant.

[21] I am satisfied from the existing jurisprudence that the tests in *Canada Steamship, supra*, have not been displaced by *Hunter Engineering, supra*, and, therefore, that Clause 8 of the present contracts for the carriage of goods by sea must be construed in the light of those tests. As we have seen, those tests have guided the courts in construing exclusion clauses in

dans la disposition de limitation de la clause, peuvent selon moi, comprendre non seulement la négligence mais encore d'autres causes. Il va sans dire qu'une telle clause ne saurait s'appliquer s'il était établi qu'il y avait eu fraude ou mauvaise foi. En l'espèce, la clause vise à limiter la responsabilité quel que soit le fondement juridique de celle-ci (p. ex. la négligence, la négligence grossière, la responsabilité stricte ou la responsabilité du fait d'autrui). Il est clair, selon moi, que la conduite qui a causé la perte subie par l'appelant est visée par la clause citée plus haut.

[20] Il y a lieu de noter que le contrat en cause dans cette affaire n'était pas un contrat de transport maritime de marchandises proprement dit, mais une forme de contrat de réexpédition. C'est ce qu'a noté le juge Robertson, qui soulignait que le propriétaire des effets perdus avait «retenu l'intimée pour effectuer le déménagement» du Canada en Angleterre<sup>50</sup>. En première instance, le juge Gibson avait noté que le contrat en cause visait le transport des effets du demandeur de Toronto à Londres «selon la formule "porte-à-porte" pour le déménagement international»<sup>51</sup>. Que la défenderesse n'en était pas devenue le «transporteur» de ces effets durant le voyage en mer ni n'en avait assumé la responsabilité ressort de la clause «Retards dans le transport» du contrat. Aux termes de cette dernière, «les conditions énoncées dans les connaissements, les notes de consignation ou autres documents délivrés par les transporteurs participants sont acceptées par la Compagnie à titre de mandataire du Client et ces conditions sont réputées faire partie du présent contrat»<sup>52</sup> (non souligné dans l'original). Ainsi donc, les contrats avec les transporteurs participant au déménagement devaient être conclus entre ceux-ci et le demandeur. Il appert donc que la défenderesse n'était pas soumise à l'obligation imposée en common law au transporteur maritime, savoir l'obligation de transport et livraison en bon état et de navigabilité. En conséquence, ces chefs de responsabilité ne pouvaient entrer en ligne de compte dans l'interprétation de la clause d'exonération, contenue dans le contrat conclu entre le demandeur et la défenderesse.

[21] Je conclus de la jurisprudence en vigueur que les critères définis dans *Canada Steamship*, précité, n'ont pas été déplacés par *Hunter Engineering*, précité, et, par conséquent, que la clause 8 des contrats de transport maritime de marchandises en question doit être interprétée à la lumière de ces critères. Comme noté *supra*, ces critères ont guidé les juges dans

other contractual settings as well. We are here concerned with a setting where, as I have indicated, the *Canada Steamship* tests appear to have particular application, given that the appellants were exposed to liability for loss of the goods that was in addition to that of negligence.

[22] I would dismiss the appeal with costs.

LINDEN J.A.: I agree.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

<sup>1</sup> The judgment at trial is fully reported as *Canadian Pacific Forest Products Ltd. v. Belships (Far East) Shipping (Pte.) Ltd. et al.* (1996), 111 F.T.R. 1 (F.C.T.D.).

<sup>2</sup> Admissions and agreed statement of facts, Appeal Book, Vol. I, at p. 10.

<sup>3</sup> *Supra*, note 1, at p. 17.

<sup>4</sup> *Ibid.*, at p. 18.

<sup>5</sup> Ottawa, Canadian Marine Transportation Administration.

<sup>6</sup> *Supra*, note 1, at pp. 23-24.

<sup>7</sup> This is the metacentric height which gives a measure of a ship's stability. "Metacentre" is defined in *The Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (Oxford: Oxford University Press, 1973) at p. 1314 as follows: "The limiting position of the point of intersection between the vertical line passing through the centre of gravity of a floating body when in equilibrium and the vertical line drawn through the centre of buoyancy when the body is slightly displaced; the *shifting centre*. To ensure stable equilibrium this point must be above the centre of gravity".

<sup>8</sup> *Supra*, note 1, at p. 27.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> *Ibid.*, at p. 31.

<sup>11</sup> *Ibid.*, at p. 32.

<sup>12</sup> Appeal Book, Vol. II, at p. 292.

<sup>13</sup> [1952] A.C. 192 (P.C.).

<sup>14</sup> [1986] 1 S.C.R. 752.

<sup>15</sup> *Supra*, note 13, at p. 208.

<sup>16</sup> I use this word in preference to "guidelines" with the acknowledgement that other courts have preferred the latter description (see e.g. *Raphael, The*, [1982] 2 Lloyd's Rep. 42 (C.A.), *per* May L.J., at p. 48). In a subsequent decision,

l'interprétation des clauses d'exonération dans d'autres contextes contractuels aussi. Nous sommes en présence en l'espèce d'un contexte où, comme noté *supra*, ils sont éminemment applicables, étant donné que les appelants devaient répondre de la responsabilité pour la perte des marchandises, en sus de la responsabilité pour négligence.

[22] Je me prononce pour le rejet de l'appel avec dépens.

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

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

<sup>1</sup> On peut en trouver le texte intégral dans *Produits forestiers Canadien Pacifique Ltée c. Belships (Far East) Shipping (Pte.) Ltd. et al.* (1996), 111 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>2</sup> Aveux et articulation conjointe des faits, Dossier d'appel, vol. 1, à la p. 10.

<sup>3</sup> *Supra*, note 1, à la p. 17.

<sup>4</sup> *Ibid.*, à la p. 18.

<sup>5</sup> Ottawa: Administration canadienne du transport maritime.

<sup>6</sup> *Supra*, note 1, aux p. 23 et 24.

<sup>7</sup> Il s'agit de la hauteur métacentrique qui détermine la stabilité du navire. Selon le *Grand dictionnaire encyclopédique Larousse*: «Quand un navire flotte, il est soumis à deux forces: son poids appliqué à son *centre de gravité*, et la résultante des forces de poussée hydrostatique appliquée en un point appelé *centre de poussée*. Quand le navire est en équilibre, le centre de gravité G et le centre de poussée A sont sur une même verticale. Si le navire s'incline, le centre de poussée vient en B et la verticale du point B coupe la droite AG en C, appelé «métacentre» [ . . . ] L'équilibre est stable ou instable selon que le métacentre est au-dessus ou au-dessous du centre de gravité.»

<sup>8</sup> *Supra*, note 1, à la p. 27.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> *Ibid.*, à la p. 31.

<sup>11</sup> *Ibid.*, à la p. 32.

<sup>12</sup> Dossier d'appel, vol. II, à la p. 292.

<sup>13</sup> [1952] A.C. 192 (P.C.).

<sup>14</sup> [1986] 1 R.C.S. 752.

<sup>15</sup> *Supra*, note 13, à la p. 208.

<sup>16</sup> J'emploie ce mot de préférence à «lignes directrices», tout en reconnaissant que d'autres juridictions ont opté pour ce dernier concept (voir par ex. *Raphael, The*, [1982] 2 Lloyd's Rep. 42 (C.A.), motifs prononcés par le lord juge

*Smith v South Wales Switchgear Ltd*, [1978] 1 All ER 18 (H.L.), the word “tests” continued to be used. There appears agreement, nevertheless, that the office of the “tests” is to assist the courts in construing the language of an exclusion clause and must be applied with that objective in view.

<sup>17</sup> *Supra*, note 1, at p. 36.

<sup>18</sup> *Ibid.*, at p. 37.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> *Ibid.* Clause 9 is a “both-to-blame” clause, while clause 11 concerns the transshipping or forwarding of cargo to destination.

<sup>21</sup> [1989] 1 S.C.R. 426.

<sup>22</sup> *Supra*, note 14, at p. 795, where McIntyre J. acknowledged, however, that some difficulties had been caused by the qualification in the third test, in consequence of which the cases “have endeavoured to relax the qualification”.

<sup>23</sup> These Rules are contained in the *International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to Bills of Lading and Protocol of Signature* signed at Brussels August 25, 1924. The Rules in the schedule to the *Carriage of Goods by Water Act*, R.S.C., 1985, c. C-27, would, by virtue of s. 2 of the statute, have applied had the cargo come within the definition of “goods” in Article 1(c). It is not disputed the Hague Rules impose a lesser obligation on the carrier in respect of the duty of seaworthiness than that imposed at common law. Art. 3(1) thereof requires the carrier “before and at the beginning of the voyage, to exercise due diligence to . . . make the ship seaworthy”. The 1924 Convention was amended by the *Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading, Brussels, 25 August 1924*, Brussels, February 23, 1968, which is commonly referred to as the Visby Rules.

<sup>24</sup> [1973] 1 Lloyd’s Rep. 10 (C.A.), at p. 19.

<sup>25</sup> *Supra*, note 16, at pp. 49-50.

<sup>26</sup> *Supra*, note 14, at p. 798.

<sup>27</sup> *Halsbury’s Laws of England*, 4th ed. (London: Butterworths, 1983), Vol. 43, at p. 282.

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> *Ibid.* See also *Halsbury’s Laws of England*, 4th ed. (reissue) (London: Butterworths, 1993), Vol. 5(1), at p. 322.

<sup>30</sup> See e.g. *Good Friend, The*, [1984] 2 Lloyd’s Rep. 586 (Q.B. (Com. Ct.)), and the cases referred to therein.

<sup>31</sup> [1922] 2 K.B. 87 (C.A.).

<sup>32</sup> *Ibid.*, at p. 92.

<sup>33</sup> *Ibid.*, at p. 94. R. Colinvaux, *Carver’s Carriage by Sea*, 13th ed., vol. 1 (London: Stevens & Sons, 1982) observes at p. 141 that *Rutter, supra*, “puts the matter in the context embracing law maritime” and that Atkin L.J. was “there

May, à la p. 48). Dans une décision subséquente, *Smith v South Wales Switchgear Ltd*, [1978] 1 All ER 18 (H.L.), on retrouve encore le mot «critères». Il est cependant établi que les «critères» ont pour fonction d’aider le juge à interpréter les termes des clauses d’exonération et doivent être appliqués dans cet esprit.

<sup>17</sup> *Supra*, note 1, à la p. 36.

<sup>18</sup> *Ibid.*, à la p. 37.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> *Ibid.* La clause 9 prévoit la responsabilité aux torts réciproques, et la clause 11, le transbordement ou la réexpédition de la cargaison jusqu’à destination.

<sup>21</sup> [1989] 1 R.C.S. 426.

<sup>22</sup> *Supra*, note 14, à la p. 795, où le juge McIntyre a cependant reconnu que la réserve du troisième critère avait causé des difficultés, à la suite desquelles les juges ont suivi cette jurisprudence «tout en tenant d’assouplir [cette] réserve».

<sup>23</sup> Ces Règles sont contenues dans la *Convention internationale pour l’unification de certaines règles en matière de connaissance et Protocole de signature* signée à Bruxelles le 25 août 1924. Les Règles figurant à l’annexe de la *Loi sur le transport des marchandises par eau*, L.R.C. (1985), ch. C-27, auraient été applicables en vertu de l’art. 2 de cette Loi, si la cargaison tombait dans le champ d’application de la définition de «marchandises» à l’article 1c). Il est constant que les Règles de La Haye imposent au transporteur une obligation moins rigoureuse en matière de navigabilité que l’obligation de common law. L’art. 3(1) de ces Règles fait obligation au transporteur «avant et au début du voyage d’exercer une diligence raisonnable pour [. . .] mettre le navire en état de navigabilité». La Convention de 1924 a été modifiée par le *Protocole portant modification de la Convention internationale pour l’unification de certaines règles en matière de connaissance, Bruxelles, 25 août 1924*, Bruxelles, 23 février 1968, communément connu sous le nom de Règles de Visby.

<sup>24</sup> [1973] 1 Lloyd’s Rep. 10 (C.A.), à la p. 19.

<sup>25</sup> *Supra*, note 16, aux p. 49 et 50.

<sup>26</sup> *Supra*, note 14, à la p. 798.

<sup>27</sup> *Halsbury’s Laws of England*, 4<sup>e</sup> éd. (Londres: Butterworths, 1983), vol. 43, à la p. 282.

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> *Ibid.* Voir aussi *Halsbury’s Laws of England*, 4<sup>e</sup> éd. (rééditée) (Londres: Butterworths, 1993), vol. 5(1), à la p. 322.

<sup>30</sup> Voir par ex. *Good Friend, The*, [1984] 2 Lloyd’s Rep. 586 (Q.B. (Com. Ct.)), et la jurisprudence qui y est citée.

<sup>31</sup> [1922] 2 K.B. 87 (C.A.).

<sup>32</sup> *Ibid.*, à la p. 92.

<sup>33</sup> *Ibid.*, à la p. 94. R. Colinvaux, *Carver’s Carriage by Sea*, 13<sup>e</sup> éd., vol. 1 (Londres: Stevens & Sons, 1982), note à la p. 141 que le précédent *Rutter* [TRADUCTION] «place la question dans le contexte du droit maritime» et que le lord

applying that principle to a carrier of goods by sea”.

<sup>34</sup> [1945] K.B. 189 (C.A.).

<sup>35</sup> See *Beaumont-Thomas v. Blue Star Line, Ltd.*, [1939] 3 All E.R. 127 (C.A.), per Scott L.J., at p. 130.

<sup>36</sup> *Supra*, note 16, at p. 32.

<sup>37</sup> *Thin v. Richards*, [1892] 2 Q.B. 141 (C.A.); *Vortigern, The*, [1899] P. 140 (C.A.); *McFadden v. Blue Star Line*, [1905] 1 K.B. 697.

<sup>38</sup> See *Thin, supra*, note 37. As it was put by Lord Wright, referring to the obligation of seaworthiness at common law in *Paterson Steamships, Ltd. v. Canadian Co-operative Wheat Producers, Ltd.*, [1934] A.C. 538 (P.C.), at pp. 546-547: “At common law, seaworthiness of the ship in a contract for sea carriage has, if necessary, to be shown to have existed at the commencement of the voyage, but unseaworthiness involves no liability on the shipowner unless it has caused the damage complained of . . . ; but the obligation to provide a seaworthy ship is absolute, and is not limited to due diligence to make it so”.

<sup>39</sup> See e.g. *Wade v. Cockerline*, [1905] Com. Cas. 47 (K.B.); affd at p. 115 (C.A.); *Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522 (H.L.), at p. 561.

<sup>40</sup> Compare *Friso, The*, [1980] 1 Lloyd’s Rep. 469 (Q.B. (Adm. Ct.)).

<sup>41</sup> Words such as “at shipper’s risk” do not exclude liability for this “fundamental obligation”: per Lord Sumner in *Galileo, The*, [1914] P. 9 (C.A.), at p. 25.

<sup>42</sup> [1996] 2 F.C. 36 (C.A.).

<sup>43</sup> *Supra*, note 21, at p. 463.

<sup>44</sup> *Ibid.*, at p. 481.

<sup>45</sup> [1980] A.C. 827 (H.L.).

<sup>46</sup> See e.g. *Dorset County Council v. Southern Felt Roofing Co. Ltd.* (1989), 29 Con. L.R. 61 (C.A.); *E.E. Caledonia Ltd. v. Orbit Valve Plc*, [1994] 2 Lloyd’s Rep. 239 (C.A.).

<sup>47</sup> See e.g. *Cavell Developments Ltd. v. Royal Bank of Canada* (1991), 78 D.L.R. (4th) 512 (B.C.C.A.); *Upper Lakes Shipping Ltd. v. St. Lawrence Cement Inc.* (1992), 89 D.L.R. (4th) 722 (Ont. C.A.); *Zippy Print Enterprises Ltd. v. Pawliuk*, [1995] 3 W.W.R. 324 (B.C.C.A.); *Murray v. Bitango* (1996), 184 A.R. 68 (C.A.).

<sup>48</sup> *Ailsa Craig Fishing Co Ltd v Malvern Fishing Co Ltd*, [1983] 1 All ER 101 (H.L.); *Mitchell (George) (Chesterhall) Ltd. v. Finney Lock Seeds Ltd.*, [1983] Q.B. 284 (C.A.).

<sup>49</sup> *Supra*, note 42, at p. 44.

<sup>50</sup> *Ibid.*, at p. 40.

<sup>51</sup> *MacKay v. Scott Packaging and Warehousing Co. (Canada) Ltd.* (1994), 75 F.T.R. 174 (F.C.T.D.), at p. 177.

<sup>52</sup> *Ibid.*, at pp. 181-182.

juge Atkin «y appliquait ce principe au transport maritime de marchandises».

<sup>34</sup> [1945] K.B. 189 (C.A.).

<sup>35</sup> Voir *Beaumont-Thomas v. Blue Star Line, Ltd.*, [1939] 3 All E.R. 127 (C.A.), motifs prononcés par le lord juge Scott, à la p. 130.

<sup>36</sup> *Supra*, note 16, à la p. 32.

<sup>37</sup> *Thin v. Richards*, [1892] 2 Q.B. 141 (C.A.); *Vortigern, The*, [1899] P. 140 (C.A.); *McFadden v. Blue Star Line*, [1905] 1 K.B. 697.

<sup>38</sup> Voir *Thin, supra*, note 37. Ainsi que l’a noté lord Wright au sujet de l’obligation de navigabilité en common law dans *Paterson Steamships, Ltd. v. Canadian Co-operative Wheat Producers, Ltd.*, [1934] A.C. 538 (P.C.), aux p. 546 et 547: [TRADUCTION] «En common law, il faut, le cas échéant, prouver que le navire servant au transport visé par le contrat est navigable dès l’appareillage, mais l’état de non-navigabilité n’entraîne pas la responsabilité du propriétaire du navire à moins qu’il n’ait été la cause de l’avarie en cause [ . . . ]; mais l’obligation de fournir un navire en bon état de navigabilité est absolue, elle n’est pas limitée à la diligence raisonnable».

<sup>39</sup> Voir par ex. *Wade v. Cockerline*, [1905] Com. Cas. 47 (K.B.); conf., à la p. 115 (C.A.); *Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522 (H.L.), à la p. 561.

<sup>40</sup> Cf. *Friso, The*, [1980] 1 Lloyd’s Rep. 469 (Q.B. (Adm. Ct.)).

<sup>41</sup> Les termes tels que [TRADUCTION] «au risque du chargeur» n’excluent pas la responsabilité au titre de cette «obligation fondamentale» (motifs prononcés par lord Sumner dans *Galileo, The*, [1914] P. 9 (C.A.), à la p. 25.

<sup>42</sup> [1996] 2 C.F. 36 (C.A.).

<sup>43</sup> *Supra*, note 21, à la p. 463.

<sup>44</sup> *Ibid.*, à la p. 481.

<sup>45</sup> [1980] A.C. 827 (H.L.).

<sup>46</sup> Voir p. ex. *Dorset County Council v. Southern Felt Roofing Co. Ltd.* (1989), 29 Con. L.R. 61 (C.A.); *E.E. Caledonia Ltd. v. Orbit Valve Plc*, [1994] 2 Lloyd’s Rep. 239 (C.A.).

<sup>47</sup> Voir p. ex. *Cavell Developments Ltd. v. Royal Bank of Canada* (1991), 78 D.L.R. (4th) 512 (C.A.C.-B.); *Upper Lakes Shipping Ltd. v. St. Lawrence Cement Inc.* (1992), 89 D.L.R. (4th) 722 (C.A. Ont.); *Zippy Print Enterprises Ltd. v. Pawliuk*, [1995] 3 W.W.R. 324 (C.A.C.-B.); *Murray c. Bitango* (1996), 184 A.R. 68 (C.A.).

<sup>48</sup> *Ailsa Craig Fishing Co Ltd v Malvern Fishing Co Ltd*, [1983] 1 All ER 101 (H.L.); *Mitchell (George) (Chesterhall) Ltd. v. Finney Lock Seeds Ltd.*, [1983] Q.B. 284 (C.A.).

<sup>49</sup> *Supra*, note 42, à la p. 44.

<sup>50</sup> *Ibid.*, à la p. 40.

<sup>51</sup> *MacKay c. Scott Packaging and Warehousing Co. (Canada) Ltd.* (1994), 75 F.T.R. 174 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 177.

<sup>52</sup> *Ibid.*, aux p. 181 et 182.

A-338-95

A-338-95

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(Appellant) (Respondent)

**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**  
(appellant) (défendeur)

v.

c.

**Mohammad Farhad Bayat (a.k.a. Mohammad Zulmai Safi), Shakila Bayat (a.k.a. Shakila Safi), Marwa Bayat (a.k.a. Marwa Safi)** (Respondents) (Applicants)

**Mohammad Farhad Bayat (alias Mohammad Zulmai Safi), Shakila Bayat (alias Shakila Safi), Marwa Bayat (alias Marwa Safi)** (intimés) (demandeurs)

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

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

Court of Appeal, Stone, Linden and Robertson J.J.A.  
—Toronto, April 13; Ottawa, June 10, 1999.

Cour d'appel, juges Stone, Linden et Robertson, J.C.A.—Toronto, 13 avril; Ottawa, 10 juin 1999.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Appeal from F.C.T.D. judgment reversing in part Refugee Division's decision — Refugee Division vacating visa officer's determination respondents Convention refugees; determining respondents not Convention refugees on application pursuant to Immigration Act, s. 69.2(2) — First respondent admitting false statements in application for permanent residence — S. 69.2(2) permitting application to Refugee Division "to reconsider and vacate" determination person Convention refugee on ground determination obtained by fraudulent means, misrepresentation — S. 69.3(4) providing Refugee Division shall "approve or reject" application under s. 69.2(2) — Under s. 69.3(5) may reject application if other sufficient evidence on which application could have been based — Motions Judge setting aside portion of Refugee Division's decision respondents not Convention refugees — Appeal allowed (Robertson J.A. dissenting) — Refugee Division not limited to "vacating" determination person Convention refugee on application under s. 69.2(2), but may "reconsider, vacate" any such determination under Act, regulations — Under s. 69.3(4) may approve or reject "application" (referring to s. 69.2(2) application) — When ss. 69.3(4), 69.2(2) read together, Refugee Division authorized to "approve or reject" application to "reconsider and vacate" — "Reconsider" not limiting power of Refugee Division to dealing with prior determination of own — Power of reconsideration in addition to that of vacating determination.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Appel d'un jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale infirmant en partie la décision de la section du statut de réfugié — La section du statut de réfugié a annulé la décision de l'agent des visas d'accorder aux intimés le statut de réfugié au sens de la Convention; elle a statué que les intimés n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention dans le cadre d'une demande fondée sur l'art. 69.2(2) de la Loi sur l'immigration — Le premier intimé a avoué avoir fait de fausses déclarations dans sa demande de résidence permanente — L'art. 69.2(2) permet de présenter une demande devant la section du statut de réfugié «pour qu'elle réexamine et annule» la décision reconnaissant à une personne le statut de réfugié au sens de la Convention au motif qu'il a été obtenu par des moyens frauduleux et par de fausses indications — L'art. 69.3(4) prévoit que la section du statut de réfugié «accepte ou rejette» la demande présentée en vertu de l'art. 69.2(2) — En application de l'art. 69.3(5), la section du statut de réfugié peut décider de rejeter la demande s'il reste suffisamment d'éléments qui auraient pu justifier la reconnaissance du statut — Le juge des requêtes a écarté le passage de la décision de la section du statut tranchant que les intimés n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention — Appel accueilli (avec dissidence du juge Robertson, J.C.A.) — La compétence de la section du statut de réfugié ne se limite pas à «annuler» la décision reconnaissant le statut de réfugié au sens de la Convention lorsqu'elle statue sur la demande en vertu de l'art. 69.2(2), mais peut aller jusqu'à «réexaminer, annuler» une telle décision rendue en application de la Loi ou de ses règlements — En vertu de l'art. 69.3(4), la section du statut de réfugié peut accepter ou rejeter la «demande» (celle visée à l'art. 69.2(2)) — Il ressort de la lecture conjointe des art. 69.3(4) et 69.2(2) qu'il est loisible à la section du statut de réfugié d'«accepter ou de rejeter» la demande qui lui est présentée de «réexaminer et annuler» — «Réexaminer» ne*

This was an appeal from a Trial Division judgment reversing in part a decision of the Refugee Division. The respondents are nationals of Afghanistan. The adult respondents moved to Pakistan where their daughter was born. After an interview in Pakistan with a visa officer, the respondents were granted "Convention refugee seeking resettlement" in Canada status. Some months after his arrival in Canada, the first respondent admitted during an interview with the RCMP that he had made false statements in his application for permanent residence. The Minister filed an application with the Refugee Division pursuant to *Immigration Act*, subsection 69.2(2) "to reconsider and vacate" the visa officer's decision that the respondents were Convention refugees. Subsection 69.2(2) permits the Minister to apply to the Refugee Division "to reconsider and vacate" any determination that a person is a Convention refugee on the ground that the determination was obtained by fraudulent means or misrepresentation. Subsection 69.3(1) requires the Refugee Division to conduct a hearing where an application is made under section 69.2. Subsection 69.3(4) provides that the Refugee Division shall approve or reject the application under subsection 69.2(2) and, under section 69.3(5), may reject an application if of opinion that there was other sufficient evidence on which the determination could have been based. The Refugee Division vacated the visa officer's decision and determined that the respondents were not Convention refugees. In reversing in part the Refugee Division's decision, the Motions Judge held that on an application pursuant to subsection 69.2(2), the Refugee Division did not have jurisdiction to find that the respondents were not Convention refugees because the Refugee Division was empowered either "to approve or to reject" the subsection 69.2(2) application, particularly if the decision being vacated was that of a visa officer abroad, since the respondents would not have had the opportunity of a full hearing on the merits of their claim before the Refugee Division.

The issue was whether the Refugee Division has the statutory authority under subsection 69.2(2) to declare that a person is not a Convention refugee once it has been determined that that person made a material misrepresentation at the time the refugee status was sought and granted.

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

*limite pas la compétence de la section du statut de réfugié à ses propres décisions antérieures — La compétence relative au réexamen s'ajoute à celle relative à l'annulation de la décision.*

Il s'agit d'un appel formé contre une décision de la Section de première instance qui a annulé en partie la décision de la section du statut de réfugié. Les intimés sont citoyens de l'Afghanistan. Les intimés adultes se sont installés au Pakistan, et leur fille y est née. Après une entrevue avec un agent des visas au Pakistan, les intimés se sont vu accorder le statut de «réfugié au sens de la Convention cherchant à se réinstaller» au Canada. Quelques mois après son arrivée au Canada, le premier intimé a avoué au cours d'une entrevue tenue par la GRC qu'il avait fait de fausses déclarations dans sa demande de résidence permanente. Le ministre a déposé une demande auprès de la section du statut de réfugié, sous le régime du paragraphe 69.2(2) de la *Loi sur l'immigration*, afin qu'elle «réexamine et annule» la décision de l'agent des visas reconnaissant aux intimés le statut de réfugié au sens de la Convention. Le paragraphe 69.2(2) autorise le ministre à demander à la section du statut de réfugié de «réexaminer et d'annuler» toute décision relative à la reconnaissance du statut de réfugié au sens de la Convention au motif qu'elle a été obtenue par des moyens frauduleux ou par de fausses indications. En vertu du paragraphe 69.3(1), la section du statut de réfugié se doit de tenir une audience lorsqu'une demande est présentée sous le régime de l'article 69.2. Le paragraphe 69.3(4) prévoit que la section du statut de réfugié accepte ou rejette la demande formulée en vertu du paragraphe 69.2(2) et qu'elle peut, aux termes du paragraphe 69.3(5), rejeter une demande si elle estime qu'il reste suffisamment d'éléments justifiant la reconnaissance du statut. La section du statut de réfugié a annulé la décision de l'agent des visas et a statué que les intimés n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention. En infirmant en partie la décision de la section du statut de réfugié, le juge des requêtes a conclu que dans le cadre d'une demande fondée sur le paragraphe 69.2(2), la section du statut de réfugié n'était pas habilitée à conclure que les requérants n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention parce qu'elle n'est compétente que pour «accepter ou rejeter» la demande visée par le paragraphe 69.2(2), et à plus forte raison si la décision qui doit être annulée est celle d'un agent des visas à l'étranger puisque les intimés n'auraient pas pu alors bénéficier d'un examen complet de leur revendication quant au fond devant la section du statut de réfugié.

La question qui se pose est de savoir si la section du statut de réfugié a compétence en vertu du paragraphe 69.2(2) pour déclarer qu'une personne n'est pas un réfugié au sens de la Convention, une fois qu'il a été établi que cette personne a fait de fausses déclarations au moment de la demande et de l'obtention du statut de réfugié.

*Arrêt* (le juge Robertson, J.C.A., étant dissident): l'appel est accueilli.

*Per Stone J.A. (Linden J.A. concurring):* An application under subsection 69.2(2) is not limited to “vacating” a determination of a visa officer, but is rather “to reconsider and vacate any determination made under this Act or the regulations that a person is a Convention refugee”.

Whether a person is a “Convention refugee seeking resettlement” clearly involves the determination of whether that person is a “Convention refugee”. The visa officer therefore had to determine whether the respondents were “Convention refugees”, and if they were, whether they otherwise qualified for resettlement in Canada. The informality of the process by which that determination was made did not absolve the adult respondents from the obligation to tell the truth at their interviews. Moreover, the false names were contained in the application for permanent residence, the content of which was solemnly declared by the first respondent to be “truthful, complete and correct”.

Subsection 69.3(4) applies to the reconsideration and vacating of “any determination made under this Act or the regulations” that a person was a Convention refugee. It thus applied to a previous determination of the Refugee Division itself or of others, including a visa officer, made “under the . . . regulations”. Accordingly, whether the previous determination was one made by the Refugee Division under the Act or by a visa officer under the Regulations, the power bestowed on the Refugee Division is the same. It may “approve or reject the application” in accordance with subsection 69.3(4). The Motions Judge must have had this language in mind in deciding that the power of the Refugee Division was either “to approve or to reject” the application in this case. This language in subsection 69.3(4) ought not to be divorced from its context. The “application” mentioned therein is clearly the “application” referred to more fully in subsection 69.2(2). When the two subsections are read together, it is clear that the Minister’s application was to have the determination of the visa officer “reconsidered and vacated” and that it was this application that the Refugee Division was authorized “to approve or to reject”. The power of the Refugee Division was not limited to merely “vacating” that determination but also included “reconsidering” it. Given the context, “reconsider” was not intended to limit the power of the Refugee Division to that of dealing with a prior determination of its own. The power of “reconsideration” is in addition to that of “vacating” the determination.

*Per Robertson J.A. (dissenting):* The Refugee Division’s powers are limited to “reconsidering” and “vacating” a determination that a person is a Convention refugee based on a plain reading of subsection 69.2(2). The Refugee Division is empowered only “to reconsider and vacate” a

Le juge Stone, J.C.A. (le juge Linden, J.C.A., souscrit à son opinion): Une demande en vertu du paragraphe 69.2(2) ne se limite pas à «l’annulation» d’une décision d’un agent des visas, mais englobe plutôt le pouvoir de «réexaminer la question de la reconnaissance du statut de réfugié au sens de la Convention accordée en application de la présente loi ou de ses règlements et d’annuler cette reconnaissance».

La question de savoir si une personne est un «réfugié au sens de la Convention cherchant à se réinstaller» nécessite forcément l’examen préalable de son admissibilité au statut de «réfugié au sens de la Convention». L’agent des visas devait donc décider si les intimés entraient dans la définition de «réfugié au sens de la Convention», et dans l’affirmative, s’ils sont de plus admissibles au processus de réinstallation au Canada. La nature informelle du processus au terme duquel cette décision a été rendue ne soustrayait pas les intimés adultes à l’obligation de dire la vérité au cours des entrevues. De plus, les faux noms figuraient bien sur la demande de résidence permanente, dont le contenu était «véridique, complet et exact» selon une déclaration solennelle du premier intimé.

Le paragraphe 69.3(4) s’applique au réexamen et à l’annulation de «toute reconnaissance du statut de réfugié au sens de la Convention accordée en application de la présente loi ou de ses règlements». Il s’applique donc aux décisions antérieures de la section du statut de réfugié même ou à d’autres, notamment celles des agents des visas, rendues «en application [. . .] [des] règlements». Par conséquent, que la décision antérieure ait été prise par la section du statut de réfugié en vertu de la Loi ou par un agent des visas en vertu des règlements, la compétence conférée à la section du statut de réfugié demeure inchangée. Celle-ci peut «accepte[r] ou rejete[r] la demande» en conformité avec le paragraphe 69.3(4). Le juge des requêtes a dû avoir ce libellé en tête lorsqu’il a décidé que la compétence de la section du statut de réfugié se limitait à «accepte[r] ou rejete[r]» la demande en l’espèce. La formulation du paragraphe 69.3(4) ne doit pas être interprétée séparément de son contexte. La «demande» dont il y est fait mention est manifestement la «demande» décrite plus en détail au paragraphe 69.2(2). Il ressort clairement de la lecture conjointe de ces deux paragraphes que la demande du ministre visait à faire réexaminer et à faire annuler la décision de l’agent des visas et qu’il s’agissait précisément de cette demande que la section du statut de réfugié était habilitée à «accepte[r] ou rejete[r]». La compétence de la section du statut de réfugié ne se limitait pas seulement à «annuler» cette décision, mais aussi à la «réexaminer». Étant donné le contexte, l’usage du mot «réexaminer» n’avait pas pour objectif de limiter la compétence de la section du statut de réfugié à ses propres décisions antérieures. La compétence relative au réexamen s’ajoute à celle relative à «l’annulation» de la décision.

Le juge Robertson, J.C.A. (*dissent*): La compétence de la section du statut de réfugié se limite à «réexaminer» et à «annuler» une décision reconnaissant à une personne le statut de réfugié au sens de la Convention, selon une interprétation littérale du paragraphe 69.2(2). La section du

determination made under the Act. In order to read in an implied authority on the part of the Refugee Division to declare that a person is not a Convention refugee, the word "vacate" must be read out.

Subsection 69.3(5) provides that even if the Refugee Division is persuaded that a claimant made a material misrepresentation, it is still open to the tribunal not to vacate that person's status as a Convention refugee, provided there is other sufficient evidence on which to find that person is a Convention refugee.

Where the claim for refugee status is made and heard in Canada, as opposed to outside Canada, different procedures apply. If the refugee claim is made outside Canada, it is unlikely that there will be a sufficient record before the Refugee Division which is not permitted to allow the introduction of new evidence. People in the respondents' position cannot obtain the benefit of subsection 69.3(5) where there is no evidence upon which the Refugee Division could determine whether they would have been declared Convention refugees, notwithstanding their material misrepresentations.

Although this interpretation of subsection 69.2(2) establishes a person's statutory right to make a second refugee claim after the first has been set aside for misrepresentation, this is what the Act allows. Moreover, it is not without precedent. If the respondents had made a refugee claim outside Canada which was rejected, they still could have come to Canada and made a second claim under section 46.01. Perhaps these lacunae are better left to Parliament.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 6(1),(2), 46.01(1)(d) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 36), 69.2(2) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 61), (3) (as enacted *idem*), 69.3(1) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18), (4) (as enacted *idem*), (5) (as enacted *idem*).
- Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, ss. 2(1) "Convention refugee seeking resettlement", 7(1).
- United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6.
- United Nations Protocol Relating to the Status of Refugees*, January 31, 1967, [1969] Can. T.S. No. 29.

statut de réfugié n'a compétence que pour «réexaminer et annuler» une décision prise en vertu de la Loi. L'on doit écarter le mot «annuler» pour pouvoir inférer que la compétence de la section du statut de réfugié comprend le pouvoir de déclarer qu'une personne n'est pas un réfugié au sens de la Convention.

Le paragraphe 69.3(5) prévoit que, même si la section du statut de réfugié est convaincue qu'un demandeur a donné de fausses indications sur des faits essentiels, il lui est tout de même loisible de décider de ne pas annuler la reconnaissance du statut de réfugié au sens de la Convention accordée à la personne en question, dans la mesure où il reste suffisamment d'éléments de preuve pour appuyer cette reconnaissance.

Différentes procédures sont prévues selon que la demande du statut de réfugié est soumise et entendue au Canada, ou à l'extérieur du pays. Si la demande est faite à l'extérieur du Canada, il est peu probable que le dossier devant la section du statut de réfugié soit aussi complet, et il n'est pas loisible à la section du statut de recevoir de nouveaux éléments de preuve. Les personnes dans la situation des intimés ne peuvent se prévaloir du paragraphe 69.3(5) lorsqu'il n'y a aucune preuve sur laquelle la section du statut de réfugié pourrait se fonder pour décider si ces personnes sont des réfugiés au sens de la Convention en dépit de leurs fausses déclarations.

Même si cette interprétation du paragraphe 69.2(2) a pour effet de créer un droit en vertu de la loi qui permet à une personne de soumettre une deuxième demande de statut de réfugié après que la première a été rejetée en raison des fausses indications, c'est précisément ce que permet la Loi. De plus, cette interprétation n'est pas sans précédent. Si les intimés avaient présenté une demande de statut de réfugié à l'extérieur du Canada qui avait par la suite été rejetée, ils auraient quand même pu entrer au Canada et soumettre une nouvelle demande aux termes du paragraphe 46.01. C'est au Parlement qu'il revient peut-être de remédier aux lacunes existantes.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6.
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 6(1),(2), 46.01(1)(d) (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 36), 69.2(2) (édicte, par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18), (3) (édicte, *idem*), 69.3(1) (édicte, *idem*), (4) (édicte, *idem*), (5) (édicte, *idem*).
- Protocole des Nations Unies relatif au statut des réfugiés*, 31 janvier 1967, [1969] R.T. Can. n° 29.
- Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, art. 2(1) «réfugié au sens de la Convention cherchant à se rétablir», 7(1).

## AUTHORS CITED

Bagambiire, Davies B. N. *Canadian Immigration and Refugee Law*. Aurora (Ont.): Canada Law Book, 1996.

*Shorter Oxford English Dictionary*, Vol. II, 3rd ed., Oxford: Oxford University Press, 1973. "reconsider".

APPEAL from the Trial Division judgment (*Bayat et al. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 96 F.T.R. 76 (F.C.T.D.)) reversing in part a decision of the Refugee Division on an application pursuant to *Immigration Act*, subsection 69.2(2) vacating a determination of a visa officer that the respondents were Convention refugees. Appeal allowed.

## APPEARANCES:

*Claire A. Le Riche* for appellant (respondent).  
*Michael F. Loebach* for respondents (applicants).

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant (respondent).  
*Michael Loebach*, London, Ontario, for respondents (applicants).

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

[1] STONE J.A.: This appeal is from a judgment of the Trial Division of May 15, 1995 [(1995), 96 F.T.R. 76], reversing in part a decision of the Refugee Division made pursuant to subsection 69.3(4) of the *Immigration Act*<sup>1</sup> (the Act). By that decision, the Refugee Division vacated a determination of a visa officer dated April 18, 1989 at Islamabad, Pakistan that the respondents were Convention refugees and also determined that the respondents were not Convention refugees.

## DOCTRINE

Bagambiire, Davies B. N. *Canadian Immigration and Refugee Law*. Aurora (Ont.): Canada Law Book, 1996.

*Shorter Oxford English Dictionary*, Vol. II, 3rd ed., Oxford: Oxford University Press, 1973. «reconsider».

APPEL d'un jugement de la Section de première instance (*Bayat et autres c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)* (1995), 96 F.T.R. 76 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)) infirmant en partie la décision que la section du statut de réfugié avait rendue sur une demande d'annulation fondée sur le paragraphe 69.2(2) de la *Loi sur l'immigration* et présentée à l'encontre de la décision d'un agent des visas reconnaissant le statut de réfugié au sens de la Convention aux intimés. Appel accueilli.

## ONT COMPARU:

*Claire A. Le Riche* pour l'appellant (défendeur).  
*Michael F. Loebach* pour les intimés (demandeurs).

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appellant (défendeur).  
*Michael Loebach*, London (Ontario), pour les intimés (demandeurs).

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

[1] LE JUGE STONE, J.C.A.: Il s'agit d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale en date du 15 mai 1995 [(1995), 96 F.T.R. 76], dans laquelle le juge a annulé en partie la décision de la section du statut de réfugié qui se fondait sur le paragraphe 69.3(4) de la *Loi sur l'immigration*<sup>1</sup> (la Loi). La section du statut de réfugié avait ainsi annulé la décision de l'agent des visas d'accorder aux intimés la reconnaissance du statut de réfugié au sens de la Convention en date du 18 avril 1989 à Islamabad, au Pakistan; elle avait du même coup conclu que les intimés n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention.

### Background

[2] The respondents are nationals of Afghanistan. Four months prior to the date of the visa officer's determination, the first respondent moved to Pakistan. He was soon joined by his wife, the second respondent. Their daughter, the third respondent, was born there. The record suggests that the adult respondents experienced some degree of discomfort even while residing in Pakistan, where the first respondent was able to practice his profession as a medical doctor.

[3] Evidence of the circumstances upon which the visa officer based his determination of April 18, 1989 is somewhat scant. It seems apparent, however, that what each of the respondents sought and achieved was the status of a "Convention refugee seeking resettlement" in Canada. At the time the determination was made, the definition of "Convention refugee seeking resettlement", appearing in the *Immigration Regulations, 1978*<sup>2</sup> (the Regulations) read as follows:

2. (1) . . .

"Convention refugee seeking resettlement" means a Convention refugee who has not become permanently resettled and is unlikely to be voluntarily repatriated or locally resettled;

[4] Subsection 7(1) of the Regulations read:

7. (1) Where a visa officer has determined that a person is a Convention refugee seeking resettlement, the visa officer, for the purpose of determining whether that Convention refugee and his dependants will be able to become successfully established in Canada, shall take into consideration

- (a) each of the factors listed in column I of Schedule I;
- (b) whether any person in Canada is seeking to facilitate the admission or arrival in Canada of that Convention refugee and his accompanying dependants; and
- (c) any other financial or other assistance available in Canada for such Convention refugees. [Emphasis added.]

[5] The parties agree that subsections 6(1) and (2) of the Act provide the basic statutory framework for the

### Les faits

[2] Les intimés sont citoyens de l'Afghanistan. Quatre mois avant la date de la décision de l'agent des visas, le premier intimé s'est installé au Pakistan. Il y a été rejoint peu après par son épouse, la deuxième intimée. Leur fille, la troisième intimée, est née au Pakistan. Le dossier indique que les intimés adultes ont connu un certain degré d'inconfort même lorsqu'ils résidaient au Pakistan, où le premier intimé a pu exercer sa profession de médecin.

[3] La preuve relative aux circonstances sur laquelle l'agent des visas s'est appuyé pour rendre sa décision du 18 avril 1989 est peu étoffée. Cependant, il semble évident que ce que chacun des intimés cherchait à obtenir, et ce qu'il a par la suite obtenu, était le statut de «réfugié au sens de la Convention cherchant à se réinstaller» au Canada. Au moment où la décision a été rendue, le *Règlement sur l'immigration de 1978*<sup>2</sup> (le Règlement) prévoyait la définition de «réfugié au sens de la Convention cherchant à se réinstaller» en ces termes:

2. (1) [. . .]

«réfugié au sens de la Convention cherchant à se rétablir» désigne un réfugié au sens de la Convention qui ne s'est pas rétabli de façon permanente et qui, selon toute probabilité, n'acceptera pas, de son plein gré, de se faire rapatrier ni ne pourra se rétablir dans le pays où il se trouve;

[4] Le paragraphe 7(1) du Règlement prévoyait:

7. (1) Lorsque l'agent des visas a établi qu'une personne est un réfugié au sens de la Convention cherchant à se rétablir, il tiendra compte, afin de déterminer si ce réfugié et les personnes à sa charge seront en mesure de s'établir avec succès au Canada,

- a) de chacun des facteurs énumérés dans la colonne I de l'annexe I;
- b) du fait qu'une personne cherche au Canada à faciliter l'admission ou l'arrivée au Canada de ce réfugié et des personnes à sa charge qui l'accompagnent; et
- c) de toute aide financière ou autre offerte au Canada à ces réfugiés. [Non souligné dans l'original.]

[5] Les parties s'entendent pour dire que ce sont les paragraphes 6(1) et 6(2) de la Loi qui constituent les

admission to Canada of persons such as the respondents. Those subsections read:

6. (1) Subject to this Act and the regulations, any immigrant including a Convention refugee, a member of the family class and an independent immigrant may be granted landing if the immigrant is able to establish to the satisfaction of an immigration officer that he meets the selection standards established by the regulations for the purpose of determining whether or not an immigrant will be able to become successfully established in Canada.

(2) Any Convention refugee and any person who is a member of a class designated by the Governor in Council as a class, the admission of members of which would be in accordance with Canada's humanitarian tradition with respect to the displaced and the persecuted, may be granted admission subject to such regulations as may be established with respect thereto and notwithstanding any other regulations made under this Act.

[6] Although the Regulations were subsequently amended,<sup>3</sup> the basic concept of a "Convention refugee seeking resettlement" appears to have remained unchanged. That concept has been explained as follows:<sup>4</sup>

Another way a claimant may acquire or be accorded Canadian protection is by proving that he or she falls in a category of persons classified as "Convention refugees seeking resettlement". This is a category which may be defined as consisting of those persons who meet the definition of "Convention refugee", are in a country of first asylum, have not been settled or integrated in that country, and are awaiting resettlement in a third country such as Canada.

Convention refugees seeking resettlement are the equivalent of Convention refugees seeking protection from within Canada, except that the former would be in a third country which is either without the resources and ability to settle them, is not a party to the Convention, or, as in the case of Italy, does not accept refugees emanating from certain parts of the world.

The admission and landing of Convention refugees seeking resettlement is governed by s. 6(1), (2), (3) and (4) of the *Immigration Act*, and s. 7 of the *Immigration Regulations, 1978*. The applicant must be in a third country seeking resettlement, and able to become successfully established in Canada.

dispositions législatives principales régissant l'admission au Canada de personnes telles que les intimés. Ces paragraphes prévoient:

6. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi et de ses règlements, les immigrants, notamment les réfugiés au sens de la Convention, les parents et les immigrants indépendants, peuvent obtenir le droit d'établissement s'ils convainquent l'agent d'immigration qu'ils satisfont aux normes réglementaires de sélection visant à déterminer l'aptitude des immigrants à réussir leur installation au Canada.

(2) Les réfugiés au sens de la Convention et les personnes appartenant à une catégorie déclarée admissible par le gouverneur en conseil conformément à la tradition humanitaire suivie par le Canada à l'égard des personnes déplacées ou persécutées peuvent être admis, sous réserve des règlements pris à cette fin et par dérogation aux règlements d'application générale.

[6] Bien que le Règlement ait subi des modifications<sup>3</sup> par la suite, le concept même de «réfugié au sens de la Convention cherchant à se réinstaller» semble être demeuré inchangé. Le concept en question a été interprété en ces termes<sup>4</sup>:

[TRADUCTION] Une autre façon pour un demandeur de bénéficier de la protection du Canada est de prouver qu'il appartient à une catégorie de personnes classées comme ayant le statut de «réfugié au sens de la Convention cherchant à se réinstaller». Il s'agit d'une catégorie qu'il serait possible de définir comme comprenant les personnes qui se qualifient en vertu de la définition de «réfugié au sens de la Convention», qui se trouvent dans un pays de premier asile, qui ne se sont pas établis ni intégrés dans ce pays et qui cherchent à se réinstaller dans un tiers pays comme le Canada.

Les réfugiés au sens de la Convention cherchant à se réinstaller se trouvent dans une situation similaire à celle des réfugiés demandant protection en sol canadien, excepté qu'ils sont dans un pays tiers qui soit n'a pas les moyens ni les capacités de voir à leur établissement, soit n'est pas partie à la Convention, ou soit encore, comme c'est le cas pour l'Italie, n'admet pas de réfugiés provenant de certaines régions du monde.

Ce sont les paragraphes 6(1), 6(2), 6(3) et 6(4) de la *Loi sur l'immigration*, de même que l'article 7 du *Règlement sur l'immigration de 1978*, qui régissent l'admission et l'établissement des réfugiés au sens de la Convention cherchant à se réinstaller. Le demandeur doit se trouver dans un pays tiers et chercher à se réinstaller, et être apte à réussir son installation au Canada.

In order to determine the degree to which an applicant is able to become successfully established in this country, s. 7 of the regulations requires that the applicant be subjected to evaluation and assessment on the basis of the point system set out for independent immigrants in Schedule I of the regulations. The section requires as well that there be available both financial resources and persons financially qualified, willing and able to execute an undertaking to assist the refugee with the resettlement process, once he or she gets to Canada. [Emphasis added; footnotes omitted.]

[7] At his interview by the visa officer on April 18, 1989, the first respondent presented a completed application for permanent residence in Canada containing pertinent personal information. That document includes a signed declaration of the first respondent permitting the “release to the Canadian Immigration authorities [of] all records and information concerning any investigations, arrests, charges, trials, convictions or sentences” for use in evaluating his “suitability for admission to Canada”. The authorization includes a consent to the release of medical information to a visa officer and others. It ends with the following:

I also understand and agree that

- any false statements or concealment of a material fact may result in my permanent exclusion from Canada, and even though I should be admitted to Canada for permanent residence, a fraudulent entry on this application could be grounds for my prosecution and/or removal from Canada; and
- should my answers to questions 9, 27 and 31 change at any time prior to my departure for Canada, I must report such change and delay my departure until I have been informed in writing, by the office dealing with my application, that I may proceed to Canada.

I further declare that

- I understand all the foregoing statements, having asked for and obtained an explanation on every point which was not clear to me; and
- the information I have given in this application is truthful, complete and correct, and I make this solemn declaration conscientiously believing it to be true and

Aux fins de déterminer le degré auquel le demandeur est apte à réussir son installation au Canada, l'article 7 du Règlement exige que le demandeur fasse l'objet d'une évaluation en fonction du système de points d'appréciation visant les immigrants indépendants, tel que l'indique l'Annexe 1 du Règlement. Cet article prévoit également que le réfugié doit avoir à sa disposition des ressources financières et des personnes solvables, prêtes et aptes à s'engager concrètement pour soutenir le réfugié dans sa démarche de ré-établissement une fois au Canada. [Non souligné dans l'original; renvois omis.]

[7] Au cours de l'entrevue avec l'agent des visas le 18 avril 1989, le premier intimé a soumis une demande de résidence permanente au Canada dûment remplie, qui contient des renseignements personnels pertinents. Le document en question comprend une déclaration signée de la main du premier intimé autorisant la [TRADUCTION] «divulcation aux autorités canadiennes de l'immigration de tout dossier ou toute information concernant toute enquête, arrestation, inculpation, condamnation, peine et tout procès» aux fins de l'évaluation de son «admissibilité à immigrer au Canada». L'autorisation comprend également le consentement de l'intimé à la divulgation de renseignements médicaux à l'agent des visas et à d'autres personnes. Le document se termine ainsi:

[TRADUCTION]

Je comprends et je reconnais que

- toute fausse déclaration de ma part ou dissimulation d'un fait important pourra entraîner mon exclusion permanente du Canada, et même dans le cas où je serais admis au Canada en tant que résident permanent, une admission frauduleuse en vertu de cette demande peut constituer des motifs à des poursuites contre moi ou à mon renvoi, ou les deux;
- si mes réponses aux questions 9, 27 et 31 venaient à changer à n'importe quel moment avant mon départ pour le Canada, je dois signaler les changements survenus et retarder mon départ jusqu'à ce que je sois avisé par écrit par le bureau de traitement des demandes que je peux me diriger vers le Canada.

Je déclare également que

- j'ai compris tous les éléments du présent formulaire, ayant, au besoin, demandé et obtenu une explication de chacun des points que je ne comprenais pas bien;
- les renseignements que j'ai donnés dans la présente demande sont véridiques, complets et exacts, et je fais cette déclaration solennelle la croyant en conscience

knowing that it is of the same force and effect as if made under oath.

[8] Only the very brief notes of the visa officer's interview of the adult respondents appear in the record, on a form entitled "Eligibility Determination". The notes appear immediately under the following statement: "I consider the applicant is/is not a Convention Refugee according to the UN definition for the following reasons". The actual determination of the respondents' status is not indicated on the form itself. The notes indicate that the first respondent had been in Pakistan for four months, that his work place had been damaged by bombs, that he had not been arrested or detained, that he had left because of damage to his work place and separation from his family and that the people in his village knew he was "working as a medic for Muji".

[9] By letter of June 28, 1989, the Visa Section at the Canadian Embassy in Islamabad informed the International Committee for Migration in the same city, as follows:

Attached is a list of names of persons who have been accepted for resettlement in Canada and have been issued with Canadian Immigration Visas. As these persons are considered by Canada to be refugees they are not required to have any travel documents to enter Canada. [Emphasis added.]

The names of the respondents as they appeared in the application for permanent residence were included in the list attached to that letter.

[10] That the first respondent made false statements in his application for permanent residence and during his interview with the visa officer first came to light in the course of his interview by the RCMP some months after his arrival in Canada. In a statement to the RCMP he said, *inter alia*, that he had been asked by the visa officer at Islamabad on April 18, 1989 "my reasoning for leaving Afghanistan". His recollection of what he told the visa officer included: "I was a student in the medical school in Afghanistan and since they were arresting students and we were under

vraie et sachant qu'elle a la même force et le même effet que si elle était faite sous serment.

[8] Seules les notes très brèves de l'agent des visas relativement à l'entrevue avec les intimés adultes figurent dans le dossier, dans le formulaire intitulé «détermination de l'acceptabilité». Elles apparaissent directement sous la phrase suivante: [TRADUCTION] «Je considère que le demandeur est/n'est pas un réfugié au sens de la Convention en vertu de la définition de l'ONU pour les motifs suivants». La décision finale relativement au statut des intimés n'apparaît pas comme telle sur le formulaire même. Les notes montrent que le premier intimé a vécu au Pakistan pendant quatre mois, que son lieu de travail a été la cible de bombes, qu'il n'a pas été arrêté ni détenu, qu'il a fui en raison des attaques perpétrées à son lieu de travail et de la séparation d'avec sa famille, et que tous les habitants du village savaient qu'il [TRADUCTION] «travaillait comme docteur pour Muji».

[9] Par une lettre datée du 28 juin 1989, le Bureau des visas de l'ambassade canadienne à Islamabad a informé le International Committee for Migration, situé dans la même ville, de ce qui suit:

[TRADUCTION] Vous trouverez ci-joint une liste des personnes qui ont été admises aux fins de réinstallation au Canada et qui ont obtenu des visas d'immigration canadiens. Comme ces personnes sont considérées par le Canada comme des réfugiés, elles ne sont pas tenues d'avoir en leur possession des documents de voyage pour entrer au Canada. [Non souligné dans l'original.]

Les noms des intimés, tels qu'ils apparaissaient sur la demande de résidence permanente, figuraient sur la liste jointe à la lettre.

[10] La fausseté des déclarations faites par le premier intimé dans sa demande de résidence permanente et au cours de l'entrevue avec l'agent des visas a été révélée pour la première fois dans le cadre de l'entrevue tenue par la GRC quelques mois après son arrivée au Canada. Dans une déclaration devant la GRC, l'intimé a affirmé, entre autres, que l'agent des visas à Islamabad lui avait demandé, le 18 avril 1989, [TRADUCTION] «[s]es motifs de départ de l'Afghanistan». Il se rappelle avoir répondu à l'agent des visas notamment ce qui suit: [TRADUCTION]

pressure by the government so I escaped from Afghanistan". He also mentioned his "assistance to Mojahadeen in medical field". The respondent admitted that such statements were false as, indeed, was the entire story told to the visa officer. In this connection, during his interview by the RCMP he stated:

Of course from the beginning to the end everything was false, when we went to have an interview at the Canadian Embassy. For instance, false names, false birthdays, false place of birth, where I went to school.

#### Decision of the Refugee Division

[11] On September 20, 1993, with the consent of the Chairperson of the Refugee Division given February 17, 1993 pursuant to subsection 69.2(2) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 61] of the Act, the appellant filed an application with the Refugee Division "to reconsider and vacate the decision of the visa officer of 18 April 1989" that "[the respondents] are Convention refugees" on the ground that they had "obtained their status by misrepresentation and concealment of material facts".

[12] By a majority decision of October 12, 1994, the application was granted in the following terms:

The Minister's application is GRANTED and the Refugee Division determines that the claimants ARE NOT CONVENTION REFUGEES.

In so concluding, the majority was of the view that once the false evidence was disregarded the remaining evidence before the visa officer was insufficient to support a determination by him that the respondents were Convention refugees. The majority was thus unable to reject the Minister's application under subsection 69.2(2). Furthermore, the majority declined to receive evidence that was not before the visa officer on April 18, 1989.<sup>5</sup> The majority stated in the written reasons:<sup>6</sup>

«J'étais étudiant en médecine en Afghanistan, et j'ai fui le pays parce que l'État procédait à l'arrestation des étudiants et qu'il exerçait de la pression sur nous.» Il a également fait mention de l' [TRADUCTION] «aide fournie aux moudjahiddin dans le domaine médical». L'intimé a avoué que ces affirmations étaient fausses, tout comme l'intégralité du récit donné à l'agent des visas. Sur ce dernier point, au cours de l'entrevue avec la GRC, l'intimé a affirmé:

[TRADUCTION] Bien sûr, toute l'histoire racontée à l'entrevue à l'ambassade canadienne est fausse du début à la fin. Par exemple, les noms, les dates de naissance, le lieu de naissance, le nom de l'école que j'ai fréquentée, tout est faux.

#### La décision de la section du statut de réfugié

[11] Le 20 septembre 1993, avec le consentement du président de la section du statut de réfugié donné le 17 février 1993 conformément au paragraphe 69.2(2) [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18] de la Loi, l'appelant a déposé devant la section une demande [TRADUCTION] «pour qu'elle réexamine et annule la décision de l'agent des visas en date du 18 avril 1989» reconnaissant que [TRADUCTION] «[les intimés] sont des réfugiés au sens de la Convention» pour le motif qu'ils ont [TRADUCTION] «obtenu ce statut par le biais de fausses déclarations et par la non-divulgaration de faits essentiels».

[12] Le 12 octobre 1994, la demande a été accueillie par une décision majoritaire en ces termes:

[TRADUCTION] La demande du ministre est ACCUEILLIE et la Section du statut de réfugié statue que les demandeurs NE SONT PAS DES RÉFUGIÉS AU SENS DE LA CONVENTION.

Par ce raisonnement, la majorité des membres du tribunal étaient d'avis que, une fois le faux témoignage écarté, les autres éléments de preuve portés à la connaissance de l'agent des visas n'étaient pas suffisants pour fonder la décision de l'agent selon laquelle les intimés étaient des réfugiés au sens de la Convention. Ils ne pouvaient ainsi rejeter la demande du ministre présentée en vertu du paragraphe 69.2(2). De plus, ils ont refusé d'examiner les éléments de preuve qui n'avaient pas été soumis à l'agent des visas le 18 avril 1989<sup>5</sup>. Ils ont affirmé dans leurs motifs écrits<sup>6</sup>:

I am not persuaded by counsel's submissions that the Board by narrowly interpreting this section and rejecting the new evidence is not upholding its humanitarian tradition. I do not believe the intention of the *Act* is to allow persons to enter Canada on a false pretence from a country of refuge where they were provided international protection for approximately 3 years. Furthermore, I do not believe the intention of the *Act* is to protect persons entering Canada on false identities who after entering Canada, a country of safe haven where protection is afforded to them, did not come forth to seek Canada's protection under their real identities although residing in Canada for a period of 4 years; that their true identities were revealed only after an investigation into a murder in Canada was undertaken by the RCMP. It is clear that the respondents' intent was not to come to Canada and seek refugee status but rather to immigrate, as their actions in Canada are contrary to their well-founded fear of persecution. I do not believe the intention of section 2(1) of the *Immigration Act* and the Refugee System is to give a quick and convenient route to landed status for immigrants who cannot or will not obtain it in the usual way. [Footnotes omitted.]

[13] The dissenting member concluded that subsection 69.3(5) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18] permitted the reception of new evidence. Accordingly, he would have rejected the subsection 69.2(2) application in the light of that evidence.

#### The judgment below

[14] As indicated above, the Motions Judge reversed in part the decision of the Refugee Division. Specifically, he set aside the portion of the decision of October 12, 1994 by which the respondents were determined not to be Convention refugees. In doing so he stated:<sup>7</sup>

. . . on an application by the Minister pursuant to s. 69.2(2) to vacate a previous decision determining the applicants to be Convention refugees, the Refugee Division does not have the jurisdiction to find the applicants not to be Convention refugees, particularly if the decision being vacated is that of a visa officer rendered abroad.

[TRADUCTION] Je ne suis pas convaincu par l'argument du procureur selon lequel le tribunal ne respecterait pas sa tradition humanitaire en faisant une interprétation étroite de cet article et en refusant d'accepter les nouveaux éléments de preuve. Je ne suis pas d'avis que l'intention du législateur ait été de permettre à des personnes provenant d'un pays d'asile, dans lequel elles ont bénéficié d'une protection internationale pendant environ 3 ans, d'entrer au Canada en faisant de fausses déclarations. De plus, je ne suis pas d'avis que l'intention du législateur ait été d'accorder une protection aux personnes qui entrent au Canada sous de fausses identités et qui, une fois au pays, soit un pays de refuge sûr où une protection leur est accordée, n'ont pas cherché à se prévaloir de la protection du Canada sous leur véritable identité, en dépit du fait qu'elles ont résidé au pays pendant 4 ans: des personnes dont la véritable identité n'a été révélée que lors de la tenue par la GRC d'une enquête relative à un meurtre au Canada. Il ressort clairement du dossier que l'intention des intimés n'était pas d'entrer au Canada et de demander le statut de réfugié, mais bien d'immigrer, étant donné que leur comportement au Canada est contraire à celui de personnes ayant une crainte fondée de persécution. Je ne crois pas que l'objectif du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration* et du système en matière de statut de réfugié soit de faciliter la tâche aux immigrants qui ne peuvent passer ou qui refusent de passer par la procédure usuelle pour obtenir la résidence permanente. [Renvois omis.]

[13] Le membre dissident du tribunal a jugé que le paragraphe 69.3(5) [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18] permettait l'examen de nouveaux éléments de preuve. Par conséquent, il était d'avis de rejeter la demande fondée sur le paragraphe 69.2(2) à la lumière de ces éléments de preuve.

#### La décision de la Section de première instance de la Cour fédérale

[14] Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, le juge des requêtes a annulé en partie la décision de la section du statut de réfugié. Il a plus particulièrement écarté, dans la décision du 12 octobre 1994, le passage statuant que les intimés n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention. Il a ainsi affirmé<sup>7</sup>:

[. . .] lorsqu'une demande fondée sur le paragraphe 69.2(2) est présentée par le ministre en vue de faire annuler une décision antérieure concluant que les requérants sont des réfugiés au sens de la Convention, la section du statut n'est pas habilitée à conclure que les requérants ne sont pas des réfugiés au sens de la Convention, surtout si la décision qui doit être annulée est celle d'un agent des visas à l'étranger.

After reciting the text of subsection 69.3(4), the Motions Judge continued:<sup>8</sup>

Thus, on an application pursuant to s. 69.2(2) the Refugee Division has two alternatives: either to approve or to reject the application to vacate the earlier decision. The language of the provision is clear, the Refugee Division does not have the jurisdiction to find the applicants not to be Convention refugees. In my view, this is particularly so when the decision involved is that of a visa officer abroad, since the applicants in such an instance would not have had the opportunity of a full hearing on the merits of their claim before the Refugee Division.

[15] The Motions Judge was concerned that the determination of the Refugee Division of October 12, 1994 had the effect of rendering the respondents ineligible, under subsection 46.01(1) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 36] of the Act, to make a fresh claim for Convention refugee status in Canada. He found, indeed, that a senior immigration officer had so decided, a decision he regarded as perhaps “moot” on the basis that the Refugee Division had “purported to find the applicants not to be Convention refugees”. By paragraph 46.01(1)(d) of the Act, a person who claims to be a Convention refugee “is not eligible to have the claim determined by the Refugee Division if the person . . . has been determined under this Act or the regulations, to be a Convention refugee”. The construction of that paragraph is not directly in issue in this appeal.

#### Issue

[16] The issue before this Court is whether the Motions Judge erred in law in his interpretation of the relevant statutory provisions such that his judgment setting aside the Refugee Division’s determination of the respondent’s refugee status should be set aside.

#### Relevant statutory provisions

[17] The statutory provisions directly relevant to the issue in this appeal are subsections 69.2(2) and (3) [as

Après avoir examiné le libellé du paragraphe 69.3(4), le juge des requêtes a continué<sup>8</sup>:

Ainsi donc, lorsqu’elle est saisie d’une demande fondée sur le paragraphe 69.2(2), la section du statut se trouve devant l’alternative suivante: soit elle accepte, soit elle rejette la demande d’annulation de la décision antérieure. Le texte de la disposition est clair, la section du statut n’est pas habilitée à conclure que les requérants ne sont pas des réfugiés au sens de la Convention. À mon sens, cela est d’autant plus vrai quand la décision contestée est celle d’un agent des visas à l’étranger, puisque, en pareil cas, les requérants ne peuvent bénéficier d’un examen complet de leur revendication devant la section du statut, examen visant à en déterminer le bien-fondé.

[15] Le juge des requêtes était préoccupé par le fait que la décision de la section du statut de réfugié en date du 12 octobre 1994 ait pour effet de rendre les intimés non éligibles en vertu du paragraphe 46.01(1) [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 36] de la Loi à présenter une nouvelle demande de réfugié au sens de la Convention au Canada. Un agent d’immigration supérieur avait en fait déjà décidé en ce sens, décision que le juge des requêtes a considérée comme ayant peut-être «perdu sa raison d’être» pour le motif que la section du statut de réfugié «prétend[ait] conclure que les requérants ne sont pas des réfugiés au sens de la Convention». En vertu de l’alinéa 46.01(1)d) de la Loi, dans le cas d’une personne qui prétend être un réfugié au sens de la Convention, «[l]a revendication du statut n’est pas recevable par la section du statut si [. . .] le statut de réfugié au sens de la Convention lui a été reconnu aux termes de la présente loi ou des règlements». Le présent appel ne porte pas directement sur l’interprétation de cet alinéa.

#### La question en litige

[16] La Cour doit se prononcer sur la question de savoir si le juge des requêtes a commis, dans le cadre de son interprétation des dispositions législatives pertinentes, une erreur de droit qui entraînerait l’annulation du jugement par lequel il a annulé la décision rendue par la section du statut de réfugié relativement au statut de réfugié de l’intimé.

#### Les dispositions législatives pertinentes

[17] Les dispositions législatives directement pertinentes dans le cas du présent appel sont les para-

enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 61] as well as subsections 69.3(1) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18], 69.3(4) [as enacted *idem*] and 69.3(5) of the Act. Those subsections read:

**69.2 . . .**

(2) The Minister may, with leave of the Chairperson, make an application to the Refugee Division to reconsider and vacate any determination made under this Act or the regulations that a person is a Convention refugee on the ground that the determination was obtained by fraudulent means or misrepresentation, suppression or concealment of any material fact, whether exercised or made by that person or any other person.

(3) An application to the Chairperson for leave to apply to the Refugee Division under subsection (2) shall be made *ex parte* and in writing and the Chairperson may grant that leave if the Chairperson is satisfied that evidence exists that, if it had been known to the Refugee Division, could have resulted in a different determination.

. . .

**69.3 (1)** Where an application to the Refugee Division is made under section 69.2, the Refugee Division shall conduct a hearing into the application, after having notified the Minister and the person who is the subject of the application of the time and place set for the hearing, and shall afford the Minister and that person a reasonable opportunity to present evidence, cross-examine witnesses and make representations.

. . .

(4) The Refugee Division shall approve or reject the application and shall render its decision as soon as possible after completion of the hearing and send a written notice of the decision to the Minister and the person who is the subject of the application.

(5) The Refugee Division may reject an application under subsection 69.2(2) that is otherwise established if it is of the opinion that, notwithstanding that the determination was obtained by fraudulent means or misrepresentation, suppression or concealment of any material fact, there was other sufficient evidence on which the determination was or could have been based.

### Analysis

[18] The Motions Judge was of the view that the Refugee Division lacked jurisdiction under the Act to determine the respondents not to be Convention refugees because, as he put it, the Refugee Division was empowered either “to approve or to reject” the

phes 69.2(2) et 69.2(3) [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18], de même que les paragraphes 69.3(1) [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18], 69.3(4) [édicte, *idem*] et 69.3(5) de la Loi. Ils prévoient:

**69.2 [ . . . ]**

(2) Avec l’autorisation du président, le ministre peut, par avis, demander à la section du statut de réexaminer la question de la reconnaissance du statut de réfugié au sens de la Convention accordée en application de la présente loi ou de ses règlements et d’annuler cette reconnaissance, au motif qu’elle a été obtenue par des moyens frauduleux, par une fausse indication sur un fait important ou par la suppression ou la dissimulation d’un fait important, même si ces agissements sont le fait d’un tiers.

(3) L’autorisation requise dans le cadre du paragraphe (2) se demande par écrit et *ex parte*; le président peut l’accorder s’il est convaincu qu’il existe des éléments de preuve qui, portés à la connaissance de la section du statut, auraient pu modifier la décision.

[. . .]

**69.3 (1)** Dans les cas visés à l’article 69.2, la section du statut procède à l’examen de la demande par une audience dont elle communique au ministre et à l’intéressé les date, heure et lieu et au cours de laquelle elle leur donne la possibilité de produire des éléments de preuve, de contre-interroger des témoins et de présenter des observations.

[. . .]

(4) La section du statut accepte ou rejette la demande le plus tôt possible après l’audience et notifie sa décision, par écrit, au ministre et à l’intéressé.

(5) La section du statut peut rejeter toute demande bien fondée au regard de l’un des motifs visés au paragraphe 69.2(2) si elle estime par ailleurs qu’il reste suffisamment d’éléments justifiant la reconnaissance du statut.

### Analyse

[18] Le juge des requêtes était d’avis que la section du statut de réfugié n’était pas habilitée en vertu de la Loi à décider que les intimés n’étaient pas des réfugiés au sens de la Convention pour le motif que, comme il l’exprimait, la section du statut de réfugié

subsection 69.2(2) application. It must be pointed out, however, that an application under that subsection is not limited to “vacating” a determination of a visa officer but rather “to reconsider and vacate any determination made under this Act or the regulations that a person is a Convention refugee”.

[19] Whether a person is a “Convention refugee seeking resettlement” appears clearly to involve at its core the determination of whether that person is a “Convention refugee” as defined in the 1951 Convention<sup>9</sup> and the 1967 Protocol,<sup>10</sup> and in the Act. The visa officer had, therefore, to determine on April 18, 1989 whether the respondents were “Convention refugees” as so defined and, if they were, whether they otherwise qualified for resettlement in Canada under the laws of this country. Indeed, the respondents agree that this was so. The second decision could be addressed by the visa officer only after he had first determined the respondents to be “Convention refugees”.

[20] The process by which that determination was made was most informal. So far as can be discovered from the record it consisted mainly of the face-to-face interviews of the adult respondents. The purpose of the interviews was manifestly to elicit information that either supported or negated their claims to be “Convention refugees” fleeing from Afghanistan and their eligibility to be resettled in Canada. It is true, as the Motions Judge noted, that the process before the visa officer in Islamabad does not provide the same opportunity of a full hearing as would be the case of a claim for refugee status heard and determined by the Refugee Division. The fact that this informal process might result in some disadvantage to the refugee claimant seems to have been anticipated by Parliament in subsection 69.3(5). That subsection was obviously designed to assist a claimant despite the fact that he or she may have presented false information to the visa officer. In my view, however, the informality of the process did not absolve the adult respondents from the obligation to tell the truth at their interviews.

n’avait compétence que pour «accepte[r] ou rejete[r]» la demande présentée en vertu du paragraphe 69.2(2). Il faut signaler, toutefois, qu’une demande en vertu de ce paragraphe ne se limite pas à «l’annulation» d’une décision d’un agent des visas, mais englobe plutôt le pouvoir de «réexaminer la question de la reconnaissance du statut de réfugié au sens de la Convention accordée en application de la présente loi ou de ses règlements et d’annuler cette reconnaissance».

[19] La question de savoir si une personne est un «réfugié au sens de la Convention cherchant à se réinstaller» nécessite forcément l’examen préalable de son admissibilité au statut de «réfugié au sens de la Convention», dont la définition apparaît dans la Convention de 1951<sup>9</sup> et dans le Protocole de 1967<sup>10</sup>, de même que dans la Loi. L’agent des visas devait ainsi décider, le 18 avril 1989, si les intimés se qualifiaient sous la définition de «réfugié au sens de la Convention», et dans l’affirmative, s’ils sont de plus éligibles au processus de réinstallation au Canada en vertu des lois du pays. Les intimés prétendent ainsi qu’ils le sont. La seconde question ne pouvait être abordée par l’agent des visas qu’une fois qu’il avait statué que les intimés étaient des «réfugiés au sens de la Convention».

[20] Le processus au terme duquel la décision a été prise était de nature bien informelle. Dans la mesure où l’indique le dossier, il y a eu en grande partie des entrevues personnelles avec les intimés adultes. L’objectif des entrevues était manifestement d’obtenir des renseignements qui soit appuyaient, soit rejetaient les prétentions des intimés quant à leur statut de «réfugiés au sens de la Convention» fuyant l’Afghanistan et quant à leur admissibilité à se réinstaller au Canada. Il est vrai, comme l’a souligné le juge des requêtes, que le processus devant l’agent des visas à Islamabad ne confère pas la même possibilité d’audience en bonne et due forme que dans le cas d’une demande du statut de réfugié entendue devant la section du statut de réfugié et décidée par elle. La possibilité que ce processus informel entraîne quelques désavantages pour le demandeur du statut de réfugié semble avoir été prévue par le législateur au paragraphe 69.3(5). Ce paragraphe vise clairement à aider un demandeur en dépit du fait que ce dernier ait fait de fausses déclarations à l’agent des visas. Je suis d’avis

Moreover, the false names were contained in the application for permanent residence, the content of which was solemnly declared by the first respondent to be “truthful, complete and correct”.

[21] I am unable to interpret the provisions of subsection 69.3(4) of the Act as limiting the Refugee Division’s jurisdiction to the extent indicated by the Motions Judge. The subsection was intended to apply to the reconsideration and vacation of “any determination made under this Act or the regulations” that a person was a Convention refugee. It thus applied to a previous determination of the Refugee Division itself or of others including a visa officer made “under . . . the regulations”. Accordingly, whether the previous determination was one made by the Refugee Division under the Act or by a visa officer under the Regulations, the power bestowed on the Refugee Division is the same. It may “approve or reject the application” in accordance with subsection 69.3(4). The Motions Judge must have had this language in mind in deciding that the power of the Refugee Division was either “to approve or to reject” the application in this case.

[22] In my view, this language in subsection 69.3(4) ought not to be divorced from its context. The “application” mentioned therein is clearly the “application” referred to more fully in subsection 69.2(2). When the two subsections are read together it becomes clear that the Minister’s application was to have the determination of the visa officer dated April 18, 1989 “reconsidered and vacated” and that it is this application that the Refugee Division is authorized “to approve or to reject”. Thus, the power of the Refugee Division was not limited to merely “vacating” that determination but also of “reconsidering”<sup>11</sup> it. Given the context in which it appears, I do not think the word “reconsider” was intended to limit the power of the Refugee Division to that of dealing with a prior determination of its own. The intent appears to be that the Refugee

cependant que la nature informelle du processus ne soustrayait pas les intimés adultes à l’obligation de dire la vérité au cours des entrevues. De plus, les faux noms figuraient bien sur la demande de résidence permanente, dont le contenu était [TRADUCTION] «véridique, complet et exact» selon une déclaration solennelle du premier intimé.

[21] Je ne peux endosser l’interprétation voulant que le paragraphe 69.3(4) de la Loi ait pour effet de limiter la compétence de la section du statut de réfugié au point où l’a décidé le juge des requêtes. Ce paragraphe devait s’appliquer au réexamen et à l’annulation de «toute reconnaissance du statut de réfugié au sens de la Convention accordée en application de la présente loi ou de ses règlements». Cela comprend ainsi les décisions antérieures prises par la section du statut de réfugié même, mais ne s’y limite pas, et englobe notamment celles prises par l’agent des visas «en application [. . .] [des] règlements». Par conséquent, que la décision antérieure soit prise par la section du statut de réfugié en vertu de la Loi ou par un agent des visas en vertu du règlement, la compétence conférée à la section du statut de réfugié demeure inchangée. Celle-ci peut «accepte[r] ou rejete[r] la demande» en conformité avec le paragraphe 69.3(4). Le juge des requêtes a dû avoir ce libellé en tête lorsqu’il a décidé que la compétence de la section du statut de réfugié se limitait à «accepte[r] ou rejete[r]» la demande en l’espèce.

[22] Je suis d’avis que la formulation du paragraphe 69.3(4) ne doit pas être interprétée séparément de son contexte. La «demande» dont il y est fait mention se réfère manifestement à la «demande» décrite plus en détails au paragraphe 69.2(2). Il ressort clairement de la lecture conjointe de ces deux paragraphes que la demande du ministre visait à faire réexaminer et à faire annuler la décision de l’agent des visas en date du 18 avril 1989, et qu’il s’agit précisément de cette demande que la section du statut de réfugié est habilitée à «accepte[r] ou rejete[r]». Ainsi, la compétence de la section du statut de réfugié ne se limitait pas seulement à «annuler» cette décision, mais aussi à la «réexaminer»<sup>11</sup>. Étant donné le contexte dans lequel elle s’inscrit, je ne suis pas d’avis que l’usage du mot «réexaminer» avait pour objectif de limiter la compé-

Division should be able to take up the impugned determination for renewed consideration with a view to reversing and vacating it. In my view, the power of reconsideration is in addition to that of “vacating” the determination.

[23] I would allow the appeal and would vary the judgment of the Trial Division by deleting paragraphs 2 and 3 thereof.

LINDEN J.A.: I agree.

\* \* \*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

[24] ROBERTSON J.A. (*dissenting*): I have had the advantage of reading the reasons for judgment prepared by my colleague, Justice Stone. With great respect, I cannot subscribe to them.

[25] The only issue which arises on this appeal is whether the Refugee Division has the statutory authority under subsection 69.2(2) of the *Immigration Act* to declare that a person is not a Convention refugee once it has been determined that that person made a material misrepresentation at the time refugee status was sought and granted. Like the Trial Judge below, I am of the respectful opinion that the Refugee Division’s powers are limited to “reconsidering” and “vacating” a determination that a person is a Convention refugee. This interpretation is based on a plain reading of the Act. Subsection 69.2(2) reads as follows:

69.2 . . .

(2) The Minister may, with leave of the Chairperson, make an application to the Refugee Division to reconsider and vacate any determination made under this Act or the regulations that a person is a Convention refugee on the ground that the determination was obtained by fraudulent means or misrepresentation, suppression or concealment of any material fact, whether exercised or made by that person or any other person. [Emphasis added.]

tence de la section du statut de réfugié à ses propres décisions antérieures. L’objectif semble plutôt être que la section du statut de réfugié puisse être saisie de la décision contestée pour en faire un nouvel examen en vue de l’infirmier. J’estime que la compétence relative au réexamen ne fait que s’ajouter à celle relative à «l’annulation» de la décision.

[23] Je suis d’avis d’accueillir l’appel et de modifier la décision de la Section de première instance en annulant les paragraphes 2 et 3.

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: J’y souscris.

\* \* \*

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

[24] LE JUGE ROBERTSON, J.C.A. (*dissident*): J’ai eu l’occasion de lire les motifs du jugement écrits par mon collègue le juge Stone. Avec égards, je ne peux y souscrire.

[25] La seule question qui se pose dans le présent appel est de savoir si la section du statut de réfugié a compétence en vertu du paragraphe 69.2(2) de la *Loi sur l’immigration* pour déclarer qu’une personne n’est pas un réfugié au sens de la Convention, une fois qu’il a été établi que cette personne a fait de fausses déclarations au moment de la demande et de l’obtention du statut de réfugié. À l’instar du juge de première instance, je suis d’avis que la compétence de la section du statut de réfugié se limite à «réexaminer» et à «annuler» une décision selon laquelle une personne est un réfugié au sens de la Convention. Cette interprétation se fonde sur une lecture littérale de la Loi. Le paragraphe 69.2(2) prévoit:

69.2 [. . .]

(2) Avec l’autorisation du président, le ministre peut, par avis, demander à la section du statut de réexaminer la question de la reconnaissance du statut de réfugié au sens de la Convention accordée en application de la présente loi ou de ses règlements et d’annuler cette reconnaissance, au motif qu’elle a été obtenue par des moyens frauduleux, par une fausse indication sur un fait important ou par la suppression ou la dissimulation d’un fait important, même si ces agissements sont le fait d’un tiers. [Non souligné dans l’original.]

[26] In my respectful view, nothing turns on the Refugee Division's obligation to "reconsider" an earlier determination. Specifically, I do not see how the term "reconsider" empowers that tribunal not only to vacate a refugee determination, but also to declare that a claimant who has lied is not a Convention refugee. The Refugee Division is only empowered "to reconsider and vacate" a determination made under the Act. In my respectful view, in order to accept my colleague's understanding of the meaning to be attributed to the word "reconsider", one has to read out the word "vacate". In short, in order to read in an implied authority on the part of the Refugee Division to declare that a person is not a Convention refugee, one has to read out the word "vacate". Admittedly, if the word "vacate" were deleted from subsection 69.2(2), the word "reconsider" could be reasonably interpreted to encompass a broad power on the part of the Refugee Division to declare a person not to be a Convention refugee. As reformulated, subsection 69.2(2) would read "the Refugee Division may reconsider any determination made under this Act". However, it is one thing for a court to read words into an Act on the basis that they arise by necessary implication. It is quite another to read words out in order to make an inference which is thought to be necessary.

[27] I acknowledge that an interpretation which limits the powers of the Refugee Division is open to criticism if attention focusses on subsection 69.3(5). That provision provides that even if the Refugee Division is persuaded that a claimant made a material misrepresentation, it is still open to the tribunal not to vacate that person's status as a Convention refugee, provided there is other sufficient evidence on which to find that that person is a Convention refugee. Subsection 69.3(5) reads as follows:

**69.3 . . .**

(5) The Refugee Division may reject an application under subsection 69.2(2) that is otherwise established if it is of the

[26] Avec égards, je suis d'avis que l'obligation de la section du statut de réfugié de «réexaminer» une décision antérieure n'est pas déterminante. Je ne vois pas, plus particulièrement, comment l'expression «réexaminer» habilite le tribunal à non seulement annuler une décision relative au statut de réfugié, mais également à statuer qu'un demandeur qui a fait de fausses déclarations n'est pas un réfugié au sens de la Convention. La section du statut de réfugié n'a compétence que pour «réexaminer et annuler» une décision prise en vertu de la Loi. Avec égards, je crois que, afin d'adopter l'interprétation que mon collègue fait du mot «réexaminer», l'on doit écarter le mot «annuler». En résumé, l'on doit éliminer le mot «annuler» pour que la section du statut de réfugié tire sa compétence implicite pour déclarer qu'une personne n'est pas un réfugié au sens de la Convention. Ainsi, si le mot «annuler» disparaissait du paragraphe 69.2(2), l'on pourrait raisonnablement inférer que le mot «réexaminer» comprend une compétence étendue de la part de la section du statut de réfugié l'autorisant à déclarer qu'une personne n'est pas un réfugié au sens de la Convention. De cette façon, le paragraphe 69.2(2) prévoirait que [TRADUCTION] «la section du statut de réfugié peut réexaminer toute décision prise en vertu de la présente Loi». Toutefois, il s'agit d'une chose pour un tribunal que d'incorporer certains mots dans la Loi pour le motif que leur présence est implicitement requise sur le plan de l'interprétation, mais il s'agit d'une toute autre chose que d'éliminer des mots dans le but de créer un sens dont on croit l'existence justifiée.

[27] Je suis conscient qu'une interprétation qui restreint la compétence de la section du statut de réfugié peut être contestée si l'on se reporte au paragraphe 69.3(5). Cette disposition prévoit que, même si la section du statut de réfugié est convaincue qu'un demandeur a fait de fausses déclarations, il lui est tout de même loisible de décider de ne pas annuler la reconnaissance du statut de réfugié au sens de la Convention accordée à la personne en question, dans la mesure où il reste suffisamment d'éléments de preuve pour appuyer cette reconnaissance. Le paragraphe 69.3(5) prévoit:

**69.3 [. . .]**

(5) La section du statut peut rejeter toute demande bien fondée au regard de l'un des motifs visés au paragraphe

opinion that, notwithstanding that the determination was obtained by fraudulent means or misrepresentation, suppression or concealment of any material fact, there was other sufficient evidence on which the determination was or could have been based. [Emphasis added.]

[28] It does not make sense that a person who has lied to obtain Convention refugee status and whose determination is vacated because the remaining evidence is insufficient to support the original refugee claim should be able to turn around and make another refugee claim. Arguably, from an administrator's point of view (and likely most Canadians'), the thought of a person gaining admission to Canada by fraudulent means and then restarting the refugee process is not only an absurdity, but an abuse of the refugee process and a strain on Canada's financial resources. Although this line of reasoning is compelling, I am not persuaded that this is an appropriate case in which to depart from the plain meaning of subsection 69.2(2) by holding that the Refugee Division has the implied authority to declare a person not to be a Convention refugee. Let me explain.

[29] Where the claim for refugee status is made and heard in Canada, as opposed to outside Canada, different procedures apply. We are all aware of the due process which refugee claimants enjoy in Canada. Claimants are entitled to a hearing and to be represented by counsel or a spokesperson. Interpreters are provided, and there is an opportunity to adduce documentary evidence and witnesses. If, however, the refugee claim is made outside Canada, it is unlikely that there will be a sufficient record before the Refugee Division, which is not permitted to allow the introduction of new evidence. In the present case, the respondents gained admission to Canada as "Convention refugees seeking resettlement" after being interviewed by a visa officer abroad. Notes taken by the officer during the interview are described as "brief". The documentary evidence consists of a completed "Application for Permanent Residence in Canada", which authorizes the release of all records pertaining

69.2(2) si elle estime par ailleurs qu'il reste suffisamment d'éléments justifiant la reconnaissance du statut. [Non souligné dans l'original.]

[28] Il est illogique qu'une personne qui a fait de fausses déclarations pour obtenir le statut de réfugié au sens de la Convention, et dont la reconnaissance du statut est annulée en raison des éléments de preuve restants qui étaient insuffisants pour appuyer la demande initiale de statut de réfugié, soit autorisée à soumettre une nouvelle demande de statut de réfugié. En effet, du point de vue d'un gestionnaire (et probablement de celui de la plupart des Canadiens), la possibilité qu'une personne entre frauduleusement au Canada et ensuite soumette de nouveau une demande de statut de réfugié est non seulement une idée absurde, mais un abus du système en matière de statut de réfugié, de même qu'un fardeau financier pour le Canada. Bien que cet argument soit persuasif, je ne suis pas convaincu qu'il s'agisse d'un cas où il faut écarter l'interprétation littérale du paragraphe 69.2(2) en statuant que la section du statut de réfugié détient une compétence implicite pour décider qu'un demandeur n'est pas un réfugié au sens de la Convention. Je m'explique.

[29] Différentes procédures sont prévues selon que la demande du statut de réfugié est soumise et entendue au Canada, ou à l'extérieur du pays. Nous sommes tous conscients que les demandeurs du statut de réfugié bénéficient du principe de l'application régulière de la loi au Canada. Ils ont droit à une audience et peuvent être représentés par un avocat ou un porte-parole. Des interprètes sont mis à leur disposition, et ils ont la possibilité de soumettre des preuves documentaires et de présenter des témoins. Cependant, si la demande est faite à l'extérieur du Canada, il est peu probable que le dossier qui se retrouve devant la section du statut de réfugié soit aussi complet, et il n'est pas loisible à la section du statut de recevoir de nouveaux éléments de preuve. Dans le cas dont nous sommes saisis, les intimés ont été admis au Canada à titre de «réfugiés au sens de la Convention cherchant à se réinstaller» après avoir été interrogés par un agent des visas à l'étranger. Les notes prises par cet agent

to the respondents' "suitability for admission to Canada", as well as a consent to the release of medical information to a visa officer.

[30] Against this backdrop, it is apparent that people in the respondents' position cannot obtain the benefit of subsection 69.3(5) where there is no evidence upon which the Refugee Division could determine whether they would have been declared Convention refugees, notwithstanding their material misrepresentations. This is one of the reasons why I am not prepared to extend the plain meaning of subsection 69.2(2) by holding that the Refugee Division has the authority not only to vacate a refugee determination, but also to declare that a person is not a Convention refugee. Finally, I must confess that it does not bother me that my interpretation of subsection 69.2(2) establishes a person's statutory right to make a second refugee claim after the first has been set aside for misrepresentation. That is what the Act allows. Moreover, it is not without precedent. If the respondents had made a refugee claim outside Canada which was rejected, they still could have come to Canada and made a second claim, at least according to my reading of section 46.01 of the Act. Perhaps these lacunae are better left to Parliament. Accordingly, I would dismiss the appeal and answer the following certified question [at page 80] in the negative:

Does the Refugee Division have the jurisdiction pursuant to an application pursuant to subsection 69.2(2) of the *Immigration Act* to determine that a person is not a Convention refugee on the basis that this jurisdiction is implied in the granting of an application to vacate?

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. I-2 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18].

des visas au cours de l'entrevue sont décrites comme étant [TRADUCTION] «brèves». La preuve documentaire ne comprend qu'une «demande de résidence permanente» dûment remplie, qui permet la divulgation de tous les dossiers relatifs à la détermination de l'«admissibilité [des intimés] à immigrer au Canada», de même que la divulgation des renseignements médicaux à l'agent des visas.

[30] Dans ce contexte, il est évident que des personnes dans une situation comparable à celle des intimés ne peuvent se prévaloir du paragraphe 69.3(5) lorsqu'il n'y a aucune preuve sur laquelle la section du statut de réfugié pourrait se fonder pour décider si ces personnes sont des réfugiés au sens de la Convention, en dépit de leurs fausses déclarations. C'est une des raisons pour lesquelles je ne suis pas prêt à changer l'interprétation littérale du paragraphe 69.2(2) en statuant que la section du statut de réfugié a compétence non seulement pour annuler une décision relative au statut de réfugié, mais aussi pour déclarer qu'une personne n'est pas un réfugié au sens de la Convention. Finalement, je dois avouer que je ne suis pas plus incommodé par le fait que mon interprétation du paragraphe 69.2(2) ait pour effet de créer un droit en vertu de la loi qui permet à une personne de soumettre une deuxième demande de statut de réfugié après que la première eut été rejetée en raison des fausses déclarations. C'est précisément ce que permet la Loi. De plus, cette interprétation n'est pas sans précédent. Si les intimés avaient présenté une demande de statut de réfugié à l'extérieur du Canada qui avait par la suite été rejetée, ils auraient quand même pu entrer au Canada et soumettre une nouvelle demande, du moins selon mon interprétation du paragraphe 46.01 de la Loi. C'est au Parlement qu'il revient peut-être de remédier aux lacunes existantes. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter l'appel et de répondre par la négative à la question certifiée qui suit [à la page 80]:

La section du statut a-t-elle compétence dans le cadre d'une demande fondée sur le paragraphe 69.2(2) de la *Loi sur l'immigration* pour déterminer qu'une personne n'est pas un réfugié au sens de la Convention au motif qu'elle tire implicitement sa compétence du fait d'accueillir une demande d'annulation?

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. I-2 [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18].

<sup>2</sup> SOR/78-172, February 24, 1978.

<sup>3</sup> SOR/97-182, April 8, 1997; SOR/97-184, April 30, 1997; SOR/98-270, April 30, 1998.

<sup>4</sup> Davies B. N. Bagambiire, *Canadian Immigration and Refugee Law* (Aurora: (Ont.) Canada Law Book, 1996), at p. 244.

<sup>5</sup> This feature of the decision was not questioned in the Trial Division.

<sup>6</sup> Appeal Book, vol. 1, at pp. 20-21.

<sup>7</sup> (1995), 96 F.T.R. 76 (F.C.T.D.), at p. 79.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6.

<sup>10</sup> *United Nations Protocol Relating to the Status of Refugees*, January 31, 1967 [1969] Can. T.S. No. 29.

<sup>11</sup> The *Shorter Oxford English Dictionary*, 3rd ed. (Oxford: Oxford University Press, 1973), defines the verb "reconsider" as: "To consider (a decision, etc.) a second time with a view to changing or amending it".

<sup>2</sup> DORS/78-172, 24 février 1978.

<sup>3</sup> DORS/97-182, 8 avril 1997; DORS/97-184, 30 avril 1997; DORS/98-270, 30 avril 1998.

<sup>4</sup> Davies B. N. Bagambiire, *Canadian Immigration and Refugee Law* (Aurora: (Ont.) Canada Law Book, 1996), à la p. 244.

<sup>5</sup> Ce passage de la décision n'a pas été contesté devant la Section de première instance.

<sup>6</sup> Dossier d'appel, vol. 1, aux p. 20 et 21.

<sup>7</sup> (1995), 96 F.T.R. 76 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 79.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6.

<sup>10</sup> *Protocole des Nations Unies relatif au statut des réfugiés*, 31 janvier 1967, [1969] R.T. Can. n° 6.

<sup>11</sup> Le *Shorter Oxford English Dictionary*, 3<sup>e</sup> éd. (Oxford: Oxford University Press, 1973), donne la définition suivante du verbe [TRADUCTION] «réexaminer»: [TRADUCTION] «Examiner (une décision, etc.) une seconde fois en vue d'apporter des changements ou des modifications.»

A-549-98

A-549-98

**Marilyn Sharp** (*Appellant*)**Marilyn Sharp** (*appelante*)

v.

c.

**Canadian Transportation Agency and Canadian Pacific Railway Company** (*Respondents*)**Office des transports du Canada et Canadien Pacifique Limitée** (*intimés*)**INDEXED AS: SHARP v. CANADA (TRANSPORTATION AGENCY) (C.A.)****RÉPERTORIÉ: SHARP c. CANADA (OFFICE DES TRANSPORTS) (C.A.)**

Court of Appeal, Isaac C.J., Décarý and Rothstein J.J.A.—Edmonton, May 31; Ottawa, June 11, 1999.

Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Décarý et Rothstein, J.C.A.—Edmonton, 31 mai; Ottawa, 11 juin 1999.

*Transportation — Appeal from Canadian Transportation Agency's approval of construction of railway line — Canada Transportation Act (CTA), s. 98(2) permitting Agency to approve location of railway line, considering requirements for railway operations and services, interests of affected localities — Appellant opposing application on ground line not necessary — S. 98 not requiring assessment of need — Requiring Agency to focus on whether location, not construction, of railway line reasonable — "Requirements for railway operations and services" referring only to requirements enabling railway company to provide service to customers — Not referring to need for line — "Interests of the localities" contemplating Agency consider concerns respecting location of line brought to its attention by localities in determining whether location reasonable — Presumption need for line based on fact railway company making application — Reading in needs test would ignore national transportation policy that compensation, market forces prime factors in determining whether railway line should be constructed; would impose unnecessary economic regulation — In keeping with trend toward deregulation, CTA limited Agency's role in regulating entry into railway business in Canada, controlling construction of new railway lines — Inconsistent with limited role to construe s. 98 as requiring needs test for construction of railway line.*

*Transports — Appel de la décision de l'Office des transports du Canada d'approuver la construction d'une ligne de chemin de fer — L'art. 98(2) de la Loi sur les transports au Canada (LTC) prévoit que l'Office peut approuver l'emplacement d'une ligne de chemin de fer, compte tenu des besoins en matière de service et d'exploitation ferroviaires et des intérêts des localités — L'appelante s'oppose à la demande au motif que la ligne n'est pas nécessaire — L'art. 98 ne prescrit pas une évaluation de la nécessité — L'Office doit examiner la question de savoir si l'emplacement de la ligne de chemin de fer est convenable, non pas sa construction — «Besoins en matière de service et d'exploitation ferroviaires» vise les besoins qui permettront à la compagnie de chemin de fer de fournir un service à ses clients — Ne renvoie pas à la nécessité de la ligne — «Intérêts des localités» signifie que l'Office doit tenir compte des craintes des localités concernant l'emplacement de la ligne de chemin de fer pour décider si l'emplacement est convenable — La nécessité de la ligne sera présumée du fait de la demande présentée par la compagnie de chemin de fer — L'interprétation en faveur du critère des besoins va à l'encontre de la politique nationale des transports, selon laquelle la concurrence et les forces du marché sont les principaux facteurs en jeu pour décider si une ligne de chemin de fer devrait être construite; elle imposerait une forme de réglementation économique qui n'est pas nécessaire — Conformément au virage vers la déréglementation de l'industrie du transport ferroviaire, la LTC a restreint le rôle de l'Office quant à la réglementation de l'entrée dans l'industrie du transport ferroviaire au Canada et au contrôle de la construction de nouvelles lignes de chemin de fer — L'interprétation selon laquelle l'art. 98 prescrirait un critère des besoins est incompatible avec le rôle limité attribué à l'Office.*

*Railways — Appeal from Canadian Transportation Agency's approval of construction of railway line — Canada Transportation Act, s. 98(2) permitting Agency to approve location of railway line, considering requirements for railway operations — Appellant opposing application on*

*Chemins de fer — Appel de la décision de l'Office des transports du Canada d'approuver la construction d'une ligne de chemin de fer — L'art. 98(2) de la Loi sur les transports au Canada prévoit que l'Office peut approuver l'emplacement d'une ligne de chemin de fer, compte tenu*

*ground line not necessary — S. 98 not requiring assessment of need — Reading in needs test would ignore national transportation policy compensation, market forces prime factors in determining whether railway line should be constructed, would impose form of economic regulation when not necessary to serve transportation needs of shippers — In keeping with trend toward deregulation, CTA limited Agency's role in regulating entry into railway business in Canada, controlling construction of new railway lines — Inconsistent with limited role to construe s. 98 as requiring needs test for construction of railway line.*

*Environment — Appeal from Canadian Transportation Agency's approval of construction of railway line — Agency finding, upon Canadian Pacific Railway (CPR) filing Canada Transportation Act (CTA), s. 98(2) application for approval, Agency "responsible authority" under Canadian Environmental Assessment Act (CEAA) — CEAA, s. 16(1)(e) requiring assessment of need for, alternatives to, project in environmental assessment process — Agency opining need, alternatives dependent on Union Carbide of Canada's (UCC) decision required direct access to CPR for plant expansion, CPR's objective to improve market share — Agency having obligation to carry out assessment itself — Although deferring to views, objectives of UCC, CPR, Agency expressing own view as to need, alternatives — Business, commercial needs legitimate basis for rejecting alternatives — As determination of whether to consider need, alternatives discretionary, within Agency's discretion to decide nature, extent of consideration of factors — Unless clear conflict, Agency must respect both Parliament's express deregulatory intention under CTA and Parliament's vesting it with environmental decision-making power under CEAA — Agency concluding construction of railway not having adverse environmental effects upon implementation of CPR's proposed mitigation measures — Performed duties under CEAA, s. 16.*

This was an appeal under *Canada Transportation Act* (CTA), subsection 41(1) from an order of the Canadian Transportation Agency approving the construction of a 12.6 km line of railway between the Lacombe subdivision

*des besoins en matière de service et d'exploitation ferroviaires — L'appelante s'oppose à la demande au motif que la ligne n'est pas nécessaire — L'art. 98 ne prescrit pas une évaluation de la nécessité — L'interprétation en faveur du critère des besoins va à l'encontre de la politique nationale des transports, selon laquelle la concurrence et les forces du marché sont les principaux facteurs en jeu pour décider si une ligne de chemin de fer devrait être construite; elle imposerait une forme de réglementation économique qui n'est pas nécessaire pour répondre aux besoins des expéditeurs en matière de transport — Conformément au virage vers la déréglementation de l'industrie du transport ferroviaire, la LTC a restreint le rôle de l'Office quant à la réglementation de l'entrée dans l'industrie du transport ferroviaire au Canada et au contrôle de la construction de nouvelles lignes de chemin de fer — L'interprétation selon laquelle l'art. 98 prescrirait un critère des besoins est incompatible avec le rôle limité attribué à l'Office.*

*Environnement — Appel de la décision de l'Office des transports du Canada d'approuver la construction d'une ligne de chemin de fer — L'Office a conclu qu'au moment du dépôt de la demande du Canadien Pacifique Limitée (CP) en vertu de l'art. 98(2) de la Loi sur les transports au Canada (LTC), l'Office est devenu l'«autorité responsable» en vertu de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (LCÉE) — L'art. 16(1)e de la LCÉE requiert un examen de la nécessité du projet et de ses solutions de rechange dans le cadre du processus d'évaluation environnementale — L'Office a exprimé le point de vue que la nécessité et les solutions de rechange étaient subordonnées à la décision de Union Carbide of Canada's (UCC) qu'elle avait besoin d'un accès direct au CP dans le cadre de l'agrandissement de son usine, et à l'objectif du CP d'améliorer sa part de marché — L'Office était dans l'obligation de faire cette évaluation lui-même — Bien qu'il se soit appuyé sur les points de vue et les objectifs de UCC et du CP, l'Office a exprimé son propre point de vue relativement à la nécessité et aux solutions de rechange — Les besoins commerciaux sont une raison légitime de rejeter des solutions de rechange — De même que l'Office a la faculté d'examiner la nécessité et les solutions de rechange, de même il a la faculté de décider la nature et l'étendue de l'examen de ces facteurs — Sauf incompatibilité manifeste, l'Office devrait tenter de respecter à la fois l'intention expresse du législateur en matière de déréglementation en vertu de la LTC et le pouvoir décisionnel que lui a conféré le législateur en matière environnementale sous le régime de la LCÉE — L'Office a conclu que la construction de la ligne de chemin de fer n'aurait pas d'effets environnementaux négatifs si les mesures d'atténuation proposées par le CP étaient mises en œuvre — L'Office a exécuté les attributions prévues à l'art. 16 de la LCÉE.*

Il s'agit d'un appel interjeté en vertu du paragraphe 41(1) de la *Loi sur les transports au Canada* (LTC) contre l'arrêt par lequel l'Office des transports du Canada a approuvé la construction d'une ligne de chemin de fer de 12,6 km entre

in central Alberta and the polyethylene facility of Union Carbide Canada Inc. (UCC) at Prentiss, Alberta. CTA, section 98 requires a railway company to obtain Agency approval before a line of railway is constructed, unless the line is within an existing line or close to an existing line and not more than 3 km in length. The Agency may grant approval if it considers that the location of the line is reasonable, considering requirements for railway operations and services and the interests of the affected localities. At that time only Canadian National Railway Company (CN) had a line of railway to the UCC facility and CPR's cars for movement on CPR lines had to be interchanged with CN at Red Deer and moved over CN's line in CN's trains between Red Deer and the UCC facility (interswitching). The appellant opposed CPR's application on the basis that a second line of railway to the UCC facility was not necessary. Her concerns involved adverse environmental effects, public safety and land use. Her position was that UCC could have access to CPR service through interswitching. The appellant submitted that CPR and UCC were required to demonstrate that interswitching would not be satisfactory to meet their commercial interests. Alternatively, she argued that CPR could apply to the Agency for an order allowing it to operate its trains over CN's line (running rights), and that it must be demonstrated that running rights would not be an adequate alternative to meet UCC's and CPR's business objectives.

The Agency found that upon the filing of CPR's application under subsection 98(2), it became the "responsible authority" under the *Canadian Environmental Assessment Act*. Paragraph 16(1)(e) thereof requires the consideration in the environmental assessment process of the need for the project and alternatives. The Agency expressed the opinion that need and alternatives were dependent on UCC's decision that it required direct access to CPR to serve its plant expansion, and CPR's objective to improve its share of the Canadian polyethylene transportation market. It went on to consider the trucking, slurry pipeline and the other railway alternatives before concluding that need had been established and that the alternatives would not meet that need. The appellant submitted that the Agency delegated to UCC and CPR the determination of need and the inadequacy of alternatives, and therefore did not carry out the mandate it had undertaken.

la subdivision Lacombe située dans le centre de l'Alberta et l'installation de polyéthylène de Union Carbide Canada Inc. (UCC) située à Prentiss (Alberta). L'article 98 de la LTC oblige une compagnie de chemin de fer à obtenir l'autorisation de l'Office avant de construire une ligne de chemin de fer, à moins que la ligne ne soit située à l'intérieur d'une ligne de chemin de fer existante ou, s'il s'agit d'une ligne de chemin de fer d'au plus trois kilomètres de long, à proximité d'une ligne de chemin de fer existante. L'Office peut accorder une autorisation s'il est d'avis que l'emplacement de la ligne est convenable, compte tenu des besoins en matière de service et d'exploitation ferroviaires et des intérêts des localités touchées. Au moment de la présentation de la demande d'autorisation, seule la Compagnie des chemins de fer nationaux (CN) avait une ligne de chemin de fer qui desservait l'installation de UCC, et les wagons en circulation sur les lignes du CP devaient être échangés avec le CN à Red Deer et devaient circuler sur la ligne du CN dans des trains du CN entre Red Deer et l'installation de UCC (interconnexion). L'appelante s'est opposée à la demande du CP en invoquant l'inutilité d'une deuxième ligne de chemin de fer desservant l'installation de UCC. Ses craintes se rapportaient aux effets environnementaux négatifs, à la sécurité publique et à l'utilisation des terres. Selon la thèse de l'appelante, UCC pouvait avoir accès au service du CP au moyen d'une interconnexion. L'appelante a déclaré que le CP et UCC étaient dans l'obligation de prouver que l'interconnexion ne répondrait pas à leurs intérêts commerciaux. Subsidiairement, l'appelante a déclaré que le CP pouvait demander à l'Office de prendre un arrêté l'autorisant à exploiter ses trains sur la ligne du CN (droits de circulation) et qu'il doit être démontré que des droits de circulation ne constitueraient pas une solution de rechange satisfaisante pour réaliser les objectifs commerciaux de UCC et du CP.

L'Office a conclu qu'au moment du dépôt de la demande du CP en vertu du paragraphe 98(2), l'Office est devenu l'«autorité responsable» en vertu de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*. L'alinéa 16(1)(e) requiert un examen de la nécessité du projet et de ses solutions de rechange dans le cadre du processus d'évaluation environnementale. L'Office a exprimé le point de vue que la nécessité et les solutions de rechange étaient subordonnées à la décision de UCC qu'elle avait besoin d'un accès direct au CP dans le cadre de l'agrandissement de son usine de polyéthylène, et à l'objectif du CP d'améliorer sa part de marché du transport de polyéthylène au Canada. L'Office a ensuite examiné les solutions de rechange que constituaient le transport par camion, le transport par pipeline à suspension et d'autres solutions ferroviaires avant de conclure que la preuve de la nécessité avait été faite et que les solutions de rechange ne répondraient pas aux besoins. L'appelante a invoqué que l'Office a délégué à UCC et au CP la prise d'une décision sur la nécessité et le caractère inadéquat des solutions de rechange, et, partant, n'a pas exécuté le mandat dont il était investi.

The issues were: (1) whether, when approval for the construction of a railway is sought, a railway company must demonstrate a need for the line; and (2) whether the Agency declined to exercise its jurisdiction by failing to assess the need for, and alternatives to, the railway line under the *Canadian Environmental Assessment Act*, paragraph 16(1)(e).

*Held*, the appeal should be dismissed.

*Per* Isaac C.J.: The appellant did not demonstrate that the Canadian Transportation Agency committed any error that would warrant judicial intervention.

*Per* Rothstein J.A.: Section 98 does not require an assessment of need. Subsection 98(2) requires the Agency to focus on whether the “location of the railway line”, not its construction, is reasonable. By distinguishing between construction and location, the Agency’s role is limited to considering only the reasonableness of the location of the line. No needs test is implied.

(1) In the context of a location decision, “requirements for railway operations and services” refers only to those requirements that will enable the railway company to provide service to its customers. It does not refer to the need for the line. “Requirements for railway operations and services” contemplates matters such as the efficient use of existing equipment, infrastructure and rail crews, as well as operational requirements including track grades to allow carriage of the amount of traffic offered, all of which the Agency considered.

“Interests of the localities” contemplates localities bringing to the attention of the Agency their concerns respecting the location of the line and the Agency having regard to those concerns in determining whether the location is reasonable. It is open to the Agency to determine that a location is not reasonable, but in making that assessment the Agency is not to take into account whether the line is needed. The need for the line will be presumed by reason of the application made by the railway company. To read into subsection 98(2), a needs test would ignore the national transportation policy that competition and market forces are the prime factors in determining whether a line of railway should be constructed, and would impose a form of economic regulation when it is not necessary to serve the transportation needs of shippers. Nowhere in section 98 is there, express or implied, a public interest test, or an increased facilities to business test. In accordance with this trend toward deregulation of the railway industry, the *Canada Transportation Act* has limited the Agency’s role in regulating entry into the railway business in Canada and its role in controlling the construction of new railway lines. It

Les questions en litige sont: 1) une compagnie de chemin de fer qui demande l’autorisation de construire une ligne de chemin de fer doit-elle prouver que cette ligne est nécessaire; 2) l’Office a-t-il refusé d’exercer sa compétence en n’examinant pas la nécessité de la ligne de chemin de fer et les solutions de rechange en vertu de l’alinéa 16(1)e) de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale*?

*Arrêt*: l’appel est rejeté.

Le juge en chef Isaac: L’appelante n’a pas démontré que l’Office national des transports a commis une erreur justifiant l’intervention de la Cour.

Le juge Rothstein, J.C.A.: L’article 98 ne prescrit pas une évaluation de la nécessité. Le paragraphe 98(2) dispose que l’Office doit examiner la question de savoir si «l’emplacement de la ligne est convenable» et non si la construction de la ligne est convenable. De par la distinction faite entre la construction et l’emplacement de la ligne, on a restreint le rôle de l’Office au seul examen du caractère convenable de l’emplacement de la ligne. Aucun critère des besoins n’est implicite.

1) Dans le contexte d’une décision touchant l’emplacement, l’expression «besoins en matière de service et d’exploitation ferroviaires» ne vise que les besoins qui permettront à la compagnie de chemin de fer de fournir un service à ses clients. Elle ne se réfère pas à la nécessité de la ligne. L’expression «besoins en matière de service et d’exploitation ferroviaires» porte sur l’utilisation efficiente de l’équipement, de l’infrastructure et des équipes existants, ainsi que sur les besoins opérationnels, notamment les remblais de voie ferrée visant à permettre le transport du volume de trafic offert, tous des facteurs dont l’Office a tenu compte.

L’expression «intérêts des localités» réfère à la situation où les localités soumettent à l’Office leurs craintes concernant l’emplacement de la ligne de chemin de fer et où l’Office tient compte de ces craintes pour décider si l’emplacement est convenable. Il est loisible à l’Office de décider qu’un emplacement n’est pas convenable, mais ce faisant il ne doit pas tenir compte de la question de savoir si la ligne est nécessaire. La nécessité de la ligne sera présumée du fait de la demande présentée par la compagnie de chemin de fer. Introduire dans le paragraphe 98(2) un critère des besoins reviendrait à ne tenir aucun compte de la politique nationale des transports, qui veut que la concurrence et les forces du marché soient les principaux facteurs en jeu pour décider si une ligne de chemin de fer devrait être construite, et à imposer une forme de réglementation économique quand ce n’est pas nécessaire pour répondre aux besoins des expéditeurs en matière de transport. Il n’est nulle part question dans l’article 98 d’un critère, exprès ou implicite, de l’intérêt public ou d’un critère d’aide au développement du commerce. Conformément au virage vers la déréglementation de l’industrie du transport ferroviaire, la *Loi sur les*

would be inconsistent with this limited role for the Agency to construe section 98 as requiring a needs test for the construction of a railway line.

(2) Once the Agency decided that it was necessary to consider need and alternatives, it had an obligation to carry out such assessment itself. Had the Agency expressed no view of its own with respect to need and alternatives, it would have declined to exercise jurisdiction. Although clearly deferring to the views and objectives of UCC and CPR to a considerable extent, the Agency did express its own view.

The Agency found need based upon UCC's decision to have direct access by CPR and CPR's desire to increase its polyethylene market share by providing direct access to UCC. The Agency was entitled to base its decision on need and alternatives on what it was told by UCC and CPR. Business or commercial needs are a legitimate basis for rejecting alternatives. Both UCC and CPR are assuming a risk and incurring costs with such construction. They would not do so if they thought that an alternative was more attractive. UCC and CPR are much better placed than the Agency to make these assessments. The Agency expressly accepted the assessments of UCC and CPR and in doing so, made a decision on need and alternatives. It did not have to go further. Paragraph 16(1)(e) does not prescribe the degree of consideration required of the Agency on the question of need and alternatives. As the determination of whether to consider need and alternatives is discretionary, it is within the Agency's discretion to decide the nature and extent of its consideration of these factors. Unless there is a clear conflict, which there was not, the Agency must respect both Parliament's express deregulatory intention under the CTA and Parliament's vesting it with environmental decision-making power under the CEAA.

The Agency concluded that the construction of the railway line would not have any significant adverse environmental effects upon the implementation of CPR's proposed mitigation measures. It determined that any order to approve construction would include conditions requiring CPR to implement its mitigation undertakings. It carried out its responsibility under paragraphs 16(1)(a) to (d) and did not decline to exercise its jurisdiction under paragraph 16(1)(e).

*transports au Canada* a restreint le rôle de l'Office quant à la réglementation de l'entrée dans l'industrie du transport ferroviaire au Canada et au contrôle de la construction de nouvelles lignes de chemin de fer. Interpréter l'article 98 de manière à exiger l'application d'un critère des besoins relativement à la construction d'une ligne de chemin de fer est incompatible avec le rôle limité attribué à l'Office.

2) Une fois que l'Office eut décidé qu'il était nécessaire d'examiner la nécessité de la ligne et les solutions de rechange, il était dans l'obligation de faire cette évaluation lui-même. Si l'Office n'avait exprimé aucun point de vue personnel sur les questions de la nécessité et des solutions de rechange, il aurait refusé d'exercer sa compétence. Bien qu'il se soit clairement appuyé dans une large mesure sur les points de vue et les objectifs de UCC et du CP, l'Office a exprimé son propre point de vue.

L'Office s'est appuyé sur la décision de UCC de voir à ce que le CP ait un accès direct et sur le désir du CP d'élargir sa part du marché de polyéthylène en desservant directement UCC pour conclure que la ligne de chemin de fer était nécessaire. L'Office avait le droit de faire reposer sa décision concernant la nécessité et les solutions de rechange sur les déclarations de UCC et du CP. Les besoins commerciaux sont une raison légitime de rejeter des solutions de rechange. UCC et le CP prennent un risque et engagent des frais dans le cadre de tels travaux. Ils ne le feraient pas s'ils étaient d'avis qu'une solution de rechange était plus intéressante. UCC et le CP sont beaucoup mieux placés que l'Office pour faire ces évaluations. L'Office a expressément accepté les évaluations de UCC et du CP et, ce faisant, a pris une décision fondée sur la nécessité et les solutions de rechange. Il n'avait pas besoin d'aller plus loin. L'alinéa 16(1)(e) de la LCÉE ne précise pas jusqu'où l'Office doit pousser son examen de la question de la nécessité et des solutions de rechange. De même que l'Office a la faculté d'examiner la nécessité et les solutions de rechange, de même il a la faculté de décider la nature et l'étendue de l'examen de ces facteurs. Sauf incompatibilité manifeste, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, l'Office devrait tenter de respecter à la fois l'intention expresse du législateur en matière de déréglementation en vertu de la LTC et le pouvoir décisionnel que lui a conféré le législateur en matière environnementale sous le régime de la LCÉE.

L'Office a conclu que la construction de la ligne de chemin de fer n'aurait pas d'effets environnementaux négatifs importants si les mesures d'atténuation proposées par le CP étaient mises en œuvre. L'Office a conclu qu'un arrêté approuvant la construction de la ligne de chemin de fer serait assorti de conditions obligeant le CP à donner suite à ses engagements en matière d'atténuation. L'Office a exécuté les attributions prévues aux alinéas 16(1)(a) à (d) et n'a pas refusé d'exercer la compétence prévue à l'alinéa 16(1)(e).

## STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10, ss. 5, 41(1), 98(2).  
*Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37, s. 16(1)(e).  
*National Transportation Act, 1987*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 28.  
*Railway Act*, R.S.C., 1985, c. R-3, s. 127.  
*Railway Interswitching Regulations*, SOR/88-41.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## CONSIDERED:

*Upper Lakes Group Inc. v. Canada (National Transportation Agency)*, [1995] 3 F.C. 395; 125 D.L.R. (4th) 204; 62 C.P.R. (3d) 167; 181 N.R. 103 (C.A.).

## APPEARANCES:

*Darin J. Hannaford* for appellant.  
*Ron Ashley* for respondent Canadian Transportation Agency.  
*Glen H. Poelman* and *Paul A. Guthrie* for respondent Canadian Pacific Railway Company.  
*William G. McMurray* for intervener Canadian National Railways.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Miller Thomson*, Edmonton, for appellant.  
*Canadian Transportation Agency*, Hull, Quebec, for respondent Canadian Transportation Agency.  
*MacLeod Dixon*, Calgary, for respondent Canadian Pacific Railway Company.  
*Canadian National Railways*, Montréal, for intervener Canadian National Railways.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

[1] ISAAC C.J.: I have had the privilege of reading, in draft, the reasons for judgment which my colleague, Rothstein J.A., has prepared in this appeal.

## LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37, art. 16(1)e (mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 22).  
*Loi de 1987 sur les transports nationaux*, L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 28.  
*Loi sur les chemins de fer*, L.R.C. (1985), ch. R-3, art. 127.  
*Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10, art. 5, 41(1), 98(2).  
*Règlement sur l'interconnexion du trafic ferroviaire*, DORS/88-41.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Upper Lakes Group Inc. c. Canada (Office national des transports)*, [1995] 3 C.F. 395; 125 D.L.R. (4th) 204; 62 C.P.R. (3d) 167; 181 N.R. 103 (C.A.).

## ONT COMPARU:

*Darin J. Hannaford* pour l'appelante.  
*Ron Ashley* pour l'intimé l'Office des transports du Canada.  
*Glen H. Poelman* et *Paul A. Guthrie* pour l'intimé le Canadien Pacifique Limitée.  
*William G. McMurray* pour l'intervenant les Chemins de fer nationaux du Canada.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Miller Thomson*, Edmonton, pour l'appelante.  
*Office des transports du Canada*, Hull (Québec), pour l'intimé l'Office des transports du Canada.  
*MacLeod Dixon*, Calgary, pour l'intimé le Canadien Pacifique Limitée.  
*Les Chemins de fer nationaux du Canada*, Montréal, pour l'intervenant les Chemins de fer nationaux du Canada.

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

[1] LE JUGE EN CHEF ISAAC: J'ai eu le privilège de lire les motifs préliminaires que mon collègue le juge Rothstein a préparés dans le cadre du présent appel.

[2] While I am in agreement with his proposed disposition, I prefer, nevertheless, to rest my concurrence on the simple ground that the appellant has not demonstrated that the Canadian Transportation Agency committed any error that would warrant the interference of this Court.

[3] I, too, would dismiss this appeal with costs.

\* \* \*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

ROTHSTEIN J.A.:

#### ISSUES

[4] This is an appeal, leave having been granted, under subsection 41(1) of the *Canada Transportation Act*,<sup>1</sup> from an order of the Canadian Transportation Agency (Agency) dated April 21, 1998, approving the construction of a line of railway. There are two issues to be decided:

(A) Did the Agency decline to exercise its jurisdiction by failing to consider the need for the railway line under subsection 98(2) of the *Canada Transportation Act*?

(B) Did the Agency decline to exercise its jurisdiction by failing to assess the need for, and alternatives to, the railway line under paragraph 16(1)(e) of the *Canadian Environmental Assessment Act*?<sup>2</sup>

#### FACTS

[5] On December 22, 1997, the Canadian Pacific Railway Company (CPR), pursuant to subsection 98(2) of the *Canada Transportation Act*, applied to the Agency for approval of the construction of a 12.6 km line of railway between mile 103.2 of its Lacombe subdivision in central Alberta and the polyethylene facility of Union Carbide Canada Inc. (UCC) at Prentiss, Alberta. The line of railway would give CPR direct access to UCC's polyethylene facility, that is to

[2] Bien que je souscrive au dispositif qu'il propose, je préfère malgré tout faire reposer ma décision sur le simple motif que l'appelante n'a pas démontré que l'Office des transports du Canada a commis une erreur justifiant l'intervention de la Cour.

[3] Je suis également d'avis de rejeter le présent appel avec dépens.

\* \* \*

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

LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.:

#### LES QUESTIONS EN LITIGE

[4] Il s'agit d'un appel interjeté sur autorisation obtenue en vertu du paragraphe 41(1) de la *Loi sur les transports au Canada*<sup>1</sup> contre l'arrêté en date du 21 avril 1998 par lequel l'Office des transports du Canada a approuvé la construction d'une ligne de chemin de fer. Les deux questions en litige sont les suivantes:

A) L'Office a-t-il refusé d'exercer sa compétence en n'examinant pas la nécessité de la ligne de chemin de fer en vertu du paragraphe 98(2) de la *Loi sur les transports au Canada*?

B) L'Office a-t-il refusé d'exercer sa compétence en n'examinant pas la nécessité de la ligne de chemin de fer et les solutions de rechange en vertu de l'alinéa 16(1)e) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*?<sup>2</sup>

#### LES FAITS

[5] Le 22 décembre 1997, le Canadien Pacifique Limitée (CP) a, conformément au paragraphe 98(2) de la *Loi sur les transports au Canada*, demandé à l'Office d'approuver la construction d'une ligne de chemin de fer de 12,6 km entre le mille 103,2 de sa subdivision Lacombe située dans le centre de l'Alberta et l'installation de polyéthylène de la firme Union Carbide Canada Inc. (UCC) située à Prentiss (Alberta). Cette ligne de chemin de fer donnerait au CP un accès

say, CPR's locomotives and trains would be able to operate directly to and from the UCC facility. Previously, only Canadian National Railway Company (CN) had a line of railway to the UCC facility and cars for movement over the lines of CPR had to be interchanged with CN at Red Deer and moved over CN's line in CN's trains between Red Deer and the UCC facility. This is called interswitching. The CPR line would provide a second railway line to the facility and render CPR a direct competitor to CN in the transportation of polyethylene from UCC's facility to markets in Canada and the United States.

direct à l'installation de polyéthylène de UCC, c'est-à-dire que les locomotives et les trains du CP seraient en mesure de desservir directement l'installation de UCC. Avant cela, seule la Compagnie des chemins de fer nationaux (CN) avait une ligne de chemin de fer qui desservait l'installation de UCC, et les wagons en circulation sur les lignes du CP devaient être échangés avec le CN à Red Deer et devaient circuler sur la ligne du CN dans des trains du CN entre Red Deer et l'installation de UCC. C'est ce qu'on appelle une interconnexion. La ligne de chemin de fer du CP fournirait une deuxième ligne de chemin de fer desservant l'installation de UCC et ferait du CP un concurrent direct du CN comme transporteur de polyéthylène entre cette installation et des marchés situés au Canada et aux États-Unis.

[6] The appellant opposed CPR's application on the basis that a second line of railway to the UCC facility was not necessary. Her concerns involved adverse environmental effects, public safety and land use. The appellant's position was that UCC could have access to CPR service through interswitching. Under the *Railway Interswitching Regulations* [SOR/88-41], CN, at regulated rates, is obliged to move CPR cars over its line between the UCC facility and the interchange with CPR at Red Deer. The appellant said that CPR and UCC were required to demonstrate that interswitching would not be satisfactory to meet their commercial interests. Alternatively the appellant said that CPR could apply to the Agency for an order allowing it to operate its locomotives and trains over CN's line, serving the UCC facility at Prentiss. This is called running rights. Again, the appellant said that it must be demonstrated that running rights would not be an adequate alternative to meet UCC's and CPR's business objectives.

[6] L'appelante s'est opposée à la demande du CP en invoquant l'inutilité d'une deuxième ligne de chemin de fer desservant l'installation de UCC. Ses craintes se rapportaient aux effets environnementaux négatifs, à la sécurité publique et à l'utilisation des terres. Selon la thèse de l'appelante, UCC pouvait avoir accès au service du CP au moyen d'une interconnexion. Suivant le *Règlement sur l'interconnexion du trafic ferroviaire* [DORS/88-41], le CN, à des prix fixés par règlement, est obligé de faire circuler les wagons du CP sur sa ligne entre l'installation de UCC et le lieu de correspondance avec le CP à Red Deer. L'appelante a déclaré que le CP et UCC étaient dans l'obligation de prouver que l'interconnexion ne répondrait pas à leurs intérêts commerciaux. Subsidiairement, l'appelante a déclaré que le CP pouvait demander à l'Office de prendre un arrêté l'autorisant à exploiter ses locomotives et ses trains sur la ligne du CN qui dessert l'installation de UCC à Prentiss. C'est ce qu'on appelle des droits de circulation. Une fois de plus, l'appelante a déclaré qu'il doit être démontré que des droits de circulation ne constitueraient pas une solution de rechange satisfaisante pour réaliser les objectifs commerciaux de UCC et du CP.

## ANALYSIS

### Section 98 of the *Canada Transportation Act*

[7] Section 98 of the *Canada Transportation Act* provides:

## ANALYSE

### L'article 98 de la *Loi sur les transports au Canada*

[7] L'article 98 de la *Loi sur les transports au Canada* dispose:

98. (1) A railway company shall not construct a railway line without the approval of the Agency.

(2) The Agency may, on application by the railway company, grant the approval if it considers that the location of the railway line is reasonable, taking into consideration requirements for railway operations and services and the interests of the localities that will be affected by the line.

(3) No approval is needed for the construction of a railway line

- (a) within the right of way of an existing railway line; or
- (b) within a 100 m of the centre line of an existing railway line for a distance of no more than 3 km.

[8] Section 98 requires a railway company to obtain Agency approval before a line of railway is constructed, unless the line is within an existing line or close to an existing line and not more than 3 km in length. The Agency may grant approval if it considers that the location of the line is reasonable, considering requirements for railway operations and services and the interests of the affected localities. The question is whether, when approval for the construction is sought, a railway company must demonstrate a need for the line. The appellant says that the words “taking into consideration requirements for railway operations and services” mean that need is to be assessed. It is argued that in order to assess these requirements, it is necessary to consider the already existing CN line and the availability of interswitching and the possibility of running rights for CPR over the CN line. In considering the interests of the localities, the appellant says that it is necessary to consider whether the line is necessary at all. The appellant argues that the location of the line can only be found to be reasonable if the line itself is in fact needed.

[9] I am unable to accept the appellant’s contention that section 98 requires an assessment of need. Subsection 98(2) requires the Agency to focus on whether the “location of the railway line is reasonable” [under-

98. (1) La construction d’une ligne de chemin de fer par une compagnie de chemin de fer est subordonnée à l’autorisation de l’Office.

(2) Sur demande de la compagnie, l’Office peut accorder l’autorisation s’il juge que l’emplacement de la ligne est convenable, compte tenu des besoins en matière de service et d’exploitation ferroviaires et des intérêts des localités qui seront touchées par celle-ci.

(3) La construction d’une ligne de chemin de fer à l’intérieur du droit de passage d’une ligne de chemin de fer existante ou, s’il s’agit d’une ligne de chemin de fer d’au plus trois kilomètres de long, à 100 mètres ou moins de l’axe d’une telle ligne n’est pas subordonnée à l’autorisation.

[8] L’article 98 oblige une compagnie de chemin de fer à obtenir l’autorisation de l’Office avant de construire une ligne de chemin de fer, à moins que la ligne ne soit située à l’intérieur d’une ligne de chemin de fer existante ou, s’il s’agit d’une ligne de chemin de fer d’au plus trois kilomètres de long, à proximité d’une ligne de chemin de fer existante. L’Office peut accorder une autorisation s’il est d’avis que l’emplacement de la ligne est convenable, compte tenu des besoins en matière de service et d’exploitation ferroviaires et des intérêts des localités touchées. La question est de savoir si la compagnie de chemin de fer qui demande une autorisation doit prouver que la ligne de chemin de fer est nécessaire. L’appelante affirme que les mots «compte tenu des besoins en matière de service et d’exploitation ferroviaires» signifient qu’il faut évaluer la nécessité de la ligne. Il est allégué que pour évaluer ces besoins, il est nécessaire de tenir compte de la ligne de chemin de fer existante du CN, de la possibilité d’une interconnexion et de la possibilité que le CP obtienne des droits de circulation sur la ligne du CN. S’agissant des intérêts des localités, l’appelante affirme qu’il est nécessaire d’examiner la question de savoir si la ligne est vraiment nécessaire. L’appelante soutient que l’emplacement de la ligne de chemin de fer ne peut être jugé convenable que si la ligne elle-même est effectivement nécessaire.

[9] Je suis incapable d’accepter la prétention de l’appelante selon laquelle l’article 98 prescrit une évaluation de la nécessité. Le paragraphe 98(2) dispose que l’Office doit examiner la question de

lining added]. It is significant that although the application is for approval to construct a railway line, the Agency is not mandated to consider whether the construction of the line is reasonable. That may have imported a needs test. On the contrary, it is apparent that Parliament distinguished between construction and location, limiting the Agency's role to considering only the reasonableness of the location of the line. There is no needs test implied in a consideration of the reasonableness of the location of the line.

[10] Nor do the words "taking into consideration requirements for railway operations and services" suggest that the need for the line is a relevant consideration for the Agency. In the context of a location decision, "requirements for railway operations and services" refers only to those requirements that will enable the railway company to provide service to its customers. It does not refer to the need for the line. In this case the Agency considered the efficient use of existing equipment, infrastructure and rail crews, as well as operational requirements including track grades to allow carriage of the amount of traffic offered. These are the types of matters contemplated by the words "requirements for railway operations and services".

[11] Nor does the requirement to consider the "interests of the localities" import consideration of whether or not the line is needed. What is contemplated is localities bringing to the attention of the Agency their concerns respecting the location of the line and the Agency having regard to those concerns in determining whether the location is reasonable. It is, of course, open to the Agency to determine that a location is not reasonable, in which case it will not grant approval for the construction of the line. However, in making that assessment, the Agency is not to take into account whether the line is needed. The need for the line will be presumed by reason of the application made by the railway company.

savoir si «l'emplacement de la ligne est convenable» [soulignement ajouté]. Il est significatif que, même si la demande se rapporte à l'autorisation de construire une ligne de chemin de fer, l'Office ne soit pas tenu d'examiner la question de savoir si la construction de la ligne est convenable. Pareille exigence aurait pu faire intervenir un critère des besoins. Au contraire, il semble bien que le législateur a fait une distinction entre la construction et l'emplacement de la ligne, et a restreint le rôle de l'Office au seul examen du caractère convenable de l'emplacement de la ligne. Aucun critère des besoins n'est implicite dans l'examen du caractère convenable de l'emplacement de la ligne.

[10] De plus, les mots «compte tenu des besoins en matière de service et d'exploitation ferroviaires» ne donnent pas à entendre que la nécessité de la ligne est un facteur pertinent pour l'Office. Dans le contexte d'une décision touchant l'emplacement, l'expression «besoins en matière de service et d'exploitation ferroviaires» ne vise que les besoins qui permettront à la compagnie de chemin de fer de fournir un service à ses clients. Elle ne se réfère pas à la nécessité de la ligne. Dans la présente espèce, l'Office a tenu compte de l'utilisation efficiente de l'équipement, de l'infrastructure et des équipes existants, ainsi que des besoins opérationnels, notamment les remblais de voie ferrée visant à permettre le transport du volume de trafic offert. Ce sont les genres de questions visées par les mots «besoins en matière de service et d'exploitation ferroviaires».

[11] D'autre part, l'obligation de tenir compte des «intérêts des localités» ne fait pas intervenir l'examen de la question de savoir si la ligne est nécessaire. La Loi prévoit que les localités soumettent à l'Office leurs craintes concernant l'emplacement de la ligne de chemin de fer et que l'Office tient compte de ces craintes pour décider si l'emplacement est convenable. Il est évidemment loisible à l'Office de décider qu'un emplacement n'est pas convenable, auquel cas il n'accordera pas l'autorisation de construire la ligne de chemin de fer. Toutefois, pour faire cette évaluation, l'Office ne doit pas tenir compte de la question de savoir si la ligne est nécessaire. La nécessité de la ligne sera présumée du fait de la demande présentée par la compagnie de chemin de fer.

[12] This interpretation of subsection 98(2) is consistent with the national transportation policy set forth in section 5 of the *Canada Transportation Act*. Section 5 provides in relevant part:

5. It is hereby declared that a safe, economic, efficient and adequate network of viable and effective transportation services . . . is essential to serve the transportation needs of shippers . . . and that those objectives are most likely to be achieved when all carriers are able to compete, both within and among the various modes of transportation, under conditions ensuring that . . .

. . .

(b) competition and market forces are, whenever possible, the prime agents in providing viable and effective transportation services,

(c) economic regulation of carriers and modes of transportation occurs only in respect of those services and regions where regulation is necessary to serve the transportation needs of shippers and travellers and that such regulation will not unfairly limit the ability of any carrier or mode of transportation to compete freely with any other carrier or mode of transportation.

[13] To read into subsection 98(2) a needs test would ignore the policy that competition and market forces are the prime agents in determining whether a line of railway should be constructed and would impose a form of economic regulation when it is not necessary to serve the transportation needs of shippers. This would be contrary to the national transportation policy.

[14] Finally, it is instructive to consider section 98 in the context of the trend toward deregulation of the transportation industry in Canada over the last three decades. In referring to the predecessor legislation, the *National Transportation Act, 1987* [R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 28], Isaac C.J., in *Upper Lakes Group Inc. v. Canada (National Transportation Agency)*,<sup>3</sup> although in dissent in the result, accurately describes, in my view, the legislative history up to the time of that case. At pages 412-413 he states:

[12] Cette interprétation du paragraphe 98(2) est compatible avec la politique nationale des transports énoncée à l'article 5 de la *Loi sur les transports au Canada*. Les passages pertinents de l'article 5 sont les suivants:

5. Il est déclaré que, d'une part, la mise en place d'un réseau sûr, rentable et bien adapté de services de transport viables et efficaces [. . .] est essentielle à la satisfaction des besoins des expéditeurs et des voyageurs [. . .] et, d'autre part, que ces objectifs sont plus susceptibles de se réaliser en situation de concurrence de tous les transporteurs, à l'intérieur des divers modes de transport ou entre eux, à condition que [. . .]

[. . .]

b) la concurrence et les forces du marché soient, chaque fois que la chose est possible, les principaux facteurs en jeu dans la prestation de services de transport viables et efficaces;

c) la réglementation économique des transporteurs et des modes de transport se limite aux services et aux régions à propos desquels elle s'impose dans l'intérêt des expéditeurs et des voyageurs, sans pour autant restreindre abusivement la libre concurrence entre transporteurs et entre modes de transport;

[13] Introduire dans le paragraphe 98(2) un critère des besoins reviendrait à ne tenir aucun compte de cette politique, qui veut que la concurrence et les forces du marché soient les principaux facteurs en jeu pour décider si une ligne de chemin de fer devrait être construite, et à imposer une forme de réglementation économique quand ce n'est pas nécessaire pour répondre aux besoins des expéditeurs en matière de transport. Cette mesure irait à l'encontre de la politique nationale des transports.

[14] Enfin, il est instructif d'examiner l'article 98 dans le contexte de la tendance à la déréglementation de l'industrie des transports au Canada au cours des trois dernières décennies. Dans les remarques qu'il a faites sur la loi remplacée, soit la *Loi de 1987 sur les transports nationaux* [L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 28], dans l'arrêt *Upper Lakes Group Inc. c. Canada (Office national des transports)*,<sup>3</sup> le juge en chef Isaac, bien que dissident quant au résultat, a décrit avec précision, selon moi, l'historique législatif jusqu'à la date de cette décision. Aux pages 412 et 413, il déclare:

The Act [*National Transportation Act, 1987*] is one of a number of statutes enacted by Parliament in the last decade to give effect to the policy, still in vogue, of deregulation of the national economy. This development signalled a marked departure in national economic management from the regime, in existence since the early years of Confederation, in which key sectors of the national economy were regulated by the state. Under this new dispensation the economy would be driven not by state regulation but by market forces. Henceforth, the role of the state would be to provide a framework in which market forces could have free reign . . . . The most important of these is the *National Transportation Act, 1987*, in issue here, which effectively deregulated air transportation in Canada south of the 60th parallel and adopted market oriented rules to facilitate intra-modal rail competition and to break down joint rate setting by railways. It is said that this statute is the cornerstone of the strategy of the Government of Canada to develop a competitive transportation system serving the diverse needs of Canadian travellers and shippers. The goal of this legislation is to replace reliance upon state regulation of the transportation sector with decisions made in reaction to the market-place. Henceforth, transportation decisions would be governed more by the needs and wants of shippers and travellers than by the state. [Footnotes omitted.]

[15] The *Canada Transportation Act* is a further step towards deregulation of the transportation industry in Canada. In this respect, it is relevant to compare section 98 of the *Canada Transportation Act* with a predecessor provision, section 127 of the *Railway Act*.<sup>4</sup> Section 127 provided in part:

127. (1) The Commission, if satisfied that the branch line is necessary in the public interest or for the purpose of giving increased facilities to business, and if satisfied with the location of the branch line . . . may . . . authorize the construction . . . .

Nowhere in section 98 is there, express or implied, a public interest test, or an increased facilities to business test. All that is left is the location test. This change is in keeping with Canada's move towards deregulation of the railway industry as described by Isaac C.J. in *Upper Lakes Group, supra*. In accordance with this trend toward deregulation, the *Canada*

La Loi [*Loi de 1987 sur les transports nationaux*] est l'une des nombreuses lois adoptées par le législateur depuis une dizaine d'années dans le but de donner effet à la politique, toujours en vogue, de la déréglementation de l'économie nationale. Depuis l'adoption de cette politique, la gestion de l'économie nationale s'est considérablement éloignée du régime en place depuis les débuts de la Confédération et selon lequel les secteurs-clés de l'économie nationale étaient réglementés par l'État. En vertu de cette nouvelle orientation, l'économie ne serait plus réglementée par l'État, mais plutôt par les forces du marché. Le rôle de l'État se limiterait donc à fournir le cadre à l'intérieur duquel les forces du marché auraient libre cours. [. . .] La plus importante de ces lois est la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, dont il est question en l'espèce, qui a donné effet à la déréglementation du transport aérien au Canada au sud du 60<sup>e</sup> parallèle et a mis en vigueur des règles axées sur le marché pour favoriser la concurrence ferroviaire intra-modale et mettre un terme à l'établissement de prix communs par les compagnies de chemin de fer. Il a été dit de cette loi qu'elle était la pierre angulaire de la stratégie du gouvernement canadien visant à mettre en place un système de transport concurrentiel capable de répondre aux divers besoins des voyageurs et des expéditeurs canadiens. L'objectif de cette loi est le suivant: en l'absence de réglementation gouvernementale, permettre au secteur des transports d'évoluer en fonction des décisions se fondant sur les réactions du marché. De cette façon, les décisions en matière de transport seraient davantage fonction des besoins des expéditeurs et des voyageurs que de l'État. [Notes de bas de page omises.]

[15] La *Loi sur les transports au Canada* est un autre pas vers la déréglementation de l'industrie des transports au Canada. À cet égard, il est utile de comparer l'article 98 de la *Loi sur les transports au Canada* avec la disposition remplacée, soit l'article 127 de la *Loi sur les chemins de fer*.<sup>4</sup> L'article 127 disposait notamment ce qui suit:

127. (1) Si la Commission constate que l'embranchement est nécessaire, dans l'intérêt public ou pour aider au développement du commerce, et si elle accepte le tracé de cet embranchement [. . .] elle peut autoriser par écrit la construction de l'embranchement [. . .]

Il n'est nulle part question dans l'article 98 d'un critère, exprès ou implicite, de l'intérêt public ou d'un critère pour aider au développement du commerce. Il ne reste plus que le critère de l'emplacement. Ce changement est compatible avec le virage du Canada vers la déréglementation de l'industrie du transport ferroviaire évoqué par le juge en chef Isaac dans

*Transportation Act* has limited the Agency's role in regulating entry into the railway business in Canada and its role in controlling the construction of new railway lines. It is inconsistent with this limited role for the Agency that section 98 be construed as requiring a needs test for the construction of a railway line.

[16] For all of these reasons I am satisfied that the Agency did not err in not considering the need for the line under subsection 98(2) of the *Canada Transportation Act*.

Subsection 16(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act*

[17] The Agency found that upon the filing of CPR's application under subsection 98(2) of the *Canada Transportation Act*, the Agency became the "responsible authority" under the *Canadian Environmental Assessment Act* [CEAA], being required to ensure that an environmental assessment of the line be conducted. It is not necessary to embark upon a detailed analysis of the CEAA. It is only necessary to focus on section 16 of the CEAA which provides for factors to be considered in the environmental assessment process.

[18] Subsection 16(1) provides:

**16. (1)** Every screening or comprehensive study of a project and every mediation or assessment by a review panel shall include a consideration of the following factors:

(a) the environmental effects of the project, including the environmental effects of malfunctions or accidents that may occur in connection with the project and any cumulative environmental effects that are likely to result from the project in combination with other projects or activities that have been or will be carried out;

(b) the significance of the effects referred to in paragraph (a);

(c) comments from the public that are received in accordance with this Act and the regulations;

l'arrêt *Upper Lakes Group*, précité. Conformément à ce virage, la *Loi sur les transports au Canada* a restreint le rôle de l'Office quant à la réglementation de l'entrée dans l'industrie du transport ferroviaire au Canada et au contrôle de la construction de nouvelles lignes de chemin de fer. Interpréter l'article 98 de manière à exiger l'application d'un critère des besoins relativement à la construction d'une ligne de chemin de fer est incompatible avec le rôle limité attribué à l'Office.

[16] Pour tous ces motifs, je suis convaincu que l'Office n'a pas commis d'erreur en n'examinant pas la nécessité de la ligne en vertu du paragraphe 98(2) de la *Loi sur les transports au Canada*.

Le paragraphe 16(1) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*

[17] L'Office a conclu qu'au moment du dépôt de la demande du CP en vertu du paragraphe 98(2) de la *Loi sur les transports au Canada*, l'Office est devenu l'«autorité responsable» en vertu de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* [LCÉE] puisqu'il était tenu de veiller à ce qu'une évaluation environnementale de la ligne soit faite. Il n'est pas nécessaire d'entreprendre une analyse approfondie de la LCÉE. Il suffit simplement d'examiner l'article 16 de la LCÉE, qui énonce les facteurs dont il faut tenir compte dans le cadre du processus d'évaluation environnementale.

[18] Le paragraphe 16(1) dispose:

**16. (1)** L'examen préalable, l'étude approfondie, la médiation ou l'examen par une commission d'un projet portent notamment sur les éléments suivants:

a) les effets environnementaux du projet, y compris ceux causés par les accidents ou défaillances pouvant en résulter, et les effets cumulatifs que sa réalisation, combinée à l'existence d'autres ouvrages ou à la réalisation d'autres projets ou activités, est susceptible de causer à l'environnement;

b) l'importance des effets visés à l'alinéa a);

c) les observations du public à cet égard, reçues conformément à la présente loi et aux règlements;

(d) measures that are technically and economically feasible and that would mitigate any significant adverse environmental effects of the project; and

(e) any other matter relevant to the screening, comprehensive study, mediation or assessment by a review panel, such as the need for the project and alternatives to the project, that the responsible authority or, except in the case of a screening, the Minister after consulting with the responsible authority, may require to be considered.

With specific reference to paragraph 16(1)(e), the Agency ruled that it would consider the need for the line and alternatives in the context of its environmental assessment. The appellant acknowledges that under paragraph 16(1)(e), the Agency has a discretion to decide whether or not to consider need for the line and alternatives. However, it is said that once the Agency decided to assess need and alternatives, it was obliged to perform that function itself and make its own determinations on those issues. The appellant says the Agency failed to do so and that such failure constitutes a declining of jurisdiction.

[19] I agree with the appellant that once the Agency decided that it was necessary to consider need and alternatives, it had an obligation to carry out such assessment itself. The question then is whether the Agency's reasons disclose that it carried out an assessment of need and alternatives.

[20] In its reasons, the Agency stated that it considered the need for the project and alternatives to the project:

In the preparation of the screening report, the Agency considered among other things:  
 – the need for the project;  
 – alternatives to the project; . . .

[21] The Agency expressed the opinion that need and alternatives were dependent on UCC's decision that it required direct access to CPR to serve its polyethylene plant expansion and CPR's objective to improve its share of the Canadian polyethylene transportation market. The Agency then went on to consider the trucking, slurry pipeline and the other

d) les mesures d'atténuation réalisables, sur les plans technique et économique, des effets environnementaux importants du projet;

e) tout autre élément utile à l'examen préalable, à l'étude approfondie, à la médiation ou à l'examen par une commission, notamment la nécessité du projet et ses solutions de rechange,—dont l'autorité responsable ou, sauf dans le cas d'un examen préalable, le ministre, après consultation de celle-ci, peut exiger la prise en compte.

S'appuyant expressément sur l'alinéa 16(1)e), l'Office a statué qu'il examinerait la nécessité de la ligne et les solutions de rechange dans le cadre de son évaluation environnementale. L'appelante reconnaît qu'en vertu de l'alinéa 16(1)e), l'Office a le pouvoir discrétionnaire de décider s'il convient d'examiner la nécessité de la ligne et les solutions de rechange. Toutefois, elle affirme qu'une fois que l'Office a décidé d'évaluer la nécessité de la ligne et les solutions de rechange, il était dans l'obligation de remplir lui-même cette fonction et de prendre ses propres décisions sur ces questions. L'appelante affirme que l'Office ne l'a pas fait et que pareille omission constitue un refus d'exercer sa compétence.

[19] Je conviens avec l'appelante qu'une fois que l'Office a décidé qu'il était nécessaire d'examiner la nécessité de la ligne et les solutions de rechange, il était dans l'obligation de faire cette évaluation lui-même. Il s'agit alors de savoir s'il ressort des motifs invoqués par l'Office qu'il a effectué une évaluation de la nécessité et des solutions de rechange.

[20] Dans ses motifs, l'Office déclare qu'il a examiné la nécessité du projet et ses solutions de rechange:

[TRADUCTION]  
 Dans la préparation du rapport d'examen préalable, l'Office a notamment examiné:  
 – la nécessité du projet;  
 – ses solutions de rechange; [. . .]

[21] L'Office a exprimé le point de vue que la nécessité et les solutions de rechange étaient subordonnées à la décision de UCC qu'elle avait besoin d'un accès direct au CP dans le cadre de l'agrandissement de son usine de polyéthylène, et à l'objectif du CP d'améliorer sa part de marché du transport de polyéthylène au Canada. L'Office a ensuite examiné les

railway alternatives. The Agency then concluded that need had been established and that the alternatives would not meet that need.

[22] The argument of the appellant here is that the Agency delegated to UCC and CPR the determination of need and the inadequacy of alternatives, and therefore did not carry out the mandate it had undertaken. For example, with respect to the trucking and slurry pipeline alternatives, the Agency, after stating that it did not disagree with UCC's decision to reject these alternatives, says:

Such decisions must remain in the hands of the business operator, in this case the shipper of the polyethylene, CC.

The balance of the Agency's reasons on need and alternatives contain similar references, deferring to UCC and CPR the determination of need and the desirability of alternatives.

[23] If decisions as to need and the desirability of alternatives are to remain with UCC and CPR, has the Agency declined to exercise its jurisdiction? I think if the Agency expressed no view of its own with respect to need and alternatives, it would have declined to exercise jurisdiction.

[24] However here, although clearly deferring to the views and objectives of UCC and CPR to a considerable extent, the Agency did express its own view. It did not disagree with UCC's rejection of the trucking and pipeline alternatives. It acknowledged that indirect access was less attractive from a shipper's point of view than direct service, and that direct service is inherently more efficient and effective. It noted that the risk of operational problems relating to scheduling and dispatch are of concern with respect to running rights. The Agency found that there was a risk to UCC's ability to provide service to its customers arising from the need for coordination between two

solutions de rechange que constituaient le transport par camion, le transport par pipeline à suspension et d'autres solutions ferroviaires. L'Office a finalement conclu que la preuve de la nécessité avait été faite et que les solutions de rechange ne répondraient pas aux besoins.

[22] L'argument invoqué par l'appelante à cet égard est que l'Office a délégué à UCC et au CP la prise d'une décision sur la nécessité et le caractère inadéquat des solutions de rechange, et, partant, n'a pas exécuté le mandat dont il était investi. À titre d'exemple, en ce qui concerne les solutions de rechange que sont le transport par camion et le transport par pipeline à suspension, l'Office a déclaré, après avoir indiqué qu'il n'était pas contre la décision de UCC de rejeter ces solutions de rechange:

[TRADUCTION] De telles décisions doivent être laissées à l'exploitant de l'entreprise, en l'espèce l'expéditeur du polyéthylène, CC.

Les autres motifs invoqués par l'Office concernant la nécessité et les solutions de rechange contiennent des remarques similaires, par lesquelles l'Office laisse à UCC et au CP le soin de se prononcer sur la nécessité et le caractère opportun des solutions de rechange.

[23] Si les décisions concernant la nécessité et le caractère opportun des solutions de rechange reviennent à UCC et au CP, l'Office a-t-il refusé d'exercer sa compétence? À mon avis, si l'Office n'avait exprimé aucun point de vue personnel sur les questions de la nécessité et des solutions de rechange, il aurait refusé d'exercer sa compétence.

[24] Toutefois, dans la présente espèce, bien qu'il se soit clairement appuyé dans une large mesure sur les points de vue et les objectifs de UCC et du CP, l'Office a exprimé son propre point de vue. Il n'était pas contre le rejet par UCC des solutions de rechange que sont le transport par camion et le transport par pipeline. Il a reconnu que, du point de vue d'un expéditeur, un accès indirect était moins intéressant qu'une liaison directe, et qu'une liaison directe est fondamentalement plus adéquate et plus efficace. Il a fait remarquer que les problèmes opérationnels que pourraient poser l'établissement d'horaires et la répartition sont préoccupants en ce qui concerne les

carriers under the running rights option. These are findings of the Agency and they do indicate that the Agency itself considered the question of alternatives.

[25] The Agency found need based upon UCC's decision to have direct access by CPR and CPR's desire to increase its polyethylene market share by providing direct access to UCC. Counsel for CPR referred to this as market need. The appellant seems to take the view that the agency was obliged to conduct a detailed analysis of its own as to whether the alternatives could meet the need and not simply rely on the business objectives of UCC and CPR. However, I think in the circumstances of this case, the Agency was entitled to base its decision on need and alternatives on what it was told by UCC and CPR.

[26] Business or commercial needs are a legitimate basis for rejecting alternatives. The construction of a railway line is not costless. Both UCC and CPR are assuming a risk and incurring costs with such construction. They would not do so if they thought an alternative was more attractive. UCC and CPR are much better placed than the Agency to make these assessments. The Agency expressly accepted the assessments of UCC and CPR and in doing so, made a decision on need and alternatives. It did not have to go further.

[27] Paragraph 16(1)(e) of the CEEA does not prescribe the degree of consideration required of the Agency on the question of need and alternatives. As the determination of whether to consider need and alternatives is discretionary, so is it within the discretion of the Agency to decide the nature and extent of its consideration of these factors.

[28] While the Agency may consider need and alternatives in the context of an environmental assess-

droits de circulation. L'Office a conclu que l'option que sont les droits de circulation mettait en péril la capacité de UCC de desservir ses clients en raison de la nécessité d'assurer une coordination entre deux transporteurs. Ce sont des constatations de l'Office et elles indiquent bel et bien que l'Office lui-même a examiné la question des solutions de rechange.

[25] L'Office s'est appuyé sur la décision de UCC de voir à ce que le CP ait un accès direct et sur le désir du CP d'élargir sa part du marché de polyéthylène en desservant directement UCC pour conclure que la ligne de chemin de fer était nécessaire. C'est ce que l'avocat du CP a appelé la nécessité commerciale. L'appelante semble être d'avis que l'Office était obligé d'effectuer sa propre analyse approfondie de la question de savoir quelles solutions de rechange pourraient répondre à la nécessité et ne pouvait pas simplement s'appuyer sur les objectifs commerciaux de UCC et du CP. J'estime toutefois que, dans les circonstances de l'espèce, l'Office avait le droit de faire reposer sa décision concernant la nécessité et les solutions de rechange sur les déclarations de UCC et du CP.

[26] Les besoins commerciaux sont une raison légitime de rejeter des solutions de rechange. La construction d'une ligne de chemin de fer est onéreuse. UCC et le CP prennent un risque et engagent des frais dans le cadre de tels travaux. Ils ne le feraient pas s'ils étaient d'avis qu'une solution de rechange était plus intéressante. UCC et le CP sont beaucoup mieux placés que l'Office pour faire ces évaluations. L'Office a expressément accepté les évaluations de UCC et du CP et, pour ce faire, a pris une décision fondée sur la nécessité et les solutions de rechange. Il n'avait pas besoin d'aller plus loin.

[27] L'alinéa 16(1)e) de la LCÉE ne précise pas jusqu'où l'Office doit pousser son examen de la question de la nécessité et des solutions de rechange. De même que l'Office a la faculté d'examiner la nécessité et les solutions de rechange, de même il a la faculté de décider la nature et l'étendue de l'examen de ces facteurs.

[28] Bien que l'Office puisse examiner la nécessité et les solutions de rechange dans le cadre d'une

ment, paragraph 16(1)(e) is not a back door means of reempowering the Agency with economic regulatory control over the construction of railway lines. Unless there is a clear conflict, which there is not here, the Agency should strive to harmonize its approach under the CTA and the CEAA. In other words it must respect both Parliament's express deregulatory intention under the CTA and Parliament's vesting it with environmental decision-making power under the CEAA. In cases in which it is able to determine that a project is environmentally acceptable, the Agency may not find it necessary to consider need and alternatives. However, I do not rule out the case of a proposed project having so severe adverse environmental consequences that the Agency may consider it necessary to rigorously analyse the question of need and alternatives.

[29] As required by paragraphs 16(1)(a) to (d) of the CEAA, the Agency considered the adverse environmental effects of the project and the significance of those effects, the comments of the public, CPR's technically and economically feasible mitigation measures and the significance of the effect with implementation of the mitigation measures. In particular the Agency dealt with air quality, hydrology, restoration and follow-up, wildlife, the impact on agriculture, noise and public safety. The Agency concluded that the construction of the railway line would not have any significant adverse environmental effects upon the implementation of CPR's proposed mitigation measures.

[30] The Agency determined that any order to approve construction would include conditions requiring CPR to implement its mitigation undertakings. A detailed restoration plan and a wildlife incident reporting program would have to be submitted and a follow-up program would have to be designed with public notice of the program required. The Agency imposed additional requirements regarding alienation of land at curves and the safe movement of cattle. Additional noise level conditions were imposed.

évaluation environnementale, l'alinéa 16(1)e n'est pas un moyen déguisé de redonner à l'Office un pouvoir de réglementation économique sur la construction de lignes de chemin de fer. Sauf incompatibilité manifeste, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, l'Office devrait tenter d'harmoniser sa démarche en vertu de la LTC et de la LCÉE. En d'autres termes, il doit respecter à la fois l'intention expresse du législateur en matière de déréglementation en vertu de la LTC et le pouvoir décisionnel que lui a conféré le législateur en matière environnementale sous le régime de la LCÉE. Dans les cas où il est en mesure de décider qu'un projet est acceptable sur le plan environnemental, l'Office peut juger inutile d'examiner la nécessité et les solutions de rechange. Toutefois, je n'écarte pas la possibilité qu'un projet puisse avoir des effets environnementaux si négatifs que l'Office puisse juger nécessaire d'analyser rigoureusement la question de la nécessité et des solutions de rechange.

[29] Ainsi que le prescrivent les alinéas 16(1)a) à d) de la LCÉE, l'Office a examiné les effets néfastes pour l'environnement du projet et l'importance de ces effets, les observations reçues du public, les mesures d'atténuation qui sont réalisables sur les plans technique et économique par le CP et l'importance de l'effet avec la mise en œuvre des mesures d'atténuation. En particulier, l'Office a examiné la qualité de l'air, l'hydrologie, la restauration et le suivi, la faune, l'effet sur l'agriculture, le bruit et la sécurité publique. L'Office a conclu que la construction de la ligne de chemin de fer n'aurait pas d'effets environnementaux négatifs importants si les mesures d'atténuation proposées par le CP étaient mises en œuvre.

[30] L'Office a conclu qu'un arrêté approuvant la construction de la ligne de chemin de fer serait assorti de conditions obligeant le CP à donner suite à ses engagements en matière d'atténuation. Un plan de restauration exhaustif et un programme de déclaration d'accident faunique devraient être soumis, et un programme de suivi devrait être conçu avec avis public du programme requis. L'Office a imposé des conditions supplémentaires concernant la cession de terres dans les courbes et le déplacement sûr du bétail. Des conditions supplémentaires concernant le niveau de bruit ont été imposées.

[31] I am satisfied that in the case at bar, the Agency carried out its responsibility under paragraphs 16(1)(a) to (d) and did not decline to exercise its jurisdiction under paragraph 16(1)(e) of the CEEA.

DISPOSITION

[32] The appeal will be dismissed with costs.

DÉCARY J.A.: I agree.

---

<sup>1</sup> S.C. 1996, c. 10.

<sup>2</sup> S.C. 1992, c. 37, s. 16(1)(e).

<sup>3</sup> [1995] 3 F.C. 395 (C.A.).

<sup>4</sup> R.S.C., 1985, c. R-3.

[31] Je suis convaincu que, dans la présente espèce, l'Office a exécuté les attributions prévues aux alinéas 16(1)a) à d) et n'a pas refusé d'exercer la compétence prévue à l'alinéa 16(1)e) de la LCÉE.

DISPOSITIF

[32] L'appel sera rejeté avec dépens.

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

---

<sup>1</sup> L.C. 1996, ch. 10.

<sup>2</sup> L.C. 1992, ch. 37 [art. 16(1)e) (mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 22)].

<sup>3</sup> [1995] 3 C.F. 395 (C.A.).

<sup>4</sup> L.R.C. (1985), ch. R-3.

A-899-97

A-899-97

**Spire Freezers Limited** (*Appellant*)**Spire Freezers Limited** (*appelante*)

v.

c.

**Her Majesty the Queen** (*Respondent*)**Sa Majesté la Reine** (*intimée*)*INDEXED AS: SPIRE FREEZERS LTD. v. CANADA (C.A.)**RÉPERTORIÉ: SPIRE FREEZERS LTD. c. CANADA (C.A.)*Court of Appeal, Strayer, Linden and Robertson J.J.A.  
—Toronto, March 4; Ottawa, May 25, 1999.Cour d'appel, juges Strayer, Linden et Robertson,  
J.C.A.—Toronto, 4 mars; Ottawa, 25 mai 1999.

*Income tax — Partnerships — Taxpayer, group of individuals purchasing interests in California partnership which owned apartment, condominium project — Project generating tax losses as development costs far exceeding fair market value — Partnership still existing despite withdrawal of original partners, admission of Canadian partners — Claiming loss of US\$10 million in respect of project sale, capital loss of US\$367,000 in respect of sale of shares — Taxpayer's primary intention to acquire non-capital losses of condominium project — Finding of partnership mixed question of fact and law — Intention of parties at time of entering contract question of fact — Only activities carried on with view to profit, including ancillary purpose of profit making, may form basis of partnership — No partnership if no intention to carry on business with view to profit — Case law on partnerships reviewed — Taxpayer intending to carry on business with view to loss, not profit — No evidence to demonstrate intention to earn profit, ancillary or otherwise — Transaction motivated entirely by tax losses not formed with view to profit.*

*Impôt sur le revenu — Sociétés de personnes — La contribuable et un groupe de personnes physiques ont acheté une participation dans une société de personnes californienne qui possédait un immeuble d'habitation et des appartements en copropriété — L'immeuble en copropriété a généré des pertes fiscales, car les coûts de construction dépassaient de beaucoup la juste valeur marchande de l'immeuble — La société de personnes continuait à exister indépendamment du retrait d'un associé original ou de l'admission d'associés canadiens — La contribuable a réclamé la déduction d'une perte de 10 millions de dollars US pour la vente de l'immeuble et d'une perte en capital de 367 000 \$US pour la vente d'actions — Le mobile principal de la contribuable était d'acquérir les pertes autres qu'en capital de l'immeuble en copropriété — La conclusion quant à l'existence d'une société de personnes est une question mixte de droit et de fait — La volonté des parties au moment de la signature du contrat est une question de fait — Seules les activités exercées dans un but lucratif, y compris celles dont l'objectif accessoire est de réaliser un profit, peuvent donner lieu à la constitution d'une société de personnes — Il ne peut y avoir de société de personnes si les intéressés n'ont pas l'intention d'exploiter une entreprise en vue de réaliser un bénéfice — Examen de la jurisprudence sur les sociétés de personnes — La contribuable avait l'intention d'exploiter une entreprise en vue de réaliser une perte, et non un profit — Absence d'élément de preuve permettant de conclure à l'existence d'une intention, accessoire ou non, de réaliser un bénéfice — Une opération motivée exclusivement par l'obtention de pertes fiscales ne peut avoir été conçue en vue de réaliser un bénéfice.*

This was an appeal from a Tax Court of Canada decision that a group of taxpayers, including the appellant, purchased an interest in a California partnership solely to obtain tax losses, not to earn profit, that they were not partners for income tax purposes because they were not carrying on business with a view to profit and that they could not deduct the partnership's losses. The partnership was formed to develop a luxury residential condominium project, the HCP project, on Santa Catalina Island off the coast of California. By late 1980, there were two partners remaining, both American corporations: BCE Development Inc. (BDI) and

Il s'agit de l'appel d'une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a statué qu'un groupe de contribuables, dont l'appelante faisait partie, avait acheté une participation dans une société de personnes californienne uniquement dans le but d'acquérir des pertes fiscales, et non pour tirer un profit, que les contribuables en question n'étaient pas des associés sur le plan fiscal parce qu'ils n'exploitaient pas une entreprise en vue de tirer un profit et qu'ils ne pouvaient déduire les pertes de la société de personnes. Celle-ci avait été constituée pour mettre sur pied un grand ensemble résidentiel de luxe composé d'appartements en

its subsidiary, Peninsula Cove Corporation, each of them holding a 50% share in the condominium. In order to obtain government approvals, the partnership was required to build an apartment building known as the Tremont Apartments, which was a government subsidized rental project owned by a corporation called TSAC. By the end of 1986, the costs of the HCP condominium project exceeded its fair market value by approximately US\$10 million, which would potentially produce significant losses for HCP. Several Canadian parties, of which the appellant was the largest, were informed by a tax shelter vendor of the opportunity to purchase the tax losses of the HCP project at 20 cents on the dollar. After the parties came to an agreement, a series of step transactions occurred in November 1987. BDI and Peninsula amended their partnership agreement to provide that the partnership would continue regardless of the withdrawal of a partner or the admission of a new one. Peninsula then sold its 50% interest in the partnership to the taxpayer. In turn, BDI disposed of its 50% interest by selling a 25% interest to the taxpayer and the other 25% to another Canadian corporation. The total purchase price was US\$34.5 million. The partnership immediately sold the HCP project to BDI for US\$33.3 million. BDI and Peninsula then withdrew from the partnership. The Canadian partners paid approximately US\$1.2 million for the losses of the partnership. The losses on the sale of the HCP project totalled about US\$10.4 million. The partnership claimed a loss of US\$10 million in respect of the HCP project sale and a capital loss of US\$367,000 in respect of the sale of TSAC shares. Revenue Canada disallowed the losses. On appeal, the Tax Court Judge ruled that, although the transaction in question was not a "sham", there was no intention to carry on business with a view to profit and that there was no reasonable expectation of profit. The issue was whether the Tax Court Judge erred in finding that the taxpayer, who sought to create a partnership in order to take advantage of certain tax losses, failed to do so because the requirements of the definition of a partnership were not met on the objective facts.

*Held* (Robertson J.A. dissenting), the appeal should be dismissed.

*Per* Linden J.A.: It is perfectly proper to use the partnership as a vehicle to obtain tax savings, but it is necessary to

copropriété, le projet de HCP, sur l'île Santa Catalina, au large des côtes de la Californie. À la fin de 1980, il restait deux associés, deux compagnies américaines: BCE Development Inc. (BDI) et sa filiale, Peninsula Cove Corporation. Chacun des associés détenait une participation de 50 pour 100 dans l'immeuble en copropriété. Pour obtenir des autorités compétentes les permis requis, la société de personnes devait construire un immeuble d'habitation connu sous le nom d'appartements Tremont, un ensemble d'habitations à louer subventionné par l'État et qui appartenait à une compagnie appelée TSAC. À la fin de 1986, les coûts de construction de l'immeuble en copropriété de HCP dépassaient la juste valeur marchande de l'immeuble d'environ dix millions de dollars US, ce qui risquait d'occasionner des pertes considérables à HCP. Plusieurs entreprises canadiennes, dont l'appelante était la plus importante, ont été informées par un vendeur d'abris fiscaux de la possibilité de se porter acquéreur des pertes fiscales du projet HCP au prix de 20 cents le dollar. Après que les parties en furent arrivées à une entente, une série d'opérations ont eu lieu en novembre 1987. BDI et Peninsula ont modifié leur contrat de société de personnes pour permettre à celle-ci de poursuivre ses activités indépendamment du retrait d'un associé ou de l'admission d'un nouveau. Peninsula a ensuite vendu à la contribuable la participation de 50 pour 100 qu'elle détenait dans la société de personnes. À son tour, BDI a disposé de sa participation de 50 pour 100 en vendant une participation de 25 pour 100 à la contribuable et la participation restante de 25 pour 100 à une autre compagnie canadienne. Le prix d'achat total s'élevait à 34,5 millions de dollars US. La société de personnes a immédiatement vendu l'immeuble de HCP à BDI pour la somme de 33,3 millions de dollars US. BDI et Peninsula se sont ensuite retirées de la société de personnes. Les associés canadiens ont versé une somme d'environ 1,2 million de dollars US pour acquérir les pertes de la société de personnes. Les pertes subies lors de la vente de l'immeuble de HCP s'élevaient à environ 10,4 millions de dollars US. La société de personnes a réclamé une perte de 10 millions de dollars US pour la vente de l'immeuble de HCP, et une perte en capital de 367 000 \$US pour la vente des actions de TSAC. Revenu Canada a refusé la déduction de ces pertes. En appel, le juge de la Cour canadienne de l'impôt a statué que, même si l'opération en question n'était pas un «trompe-l'œil», les parties n'avaient pas l'intention d'exploiter une entreprise en commun en vue d'en tirer un profit et qu'il n'y avait aucune expectative raisonnable de profit. La question en litige était de savoir si le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur en concluant que l'appelante, qui avait tenté de créer une société de personnes pour se prévaloir de certaines pertes fiscales, n'avait pas réussi à constituer une telle société parce que les conditions à remplir pour répondre à la définition de la société de personnes n'étaient pas réunies suivant les faits objectifs.

*Arrêt* (le juge Robertson, J.C.A., dissident): l'appel doit être rejeté.

Le juge Linden, J.C.A.: Il est parfaitement légitime de se servir d'une société de personnes comme moyen de réaliser

create a partnership in order to do so. One can enter a partnership for the purpose of avoiding tax, but one cannot enter a partnership without complying with the requirements of partnership law. In law, one cannot “buy” or “sell” partnership; partnership is a relationship existing between two or more people carrying on business in common with a view to profit. Although a determination of whether partnership exists is a mixed question of law and fact, the intention of the parties at the time of entering a contract (of partnership or otherwise) is a question of fact. The existence of partnership always depends on the necessary factual findings that the elements of partnership have been proven. Only those activities carried on with a view to profit, including an ancillary purpose of profit making, may form the basis of partnership. The leading case on taxation of partnerships is the decision in *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, where the Supreme Court of Canada recognized a number of criteria that indicate the existence of a partnership. The indicia of a partnership include the contribution by the parties of money, property, effort, knowledge, skill or other assets to a common undertaking, the sharing of profits and losses, a mutual right of control or management of the enterprise, the filing of income tax returns as a partnership and joint bank accounts. It was pointed out that, even though tax avoidance is the overriding consideration in entering a partnership, a potential ancillary purpose of generating profit is sufficient to satisfy the requirement that the parties be carrying on business in common with a view to profit. The Court concluded that, on the facts of the case, according to the relevant indicia, a business was carried on in common and that a valid partnership had been created.

The intention to make profit is at the very heart of the partnership relationship. The Tax Court Judge found, as a fact, that there was no intention on the part of the parties to conduct business in common with a view to profit. He correctly concluded, as a matter of law, that if there was no intention to carry on business with a view to profit, there could be no partnership. Therefore, if the taxpayer intended to carry on business, it was with a view to a loss, not a profit. That intention does not meet the standard required by Canadian or California law. There was no persuasive evidence on the record to demonstrate an intention to earn profit, ancillary or otherwise. A “view to profit” requires that there be a view to make profit. By their own admission the taxpayers planned and generated a ten million dollar loss with no intention of ever recouping that loss, or of ever making any profit. The alleged joinder of the Canadian and

des épargnes fiscales, mais il est nécessaire de créer une société de personnes pour ce faire. On peut s’associer dans le but d’éviter l’impôt, mais on ne peut s’associer sans se conformer aux exigences du droit des sociétés. En droit, on ne peut « acheter » ou « vendre » une société de personnes; la société de personnes constitue une relation qui subsiste tant que deux ou plusieurs personnes exploitent une entreprise en commun dans le but de réaliser un bénéfice. Bien que la question de savoir si une société de personnes a effectivement été créée soit une question mixte de droit et de fait, la volonté des parties au moment de la conclusion du contrat (de société de personnes ou autre) est une question de fait. L’existence d’une société de personnes dépend toujours des conclusions de fait nécessaires suivant lesquelles l’existence des éléments constitutifs de la société de personnes a été démontrée. Seules les activités exercées dans un but lucratif, y compris celles dont l’objectif accessoire est de réaliser un profit, peuvent donner lieu à la constitution d’une société de personnes. L’arrêt qui fait autorité en matière d’imposition des sociétés de personnes est *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, dans lequel la Cour suprême du Canada a reconnu un certain nombre de critères permettant de conclure à l’existence d’une société de personnes. Parmi ces indices, mentionnons les suivants: apport des parties à l’entreprise commune sous forme de numéraire, biens, travail, connaissances, habiletés ou autres éléments, droit de propriété conjointe dans l’objet de l’entreprise, partage des profits et des pertes, droit mutuel de contrôle ou de gestion de l’entreprise, production de déclarations de revenus à titre de société en nom collectif et comptes bancaires conjoints. La Cour a souligné que, même si l’évasion fiscale est le facteur prédominant ayant motivé la constitution de la société de personnes, cet état de fait n’exclut pas pour autant un éventuel but accessoire de réaliser un bénéfice qui est suffisant pour satisfaire à l’obligation imposée aux parties d’exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice. La Cour a conclu que, vu l’ensemble des faits de l’espèce et compte tenu des critères applicables, une entreprise était exploitée en commun et une société de personnes avait été valablement constituée.

L’intention de réaliser un bénéfice se situe au cœur même de la société de personnes. Le juge de la Cour de l’impôt a conclu, en fait, que les parties n’avaient pas l’intention d’exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice. Il a conclu à juste titre, en droit, que s’il n’existait pas d’intention d’exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice, il ne pouvait y avoir de société de personnes. Par conséquent, si l’appelante avait l’intention d’exploiter une entreprise, c’était en vue de réaliser une perte, et non un profit. Cette intention ne satisfait pas à la norme prescrite par le droit canadien ou californien. Le dossier ne renferme aucun élément de preuve convaincant qui permettrait de conclure à l’existence d’une intention, accessoire ou non, de réaliser un bénéfice. Pour qu’il y ait un « but lucratif », il faut qu’il y ait une intention de réaliser un bénéfice. De leur propre aveu, les contribuables ont

American parties, that existed only for minutes and during which a ten million dollar loss was realized, cannot constitute objective evidence that the parties conducted business in common with a view to profit. As a matter of law, the intention of the Canadian parties to enter a relationship amounting to partnership was necessary but not sufficient. Partnership is based on agreement and thus requires a mutual intention on the part of all the parties to form a relationship that amounts to partnership. The American parties never entered any partnership with the Canadians and BDI never divested itself of the HCP project. None of the indicia of partnership listed by the Supreme Court in *Continental Bank* were present. There is no basis on which to challenge the Tax Court Judge's conclusion that there was no business being carried on in common. A transaction motivated entirely by tax losses could not in any real sense be said to have been formed with a view to profit.

*Per Robertson J.A. (dissenting):* Intention cannot be based solely on the subjective intentions of the parties, it must also be based on objective evidence. Tax law is more concerned with the actual conduct of taxpayers than with their oral testimony. The fact that the partnership carried on business in a manner consistent with the written agreements is more compelling evidence of the parties' intentions than their oral testimony. A valid partnership may subsist even if the taxpayer's predominant motive is tax avoidance, provided that there is an ancillary or secondary intention of carrying on business with a view to profit. The documentary evidence demonstrated that the partnership acquired an income-earning asset which became profitable within a relatively short time. This fact alone is sufficient to demonstrate the taxpayers' secondary intention to establish a valid partnership. This secondary intention existed as of November 30, 1987, the date the "step transactions" were carried out.

A partnership is formed if the parties (1) carry on business (2) in common (3) with a view to profit. Unlike the factual circumstances in *Continental Bank*, where the partnership lasted three days, the present partnership had continued for over ten years. This fact supports the proposition that a business was carried on in common. The taxpayers held themselves out to be partners and conducted themselves in a manner consistent with the partnership agreement. There has been a sharing of profits and a business was being carried on in common. The Tax Court Judge erred in holding that, since the taxpayers' predominant motive was to gain access to tax losses, they were not entitled to their respective shares of those losses. It is true that the

planifié et provoqué une perte de dix millions de dollars sans la moindre intention de jamais récupérer cette perte ou de réaliser quelque bénéfice que ce soit. La prétendue association des Canadiens et des Américains n'a duré que quelques minutes, au cours desquelles une perte de dix millions de dollars a été réalisée. Ce fait ne saurait constituer une preuve objective démontrant que les parties ont exploité une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice. En droit, l'intention des Canadiens de créer un rapport de droit équivalant à une société de personnes était nécessaire mais insuffisante. La société de personnes est le fruit d'un accord et exige donc une intention réciproque de la part de tous les intéressés de créer une relation qui équivaut à une société de personnes. Les Américains ne se sont jamais associés aux Canadiens et BDI ne s'est jamais départie du projet HCP. Aucun des critères indiquant l'existence d'une société de personnes qui sont énumérés par la Cour suprême dans l'arrêt *Continental Bank* n'est présent. Rien ne permet de contester la conclusion du juge de l'impôt suivant laquelle aucune entreprise n'était exploitée en commun. Une opération motivée exclusivement par l'obtention de pertes fiscales ne saurait logiquement avoir été conçue en vue de réaliser un bénéfice.

Le juge Robertson, J.C.A. (*dissent*): L'intention ne saurait dépendre exclusivement de l'intention subjective des parties; elle doit également reposer sur des éléments de preuve objectifs. Le droit fiscal s'intéresse davantage à la conduite effective des contribuables qu'à leur témoignage. Le fait que la société de personnes exerçait ses activités d'une manière compatible avec les ententes écrites constitue une preuve plus convaincante de l'intention des parties que leur témoignage. Une société de personnes peut être valablement formée même si le mobile prédominant du contribuable est l'évasion fiscale, à condition qu'il y ait une intention accessoire ou secondaire d'exploiter une entreprise en vue de réaliser un bénéfice. Il ressort de la preuve documentaire que la société de personnes a acquis un bien productif de revenu qui est devenu rentable dans un laps de temps relativement court. À lui seul, ce fait suffit à démontrer l'intention secondaire des contribuables de créer une société de personnes valide. Cette intention secondaire existait au 30 novembre 1987, date à laquelle les «opérations en série» ont été exécutées.

Une société de personnes est constituée lorsque les parties: 1) exploitent une entreprise 2) en commun 3) en vue de réaliser un bénéfice. Contrairement à l'affaire *Continental Bank*, dans laquelle la société avait duré trois jours, la présente société de personnes a duré plus d'une dizaine d'années. Ce fait permet de conclure qu'une entreprise était exploitée en commun. Les contribuables se sont présentés comme des associés et se sont comportés d'une manière compatible avec le contrat de société. Il y avait partage des profits et exploitation en commun d'une entreprise. Le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur en statuant que, comme leur unique motif était de se prévaloir des pertes fiscales, les contribuables n'avaient pas droit à leur quote-

taxpayers' primary motive was to acquire a substantial non-capital loss, but it is equally obvious that their secondary intention was to acquire and retain an income-producing asset by which they could continue to carry on business in common. The expectation of profit doctrine did not sustain the Minister's argument that there was no reasonable expectation of profit when the taxpayers became partners because this doctrine has no application to cases such as this. It is intended only to determine whether a business exists. The losses being claimed by the taxpayers fall squarely within section 96 of the *Income Tax Act*. That provision admits of no ambiguity and, therefore, no interpretative analysis was required.

part respective de ces pertes. Il est vrai que le mobile principal des contribuables était d'acquérir une perte autre qu'en capital substantielle, mais il est également évident que leur intention secondaire était d'acquérir et de conserver un bien productif de revenu qui leur permettait de continuer à exploiter une entreprise en commun. La doctrine de l'expectative raisonnable de profit ne justifiait pas l'argument du ministre suivant lequel les contribuables n'avaient aucune expectative raisonnable de profit lorsqu'ils se sont associés, parce que cette doctrine ne s'applique pas aux cas comme celui-ci. Elle vise uniquement à déterminer s'il existe une entreprise. Les pertes dont les contribuables réclamaient la déduction tombent carrément sous le coup de l'article 96 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cette disposition n'est nullement ambiguë et, par conséquent, aucune interprétation n'était nécessaire.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Bank Act*, R.S.C., 1985, c. B-1, s. 174(2).  
*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 67, 96(8) (as enacted by S.C. 1994, c. 21, s. 44), (9) (as enacted *idem*), 245.  
*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 88 (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 52; 1979, c. 5, s. 29; 1980-81-82-83, c. 48, s. 48), 97(2) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 58; 1985, c. 45, s. 49).  
*Partnerships Act*, R.S.O. 1980, c. 370, s. 34.  
*Partnerships Act*, R.S.O. 1990, c. P.5, s. 2.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298; (1998), 163 D.L.R. (4th) 385; 98 DTC 6505; 222 N.R. 58 (as to the legal requirements of partnership); *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; (1996), 137 D.L.R. (4th) 289; [1996] 9 W.W.R. 1; 80 B.C.A.C. 81; 23 B.C.L.R. (3d) 1; 109 C.C.C. (3d) 1; [1996] 4 C.N.L.R. 177; 50 C.R. (4th) 1; 200 N.R. 1; 130 W.A.C. 81.

##### DISTINGUISHED:

*Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298; (1998), 163 D.L.R. (4th) 385; 98 DTC 6505; 222 N.R. 58 (as to the factual differences of the transactions in issue).

##### CONSIDERED:

*Robert Porter & Sons Ltd. v. Armstrong*, [1926] S.C.R. 328; [1926] 2 D.L.R. 340; *Stuart Investments Ltd. v.*

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 67, 96(8) (édicte par L.C. 1994, ch. 21, art. 44), (9) (édicte *idem*), 245.  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 88 (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 52; 1979, ch. 5, art. 29; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 48), 97(2) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 58; 1985, ch. 45, art. 49).  
*Loi sur les banques*, L.R.C. (1985), ch. B-1, art. 174(2).  
*Loi sur les sociétés en nom collectif*, L.R.O. 1980, ch. 370, art. 34.  
*Loi sur les sociétés en nom collectif*, L.R.O. 1990, ch. P.5, art. 2.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298; (1998), 163 D.L.R. (4th) 385; 98 DTC 6505; 222 N.R. 58 (quant aux conditions juridiques de formation d'une société de personnes); *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; (1996), 137 D.L.R. (4th) 289; [1996] 9 W.W.R. 1; 80 B.C.A.C. 81; 23 B.C.L.R. (3d) 1; 109 C.C.C. (3d) 1; [1996] 4 C.N.L.R. 177; 50 C.R. (4th) 1; 200 N.R. 1; 130 W.A.C. 81.

##### DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298; (1998), 163 D.L.R. (4th) 385; 98 DTC 6505; 222 N.R. 58 (quant aux différences factuelles des opérations en litige).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Robert Porter & Sons Ltd. v. Armstrong*, [1926] R.C.S. 328; [1926] 2 D.L.R. 340; *Stuart Investments Ltd. c.*

*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.

*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.

REFERRED TO:

*Canada v. Continental Bank Leasing Corp.*, [1996] 3 F.C. 713; (1996), 25 B.L.R. (2d) 149; [1997] 1 C.T.C. 13; 96 DTC 6355; 199 N.R. 9 (C.A.); *Munroe v. Clarke and Lamplighter Beverage Room & Grill Limited* (1977), 23 N.S.R. (2d) 652 (S.C.); *Hayes v. British Columbia Television Broadcasting Systems Ltd.*, [1991] B.C.J. No. 1048 (S.C.) (QL); aff'd [1993] 2 W.W.R. 749 (C.A.); application for leave to appeal to S.C.C. refused, [1993] 2 S.C.R. viii.; *Sedgwick, Joseph v. Minister of National Revenue*, [1962] Ex. C.R. 337; *Balick v. Sussman*, [1985] O.J. No. 1109 (H.C.) (QL); *Roy v. Senator Hotels Ltd.*, [1982] O.J. No. 911 (H.C.) (QL); *Barnes v. Consolidated Motor Co. Ltd. et al.* (1942), 57 B.C.R. 270; [1942] 1 D.L.R. 736; [1942] 2 W.W.R. 43 (S.C.); *Gallo v. Silverberg*, [1976] O.J. No. 1251 (H.C.) (QL); *Canadian Pacific Ltd. v. Telesat Canada* (1981), 32 O.R. (2d) 197; 121 D.L.R. (3d) 373 (H.C.); *Jolley v. F.C. of T.* (1989), 89 ATC 4197 (Fed. Ct. Australia); *Alvi et al. v. Lal* (1990), 13 R.P.R. (2d) 302 (Ont. H.C.); *Smith & Hogan Ltd., In re Estate of*, [1932] S.C.R. 661; *Wildenburg Holdings Ltd. v. M.N.R.* (1998), 98 DTC 6462 (Ont. Gen. Div.); *R.P.M. Tech Inc. v. Harvey & Co.* (1993), 111 Nfld. & P.E.I.R. 12; 105 D.L.R. (4th) 746 (Nfld. S.C.); *Milos Equipment Ltd. v. Insurance Corp. of Ireland* (1988), 34 C.C.L.I. 102; [1989] I.L.R. 9249 (B.C.S.C.); rev'd on other grounds (1990), 47 B.C.L.R. (2d) 296 (C.A.); *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201; (1999), 168 D.L.R. (4th) 513; 117 B.C.A.C. 103; 50 M.P.L.R. (2d) 1; 40 M.V.R. (3d) 1; 234 N.R. 201; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2; (1984), 37 R.F.L. (2d) 225; 52 N.R. 288; *Marigold Holdings Ltd. and Riverview Place Apartment Ltd. v. Norem Construction Ltd., Pendergast (Barry) Architect Ltd. and Sovereign General Insurance Co. et al.* (1988), 89 A.R. 81; [1988] 5 W.W.R. 710; 60 Alta. L.R. (2d) 289; 31 C.L.R. 51 (Q.B.); *Hickman Motors Ltd. v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 320; (1995), 95 DTC 5575; 185 N.R. 231 (F.C.A.); *Hickman Motors Ltd. v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 336; (1997), 148 D.L.R. (4th) 1; 97 DTC 5363; 213 N.R. 81; *Canada v. Placer Dome Inc.*, [1997] 1 F.C. 780; (1996), 96 DTC 6562; 206 N.R. 12 (C.A.); *Backman, P.D. v. The Queen* (1997), 97 DTC 1468 (T.C.C.); *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480; (1977), 77 D.L.R. (3d) 112; [1977] CTC 310; 77 DTC 5213; 15 N.R. 476; *Landry (C.) v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 3; (1994), 94 DTC 6624; 173 N.R. 213 (F.C.A.); *Canada v. Donnelly*, [1998] 1 F.C. 513; (1997), 154 D.L.R. (4th) 261; [1998] 1 C.T.C. 23; 97 DTC 5499; 220 N.R. 329 (C.A.); *Mirza v. R.*, [1998] 4 C.T.C. 2272; (1998), 98 DTC 1771 (T.C.C.); *Morden Rigg and Company and R. B. Eskrigge and Company v. Monks* (1922), 8 T.C. 450 (K.B.).

DÉCISIONS CITÉES:

*Canada c. Continental Bank Leasing Corp.*, [1996] 3 C.F. 713; (1996), 25 B.L.R. (2d) 149; [1997] 1 C.T.C. 13; 96 DTC 6355; 199 N.R. 9 (C.A.); *Munroe v. Clarke and Lamplighter Beverage Room & Grill Limited* (1977), 23 N.S.R. (2d) 652 (C.S.); *Hayes v. British Columbia Television Broadcasting Systems Ltd.*, [1991] B.C.J. n° 1048 (C.S.) (QL), conf. à [1993] 2 W.W.R. 749 (C.A.); demande d'autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1993] 2 R.C.S. viii.; *Sedgwick, Joseph v. Minister of National Revenue*, [1962] R.C.É. 337; *Balick v. Sussman*, [1985] O.J. n° 1109 (H.C.) (QL); *Roy v. Senator Hotels Ltd.*, [1982] O.J. n° 911 (H.C.) (QL); *Barnes v. Consolidated Motor Co. Ltd. et al.* (1942), 57 B.C.R. 270; [1942] 1 D.L.R. 736; [1942] 2 W.W.R. 43 (C.S.); *Gallo v. Silverberg*, [1976] O.J. n° 1251 (H.C.) (QL); *Canadian Pacific Ltd. v. Telesat Canada* (1981), 32 O.R. (2d) 197; 121 D.L.R. (3d) 373 (H.C.); *Jolley v. F.C. of T.* (1989), 89 ATC 4197 (Cour féd. Australie); *Alvi et al. v. Lal* (1990), 13 R.P.R. (2d) 302 (H.C. Ont.); *Smith & Hogan Ltd., In re Estate of*, [1932] R.C.S. 661; *Wildenburg Holdings Ltd. v. M.N.R.* (1998), 98 DTC 6462 (Div. gén. Ont.); *R.P.M. Tech Inc. v. Harvey & Co.* (1993), 111 Nfld. & P.E.I.R. 12; 105 D.L.R. (4th) 746 (C.S.T.-N.); *Milos Equipment Ltd. v. Insurance Corp. of Ireland* (1988), 34 C.C.L.I. 102; [1989] I.L.R. 9249 (C.S.C.-B.); infirmé pour d'autres motifs (1990), 47 B.C.L.R. (2d) 296 (C.A.); *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201; (1999), 168 D.L.R. (4th) 513; 117 B.C.A.C. 103; 50 M.P.L.R. (2d) 1; 40 M.V.R. (3d) 1; 234 N.R. 201; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; (1984), 37 R.F.L. (2d) 225; 52 N.R. 288; *Marigold Holdings Ltd. and Riverview Place Apartment Ltd. v. Norem Construction Ltd., Pendergast (Barry) Architect Ltd. and Sovereign General Insurance Co. et al.* (1988), 89 A.R. 81; [1988] 5 W.W.R. 710; 60 Alta. L.R. (2d) 289; 31 C.L.R. 51 (B.R.); *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 320; (1995), 95 DTC 5575; 185 N.R. 231 (C.A.F.); *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336; (1997), 148 D.L.R. (4th) 1; 97 DTC 5363; 213 N.R. 81; *Canada c. Placer Dome Inc.*, [1997] 1 F.C. 780; (1996), 96 DTC 6562; 206 N.R. 12 (C.A.); *Backman, P.D. c. La Reine* (1997), 97 DTC 1468 (C.C.I.); *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480; (1977), 77 D.L.R. (3d) 112; [1977] CTC 310; 77 DTC 5213; 15 N.R. 476; *Landry (C.) c. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 3; (1994), 94 DTC 6624; 173 N.R. 213 (C.A.F.); *Canada c. Donnelly*, [1998] 1 C.F. 513; (1997), 154 D.L.R. (4th) 261; [1998] 1 C.T.C. 23; 97 DTC 5499; 220 N.R. 329 (C.A.); *Mirza c. R.*, [1998] 4 C.T.C. 2272; (1998), 98 DTC 1771 (C.C.I.); *Morden Rigg and Company and R. B. Eskrigge and Company v. Monks* (1922), 8 T.C. 450 (K.B.).

## AUTHORS CITED

- Canada Tax Service*. Scarborough, Ont.: Carswell, at pp. 96-136 to 96-139.
- Canadian Tax Reporter*, Vol. 3. Toronto: CCH Canadian Ltd., at ¶12,107.
- Jones, J. F. Avery. "Nothing Either Good or Bad, But Thinking Makes It So—The Mental Element in Anti-Avoidance Legislation—I", [1983] *Brit. Tax Rev.* 9.
- Lindley, Lord Nathaniel. *A Treatise on the Law of Partnership*, 11th ed. by H. Salt and H. E. Francis. London: Sweet & Maxwell, 1950.
- Lindley & Banks on Partnership*, 16th ed. by R. C. I'Anson Banks. London: Sweet & Maxwell, 1990.
- Lindley & Banks on Partnership*, 17th ed. by R. C. I'Anson Banks. London: Sweet & Maxwell, 1995.

APPEAL from a Tax Court of Canada decision ([1998] 2 C.T.C. 2764; (1997), 98 DTC 1287) that a group of taxpayers, including the appellant, purchased an interest in a California partnership solely to obtain tax losses, not to earn profit, that they were not partners for income tax purposes because they were not carrying on business with a view to profit and that they could not deduct the partnership losses. Appeal dismissed.

## APPEARANCES:

*Warren J.A. Mitchell, Q.C.*, for appellant.  
*Susan Van Der Hout and Marilyn Vardy* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

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

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

LINDEN J.A.:

## I. Introduction

[1] The issue in this appeal is whether the Tax Court Judge [[1998] 2 C.T.C. 2764] erred when he found

## DOCTRINE

- Canada Tax Service*. Scarborough, Ont.: Carswell, aux p. 96-136 à 96-139.
- Canadian Tax Reporter*, Vol. 3. Toronto: CCH Canadian Ltd., ¶12,107.
- Jones, J. F. Avery. «Nothing Either Good or Bad, But Thinking Makes It So—The Mental Element in Anti-Avoidance Legislation—I», [1983] *Brit. Tax Rev.* 9.
- Lindley, Lord Nathaniel. *A Treatise on the Law of Partnership*, 11th ed. by H. Salt and H. E. Francis. London: Sweet & Maxwell, 1950.
- Lindley & Banks on Partnership*, 16th ed. by R. C. I'Anson Banks. London: Sweet & Maxwell, 1990.
- Lindley & Banks on Partnership*, 17th ed. by R. C. I'Anson Banks. London: Sweet & Maxwell, 1995.

APPEL d'une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt ([1998] 2 C.T.C. 2764; (1997), 98 DTC 1287) a statué qu'un groupe de contribuables, dont l'appelante faisait partie, avait acheté une participation dans une société de personnes californienne uniquement dans le but d'acquérir des pertes fiscales, et non pour tirer un profit, que les contribuables en question n'étaient pas des associés sur le plan fiscal parce qu'ils n'exploitaient pas une entreprise en vue de tirer un profit et qu'ils ne pouvaient déduire les pertes de la société de personnes. Appel rejeté.

## ONT COMPARU:

*Warren J.A. Mitchell, c.r.*, pour l'appelante.  
*Susan Van Der Hout et Marilyn Vardy* pour l'intimée.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

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

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

LE JUGE LINDEN, J.C.A.:

## I. Genèse de l'instance

[1] La question en litige dans le présent appel est celle de savoir si le juge de la Cour de l'impôt [[1998]

that the appellant, who sought to create a partnership in order to take advantage of certain tax losses, failed to do so because the requirements of the definition of a partnership were not met on the objective facts.

[2] The appellant is a corporate entity. A group of individuals associated with the appellant also sought to enter the partnership in question, and, like the appellant, were re-assessed by the Minister. It has therefore been agreed that the decision in this appeal will apply to the following cases: *Gouveia v. Canada*; *O'Neill v. Canada*; *Butcher v. Canada*; *Dobrei v. Canada*; and *Miloslavic v. Canada*.<sup>1</sup>

## II. Facts

[3] The transaction under consideration in this case was designed and presented to the appellants as a loss-purchase transaction by a tax shelter vendor called CMF Enterprises Limited. That presentation is entitled "\$7.1 Million Partnership Business Loss."<sup>2</sup> It advertised a seven million dollar business loss which was for sale at approximately 20 cents on the dollar. The earliest documented contact between the loss vendor and the appellant was in the spring of 1987, but the story in this case begins nine years earlier, in 1978. In that year a partnership was formed to develop a luxury residential condominium project on Santa Catalina Island off the coast of California (HCP or the HCP project). There were some variations in the partnership, but by late 1980, there were two partners remaining, both American corporations: BCE Development Inc. (BDI), and its subsidiary, Peninsula Cove Corporation. BDI is itself a subsidiary of Bell Canada Enterprises (BCE), a well-known Canadian company. Each of the partners held a 50% share in the condominium.

[4] In order to obtain government approvals, the partnership was required to build an apartment project

2 C.T.C. 2764] a commis une erreur en concluant que l'appelante, qui avait tenté de créer une société de personnes pour se prévaloir de certaines pertes fiscales, n'avait pas réussi à constituer une telle société parce que les conditions à remplir pour répondre à la définition de la société de personnes n'étaient pas réunies suivant les faits objectifs.

[2] L'appelante est une personne morale. Un groupe de personnes physiques qui étaient associées à l'appelante ont également essayé de devenir membres de la société en question et, tout comme l'appelante, ont fait l'objet d'une nouvelle cotisation de la part du ministre. Il a par conséquent été convenu que la décision qui sera rendue dans le présent appel s'appliquera aux dossiers suivants: *Gouveia c. Canada*; *O'Neill c. Canada*; *Butcher c. Canada*; *Dobrei c. Canada*; et *Miloslavic c. Canada*.<sup>1</sup>

## II. Les faits

[3] L'opération à l'examen en l'espèce avait été conçue et présentée aux appelants comme un achat de pertes fiscales par un vendeur d'abris fiscaux appelé CMF Enterprises Limited. La proposition était intitulée [TRADUCTION] «Perte d'entreprise de 7,1 millions de dollars»<sup>2</sup>. On y offrait en vente une perte commerciale de sept millions de dollars au prix d'environ 20 cents le dollar. La première communication documentée qui a eu lieu entre le vendeur et l'appelante remonte au printemps 1987, mais les faits pertinents à la présente affaire commencent neuf ans plus tôt, en 1978. Cette année-là, une société de personnes a été constituée pour mettre sur pied un grand ensemble résidentiel de luxe composé d'appartements en copropriété situé sur l'île Santa Catalina, au large des côtes de la Californie (HCP ou le projet HCP). Quelques modifications ont été apportées à la société, mais à la fin de 1980, il restait deux associés, en l'occurrence deux compagnies américaines: BCE Development Inc. (BDI) et sa filiale, Peninsula Cove Corporation. BDI est elle-même une filiale de Bell Canada Enterprises (BCE), une compagnie canadienne bien connue. Chacun des associés détenait une participation de 50 pour 100 dans l'immeuble en copropriété.

[4] Pour obtenir des autorités compétentes les permis requis, la société de personnes devait construire un

known as the Tremont Apartments (Tremont) in Avalon on Catalina Island. This was a government subsidized, low to moderate income rental project. Tremont was owned by a corporation called TSAC, which was in turn fully owned by the partnership.

[5] By the end of 1986 the costs of the HCP condominium project being developed and built by the partnership exceeded the fair market value of the project by approximately US\$10 million, which would potentially produce significant losses for HCP. Several Canadian parties, of whom the appellant was the largest, were informed by the tax shelter vendor of the opportunity to purchase the tax losses of the HCP project at 20 cents on the dollar. After sophisticated negotiations, the parties came to an agreement. Thus, on November 30, 1987, the following step transactions occurred (in the following order):

1. BDI and Peninsula amended their partnership agreement to keep the partnership operative regardless of the withdrawal of any of its partners.

2. TSAC sold Tremont to the partnership for approximately US\$2.9 million. The partnership borrowed these funds from BDI.

3. The partnership sold its shares of TSAC to BDI, which was paid by set-off against the loan from BDI.

4. The partnership sold 50% interest in the HCP project to the appellant and BDI sold a 25% interest in the HCP project to the appellant. For a brief instant, the *de jure* partners were BDI and the Canadian partners. The remaining 25% was then sold to Spire Group, a group made up of the individual Canadian parties other than the appellant. The total purchase price was US\$34,530,253.

5. The partnership immediately sold the HCP project to BDI for US\$33.3 million. The sale of the HCP

immeuble d'habitation connu sous le nom d'appartements Tremont (Tremont) à Avalon, sur l'île Catalina. Il s'agissait d'un ensemble d'habitations à louer subventionné par l'État et destiné aux personnes à faible ou moyen revenu. Tremont appartenait à une compagnie appelée TSAC, qui était elle-même possédée en propriété exclusive par la société de personnes.

[5] À la fin de 1986, les coûts de construction de l'immeuble en copropriété de HCP dont la société de personnes était le promoteur et le constructeur dépassaient la juste valeur marchande de l'immeuble d'environ dix millions de dollars US, ce qui risquait d'occasionner des pertes considérables à HCP. Plusieurs entreprises canadiennes, dont l'appelante était la plus importante, ont été informées par le vendeur d'abris fiscaux de la possibilité de se porter acquéreur des pertes fiscales de l'immeuble de HCP au prix de 20 cents le dollar. Au terme de négociations complexes, les parties en sont arrivées à une entente. Ainsi, le 30 novembre 1987, les opérations en série suivantes ont eu lieu (dans l'ordre qui suit):

1. BDI et Peninsula ont modifié leur contrat de société de personnes de manière à ce que celle-ci poursuive ses activités indépendamment du retrait de l'un de ses associés.

2. TSAC a vendu les appartements Tremont à la société de personnes pour une somme d'environ 2,9 millions de dollars US. La société a emprunté cette somme à BDI.

3. La société de personnes a vendu ses actions de TSAC à BDI, qui a été payée par réduction du prêt qu'elle avait consenti à TSAC.

4. La société de personnes a vendu à l'appelante une participation de 50 pour 100 dans l'immeuble de HCP et BDI a vendu à l'appelante une participation de 25 pour 100 dans l'immeuble de HCP. Pendant un bref instant, les associés *de jure* étaient BDI et les associés canadiens. La participation restante de 25 pour 100 a ensuite été vendue au groupe Spire, qui était constitué de personnes physiques canadiennes autres que l'appelante. Le prix d'achat total s'élevait à 34 530 253 \$US.

5. La société de personnes a immédiatement vendu l'immeuble de HCP à BDI pour la somme de

project at this price gave rise to an operational loss of approximately US\$10.4 million. BDI and Peninsula then withdrew from the partnership, which withdrawal was registered with the State of California.

6. The partnership changed its name to the Tremont Street Partnership.

[6] The Canadian partners paid approximately US\$1.2 million for the losses of the partnership. The losses on the sale of the HCP project totalled about US\$10.4 million. In the fiscal year ending December 31, 1987, the partnership claimed a loss of US\$10 million in respect of the HCP project sale and a capital loss of US\$367,000 in respect of the sale of TSAC shares. Revenue Canada disallowed the losses. The appellant appealed.

[7] Following the above transaction, the Tremont Street Partnership failed to report any profit from 1989 to 1993, but reported nominal operational income in the 1993, 1994, and 1995 taxation years, totalling approximately C\$167,000. The Canadian parties, have, since 1989, withdrawn approximately C\$756,000 from the partnership.

[8] It should be noted that from the U.S. perspective, which is founded on substance over form, BDI distributed the HCP project to itself and Peninsula initially, and then later to itself alone, thereby retaining the HCP project and its associated losses. The Tax Court Judge summarized that testimony in this manner:

Effective ownership of the condominium project was always with BDI, stated Mr. Wagner [Director of Taxation for BDI], except for the moment it was owned by the Canadians. In his view the transaction was a distribution of property to a partner because BDI never ceased to effectively own HCP Condominium project notwithstanding the transactions that took place on November 30, 1987.<sup>3</sup>

[9] It should be noted that BDI reported the transaction to U.S. authorities not as a partnership

33,3 millions de dollars US. La vente de l'immeuble de HCP à ce prix a donné lieu à une perte d'exploitation d'environ 10,4 millions de dollars US. BDI et Peninsula se sont ensuite retirées de la société et ce retrait a été enregistré auprès des autorités de l'État de Californie.

6. La société de personnes a changé son nom pour celui de «Tremont Street Partnership».

[6] Les associés canadiens ont versé une somme d'environ 1,2 million de dollars US pour acquérir les pertes de la société de personnes. Les pertes subies lors de la vente de l'immeuble de HCP s'élevaient à environ 10,4 millions de dollars US. Au cours de l'exercice financier clos le 31 décembre 1987, la société de personnes a réclamé une perte de 10 millions de dollars US pour la vente de l'immeuble de HCP, et une perte en capital de 367 000 \$US pour la vente des actions de TSAC. Revenu Canada a refusé la déduction de ces pertes. L'appelante a interjeté appel.

[7] À la suite de l'opération susmentionnée, la Tremont Street Partnership n'a déclaré aucun profit entre 1989 et 1993, mais a déclaré de modestes revenus d'exploitation totalisant environ 167 000 \$CAN pour les années d'imposition 1993, 1994 et 1995. Les Canadiens ont, depuis 1989, retiré environ 756 000 \$CAN de la société de personnes.

[8] Il convient de noter que, du point de vue du fisc américain, qui repose sur le principe que le fond l'emporte sur la forme, BDI s'est d'abord attribuée l'immeuble de HCP à elle-même et à Peninsula et, par la suite, à elle-même exclusivement, conservant ainsi l'immeuble de HCP et les pertes y afférentes. Voici en quels termes le juge de la Cour de l'impôt a résumé les témoignages entendus sur cette question:

M. Wagner [le directeur, Impôt de BDI] a déclaré que BDI avait toujours été le propriétaire effectif du condominium, sauf au moment où celui-ci appartenait aux Canadiens. À son avis, l'opération était une attribution de bien à un associé parce que BDI n'avait jamais cessé d'être propriétaire effectif du condominium de HCP, et ce, bien que les opérations aient eu lieu le 30 novembre 1987<sup>3</sup>.

[9] Il convient de noter que BDI a déclaré l'opération au fisc américain non pas en tant qu'opération

transaction, but as the sale of the Tremont Apartments in return for cash.<sup>4</sup> It should also be noted that the appellant's U.S. reporting is consistent with BDI's view of the transaction.

### III. Tax Court of Canada Decision

[10] The Tax Court of Canada Judge set out the facts and the arguments of the parties at considerable length, following which he outlined the law of partnership, quoting at length from the judgment of this Court in *Canada v. Continental Bank Leasing Corp.*<sup>5</sup> The Tax Court Judge made a strong finding of fact that the parties in this case did not intend to carry on business in common with a view to profit, and on this basis he held that no partnership involving the appellant was created here:

In the appeals at bar . . . , none of the appellants intended anything other than to obtain a tax loss. The retention of the Tremont Apartments was an afterthought the appellants were advised was necessary. The quantum of the initial loss anticipated by the appellants compared with any anticipated, or real, profits from the Tremont Apartments cannot, in my view, lead to the conclusion that the relationship subsisting between the appellants was to carry on a business in common with a view to profit or with a reasonable expectation of profit. . . . Any profits from the Tremont Apartments compared to the initial loss requires an exaggerated imagination to conclude that the transactions were undertaken with a view to profit. Again, the relationship subsisting between the appellants was not that of carrying on a business in common with a view to profit; they did not associate themselves to carry on a business for profit.<sup>6</sup> [Footnotes omitted.]

[11] He accordingly dismissed the appeal.

### IV. Submissions of the Appellant

[12] To the appellant, the main issue in this appeal is whether it became a partner in the venture on November 30, 1987. The appellant refers to the documentation and to the expert testimony of

effectuée par une société de personnes, mais en tant que vente des appartements Tremont en contrepartie d'une somme en espèces<sup>4</sup>. Il convient également de remarquer que la déclaration que l'appelante a faite au fisc américain coïncide avec la façon dont BDI a considéré l'opération.

### III. La décision de la Cour canadienne de l'impôt

[10] Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a exposé en long et en large les faits et les prétentions et moyens invoqués par les parties, à la suite de quoi il a exposé les règles du droit des sociétés de personnes applicables en citant de larges extraits de l'arrêt rendu par notre Cour dans l'affaire *Canada c. Continental Bank Leasing Corp.*<sup>5</sup>. Le juge de la Cour de l'impôt a conclu avec fermeté qu'en l'espèce, les parties n'avaient pas l'intention d'exploiter une entreprise en commun en vue d'en tirer un profit. Pour ce motif, il a statué qu'aucune société de personnes à laquelle l'appelante aurait participé n'avait été créée en l'espèce:

Dans les présents appels [. . .] aucun des appelants n'avait une intention autre que celle d'obtenir une perte fiscale. Ils ont songé après coup à conserver les appartements Tremont, après qu'on leur eut dit qu'il fallait le faire. Le montant de la perte initiale que les appelants prévoyaient subir par rapport aux bénéfices prévus ou réels tirés des appartements Tremont ne peut pas, à mon avis, nous permettre de conclure que la relation qui existait entre les appelants visait à leur permettre d'exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice ou dans une attente raisonnable de profit [. . .] Tout bénéfice tiré des appartements Tremont par rapport à la perte initiale exige un effort d'imagination incroyable lorsqu'il s'agit de conclure que les opérations visaient à permettre aux appelants de réaliser un bénéfice. Ici encore, la relation qui existait entre les appelants ne visait pas à leur permettre d'exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice; les appelants ne se sont pas associés en vue d'exploiter une entreprise dont il tirerait des bénéfices<sup>6</sup>. [Renvois omis.]

[11] Le juge a par conséquent rejeté l'appel.

### IV. Prétentions et moyens de l'appelante

[12] Pour l'appelante, la principale question en litige dans le présent appel est celle de savoir si elle est devenue une associée de l'entreprise en question le 30 novembre 1987. L'appelante cite la documentation

Professor Richard Buxbaum that, in his opinion, they did. The appellant also argues that the classic test for partnership is satisfied in this case, because of the expected and actual profitability of the Tremont Street apartments. In the appellant's view, the Tax Court Judge erred by allowing his view of the parties' motivation to influence his legal analysis. As all of these documents were legally effective, the Court need not look to the tax motivation of the parties here.

#### V. Submissions of the Respondent

[13] The respondent cites the many times in which the Tax Court Judge found that there was no relationship between the alleged partners which consisted of carrying on business in common with a view to profit. The respondent notes the appellant's repeated concession that the intention in this case was to accrue a tax loss on November 30, 1987. The respondent argues on this basis that the appellant and BDI were never really partners at the same time, but were only made to appear as partners for a brief moment before the last 25% of the HCP project was sold to the appellant.

[14] The respondent notes that the appellant's expert in U.S. law, Professor Buxbaum assumed, for purposes of providing his opinion, that there was an intention on the part of the parties to become partners in law. The respondent argues that whether partnership existed is a question of fact, one which was answered by Rip J.T.C.C.

[15] The respondent submits that the tax motivation of this transaction is relevant in this case because partnership is a question of intention. In response to the appellant's argument that the Supreme Court's decision in *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada* [[1998] 2 S.C.R. 298] is dispositive of this appeal, the respondent argues that *Continental Bank* affirmed that for a partnership to be found, regard must be paid to

et le témoignage d'expert du professeur Richard Buxbaum selon lequel elle est effectivement devenue une associée. L'appelante affirme également que le critère classique de la société de personnes a été satisfait en l'espèce en raison de la rentabilité prévue et effective des appartements de la rue Tremont. Suivant l'appelante, le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur en faisant en sorte que l'opinion qu'il avait des mobiles des parties influence son analyse juridique. Comme tous les documents en question étaient juridiquement obligatoires, la Cour n'a pas à examiner l'intention qui a motivé les parties sur le plan fiscal.

#### V. Prétentions et moyens de l'intimée

[13] L'intimée relève de nombreux passages où le juge de la Cour de l'impôt conclut qu'il n'existait entre les présumés associés aucune relation consistant à exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice. L'intimée souligne le fait que l'appelante a reconnu à plusieurs reprises qu'en l'espèce, son intention était d'acquiescer à une perte fiscale le 30 novembre 1987. Elle soutient, pour cette raison, que l'appelante et BDI n'ont jamais été de véritables associées au même moment, mais qu'on a fait en sorte qu'elles semblaient être des associées pour un bref moment avant que la dernière participation de 25 pour 100 du projet HCP ne soit vendue à l'appelante.

[14] L'intimée fait remarquer que l'expert en droit fiscal américain de l'appelante, le professeur Buxbaum a, en émettant son opinion, présumé que les parties avaient l'intention de devenir des associés en droit. L'intimée affirme que la question de savoir s'il existait ou non une société de personnes est une question de fait à laquelle le juge Rip de la Cour canadienne de l'impôt a répondu.

[15] L'intimée fait valoir que le mobile fiscal de cette opération est pertinent en l'espèce, étant donné que la question de savoir si une société de personnes a été créée est une question d'intention. En réponse à l'argument de l'appelante suivant lequel l'arrêt *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [[1998] 2 R.C.S. 298] de la Cour suprême du Canada tranche le sort du présent appel, l'intimée soutient que, dans cet

the true intention of the parties in relation to that partnership, and that on the facts of that case there was no evidence other than that a profitable business would continue to be carried on. The respondent asserts that the facts were different here in that the appellant freely admitted that, in this case, it entered into the transaction with no intention to join with the U.S. corporations in order to conduct ongoing business in common with a view to profit. Mr. Gouveia, one of the appellant's primary architects of this transaction, testified at trial that he first learned of the Tremont project while in California, but that its existence "was not relevant" to the goal of obtaining the tax losses.<sup>7</sup>

[16] The respondent also mentions that the appellant's accountant spoke with Revenue Canada on six occasions and never told the Revenue Canada officers that the purpose of the transaction was to acquire losses. The appellant did not concede until trial that its primary interest or intention was to acquire the non-capital losses of the HCP project.

## VI. Analysis

[17] One common tax avoidance device is for a taxpayer to form a partnership with someone who has lost money in order to take advantage of that loss by offsetting it against the profits earned by the taxpayer in the taxation year.<sup>8</sup> This is a legitimate tax planning mechanism which is so widely used that certain individuals engage in lucrative business and professional activities which arrange for the sale and purchase of these tax losses. It is perfectly proper to use the partnership as a vehicle to obtain tax savings, but it is necessary to create a partnership in order to do so. One cannot participate in partnership losses unless one is a partner. In other words, one can enter a partnership for the purpose of avoiding tax, but one cannot enter a partnership without complying with the requirements of partnership law. There must be a

arrêt, la Cour a affirmé que, pour qu'on puisse conclure à l'existence d'une société de personnes, il faut tenir compte de l'intention véritable des parties en ce qui concerne la société en question, et que, suivant les faits de cette affaire, la preuve permettait seulement de penser qu'on continuerait à exploiter une entreprise rentable. L'intimée affirme que les faits sont différents en l'espèce, étant donné que l'appelante a volontiers reconnu que, dans le cas qui nous occupe, elle n'avait pas conclu cette opération dans le but de se joindre aux compagnies américaines pour exploiter une entreprise active en commun avec autrui en vue de réaliser un bénéfice. M. Gouveia, qui est un des principaux architectes de cette opération, a témoigné au procès qu'il avait été mis au courant de l'existence du projet Tremont alors qu'il se trouvait en Californie, mais que l'existence de ce projet n'avait «rien à voir avec» l'objectif consistant à obtenir des pertes fiscales<sup>7</sup>.

[16] L'intimée mentionne également le fait que l'expert comptable de l'appelante a parlé à six reprises avec des fonctionnaires de Revenu Canada et qu'il ne leur a jamais dit que l'opération avait pour but d'acquiescer des pertes. Ce n'est qu'au procès que l'appelante a finalement admis que son intérêt principal ou son intention première était d'acquiescer les pertes autres qu'en capital provenant du projet HCP.

## VI. Analyse

[17] Une des méthodes d'évasion fiscale qui est couramment employée consiste pour un contribuable à s'associer avec une personne qui a perdu de l'argent afin de se prévaloir de cette perte en la déduisant des profits que ce contribuable a tirés au cours de l'année d'imposition<sup>8</sup>. Il s'agit là d'un mécanisme de planification fiscale légitime dont l'usage est tellement répandu que certaines personnes se livrent à des entreprises et activités professionnelles lucratives consistant à acheter et à vendre de telles pertes fiscales. Il est parfaitement légitime de se servir d'une société de personnes comme moyen de réaliser des épargnes fiscales, mais il est nécessaire de créer une société de personnes pour ce faire. On ne peut participer aux pertes d'une société de personnes que si l'on en est un des associés. En d'autres termes, on peut

partnership actually created between the profitable and unprofitable entities. This cannot be done on paper alone. One cannot insist in writing that a partnership has been created when the objective facts do not support that conclusion. It is similarly trite law that one cannot on paper deny the existence of a partnership when the objective facts demonstrate that a partnership has in fact been formed.<sup>9</sup> The paperwork is very important but it is not the whole story. Thus, a partnership in law requires a partnership in life.

[18] Partnership is defined similarly in all common law jurisdictions: a partnership is a relationship existing between two or more people carrying on business in common with a view to profit. Partnership exists by virtue of agreement, and therefore requires a mutual intention on the part of the parties to form a partnership. In law, one cannot “buy” or “sell” partnership; partnership is a relationship which subsists when two or more people carry on business in common with a view to profit. A young law associate, for example, may pay money to “buy into” a partnership, but in law that person is not a partner unless he or she is part of a group of people carrying on business in common with a view to profit.<sup>10</sup> In *Robert Porter & Sons Ltd. v. Armstrong*, the Supreme Court wrote:

Partnership, it is needless to say, does not arise from ownership in common, or from joint ownership. Partnership arises from contract, evidenced either by express declaration or by conduct signifying the same thing.<sup>11</sup>

[19] Since the *Income Tax Act* does not define partnership, the law of the jurisdiction involved is the basis on which any claim of partnership must be founded. In this case, the expert evidence of Professor Buxbaum, a distinguished and respected law professor from the University of California at Berkeley,

s’associer dans le but d’éviter l’impôt, mais on ne peut s’associer sans se conformer aux exigences du droit des sociétés. Il faut qu’une société ait effectivement été créée entre l’entité rentable et l’entité non rentable. Il ne peut y avoir de société purement théorique. On ne peut affirmer dans un écrit qu’une société de personnes a été créée alors que les faits objectifs ne justifient pas une telle conclusion. C’est aussi un principe élémentaire de droit qu’on ne peut nier dans un écrit l’existence d’une société de personnes lorsque les faits objectifs démontrent qu’une société de personnes a bel et bien été constituée<sup>9</sup>. Les écrits sont très importants, mais ils ne disent pas tout. Pour être reconnue en droit, une société de personnes doit donc avoir une existence réelle.

[18] La société de personnes est définie de la même façon dans toutes les juridictions de common law: une société de personnes est la relation qui unit deux ou plusieurs personnes qui exploitent une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice. L’existence d’une société de personnes dépend d’un accord, c’est-à-dire de la volonté réciproque des parties de constituer une société de personnes. En droit, on ne peut «acheter» ou «vendre» une société de personnes; la société de personnes constitue une relation qui subsiste tant que deux ou plusieurs personnes exploitent une entreprise en commun dans le but de réaliser un bénéfice. Ainsi, un jeune avocat associé peut payer de l’argent pour «acheter des parts» dans une société de personnes, mais en droit il n’est un associé que s’il fait partie d’un groupe de personnes qui exploitent une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice<sup>10</sup>. Dans l’arrêt *Robert Porter & Sons Ltd. v. Armstrong*, la Cour suprême a écrit:

[TRADUCTION] Il va sans dire que l’existence d’une société de personnes ne dépend pas du fait qu’il y ait propriété en commun ou propriété conjointe. La société de personnes tire son existence d’un contrat, qui est attestée soit par une déclaration expresse, soit par une conduite y équivalant!<sup>11</sup>.

[19] Comme la *Loi de l’impôt sur le revenu* ne définit pas ce qu’est une société de personnes, ce sont les règles de droit de la juridiction compétente qui doivent être invoquées pour justifier toute affirmation quant à l’existence d’une société de personnes. En l’espèce, il ressort du témoignage d’expert qu’a donné

indicated that the fundamental components of partnership are the same in California as in the Canadian jurisdictions.

[20] Although it has been said that “partnership or no partnership is a question of fact” a finding of partnership is a mixed question of fact and law.<sup>12</sup> Most of the individual ingredients or elements of partnership, such as intention to make a profit, are questions of fact. The final conclusion as to partnership, however, requires the judicial evaluation of those facts in the light of a legal test, and is thus more than merely a factual conclusion. The existence of partnership, therefore, always depends on the necessary factual findings that the elements of partnership have been proven. Neither an agreement that there is a partnership nor a disclaimer of one, though significant can be conclusively dispositive of the question in every case.<sup>13</sup>

[21] The jurisprudence indicates that only those activities carried on with a view to profit, including an ancillary purpose of profit making may form the basis of partnership.<sup>14</sup> The leading text, *Lindley & Banks on Partnership*, summarizes the situation as follows:

. . . if a partnership is formed with some other predominant motive [other than the acquisition of profit], e.g., tax avoidance, but there is also a real, albeit ancillary profit element, it may be permissible to infer that the business is being carried on “with a view of profit.” If, however, it could be shown that the sole reason for the creation of a partnership was to give a particular partner the “benefit” of, say a tax loss, when there was no contemplation in the parties’ minds that a profit . . . would be derived from carrying on the relevant business, the partnership could not in any real sense be said to have been formed with a view to profit.<sup>15</sup> [Emphasis added.]

[22] The leading Canadian case on the taxation of partnerships is now the Supreme Court’s decision in

le professeur Buxbaum, un éminent et respecté professeur de droit de l’université de Californie à Berkeley, que les éléments constitutifs fondamentaux de la société de personnes sont les mêmes en Californie qu’au Canada.

[20] Malgré le fait qu’il a été affirmé que «l’existence d’une société de personnes est une question de fait», toute conclusion quant à l’existence d’une société de personnes est une question mixte de fait et de droit<sup>12</sup>. La plupart des composants ou éléments constitutifs de la société de personnes, tels que l’intention de réaliser un bénéfice, sont des questions de fait. La conclusion définitive quant à la création d’une société de personnes nécessite toutefois du tribunal qu’il examine ces faits à la lumière d’un critère juridique et il s’agit donc plus que d’une simple conclusion de fait. L’existence d’une société de personnes dépend donc toujours des conclusions de fait nécessaires suivant lesquelles l’existence des éléments constitutifs de la société de personnes a été démontrée. Bien que ni l’une ni l’autre ne soit dépourvue d’importance, ni l’affirmation ni la dénégation de l’existence d’une société de personnes ne saurait trancher la question de façon concluante dans chaque cas<sup>13</sup>.

[21] Il est de jurisprudence constante que seules les activités exercées dans un but lucratif, y compris celles dont l’objectif accessoire est de réaliser un profit, peuvent donner lieu à la constitution d’une société de personnes<sup>14</sup>. Dans l’ouvrage *Lindley & Banks on Partnership* qui fait autorité, on résume la situation dans les termes suivants:

[TRADUCTION] [. . .] lorsqu’une société de personnes a été constituée dans un but premier autre qu’un but lucratif, comme par exemple pour éviter l’impôt, mais qu’il y a aussi un élément véritable, bien qu’accessoire, de profit, il est quand même possible d’en inférer que l’entreprise est exploitée «en vue de réaliser un bénéfice». Toutefois, si l’on peut démontrer que l’unique raison pour laquelle la société a été constituée était d’accorder à l’un des associés un «avantage», par exemple la déduction d’une perte fiscale, alors que les parties n’avaient jamais prévu tirer un profit [. . .] de l’exploitation de l’entreprise, on ne saurait logiquement prétendre que la société a été constituée en vue de réaliser un bénéfice<sup>15</sup>. [Non souligné dans l’original.]

[22] L’arrêt canadien qui fait autorité en matière d’imposition des sociétés de personnes est désormais

*Continental Bank*.<sup>16</sup> In that decision, which was not path breaking but merely consistent with pre-existing authority on this issue, Bastarache J. wrote, for a unanimous Court, on the point that partnership is traditionally defined as persons carrying on business in common with a view to profit:

Section 2 of the *Partnerships Act* defines partnership as “the relation that subsists between persons carrying on a business in common with a view to profit”. This wording, which is common to the majority of partnership statutes in the common law world, discloses three essential ingredients: (1) a business, (2) carried on in common, (3) with a view to profit. I will examine each of the ingredients in turn.

The existence of a partnership is dependent on the facts and circumstances of each particular case. It is also determined by what the parties actually intended. As stated in *Lindley & Banks on Partnership* (17th ed. 1995), at p. 73: “in determining the existence of a partnership . . . regard must be paid to the true contract and intention of the parties as appearing from the whole facts of the case”.

The *Partnerships Act* does not set out the criteria for determining when a partnership exists. But since most of the case law dealing with partnerships results from disputes where one of the parties claims that a partnership does not exist, a number of criteria that indicate the existence of a partnership have been judicially recognized. The indicia of a partnership include the contribution by the parties of money, property, effort, knowledge, skill or other assets to a common undertaking, a joint property interest in the subject-matter of the adventure, the sharing of profits and losses, a mutual right of control or management of the enterprise, the filing of income tax returns as a partnership and joint bank accounts . . . .

In cases such as this, where the parties have entered into a formal written agreement to govern their relationship and hold themselves out as partners, the courts should determine whether the agreement contains the type of provisions typically found in a partnership agreement, whether the agreement was acted upon and whether it actually governed the affairs of the parties (*Mahon v. Minister of National Revenue*, 91 D.T.C. 878 (T.C.C.)). On the face of the agreements entered into by the parties, I have found that the parties created a valid partnership within the meaning of s. 2 of the *Partnerships Act*. I have also found that the parties

l'arrêt *Continental Bank*<sup>16</sup> de la Cour suprême. Dans cet arrêt, qui n'a rien de révolutionnaire mais dans lequel la Cour s'est contentée de confirmer la jurisprudence antérieure sur la question, le juge Bastarache a écrit, pour le compte d'une Cour unanime sur ce point, que la société en nom collectif (ou société de personnes) est traditionnellement définie comme un regroupement de personnes qui exploitent une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice:

À l'article 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*, le terme société en nom collectif est défini comme étant «la relation qui existe entre des personnes qui exploitent une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice». Ce libellé, commun à la plupart des lois sur les sociétés en nom collectif dans les ressorts de common law, comporte trois éléments essentiels: (1) une entreprise, (2) exploitée en commun (3) en vue de réaliser un bénéfice. Je vais examiner chacun de ces éléments à tour de rôle.

L'existence d'une société en nom collectif est tributaire des faits et circonstances propres à chaque espèce. Elle est également fonction de l'intention véritable des parties. Comme il est indiqué dans *Lindley & Banks on Partnership* (17<sup>e</sup> éd. 1995), à la p. 73: [TRADUCTION] «pour déterminer l'existence d'une société en nom collectif [. . .] il faut tenir compte du contrat et de l'intention véritables des parties ressortant de l'ensemble des faits de l'affaire».

La *Loi sur les sociétés en nom collectif* ne précise pas les critères qui permettent de déterminer si une telle société existe. Cependant, comme la plupart des décisions des tribunaux en matière de sociétés en nom collectif résultent de litiges dans lesquels une des parties prétend qu'une telle société n'existe pas, un certain nombre de critères indiquant l'existence d'une société en nom collectif ont été reconnus par les tribunaux. Parmi ces indices, mentionnons les suivants: apport des parties à l'entreprise commune sous forme de numéraire, biens, travail, connaissances, habiletés ou autres éléments; droit de propriété conjointe dans l'objet de l'entreprise; partage des profits et des pertes; droit mutuel de contrôle ou de gestion de l'entreprise; production de déclarations de revenus à titre de société en nom collectif et comptes bancaires conjoints [. . .]

Dans les cas comme celui qui nous occupe, où les parties ont conclu un accord écrit formel régissant leurs rapports et se présentent comme des associés, les tribunaux doivent se demander si l'accord renferme le genre de dispositions figurant habituellement dans les contrats de société, si on a appliqué le contrat et si, dans les faits, il a régi les affaires des parties (*Mahon c. Ministre du Revenu national*, 91 D.T.C. 878 (C.C.I.)). À la lecture des accords conclus par les parties, j'arrive à la conclusion que ces dernières ont créé une société en nom collectif valide au sens de l'art. 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*. Je conclus

acted upon the agreements and that the agreements governed their affairs. [Emphasis added; citations omitted.]

[23] Having indicated that the documents could be legally effective to create a partnership, Bastarache J. considered further, as he was required to do, whether, on the objective facts of the case, the various indicia pointed to the conclusion that a business was in fact carried on in common by the partners. He summarized the law as follows at paragraph 29 [page 320]:

If a partnership is to exist, it must be shown that two or more people carried on the business. It is also fundamental that the business is carried on in common (*Lindley & Banks on Partnership, supra*, at pp. 9-10).

[24] Following this summary he concluded, at paragraphs 31-34 [pages 321-322], that, on the facts of the case, according to the relevant indicia, a business was carried on in common:

In the present instance, it is true that between December 24 and December 27, 1986, no meetings were held, no new transactions were entered into by the parties and no decisions were made. However, that is not determinative of the fact that no business was carried on by the Partnership. Prior to its entering the Partnership, Leasing carried on business. This business and its assets were transferred to the Partnership on December 24, 1986. There was no termination of Leasing's contracts with its customers and the contracts continued during the period of December 24 to December 27.

Evidence that the business previously carried on by Leasing was carried on by the Partnership is contained in a letter dated December 24, 1986 from Air Canada, one of the Bank's customers. In the letter, Air Canada acknowledges that "[Leasing] intends to sell and assign its interest in the Purchase Agreements, the Aircraft and the Leases to an Ontario partnership . . .". Air Canada consented to the "sale and assignment of the Purchase Agreements, the Aircraft and the Leases" from the Bank to Leasing and consented "to the sale and assignment of the Purchase Agreements, the Aircraft and the Leases by [Leasing] to the Partnership".

The fact that no new business was created during the period of Leasing and the Bank's involvement in the Partnership does not negate the effect of the existing business that was continued during this time. The existence

également que les parties ont appliqué les accords et que ceux-ci ont régi leurs affaires. [Mots non soulignés dans l'original; renvois omis.]

[23] Ayant conclu que les documents en question remplissaient les conditions juridiques nécessaires pour constituer une société de personnes valide, le juge Bastarache s'est également demandé, comme il était tenu de le faire, si, suivant les faits objectifs de l'affaire, les divers indices permettaient de conclure qu'une entreprise était effectivement exploitée en commun par les associés. Il résume les règles de droit applicables de la façon suivante, au paragraphe 29 [page 320]:

Pour qu'une société en nom collectif existe, il doit être établi qu'au moins deux personnes exploitent l'entreprise. Il est également essentiel que l'entreprise soit exploitée en commun (*Lindley & Banks on Partnership, op. cit.*, aux pp. 9 et 10).

[24] Après ce résumé, il a conclu, aux paragraphes 31 à 34 [pages 321 et 322], que, suivant les faits de l'espèce et les indices pertinents, une entreprise était effectivement exploitée en commun:

En l'espèce, il est vrai que, entre le 24 et le 27 décembre 1986, aucune réunion n'a eu lieu, aucune opération nouvelle n'a été conclue par les parties et aucune décision n'a été prise. Cependant, il ne s'ensuit pas que la Société n'a exploité aucune entreprise. Avant de devenir membre de la Société, Leasing exploitait une entreprise qui a été transférée, avec ses éléments d'actif, à la Société le 24 décembre 1986. Les contrats liant Leasing et ses clients n'ont pas été résiliés et ils ont continué de s'appliquer pendant la période du 24 au 27 décembre.

Une lettre datée du 24 décembre 1986 et provenant d'Air Canada, un des clients de la Banque, est un élément de preuve que l'entreprise exploitée précédemment par Leasing a été exploitée par la Société. Dans cette lettre, Air Canada reconnaît que [TRADUCTION] «[Leasing] entend vendre et céder sa participation dans les contrats d'achat, l'aéronef et les baux à une société en nom collectif de l'Ontario [ . . . ]». Air Canada a consenti [TRADUCTION] «à la vente et à la cession des contrats d'achat, de l'aéronef et des baux» par la Banque à Leasing, ainsi qu'«à la vente et à la cession des contrats d'achat, de l'aéronef et des baux par [Leasing] à la Société».

Le fait qu'aucune nouvelle activité commerciale n'ait été entreprise pendant la période où Leasing et la Banque ont participé à la Société n'annule pas les effets de l'entreprise déjà existante, dont l'exploitation s'est poursuivie pendant

of a valid partnership does not depend on the creation of a new business. It is common that partnerships are formed when two parties agree to carry on the existing business of one of them, while the other contributes capital.

In addition, I am satisfied that the business that was carried on was carried on by the partners in common. Under the Partnership Agreement, the Partners “delegate to the Managing Partner full power and authority to manage, control, administer and operate the business and affairs of the Partnership and to represent and enter into transactions which bind the Partnership” (Art. 4.01). The fact that the management of the Partnership was given to the Managing Partner does not mandate a conclusion that the business was not carried on in common. Nor does the fact that Central, acting alone, was negotiating transactions relating to the lease portfolios prior to December 29, 1986. The respondent argues that the exclusion of Leasing and the Bank from any of those activities negates any claim that the Central entities and the Continental entities were actually carrying on business in common during that period. As *Lindley & Banks on Partnership, supra*, point out, at p. 9, one or more parties may in fact run the business on behalf of themselves and the others without jeopardizing the legal status of the arrangement.

[25] Having found that the documents were legally in order, and that there was a business carried on in common by the partners, Bastarache J. assessed the facts to determine whether there was a business carried on in common with a view to profit. He held that there was, at paragraphs 39-41 [pages 323-324]:

The Court of Appeal held that the parties intended to conduct a sale of assets through a device they chose to call a partnership. This intention did not include a view to profit and in fact “the idea to share profits was an afterthought when the parties originally put the deal together” (p. 731). This characterization by the Court of Appeal ignores the fact that the Partnership Agreement provided for the distribution of the profits from the leasing business being operated by the Partnership and that the Partnership continued to carry on the business operated for profit by Leasing. There is no evidence of any expectation other than that profits would continue to be generated during the predetermined term of Leasing’s involvement in the Partnership. The Court of Appeal also relied heavily on the fact that Leasing was not legally entitled to a share of the profits of the first fiscal year because its partnership interest had already been transferred to the Bank by the time the year end was triggered on December 27, 1986. This, however, is irrelevant to the determination of the issue.

cet intervalle. L’existence d’une société en nom collectif valide ne dépend pas de l’exploitation de nouvelles activités commerciales. Il est courant qu’une société en nom collectif soit formée par deux parties qui conviennent d’exploiter l’entreprise de l’une d’entre elles, tandis que l’autre fait un apport de capital.

De plus, je suis convaincu que l’entreprise qui était exploitée a été exploitée en commun par les associés. Aux termes du contrat de société, les associés avaient convenu de [TRADUCTION] «déléguer à l’associé directeur général tous les pouvoirs nécessaires pour gérer les affaires de la Société et exploiter son entreprise, pour la représenter et pour conclure des opérations la liant» (art. 4.01). Le fait que la gestion de la Société ait été confiée à l’associé directeur général n’oblige pas à conclure que l’entreprise n’était pas exploitée en commun. Pas plus que le fait que Central négociait de son seul chef des opérations se rapportant au portefeuille de baux avant le 29 décembre 1986. L’intimée soutient que l’exclusion de Leasing et de la Banque de ces activités réfute toute prétention selon laquelle les entités liées à Central et les entités liées à Continental exploitaient véritablement une entreprise en commun au cours de cette période. Comme on le souligne dans *Lindley & Banks on Partnership, op. cit.*, à la p. 9, une ou plusieurs parties peuvent, dans les faits, diriger l’entreprise pour leur propre compte et celui des autres parties sans compromettre la nature juridique de l’arrangement.

[25] Ayant conclu que les documents étaient juridiquement valables et que les associés exploitaient une entreprise en commun, le juge Bastarache a évalué les faits pour déterminer s’il existait une entreprise exploitée en commun en vue de réaliser un bénéfice. Il a répondu par l’affirmative à cette question, aux paragraphes 39 à 41 [pages 323 et 324]:

La Cour d’appel a conclu que les parties avaient eu l’intention de vendre des éléments d’actif en recourant à un mécanisme qu’elles ont choisi d’appeler une société en nom collectif. Leur intention n’englobait pas la réalisation d’un bénéfice et, dans les faits, «l’idée de partager les bénéfices est venue après coup lorsque que les parties ont initialement élaboré l’accord» (p. 731). Cette affirmation de la Cour d’appel ne tient pas compte du fait que le contrat de société prévoyait la répartition des bénéfices tirés de l’entreprise de crédit-bail exploitée par la Société et que celle-ci a continué l’entreprise exploitée dans un but lucratif par Leasing. Il n’y a aucune preuve qu’on attendait autre chose que la poursuite de la réalisation de bénéfices pendant la durée prévue de la participation de Leasing à la Société. De plus, la Cour d’appel s’est beaucoup appuyée sur le fait que Leasing n’avait pas légalement droit à une quote-part des bénéfices réalisés pendant le premier exercice, étant donné que sa participation dans la Société avait déjà été transférée à la Banque au moment de la clôture de l’exercice le

To determine whether the business was carried on with a view to profit, it is necessary to look to the provisions of the Partnership Agreement governing the distribution of profits.

5.06 Allocation of Net Income or Loss. The net income or loss for each fiscal year of the Partnership shall be allocated to the current accounts of the Partners in proportion to their respective average capital accounts for the period for which the allocation is made.

5.09 Allocation of Income and Loss for Tax Purposes. The income or loss of the Partnership for the whole of a fiscal year for the purposes of the Income Tax Act shall be allocated to those Persons who are Partners on the last day of the fiscal year of the Partnership in the proportions set out in section 5.06. The income or loss of the Partnership which is allocated to those Partners shall be allocated among those Partners as of the time and in the proportions set out in this article.

These provisions clearly contemplate the distribution of profits in accordance with a partner's interest in the Partnership. Profit was accumulated by the Partnership during the period of Leasing's membership in that partnership and that profit was distributed.

[26] In summary, then, Bastarache J. indicated that the factual circumstances of the case must be considered when deciding whether a valid partnership was created. First, the documents in question must be examined with a view to ensuring that they are legally effective to create a partnership. Second, the objective facts of the case must be analysed in order to ascertain whether (a) a business (b) is carried on in common (c) with a view to profit. Attention should be paid to indicia such as those noted by Bastarache J. at paragraph 24 [page 318] of his reasons and reproduced above. The parties in the purported partnership must act on and be governed by the agreement they entered into. Third, when analysing whether a business is carried on in common, both the partnership agreement and the actual events are important. Fourth, when analysing whether a business is carried on in common with a view to profit, both the partnership agreement and the intentions of the partners are relevant. Finally, quoting from *Lindley & Banks on Partnership, supra*, Bastarache J. reiterated that even though tax avoidance is the overriding consideration in entering a partnership, that does not negate a potential ancillary purpose of generating profit being sufficient to satisfy the

27 décembre 1986. Cet élément n'est toutefois pas pertinent pour trancher la question en litige.

Pour déterminer si l'entreprise était exploitée en vue de réaliser un bénéfice, il est nécessaire d'examiner les stipulations du contrat de société régissant le partage des bénéfices.

[TRADUCTION] 5.06 Répartition du bénéfice net ou de la perte nette. Le bénéfice net ou la perte nette pour chacun des exercices de la Société est réparti entre les comptes des associés, proportionnellement au compte-capital moyen de chacun d'eux pour la période visée.

5.09 Répartition du bénéfice ou de la perte aux fins de l'impôt. Le bénéfice ou la perte de la Société pour l'ensemble d'un exercice aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est réparti entre les personnes qui sont des associés le dernier jour de l'exercice de la Société, suivant la proportion prévue à l'art. 5.06. Le bénéfice ou la perte de la Société est réparti entre ces associés au moment et selon les proportions prévues par le présent article.

Ces stipulations prévoient clairement la répartition des bénéfices en fonction de la participation de l'associé dans la Société. Cette dernière a accumulé un bénéfice au cours de la période où Leasing en faisait partie, et ce bénéfice a été distribué.

[26] En résumé, donc, le juge Bastarache a déclaré qu'il faut examiner les circonstances factuelles de l'espèce pour décider si une société de personnes a été valablement constituée. Il faut d'abord examiner les documents en question pour s'assurer qu'ils sont juridiquement exécutoires et qu'ils ont pour effet de créer une société de personnes. Deuxièmement, il faut analyser les faits objectifs de l'affaire pour déterminer si: a) une entreprise b) est exploitée en commun c) en vue de réaliser un bénéfice. Il y a lieu de tenir compte de facteurs comme ceux que le juge Bastarache a exposés au paragraphe 24 [page 318] précité de ses motifs. Les présumés associés doivent appliquer l'accord qu'ils ont conclu et être régis par lui. Troisièmement, pour déterminer si une entreprise est exploitée en commun, il faut accorder une importance particulière tant au contrat de société qu'aux événements qui se sont effectivement produits. Quatrièmement, lorsqu'on se demande si une entreprise est exploitée en commun en vue de réaliser un bénéfice, le contrat de société et l'intention des associés sont importants. Finalement, citant *Lindley & Banks on Partnership, précité*, le juge Bastarache répète que, même si l'évasion fiscale est le facteur prédominant

requirement that the parties be carrying on business in common with a view to profit. However, if the sole purpose of the transaction is tax avoidance, no partnership can be said to exist.

[27] In the *Continental Bank* case,<sup>17</sup> the Supreme Court held that there were both the partnership agreement which expressly provided for profit sharing, and an actual sharing of profits. Bastarache J. noted that the partnership agreement contemplated the distribution of profits among the partners, and that there was no factual evidence to the contrary, stating that “[t]here is no evidence of any expectation other than that profits would continue to be generated”.<sup>18</sup> In contrast, the Tax Court Judge in this case made an unambiguous finding of fact that these parties, when they purported to become partners, had absolutely no intention to carry on business with a view to profit. “In the appeals at bar,” he concluded, “none of the appellants intended anything other than to obtain a tax loss”.<sup>19</sup> In short, to use the words of *Lindley & Banks on Partnership*, that was their “sole reason for the creation of [the] partnership.”

[28] Partnership arises from an agreement between two or more legal persons. While the determination of whether partnership exists is a question of mixed law and fact, the intention of the parties at the time of entering a contract (of partnership or otherwise) is a question of fact.<sup>20</sup> *Lindley & Banks on Partnership* describes the intention to make profit as being “at the very heart” of the partnership relationship.<sup>21</sup> This is not to say that parties must intend to be “partners” *per se*, but there must be a finding of fact that the parties carried on business in common with a view to profit. In this case, there was a contrary finding of fact to the effect that there was no business carried on in common with a view to profit. The Supreme Court has repeatedly made the point that, barring some palpable or overriding error, it is unwise for appeal courts to reverse findings of fact. For example, in *R. v. Van der*

ayant motivé la constitution de la société de personnes, cet état de fait n’exclut pas pour autant un éventuel but accessoire de réaliser un bénéfice qui est suffisant pour satisfaire à l’obligation imposée aux parties d’exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice. Toutefois, si le seul objectif de l’opération est l’évasion fiscale, nul ne peut prétendre qu’une société de personnes a effectivement été constituée.

[27] Dans l’arrêt *Continental Bank*<sup>17</sup>, la Cour suprême a statué qu’il y avait à la fois un contrat de société qui prévoyait expressément la distribution des bénéfices et un partage effectif des profits. Le juge Bastarache a fait remarquer que le contrat de société prévoyait le partage des bénéfices entre les associés et qu’il n’y avait aucun élément de preuve factuel contraire. Il a affirmé qu’il n’y avait «aucune preuve qu’on attendait autre chose que la poursuite de la réalisation de bénéfices»<sup>18</sup>. Par contraste, en l’espèce, le juge de la Cour de l’impôt a conclu dans les termes les plus nets qu’en devenant de présumés associés, les parties n’avaient absolument pas l’intention d’exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice. «Dans les présents appels», a-t-il conclu, «aucun des appelants n’avait une intention autre que celle d’obtenir une perte fiscale»<sup>19</sup>. Bref, pour citer *Lindley & Banks on Partnership*, c’était [TRADUCTION] «l’unique raison de la création de la société».

[28] Une société de personnes est le fruit de la rencontre de la volonté de deux ou de plusieurs personnes juridiques. Bien que la question de savoir si une société de personnes a effectivement été créée soit une question mixte de droit et de fait, la volonté des parties au moment de la conclusion du contrat (de société de personnes ou autre) est une question de fait<sup>20</sup>. Suivant les auteurs de l’ouvrage *Lindley & Banks on Partnership*, l’intention de réaliser un bénéfice se situe [TRADUCTION] «au cœur même» de la société de personnes<sup>21</sup>. Cela ne veut pas dire que les parties doivent avoir l’intention d’être des «associés» comme tels, mais les faits doivent permettre de conclure que les parties ont exploité une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice. En l’espèce, le juge de la Cour de l’impôt a au contraire conclu qu’il n’y avait pas d’entreprise exploitée en commun

*Peet*, Chief Justice Lamer wrote for the Court that:

It is a well-settled principle of law that when an appellate court reviews the decision of a trial judge that court must give considerable deference to the trial judge's findings of fact, particularly where those findings of fact are based on the trial judge's assessment of the testimony and credibility of witnesses. In *Stein v. The Ship "Kathy K"* . . . , Ritchie J., speaking for the Court, held at p. 808 that absent a "palpable and overriding error" affecting the trial judge's assessment of the facts, an appellate court should not substitute its own findings of fact for those of the trial judge:

These authorities are not to be taken as meaning that the findings of fact made at trial are immutable, but rather that they are not to be reversed unless it can be established that the learned trial judge made some palpable and overriding error which affected his assessment of the facts. While the Court of Appeal is seized with the duty of re-examining the evidence in order to be satisfied that no such error occurred, it is not, in my view, a part of its function to substitute its assessment of the balance of probability for the findings of the judge who presided at the trial.

This principle has also been followed in more recent decisions of this Court: *Beaudoin-Daigneault v. Richard* . . . ; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)* . . . ; *Hodgkinson v. Simms* . . . In the recently released decision of *Schwartz v. Canada*, . . . La Forest J. made the following observation at para. 32, with which I agree, regarding appellate court deference to findings of fact:

Unlimited intervention by appellate courts would greatly increase the number and the length of appeals generally. Substantial resources are allocated to trial courts to go through the process of assessing facts. The autonomy and integrity of the trial process must be preserved by exercising deference towards the trial courts' findings of fact . . . This explains why the rule applies not only when the credibility of witnesses is at issue, although in such a case it may be more strictly applied, but also to all conclusions of fact made by the trial judge . . . .

en vue de réaliser un bénéfice. La Cour suprême a répété à plusieurs reprises que, sauf en cas d'erreur manifeste ou dominante, il n'est pas sage de la part des tribunaux d'appel d'infirmier des conclusions de fait. Ainsi, dans l'arrêt *R. c. Van der Peet*, la Cour suprême du Canada a déclaré, sous la plume du juge en chef Lamer:

Selon un principe juridique bien établi, lorsqu'une cour d'appel examine la décision du juge du procès, elle doit faire montre d'une retenue considérable à l'égard des conclusions de fait du juge, en particulier lorsque ces conclusions de fait sont fondées sur son appréciation des témoignages et de la crédibilité des témoins. Dans l'arrêt *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, le juge Ritchie, au nom de la Cour, a conclu, à la p. 808, que, en l'absence d'«erreur manifeste et dominante» ayant faussé l'appréciation des faits par le juge du procès, une cour d'appel ne doit pas substituer ses propres conclusions sur les faits à celles tirées par ce dernier:

On ne doit pas considérer que ces arrêts signifient que les conclusions sur les faits tirées en première instance sont intangibles, mais plutôt qu'elles ne doivent pas être modifiées à moins qu'il ne soit établi que le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits. Bien que la Cour d'appel ait l'obligation de réexaminer la preuve afin de s'assurer qu'aucune erreur de ce genre n'a été commise, j'estime qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation de la prépondérance des probabilités aux conclusions tirées par le juge qui a présidé le procès.

Ce principe a également été suivi dans des arrêts plus récents de notre Cour: *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2, aux pp. 8 et 9; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, à la p. 794; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, à la p. 426. Dans l'arrêt récent *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, le juge La Forest a, au par. 32, fait l'observation suivante, à laquelle je souscris, au sujet de la retenue dont doivent faire montre les cours d'appel à l'égard des conclusions de fait:

Une intervention illimitée des cours d'appel ferait augmenter considérablement le nombre et la durée des appels en général. D'importantes ressources sont mises à la disposition des tribunaux de première instance pour qu'ils puissent évaluer les faits. Il faut préserver l'autonomie et l'intégrité du procès en faisant preuve de retenue à l'égard des conclusions de fait des tribunaux de première instance; [. . .] Cela explique pourquoi la règle s'applique non seulement lorsque la crédibilité des témoins est en cause, quoiqu'elle puisse alors s'appliquer plus strictement, mais également à toutes les conclusions de fait tirées par le juge de première instance [. . .]

I would also note that the principle of appellate court deference has been held to apply equally to findings of fact made on the basis of the trial judge's assessment of the credibility of the testimony of expert witnesses; *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*.<sup>22</sup> [Citations omitted.]

[29] In this case, the Tax Court Judge heard and weighed the evidence of the parties and made a decisive finding of fact that, when the contract of partnership was entered into, there was no intention to carry on business in common with a view to profit. While *Continental Bank*, both in this Court and in the Supreme Court, reiterated that a secondary or ancillary intention to carry on business with a view to profit is enough—even if such intention was constructed for tax purposes as an afterthought—no such secondary or ancillary intention was found by the Tax Court Judge to be present here.

[30] The law that a secondary or ancillary profit intention is sufficient in creating a partnership was known to the Tax Court Judge and was cited by him in his judgment. He reproduced the paragraph from *Lindley, supra*, at pages 2785-2787 of his judgment.<sup>23</sup> Despite this, the Tax Court Judge found, as a fact, that there was no intention on the part of the parties to conduct business in common with a view to profit. He correctly concluded, as a matter of law, that if there was no intention to carry on business with a view to profit, there could be no partnership.<sup>24</sup>

[31] Given such a strong finding of fact that there was no intention other than to obtain a tax loss, one can only conclude that, if the appellant intended to carry on business, it was with a view to a loss, not a profit. That intention does not meet the standard required by Canadian—or California—law.

[32] It has been suggested in this case that the Tax Court Judge did not have the benefit of the decision in *Continental Bank, supra*, which decision introduced a

Je souligne également qu'il a été décidé que le principe de la retenue par les cours d'appel s'applique aussi aux conclusions de fait du juge de première instance qui sont fondées sur son appréciation de la crédibilité des témoignages d'experts: *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*<sup>22</sup>. [Renvois omis.]

[29] En l'espèce, le juge de la Cour de l'impôt a entendu et apprécié la preuve présentée par les parties et a tiré une conclusion de fait décisive en déclarant que, lors de la signature du contrat de société, les parties n'avaient pas l'intention d'exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice. Il est vrai que, dans l'affaire *Continental Bank*, notre Cour et la Cour suprême ont toutes les deux réaffirmé qu'une intention secondaire ou accessoire d'exploiter une entreprise en vue de réaliser un bénéfice était suffisante—même si cette intention était formulée après coup dans le but de se prévaloir d'un avantage fiscal. En l'espèce, toutefois, le juge de la Cour de l'impôt a conclu qu'il n'existait aucune intention secondaire ou accessoire de ce genre.

[30] Le juge de la Cour de l'impôt connaissait le principe juridique suivant lequel il est suffisant qu'il y ait une intention secondaire ou accessoire pour créer une société de personnes et il a cité ce principe dans son jugement. Il a, aux pages 2785 à 2788 de son jugement, reproduit le paragraphe précité de *Lindley*<sup>23</sup>. Malgré tout, le juge de la Cour de l'impôt a conclu, en fait, que les parties n'avaient pas l'intention d'exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice. Il a conclu à juste titre, en droit, que, s'il n'existait pas d'intention d'exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice, il ne pouvait y avoir de société de personnes<sup>24</sup>.

[31] Vu cette conclusion de fait cruciale suivant laquelle la seule intention des parties était d'obtenir une perte fiscale, force est de conclure que, si l'appelante avait l'intention d'exploiter une entreprise, c'était en vue de réaliser une perte, et non un profit. Or, cette intention ne satisfait pas à la norme prescrite par le droit canadien (ou par le droit californien).

[32] On a fait valoir en l'espèce que le juge de la Cour de l'impôt n'avait pas eu l'avantage de prendre connaissance de l'arrêt *Continental Bank*, précité, qui

new legal proposition to the analysis of partnership—that a secondary or ancillary intention to carry on a business with a view to a profit is sufficient to ground a partnership. That proposition was not new; it was settled before the Supreme Court decision in *Continental Bank*. At the risk of repeating, let me explain.

[33] The quotation from *Lindley & Banks on Partnership* regarding ancillary intention was published before the Tax Court judgment in this case, and was cited by the Tax Court Judge at page 2787 of his reasons. Additionally, in *Hayes v. British Columbia Television Broadcasting Systems Ltd.*,<sup>25</sup> a case adjudicated over four years before the Tax Court decision in this case, Braidwood J. wrote for the British Columbia Supreme Court that:

Where a partnership is formed with some predominant motive other than the acquisition of profits, e.g. tax avoidance, but there is also a real, albeit ancillary, profit element, then it may be permissible to infer that the business is being carried on “with a view of profit.” But it is apprehended that if any partner entered the partnership solely with a view to being credited with a tax loss (or capital allowance), and it was contemplated from the outset that whilst he remained a partner, there would be no real profit (in the sense of an income profit), then he would not be a partner properly so called.

One must commence with the proposition that the main rule to be observed in determining the existence of a partnership is to determine what is the true contract or intention of the parties as appearing from the whole facts of the case . . . . [Emphasis added.]

The Supreme Court, therefore, did not add anything new to the law when it indicated that an ancillary profit motive is sufficient to ground a factual finding of carrying on business with a view to profit.

[34] In any event, there is no persuasive evidence on the record to demonstrate an intention to earn profit,

a introduit un nouveau principe juridique dans la doctrine des sociétés de personnes, en l'occurrence le fait qu'une intention secondaire ou accessoire d'exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice est suffisante pour conclure à l'existence d'une société de personnes. Ce principe n'a rien de nouveau: il avait été posé avant que la Cour suprême ne rende son jugement dans l'affaire *Continental Bank*. Au risque de me répéter, qu'on me permette de m'expliquer.

[33] L'extrait précité de *Lindley & Banks on Partnership* sur l'intention accessoire avait été publié avant le prononcé du jugement de la Cour de l'impôt dans la présente affaire. D'ailleurs, le juge de la Cour de l'impôt cite cet extrait à la page 2787 de ses motifs. Qui plus est, dans le jugement *Hayes v. British Columbia Television Broadcasting Systems Ltd.*<sup>25</sup>, qui a été rendu plus de quatre ans avant la décision de la Cour de l'impôt dans la présente affaire, la Cour suprême de la Colombie-Britannique écrivait ce qui suit, sous la plume du juge Braidwood:

[TRADUCTION] Lorsque le principal mobile de la constitution d'une société de personnes n'est pas la réalisation d'un bénéfice (mais plutôt l'évasion fiscale, par exemple), mais qu'il existe par ailleurs un élément réel, bien qu'accessoire, de profit, on peut alors légitimement en conclure que l'entreprise est exploitée «en vue de réaliser un bénéfice». Il y a toutefois lieu de craindre que si un associé est devenu membre de la société uniquement en vue de se prévaloir d'une perte fiscale (une déduction pour amortissement) et qu'il était prévu depuis le début que, tant qu'il demeurerait un associé, il n'y aurait pas de véritable profit (sous forme de bénéfices d'exploitation), cette personne ne pourrait légitimement être considérée comme un associé.

Il faut partir du principe que la principale règle à observer pour déterminer l'existence d'une société de personnes consiste à établir quel est le véritable contrat intervenu entre les parties ou quelle est leur véritable intention tels qu'il se dégagent de l'ensemble des faits de l'espèce [. . .] [Non souligné dans l'original.]

La Cour suprême n'a donc rien apporté de nouveau au droit lorsqu'elle a déclaré qu'une intention accessoire de réaliser un bénéfice suffit pour conclure, sur le plan des faits, qu'il existe une intention d'exploiter une entreprise dans un but lucratif.

[34] En tout état de cause, le dossier ne renferme aucun élément de preuve convaincant qui permettrait

ancillary or otherwise. This is so for four reasons. First, a “view to profit” requires that there be a view to make profit. In this case, the Canadian parties contend that, for a brief instant, they were part of a partnership which owned an interest in a business with a ten million dollar operating loss. In that very instant, they claim to have crystallized that ten million dollar operating loss into an actual loss for their partnership. This, they freely admit, was their goal before entering into the transaction. Thus, by their own admission they planned and generated a ten million dollar loss with no intention of ever recouping that loss, or of ever making any profit. This cannot be evidence of a view to profit, real, ancillary, or otherwise.

[35] Second, while it is true that the contract between the Canadian and U.S. parties appears to assign “future profits” from the HCP project to the partnership, that same contract is careful to spell out the ultimate intention of the parties to undertake a series of transactions which would result in the distribution of the Tremont project to the Canadians and the HCP project to the U.S. parties. Unlike *Continental Bank*, where the documents contemplated the sharing of future profits, the documents in this case expressly state the ultimate intention of the parties as being other than engaging in business in common with a view to profit.<sup>26</sup>

[36] Third, major factual differences between the transaction in *Continental Bank* and this transaction convince me that there existed no view to profit here. The partners in the former case remained partners for three days of continuing business, during which profits were generated and shared in accordance with the partnership agreement. Here, the alleged joinder of the Canadian and U.S. parties existed only for minutes, during which a ten million dollar loss was realized. I do not see how this can constitute objective evidence

de conclure à l’existence d’une intention, accessoire ou non, de réaliser un bénéfice et ce, pour quatre raisons. Premièrement, pour qu’il y ait un «but lucratif», il faut qu’il y ait une intention de réaliser un bénéfice. Dans le cas qui nous occupe, les parties canadiennes affirment que, pendant un bref instant, elles ont fait partie d’une société de personnes qui détenaient une participation dans une entreprise qui avait essuyé une perte d’exploitation de dix millions de dollars. Elles soutiennent qu’à ce moment précis, cette perte d’exploitation de dix millions de dollars s’est cristallisée en une perte effective pour la société de personnes. Elles reconnaissent volontiers que c’était bien le but qu’elles visaient avant de conclure cette opération. Ainsi, de leur propre aveu, elles ont planifié et provoqué une perte de dix millions de dollars sans avoir l’intention de jamais récupérer cette perte ou de réaliser quelque bénéfice que ce soit. Ces faits ne sauraient constituer une preuve d’une intention—véritable, accessoire ou autre—de réaliser un bénéfice.

[35] Deuxièmement, bien qu’il soit vrai que le contrat conclu entre les Canadiens et les Américains semble avoir eu pour effet de céder à la société de personnes les «bénéfices à venir» provenant du projet HCP, les parties ont bien pris soin de préciser, dans ce contrat, leur intention ultime d’effectuer une série d’opérations qui se traduiraient par la remise du projet Tremont aux Canadiens et du projet HCP aux Américains. À la différence de l’affaire *Continental Bank*, dans laquelle les documents prévoyaient le partage des bénéfices à venir, en l’espèce, les documents prévoient expressément que l’intention ultime des parties n’était pas d’exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice<sup>26</sup>.

[36] Troisièmement, les différences factuelles importantes qui existent entre l’opération dont il était question dans l’affaire *Continental Bank* et l’opération qui nous occupe en l’espèce me convainquent qu’il n’existait aucune intention de réaliser un bénéfice en l’espèce. Dans la première affaire, les intéressés étaient demeurés des associés pendant trois jours ouvrables consécutifs au cours desquels des profits avaient été réalisés et avaient été partagés conformément au contrat de société. En l’espèce, la prétendue

that the parties conducted business in common with a view to profit.

[37] Fourth, the appellant argues that the parties intended to carry on the business with a view to profit, as evidenced by the purchase and subsequent management of the Tremont project. The Tax Court Judge responded to this argument by pointing out that a view to profit must at some level mean a view to make profit:

The quantum of the initial loss anticipated by the appellants compared with any anticipated, or real, profits from the Tremont Apartments cannot, in my view, lead to the conclusion that the relationship subsisting between the appellants was to carry on a business in common with a view to profit or with a reasonable expectation of profit. Any profits from the Tremont Apartments compared to the initial loss requires an exaggerated imagination to conclude that the transactions were undertaken with a view to profit.<sup>27</sup>

[38] It is said that the partnership continued for ten years and that the Tremont Apartments ultimately made modest profits. The Canadian parties contend for this result as follows: in November of 1987 they entered into partnership with the U.S. parties, which partnership realized large losses shortly after their entry. The U.S. partners then left the partnership, leaving a large loss and a small apartment building, which has generated small but real profits over the years. In reality, however, the Canadian and U.S. parties were, on paper, co-owners of the HCP project for a fleeting moment. For the appellant's view to be correct, it is necessary that, in that brief moment when the Canadians allegedly entered into the partnership, all the parties must have possessed a view to profit. No such common intention existed here.

[39] The intention to make profit is a necessary component of the partnership relationship, though

association des Canadiens et des Américains n'a duré que quelques minutes, au cours desquelles une perte de dix millions de dollars a été réalisée. Je ne vois pas comment on pourrait prétendre que ce fait constitue une preuve objective démontrant que les parties ont exploité une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice.

[37] Quatrièmement, l'appelante soutient que les parties avaient l'intention d'exploiter l'entreprise en question en vue de réaliser un bénéfice, comme en témoignent l'achat et la gestion subséquente du projet Tremont. Le juge de la Cour de l'impôt a répondu à cet argument en faisant remarquer que la poursuite d'un but lucratif doit jusqu'à un certain point se traduire par une intention de réaliser un bénéfice:

Le montant de la perte initiale que les appelants prévoyaient subir par rapport aux bénéfices prévus ou réels tirés des appartements Tremont ne peut pas, à mon avis, nous permettre de conclure que la relation qui existait entre les appelants visait à leur permettre d'exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice ou dans une attente raisonnable de profit [. . .] Tout bénéfice tiré des appartements Tremont par rapport à la perte initiale exige un effort d'imagination incroyable lorsqu'il s'agit de conclure que les opérations visaient à permettre aux appelants de réaliser un bénéfice<sup>27</sup>.

[38] La société de personnes aurait continué à exister pendant une dizaine d'années et les appartements Tremont auraient finalement permis de réaliser de modestes bénéfices. Les Canadiens invoquent les faits suivants pour expliquer cette situation: en novembre 1987, ils ont créé une société de personnes avec les Américains et cette société a essuyé d'importantes pertes peu de temps après. Les associés américains ont alors quitté la société, laissant une perte considérable et un petit immeuble à appartements, qui a généré des produits modestes mais réels au fil des ans. En réalité toutefois, les associés canadiens et américains ont été, théoriquement, copropriétaires du projet HCP pendant seulement un bref instant. Pour que l'appelante obtienne gain de cause, il faut qu'au cours de ce bref moment pendant lequel les Canadiens seraient devenus membres de la société de personnes, tous les associés aient eu l'intention de réaliser un bénéfice. Or, cette volonté commune n'existait pas en l'espèce.

[39] L'intention de réaliser un bénéfice est un aspect essentiel du contrat de société, bien qu'il ne soit pas

profits need not actually arise in order to sufficiently ground a finding of partnership. Similarly, where this necessary intention to make profit is lacking, the resulting relationship cannot be properly characterized as partnership, regardless of whether or how profits arise.

[40] There is another basis for saying that there is no partnership here. You cannot be a partner of someone who is not a partner with you. As a matter of law, the intention of the Canadian parties to enter a relationship amounting to partnership is necessary but not sufficient. As discussed above, partnership is based on agreement and thus requires a mutual intention on the part of all the parties to form a relationship that amounts to partnership.<sup>28</sup> Even if the Canadian parties intended to become partners, which the findings of fact deny, no partnership can exist if the American parties did not so intend. In this case, the intention of the U.S. parties is plain on the face of their tax reporting: they viewed the transaction as the sale of the Tremont apartments. As far as they were concerned, they never entered any partnership with the Canadians and BDI never divested itself of the HCP project. From their point of view, they sold the Tremont project to the Canadians.<sup>29</sup> BDI stated to the U.S. Internal Revenue Service (IRS) that:

In the view of BCE Development Inc., the effective nature of the transaction with Spire Freezers Limited . . . , while structured as a sale of the partnership interest and of the Hamilton Cove condominium project was, with respect to the Hamilton Cove condominiums, not a sale but a distribution of the Hamilton Cove condominium development to BCE Development Inc.

[41] BDI further represented to the IRS that:

Although elaborate from BCE Development's U.S. Income Tax perspective, the series of transactions resulted in the sale of the low-income apartment project to the Canadians for \$1.2 million. The title change to the Hamilton Cove condominium was merely to create the desired structure.

nécessaire que des profits soient effectivement réalisés pour qu'on puisse conclure à l'existence d'une société de personnes. De la même façon, lorsque cette intention nécessaire de réaliser un bénéfice n'est pas présente, on ne saurait légitimement qualifier de société de personnes la relation qui en résulte et ce, peu importe que des bénéfices aient été ou non réalisés.

[40] Il y a une autre raison d'affirmer qu'aucune société de personnes n'a été créée en l'espèce. On ne peut s'associer avec quelqu'un qui n'est pas associé avec soi. En droit, l'intention des Canadiens de créer un rapport de droit équivalant à une société de personnes est nécessaire mais insuffisante. Ainsi que nous l'avons déjà souligné, la société de personnes est le fruit d'un accord et exige donc une intention réci-proque de la part de tous les intéressés de créer une relation qui équivaut à une société de personnes<sup>28</sup>. Même si les Canadiens avaient l'intention de s'associer, ce qui est nié par les conclusions de fait, aucune société de personnes ne peut exister si les Américains n'avaient pas la même intention. En l'espèce, l'intention des Américains ressort à l'évidence de leur déclaration de revenus: ils considéraient l'opération comme une vente des appartements Tremont. En ce qui les concerne, ils ne se sont jamais associés aux Canadiens et BDI ne s'est jamais départie du projet HCP. De leur point de vue, ils ont vendu le projet Tremont aux Canadiens<sup>29</sup>. BDI a déclaré à l'Internal Revenue Service des États-Unis (IRS):

[TRADUCTION] Suivant BCE Developments Inc., malgré le fait qu'elle était structurée comme une vente d'une participation dans la société et de l'immeuble en copropriété de Hamilton Cove, l'opération conclue avec Spire Freezers Limited constituait en réalité, pour ce qui est des appartements en copropriété de Hamilton Cove, non pas une vente, mais une attribution de l'immeuble en copropriété de Hamilton Cove à BCE Development Inc.

[41] BDI a en outre déclaré ce qui suit à l'IRS:

[TRADUCTION] Quoique complexe du point de vue de l'impôt sur le revenu américain de BCE Development, cette série d'opérations s'est soldée par la vente aux Canadiens de l'immeuble d'habitation destiné à des personnes à faible revenu pour la somme de 1,2 million de dollars. Le changement de titre concernant l'immeuble en copropriété de Hamilton Cove visait simplement à créer la structure désirée.

[42] While the foreign tax treatment of this transaction has no consequence to this appeal, the tax reporting of the U.S. parties is strong evidence of their view of the transaction and their true intention at the time that the agreements were made. It would, of course, be illegal for the U.S. parties to misrepresent this transaction to the IRS.

[43] Further, there is no evidence of these parties carrying on business in common in this case. In this case none of the indicia of partnership listed by Bastarache J. in *Continental Bank*<sup>30</sup> are present. There was no contribution of resources to a common undertaking, no sharing of profits and losses by the parties,<sup>31</sup> no mutual right of control or management, and no filing of income tax returns as a partnership—as noted above, the U.S. parties reported to the IRS that the transaction constituted the sale of the Tremont project to the Canadians. While there may have been joint ownership of the HCP project which gave rise to the claimed losses, that joint ownership was designed to be—and was—only momentary. It is therefore hard to see how the parties could have acted in accordance with, or have been governed by, the partnership documents. The parties here were governed solely by their pre-arranged deal, which falls far short of establishing this necessary ingredient of partnership. Thus, there is no basis on which to challenge the Tax Court Judge's conclusion that there was no business being carried on in common on these facts.

[44] The appellant asks this Court to vacate a finding of fact below and substitute a finding that both the Canadian parties and the U.S. parties intended to carry on a business, the Tremont apartments, in common with a view to profit. How can this be if the U.S. parties believed themselves to be selling the Tremont apartments, and so reported to the U.S. authorities? It is the expressed view of BDI that even for the fleeting moment that the appellant and BDI

[42] Bien que le traitement fiscal de cette opération conclue à l'étranger n'ait aucune incidence sur le présent appel, la façon dont les parties ont déclaré ces opérations au fisc américain constitue un solide élément de preuve quant à la façon dont elles percevaient l'opération et quant à leur véritable intention au moment où les ententes ont été conclues. Il serait évidemment illégal pour les Américains de faire une déclaration inexacte à l'IRS au sujet de cette opération.

[43] En outre, rien ne permet de penser que ces personnes exploitaient une entreprise en commun dans le cas qui nous occupe. En l'espèce, aucun des critères indiquant l'existence d'une société de personnes que le juge Bastarache a énumérés dans l'arrêt *Continental Bank*<sup>30</sup> n'est présent. Il n'y a ni apport des parties à une entreprise commune, ni partage des profits et des pertes par les parties<sup>31</sup>, ni droit mutuel de contrôle ou de gestion de l'entreprise, ni production de déclarations de revenus à titre de société de personnes (ainsi que nous l'avons déjà signalé, les Américains ont déclaré à l'IRS que l'opération constituait une vente du projet Tremont aux Canadiens). Il est vrai que le projet HCP a fait l'objet d'une propriété conjointe qui a donné lieu aux pertes réclamées, mais cette propriété conjointe n'était censée être—et n'a été—que temporaire. Il est par conséquent difficile de voir comment les parties auraient pu agir conformément aux actes constitutifs de la société de personnes ou être régies par eux. En l'espèce, les parties étaient régies uniquement par une entente préalable qui était loin de renfermer cet élément essentiel permettant de conclure à la création d'une société de personnes. Rien ne permet donc de contester la conclusion du juge de l'impôt suivant laquelle aucune entreprise n'était exploitée en commun, vu l'ensemble des faits.

[44] L'appelante demande à la Cour d'annuler une conclusion de fait tirée par le juge de première instance et de conclure plutôt que les Canadiens et les Américains avaient l'intention d'exploiter une entreprise en commun, les appartements Tremont, en vue de réaliser un bénéfice. Comment cela est-il possible si les Américains eux-mêmes croyaient vendre les appartements Tremont et si c'est ce qu'ils ont déclaré au fisc américain? BDI s'est dit d'avis que, même

coowned the HCP, there was no intention to carry on business in common with a view to profit. The appellant asks us to find intention where the trier of fact found none, and to find mutuality where the alleged partners reported none. That cannot be done.

[45] In *Continental Bank*, it was clear that both sides viewed the partnership transaction similarly. Even if one were to hold, contrary to the Tax Court Judge's finding of fact, that the Canadian parties intended to be partners, there is no evidence on which to base the necessary finding that the U.S. parties intended to enter an arrangement that resembled a partnership. Even the partnership agreement, which for an instant gave the Canadian parties an interest in the HCP project, including "rights to future profits", was careful to point out that the HCP project would not be operated or managed by the Canadian parties. That agreement describes the transaction with stark clarity:

As expressed in the letter agreement dated June 2, 1987 (the "Letter Agreement") between BDI, Peninsula Cove, Assignee, and Spire Investors Group Limited . . . , this Assignment is part of a series of transactions designed to transfer the [Tremont] Apartment project to the Partnership and the [HCP] Condo Project to BDI . . . . [I]t is the intent of the parties that only the Apartment Project and related property remain assets of the Partnership and that the Condo Project and related property, and, in addition, any other property unrelated to the Apartment Project which may later be discovered to have been owned by the Partnership on the date of this Assignment, shall be transferred to BDI.<sup>32</sup> [Emphasis added.]

[46] While it is not central to my conclusions, the appellant's view is tantamount to an argument that the legal form of partnership documents alone is sufficient to create a partnership in law. This argument attempts to undo the common law jurisprudence of virtually every jurisdiction. Courts determine whether or not partnership exists on the facts of each case. The interpretation of *Continental Bank* contended for by the appellant would overturn those cases in which

pendant le bref instant au cours duquel l'appelante et BDI ont été copropriétaires de HCP, les parties n'avaient pas l'intention d'exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice. L'appelante nous demande donc de conclure à l'existence d'une telle intention alors que l'arbitre des faits a estimé que cette intention n'existait pas, et de conclure à la réciprocité alors que les présumés associés n'en ont déclaré aucune. La Cour ne peut accéder à une telle requête.

[45] Dans l'affaire *Continental Bank*, il était évident que les deux parties considéraient l'opération relative à la société de personnes de la même façon. Même si l'on devait juger, contrairement à la conclusion de fait tirée par le juge de la Cour de l'impôt, que les Canadiens voulaient devenir membres de la société, il n'y a aucun élément de preuve qui permettrait de conclure que les Américains voulaient conclure une entente qui ressemblerait à une société de personnes. Même le contrat de société, qui, pour un instant, a conféré aux Canadiens une participation dans le projet HCP, y compris un [TRADUCTION] «droit aux profits à venir», précisait bien que le projet HCP ne serait pas exploité ou administré par des Canadiens. Dans ce contrat, l'opération est décrite dans les termes les plus nets:

[TRADUCTION] Ainsi qu'il a été convenu dans la lettre d'entente du 2 juin 1987 (la lettre d'entente) entre BDI, Peninsula Cove, le cessionnaire et Spire Investors Group Limited [. . .] la présente cession s'inscrit dans le cadre d'une série d'opérations visant à transférer les appartements Tremont à la société et l'immeuble en copropriété de HCP à BDI [. . .] Les parties désirent que seulement les appartements et tout bien y afférent demeurent des biens de la société et que soient transférés à BDI l'immeuble en copropriété et tout bien y afférent ainsi que tout bien n'ayant aucun rapport avec les appartements qui, selon ce qu'on pourrait découvrir par la suite, appartenait à la société à la date de la présente cession.<sup>32</sup> [Non soulignés dans l'original.]

[46] Bien que cela ne soit pas essentiel à mes conclusions, l'opinion de l'appelante revient à prétendre que la forme juridique des actes constitutifs de la société de personnes suffit à elle seule à créer une société de personnes en droit. Cet argument va à l'encontre de la jurisprudence de pratiquement tous les États et toutes les provinces de common law. C'est aux tribunaux qu'il revient de décider s'il existe ou non une société de personnes suivant les faits de

partnership was found despite insufficient documentation, as well as those cases in which no partnership is found despite some documentation. The Supreme Court in *Continental Bank* did not intend to remove from the analysis of partnership any reference to the factual setting. The Supreme Court did not say that the intention expressed in a document is always, by itself, sufficient to create a partnership. Bastarache J. commenced his analysis reconfirming that “[t]he existence of a partnership is dependent on the facts and circumstances of each particular case . . . [and] determined by what the parties actually intended . . . as appearing from the whole facts of the case”.<sup>33</sup> Bastarache J. quoted the same passage from *Lindley & Banks on Partnership* reproduced above, which expressly states that a transaction motivated entirely by tax losses could not in any real sense be said to have been formed with a view to profit.

[47] Despite not having the benefit of the reasons of Bastarache J. in *Continental Bank*, the Tax Court Judge was cognizant that partnerships must exist in fact as well as on paper. He was aware that tax planning may properly be the primary factor motivating partners. He heard the evidence and determined that, on the facts of this case, no intention to carry on business in common with a view to profit existed. I am not persuaded that this is a perverse or capricious finding of fact. As was so forcefully argued by Ms. Van Der Hout, no business person or reasonably informed lay person would conclude that, on these facts, there was a partnership created here; only an overly technical tax counsel would even contend that there was.

[48] It is true that the taxpayer’s expert, Professor Richard Buxbaum, wrote in his report that a

l’espèce. L’interprétation de l’arrêt *Continental Bank* que préconise l’appelante contredirait les décisions dans lesquelles les tribunaux ont conclu à l’existence d’une société de personnes malgré une documentation insuffisante tout autant qu’elle contredirait les décisions dans lesquelles les tribunaux ont conclu qu’il n’existait aucune société malgré l’existence de quelques documents. Dans l’arrêt *Continental Bank*, la Cour suprême n’a jamais voulu supprimer de l’analyse des sociétés de personnes toute allusion au contexte factuel. Elle n’a pas dit que l’intention exprimée dans un écrit est toujours en soi suffisante pour créer une société de personnes. Le juge Bastarache a commencé son analyse en confirmant à nouveau que «[l]’existence d’une société en nom collectif est tributaire des faits et circonstances propres à chaque espèce. Elle est également fonction de l’intention véritable des parties [. . .] ressortant de l’ensemble des faits de l’affaire»<sup>33</sup>. Le juge Bastarache a cité le passage précité de *Lindley & Banks on Partnership* dans lequel il est expressément déclaré que si l’opération était motivée exclusivement par l’obtention de pertes fiscales, nul saurait logiquement prétendre qu’une société de personnes a été créée en vue de réaliser un bénéfice.

[47] Malgré le fait qu’il n’a pas eu l’avantage de prendre connaissance des motifs prononcés par le juge Bastarache dans l’arrêt *Continental Bank*, le juge de la Cour de l’impôt savait bien qu’une société de personnes doit exister non seulement en théorie, mais aussi en pratique. Il était conscient du fait que la planification fiscale pouvait légitimement être le principal facteur qui motivait les associés. Il a entendu les témoignages et a conclu, d’après l’ensemble des faits portés à sa connaissance, que les parties n’avaient pas l’intention d’exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice. Je ne suis pas convaincu qu’il s’agisse là d’une conclusion de fait abusive ou arbitraire. Ainsi que M<sup>me</sup> Van Der Hout l’a affirmé avec tant d’énergie, aucun entrepreneur ou profane raisonnablement informé ne conclurait, à la lumière de ces faits, qu’une société de personnes a été créée en l’espèce. Seul un avocat fiscaliste tatillon pourrait prétendre le contraire.

[48] Il est vrai que l’expert de la contribuable, le professeur Richard Buxbaum, a écrit dans son rapport

partnership was created among the Canadian and U.S. parties. This conclusion however, was based on an assumption that the parties intended to become partners. In the letter of instruction seeking Professor Buxbaum's advice, counsel for the appellant wrote that the object of the original partnership was to construct the HCP condominium, and was silent on the issue of the Canadians' intentions.<sup>34</sup> Professor Buxbaum's opinion acknowledges his assumptions regarding intention:

I have also been advised by counsel that all of the persons named in the following paragraph . . . intended to become partners in that partnership.<sup>35</sup>

This fact was reiterated during the Crown's cross-examination of Professor Buxbaum:

Q. Now I take it, sir, that in forming your opinion you assumed this [the intention to form a partnership] as a fact?

A. That's correct.

Q. But I put it to you, sir, that you have no means of knowing what the appellants' intentions were.

A. That's correct.

Q. But yet the intention of the appellants was obviously relevant for the purposes of your opinion.

A. Well, it's one of the facts stated here.

Q. It's . . .

A. Primarily, I was asked to go on the objective fact that they did become partners.

Q. But you . . .

A. Intention is relevant. In case they had not intended to become partners, then you'd have to go through the document more carefully to determine whether as a conclusion of law they nevertheless became partners.

Q. Sir, in forming this opinion you assumed that it was the intention of the appellants to become partners . . .

A. That is correct.

Q. . . . in this partnership? You assumed that as a fact?

A. Yes, I did.<sup>36</sup>

qu'une société de personnes avait été constituée entre les Américains et les Canadiens. Cette conclusion reposait toutefois sur la présomption que les parties avaient l'intention de s'associer. Dans la lettre qu'il a écrite au professeur Buxbaum pour obtenir son opinion, l'avocat de l'appelante a écrit que l'objet de la société initialement envisagée était de construire l'immeuble en copropriété de HCP. L'avocat ne disait rien au sujet de l'intention des Canadiens<sup>34</sup>. Dans l'avis qu'il a donné, le professeur reconnaît les hypothèses qu'il a retenues au sujet de l'intention:

[TRADUCTION] L'avocat m'a également fait savoir que toutes les personnes nommées au paragraphe suivant [. . .] avaient l'intention de devenir membres de cette société de personnes<sup>35</sup>.

Le professeur Buxbaum a confirmé ce fait lors du contre-interrogatoire que Sa Majesté lui a fait subir:

[TRADUCTION]

Q. Si j'ai bien compris, Monsieur, pour former votre opinion, vous avez considéré ce fait [l'intention de constituer une société de personnes] comme un fait acquis?

R. C'est exact.

Q. Je vous fais toutefois observer, Monsieur, que vous n'aviez aucun moyen de connaître l'intention des appelants.

R. C'est exact.

Q. Pourtant, vous deviez de toute évidence tenir compte de l'intention des appelants pour former votre opinion.

R. Eh bien, c'est un des faits mentionnés ici.

Q. C'est [. . .]

R. On m'a surtout demandé de tenir compte du fait objectif qu'ils s'étaient effectivement associés.

Q. Mais vous [. . .]

R. L'intention est pertinente. S'ils n'avaient pas voulu s'associer, il aurait alors fallu examiner le document de plus près pour décider si, en droit, on pouvait conclure qu'ils étaient néanmoins devenus des associés.

Q. Monsieur, pour former votre opinion, vous avez présumé que les appelants avaient l'intention de s'associer [. . .]

R. C'est bien ça.

Q. [. . .] dans le cadre d'une société de personnes? Vous avez considéré ce fait comme un fait acquis?

R. Oui, c'est bien ce que j'ai fait<sup>36</sup>.

[49] These vital facts cannot be assumed. They must be based on evidence, which according to the expert as well as the trier of fact, was not sufficient to prove the requisite intention.

[50] The respondent also submits in written argument that (a) the HCP condominium was not a source of income from which losses could be deducted, (b) there was no real loss in this situation; (c) ITA, subsection 245(1) applies in this situation; (d) the amount was an unreasonable deduction contrary to section 67 of the ITA; and, (e) the transaction was a sham. Since the adjudication of the central issue is sufficient to dispose of this case, I would decline to deal with them in these reasons.

[51] I would therefore dismiss the appeal, with costs to the respondent.

STRAYER J.A.: I agree.

\* \* \*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

ROBERTSON J.A. (*dissenting*):

## INTRODUCTION

[52] The appellant taxpayer, together with other Canadian residents, participated in a series of step transactions with the principal objective of gaining access to an unrealized non-capital loss of US\$10 million. That loss accrued with the disposition of a condominium development owned by a California partnership, which disposition occurred immediately after the taxpayers' admission to that partnership. As expected, the non-capital loss greatly exceeds the US\$1.2 million invested by the Canadian taxpayers who now seek to import that foreign loss into Canada for the purpose of reducing their income tax liability. By agreement, the outcome of this appeal will be dispositive with respect to the other Canadian participants.

[49] Des faits aussi cruciaux ne peuvent être présumés. Ils doivent reposer sur la preuve, laquelle, suivant l'expert et l'arbitre des faits, n'était pas suffisante pour établir l'intention requise.

[50] L'intimée a également fait valoir dans sa plaidoirie écrite que: a) l'immeuble en copropriété de HCP ne constituait pas une source de revenus de laquelle on pouvait déduire des pertes; b) il n'y a pas eu de véritable perte en l'espèce; c) le paragraphe 245(1) de la LIR s'applique au cas qui nous occupe; d) la somme réclamée constituait une déduction déraisonnable au sens de l'article 67 de la LIR; e) l'opération était un trompe-l'œil. Comme la conclusion tirée au sujet de la principale question en litige suffit pour trancher le présent litige, je suis d'avis de ne pas traiter de ces questions dans les présents motifs.

[51] Je suis par conséquent d'avis de rejeter l'appel et d'adjuger les dépens à l'intimée.

LE JUGE STRAYER, J.C.A.: Je suis du même avis.

\* \* \*

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

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A. (*dissent*):

## GENÈSE DE L'INSTANCE

[52] La contribuable appelante a, de concert avec d'autres résidents canadiens, participé à une série d'opérations dans le but principal d'obtenir une perte autre qu'en capital non réalisée de dix millions de dollars US. Cette perte faisait suite à la vente d'un immeuble en copropriété qui appartenait à une société de personnes californienne. Cette vente avait eu lieu immédiatement après l'admission des contribuables au sein de la société. Comme prévu, la perte autre qu'en capital dépassait de beaucoup la somme de 1,2 million de dollars US investie par les contribuables canadiens, qui cherchent maintenant à importer au Canada cette perte subie à l'étranger en vue de réduire leur dette fiscale. Il a été convenu que l'issue du présent appel s'appliquerait aux appels interjetés par les autres associés canadiens.

[53] The Tax Court Judge ruled in favour of the Minister of National Revenue on two grounds. First, he held that a valid partnership had not been established because there was no intention “to carry on business in common with a view to profit”. In the opinion of the Tax Court Judge, the taxpayer’s “single overriding consideration” was to obtain a tax loss. The second ground advanced by the Tax Court Judge is related to the first. He held that because the non-capital loss was significantly greater than the profits to be derived from the apartment building which the partnership continued to own after the sale of the condominium development, the business was not being carried on “with a view to profit or with a reasonable expectation of profit”. The Tax Court Judge did rule in the taxpayers’ favour on three issues. He held that the transaction in question was not a sham, neither was it caught by two of the *Income Tax Act*’s anti-avoidance provisions, namely, sections 67 and 245.

[54] My colleague, Justice Linden, is prepared to uphold the decision below on the basis that the issue before us, namely, whether the parties had an intention to profit, is simply a question of fact; therefore, deference is owed to the trier of fact and there is no basis in law to interfere with his findings. With great respect, I must distance myself from both the reasons and the result proffered by my colleague. In my view, the Supreme Court’s recent decision in *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*<sup>37</sup> is dispositive of the issue as to whether a valid partnership had been formed. This becomes evident once it is recognized that the Tax Court Judge applied this Court’s decision in *Continental Bank*, which was subsequently overruled by the Supreme Court.<sup>38</sup> I hasten to add that, in *Continental Bank*, this Court relied on its own decision in *Hickman Motors Ltd. v. Canada*,<sup>39</sup> which was also overruled by the Supreme Court.

[55] I assume that the critical finding of fact made by the Tax Court Judge and referred to by my

[53] Le juge de la Cour de l’impôt a donné gain de cause au ministre du Revenu national sur deux points. En premier lieu, il a déclaré qu’aucune société de personnes n’avait valablement été constituée parce qu’il n’y avait pas d’intention d’«exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice». Suivant le juge de la Cour de l’impôt, «l’unique motif» qui motivait les contribuables était d’obtenir une perte fiscale. Le second motif avancé par le juge de la Cour de l’impôt se rapporte au premier. Il a statué que, comme la perte autre qu’en capital était beaucoup plus élevée que les profits à tirer de l’immeuble d’habitation dont la société de personnes est demeurée propriétaire après la vente de l’immeuble en copropriété, l’entreprise n’était pas exploitée «en vue de réaliser un bénéfice ou dans une attente raisonnable de profit». Le juge de la Cour de l’impôt a par ailleurs donné raison aux contribuables sur trois points. Il a statué que l’opération en question n’était pas un trompe-l’œil et qu’elle ne tombait pas sous le coup de deux des dispositions anti-évasion de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, en l’occurrence les articles 67 et 245.

[54] Mon collègue, le juge Linden, est prêt à confirmer la décision de première instance au motif que la question qui nous est soumise, en l’occurrence celle de savoir si les parties avaient l’intention de réaliser un bénéfice, est simplement une question de fait, de sorte qu’il y a lieu de faire preuve de retenue à l’égard des conclusions de fait tirées par l’arbitre des faits et que rien ne justifie en droit de modifier les conclusions que celui-ci a tirées. En toute déférence, je ne saurais souscrire aux motifs et au dispositif proposés par mon collègue. À mon avis, l’arrêt récent *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*<sup>37</sup> de la Cour suprême du Canada tranche la question de savoir si une société de personnes a été valablement formée. Cette conclusion devient évidente lorsqu’on tient compte du fait que le juge de la Cour de l’impôt a appliqué l’arrêt rendu par notre Cour dans l’affaire *Continental Bank*, arrêt qui a par la suite été infirmé par la Cour suprême<sup>38</sup>. Je m’empresse d’ajouter que, dans l’arrêt *Continental Bank*, notre Cour s’est appuyée sur sa propre décision dans l’affaire *Hickman Motors Ltd. c. Canada*<sup>39</sup>, qui a également été infirmée par la Cour suprême.

[55] Je présume que la conclusion de fait cruciale que le juge de la Cour de l’impôt a tirée et que mon

colleague is that found at page 2787 of the Tax Court Judge's reasons, wherein it is observed that "none of the appellants [taxpayers] intended anything other than to obtain a tax loss". Standing alone, this passage is open to several interpretations. If it is construed to mean that the taxpayers' subjective intentions reveal only an intention to garner a tax loss, that construction is contrary to the analytical framework prescribed by the Supreme Court in *Continental Bank* for determining whether a valid partnership was formed. According to the Supreme Court, intention cannot be based solely on the subjective intentions of the parties; it must also be based on objective evidence.

[56] I have always believed that tax law is more concerned with the actual conduct of taxpayers, than with their oral testimony. Clear, objective evidence as to intention always trumps the subjective ruminations of witnesses who are naturally reticent to offer testimony which may be prejudicial to their interests. Moreover, the influence which legal and tax advisors exercise over their clients cannot be ignored when assessing the parties' intentions. In the present case, that influence was apparent. As will be discussed below, I find the fact that the partnership carried on business in a manner consistent with the written agreements more compelling evidence of the parties' intentions than their oral testimony. I need only add that the fact that the taxpayers did not concede that the transaction was motivated by the tax loss until the date of trial does not constitute the type of "deceit" envisaged by the sham doctrine. It does, however, constitute convincing evidence that the Minister should spend more time evaluating what the parties did than what they were prepared to concede at discovery or at trial. The folly of the Minister's position stems from his apparent belief that the only evidence relevant to establishing the intention of the taxpayers is their thoughts. In future, it may be convenient in tax law to distinguish between that which motivates a taxpayer to do something, and that which is intended, as evidenced by what a taxpayer actually does.<sup>40</sup>

collègue a mentionnée est celle que l'on trouve à la page 2787 des motifs du juge de la Cour de l'impôt, où il a fait remarquer qu'«aucun des appelants n'avait une intention autre que celle d'obtenir une perte fiscale». Pris isolément, ce passage se prête à plusieurs interprétations. S'il est interprété comme signifiant que l'intention subjective des contribuables révèle uniquement une intention de se procurer une perte fiscale, une telle interprétation va à l'encontre du cadre analytique prescrit par la Cour suprême dans l'arrêt *Continental Bank* pour décider si une société de personnes a été valablement formée. Selon la Cour suprême, l'intention ne saurait dépendre exclusivement de l'intention subjective des parties; elle doit également reposer sur des éléments de preuve objectifs.

[56] J'ai toujours pensé que le droit fiscal s'intéressait davantage à la conduite effective des contribuables qu'à leur témoignage. Les éléments de preuve clairs et objectifs quant à l'intention valent toujours mieux que les ruminations subjectives des témoins qui sont naturellement réticents à donner un témoignage qui risquerait de nuire à leurs intérêts. En outre, on ne peut passer sous silence l'influence que les conseillers juridiques et fiscaux exercent sur leurs clients lorsqu'on évalue l'intention des parties. En l'espèce, cette influence est évidente. Ainsi que je l'exposerai plus loin, j'estime que le fait que la société de personnes exerçait ses activités d'une manière compatible avec les ententes écrites constitue une preuve plus convaincante de l'intention des parties que leur témoignage. Il suffit d'ajouter que le fait que les contribuables n'ont concédé qu'au procès que l'opération était motivée par la perte fiscale ne constitue pas le genre de «supercherie» visée par la doctrine du trompe-l'œil. Il constitue toutefois une preuve convaincante que le ministre devrait consacrer plus de temps à évaluer ce que les parties ont fait que ce qu'elles étaient prêtes à reconnaître lors de l'enquête préalable ou au procès. L'absurdité de la thèse du ministre découle du fait qu'il semble croire que les seuls éléments de preuve pertinents lorsqu'il s'agit d'établir l'intention d'un contribuable sont ce qu'il pense. À l'avenir, il y aurait peut-être lieu, en droit fiscal, d'établir une distinction entre ce qui motive un contribuable à faire quelque chose et le but qui est visé, comme en témoignent les actes effectivement accomplis par un contribuable<sup>40</sup>.

[57] Alternatively, if the Tax Court Judge meant to imply that there is no objective evidence that the taxpayers intended to carry on business with a view to profit, then the relevant passage contradicts the fact that the partnership continued to hold title to a profit-generating asset, namely, the apartment building, for at least a decade after the sale of the condominium development.

[58] I pause here to note that at no time have the taxpayers sought to establish a valid partnership on the basis of documentary evidence alone, as suggested by my colleague at paragraph 46 of his reasons. The evidence on which the taxpayers rely includes consideration of whether that documentary evidence was acted upon and governed the parties' affairs. As stated above, the issue before us is not to be decided solely by reference to what the parties thought or said on the witness stand. Evidence of intention has always been measured by another yardstick, namely, what the parties actually did.

[59] A final interpretation of the passage at page 2787 is that the taxpayers' predominant motive was to gain access to a tax loss. This interpretation is consistent with pages 2784-2785 of the Tax Court Judge's reasons, in which he states that "[t]he appellants got together to obtain a tax loss; this was the single overriding motivation to their relationship". That passage clearly reveals that, while other considerations may have influenced the taxpayers' decision to enter into the California partnership, the taxpayers' primary motive was to gain access to a tax loss. In the Tax Court Judge's view, that meant that a valid partnership had not been formed. At the time of his decision, that view of the law was fully supported by this Court's decision in *Continental Bank*, which the Tax Court Judge quoted extensively at pages 2785-2787 of his reasons.

[57] À titre subsidiaire, si le juge de la Cour de l'impôt voulait simplement laisser entendre qu'aucune preuve objective ne permet en l'espèce de penser que les contribuables avaient l'intention d'exploiter une entreprise en vue de réaliser un bénéfice, le passage en question contredit le fait que la société de personnes a continué pendant au moins une dizaine d'années après la vente de l'immeuble en copropriété à être propriétaire d'un bien qui générât des bénéfices, en l'occurrence l'immeuble d'habitation.

[58] J'ouvre ici une parenthèse pour signaler que les contribuables n'ont jamais essayé d'établir l'existence d'une société de personnes valablement constituée en se fondant exclusivement sur des éléments de preuve documentaires, ainsi que le fait remarquer mon collègue au paragraphe 46 de ses motifs. Parmi les éléments de preuve sur lesquels les contribuables se fondent, signalons la question de savoir si les parties ont agi conformément aux actes constitutifs de la société ou si elles étaient régies par eux. Ainsi que je l'ai déjà signalé, la question qui nous est soumise ne doit pas être tranchée uniquement en fonction de ce que les parties ont pensé ou ont déclaré à la barre des témoins. Les éléments de preuve relatifs à l'intention sont toujours mesurés en fonction d'un autre critère, en l'occurrence la conduite effective des parties.

[59] L'extrait précité à la page 2787 peut aussi être interprété comme signifiant que le principal mobile des contribuables était de se prévaloir d'une perte fiscale. Cette interprétation s'accorde avec les pages 2784 et 2785 de ses motifs où le juge de la Cour de l'impôt déclare que «[l]es appelants se sont réunis en vue d'obtenir une perte fiscale; c'était l'unique motif de la relation qui existait entre eux». Il ressort à l'évidence de ce passage que, bien que d'autres considérations aient peut-être influencé la décision des contribuables d'adhérer à la société de personnes californienne, le mobile principal des contribuables était d'acquiescer à une perte fiscale. Suivant le juge de la Cour de l'impôt, il s'ensuivait qu'aucune société de personnes n'avait été valablement formée. Au moment de sa décision, cette interprétation du droit était entièrement appuyée par la décision de notre Cour dans l'arrêt *Continental Bank*, dont le juge de la Cour de l'impôt a cité de larges extraits aux pages 2785 à 2787 de ses motifs.

[60] However, the Tax Court Judge was also aware that, according to *Lindley & Banks on Partnership*,<sup>41</sup> a valid partnership may subsist even if the taxpayer's predominant motive is tax avoidance, provided that there is an ancillary or secondary intention of carrying on business with a view to profit. If the Tax Court Judge's reasons are to be interpreted as finding that there was no such secondary or ancillary intention, that finding is clearly incorrect, since the documentary evidence demonstrates that the partnership acquired an income-earning asset which became profitable within a relatively short time. Admittedly, *Lindley & Banks on Partnership* goes on to suggest that if a taxpayer's sole purpose for entering into a partnership is to obtain a tax loss, and it was contemplated from the outset that no profits would be derived from the business, then the requisite secondary intention would be lacking.

[61] In my view, the Tax Court Judge was acutely aware of the significance of objective evidence to support a finding that there was a secondary intention to profit. He was also aware that the tax avoidance scheme had been deliberately structured to ensure that the partnership would continue once the condominium development was sold. This fact alone is sufficient to demonstrate the taxpayers' secondary intention to establish a valid partnership. This is true even though the decision to acquire the apartment building was not contemplated when the taxpayers were first informed of the tax shelter. It was an "afterthought", undertaken to satisfy the requirement of partnership law and the *Income Tax Act* that there be an ongoing business carried on in common with a view to profit. Nonetheless, this secondary intention existed as of November 30, 1987, the date the "step transactions" were carried out. This may explain why the Tax Court Judge went on to hold that, because of the magnitude of the non-capital loss compared to the profits to be generated by the apartment building, the business was not being carried on "with a view to profit or with a reasonable expectation of profit". This is one finding which I cannot ignore, as it negates the taxpayers' argument that there was a secondary intention to profit from the transactions.

[60] Le juge de la Cour de l'impôt était toutefois aussi conscient du fait que, suivant *Lindley & Banks on Partnership*<sup>41</sup>, une société de personnes peut être valablement formée même si le mobile prédominant du contribuable est l'évasion fiscale, à condition qu'il y ait une intention accessoire ou secondaire d'exploiter une entreprise en vue de réaliser un bénéfice. Si l'on doit interpréter les motifs du juge de la Cour de l'impôt comme signifiant qu'il n'y avait pas de telle intention accessoire ou secondaire en l'espèce, cette conclusion est de toute évidence mal fondée, étant donné qu'il ressort de la preuve documentaire que la société de personnes a acquis un bien productif de revenu qui est devenu rentable dans un laps de temps relativement court. Certes, les auteurs de *Lindley & Banks on Partnership* précisent bien que, si le seul but visé par le contribuable en devenant membre d'une société de personnes est d'obtenir une perte fiscale et s'il prévoyait dès le départ ne tirer aucun profit de l'entreprise, l'intention secondaire exigée n'est pas présente.

[61] À mon avis, le juge de la Cour de l'impôt était profondément conscient de l'importance des éléments de preuve objectifs pour appuyer une conclusion quant à l'existence d'une intention secondaire de réaliser un bénéfice. Il savait aussi que le mécanisme d'évasion fiscale avait été délibérément structuré de manière à s'assurer que la société de personnes continuerait à exister après la vente de l'immeuble en copropriété. À lui seul, ce fait suffit à démontrer l'intention secondaire des contribuables de créer une société de personnes valide et ce, même si la décision d'acquérir l'immeuble d'habitation n'était pas envisagée lorsque les contribuables ont été informés pour la première fois de l'existence de cet abri fiscal. La décision est venue «après coup» pour répondre aux exigences des règles de droit des sociétés de personnes et de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qui exigeaient qu'il y ait une entreprise exploitée activement en commun en vue de réaliser un bénéfice. Néanmoins, cette intention secondaire existait au 30 novembre 1987, date à laquelle les «opérations en série» ont été exécutées. Ces faits expliquent peut-être la raison pour laquelle le juge de la Cour de l'impôt a poursuivi en statuant qu'en raison de l'ampleur de la perte autre qu'en capital par rapport aux profits que l'immeuble d'habitation devait générer, l'entreprise n'était pas exploitée

[62] Finally, at paragraphs 38 to 45 of his reasons, my colleague finds the taxpayer's lack of intention to carry on business in common with one of the American parties to the transaction (BDI) as a basis for holding that no partnership existed. That matter will be dealt with below. With respect, I find no merit in this argument which, in my respectful opinion, is based on a fundamental misunderstanding of the facts.

[63] Since this appeal raises the question of the applicability of the reasonable expectation of profit doctrine, established by the Supreme Court in *Moldowan v. The Queen*,<sup>42</sup> and because of the disparate views held by my colleague and myself, I feel compelled to retrace the facts of this case and to review *Continental Bank*.

#### FACTS AND DECISION BELOW

[64] In 1978, a partnership was formed pursuant to the laws of California for the purpose of developing a 423-unit condominium on California's Santa Catalina Island. In order to obtain the requisite government approvals, the partnership had to undertake to construct an apartment building, the rent to which would be government subsidized. Both projects were completed, and title to the apartment building was held by a corporation wholly owned by the partnership.

[65] By the end of 1986, the cost of the condominium development had exceeded its value by approximately US\$10 million. At that time, the partnership was comprised of "BDI" and "Peninsula", which were interested in selling their 50% interests in the partnership if BDI could retain title to the development. That

«en vue de réaliser un bénéfice ou dans une attente raisonnable de profit». Voilà une conclusion que je ne puis ignorer, car elle nie l'argument des contribuables suivant lequel il y avait une intention secondaire de réaliser un bénéfice grâce aux opérations en question.

[62] Finalement, aux paragraphes 38 à 45 de ses motifs, mon collègue se fonde sur le fait que la contribuable n'avait pas l'intention d'exploiter une entreprise en commun avec l'une des parties américaines à l'opération (BDI) pour conclure qu'aucune société de personnes n'a été créée. Je reviendrai sur cette question. En toute déférence, cet argument est mal fondé et repose, à mon humble avis, sur une interprétation fondamentalement erronée des faits.

[63] Étant donné que le présent appel soulève la question de l'applicabilité de la doctrine de l'expectative raisonnable de profit que la Cour suprême du Canada a établie dans l'arrêt *Moldowan c. La Reine*<sup>42</sup>, et en raison des vues divergentes exprimées par mon collègue et par moi-même sur la question, je m'estime forcé de relater les faits de la présente affaire et d'examiner l'arrêt *Continental Bank*.

#### LES FAITS ET LA DÉCISION DE PREMIÈRE INSTANCE

[64] En 1978, une société de personnes a été constituée sous le régime des lois de la Californie en vue d'aménager et de construire un immeuble en copropriété de 423 appartements sur l'île Santa Catalina, en Californie. Pour obtenir des autorités gouvernementales les permis requis, la société de personnes a dû construire un immeuble d'habitation dont les loyers devaient être subventionnés par l'État. Les deux immeubles ont été construits et le titre de propriété de l'immeuble d'habitation était détenu par une personne morale qui appartenait en propriété exclusive à la société de personnes.

[65] À la fin de 1986, les coûts de construction de l'immeuble en copropriété dépassaient sa juste valeur marchande d'environ dix millions de dollars US. À l'époque, la société de personnes était formée de BDI et de Peninsula, qui étaient toutes les deux intéressées à vendre la participation de 50 pour 100 respective

stipulation did not affect Peninsula, since it was a wholly owned subsidiary of BDI. The sale of the condominium to BDI would generate a non-capital loss and, on this understanding, the appellant taxpayer, together with other Canadian residents, agreed to purchase the partnership. Prior to the execution of the formal documents, the parties were advised that, in order for the scheme to survive legal scrutiny, it would be necessary for the partnership to carry on business following the sale of the condominium development. Thus, it was agreed that the partnership would acquire direct ownership of the apartment building and continue to operate it as such. Under the agreement, the taxpayers were guaranteed a minimum tax loss of US\$7 million for a maximum investment of US\$1.4 million. The agreement also stipulated that once the Canadian taxpayers were admitted to the partnership, they would sell the condominium development to BDI and title to that property would be transferred immediately to BDI.

[66] On November 30, 1987, a series of “step” transactions were executed, resulting in the following events. BDI and Peninsula amended their partnership agreement to provide that the partnership would continue regardless of the withdrawal of a partner or the admission of a new one. The apartment building was then sold to the partnership for US\$2.9 million, payable in cash (US\$696,000) and the assumption of existing liabilities. The partnership borrowed the cash from BDI. The partnership then sold the shares of the corporation to BDI for US\$696,000. That amount was paid by way of a set-off against the loan from BDI to the partnership. At this stage of the transaction, the partnership was comprised of two partners, BDI and Peninsula, which held title to both the condominium development and the apartment building.

[67] The next “step” involved Peninsula selling its 50% interest in the partnership to the taxpayer. In

qu’elles détenaient dans la société de personnes si BDI pouvait conserver son titre de propriété sur l’immeuble. Cette condition n’avait aucune incidence sur Peninsula, étant donné qu’elle était une filiale possédée en propriété exclusive par BDI. La vente de l’immeuble en copropriété à BDI devait donner lieu à une perte autre qu’en capital et, à cette condition, la contribuable appelante a, de concert avec d’autres résidents canadiens, convenu d’acheter la société de personnes. Avant la signature des documents officiels, les parties ont été informées que, pour que l’opération survive à tout examen juridique minutieux, il serait nécessaire que la société de personnes exploite une entreprise après la vente de l’immeuble d’habitation. Il a donc été convenu que la société de personnes deviendrait directement propriétaire de l’immeuble d’habitation et continuerait à exercer ses activités à ce titre. Aux termes de cette entente, on garantissait aux contribuables une perte fiscale minimale de sept millions de dollars US en contrepartie d’un investissement maximal de 1,4 million de dollars US. L’entente stipulait également qu’une fois qu’ils seraient admis au sein de la société, les contribuables canadiens vendraient l’immeuble en copropriété à BDI et que le titre de propriété de cet immeuble serait alors transféré immédiatement à BDI.

[66] Le 30 novembre 1987, une série d’opérations ont été exécutées et ont produit les résultats suivants. BDI et Peninsula ont modifié leur contrat de société de personnes de manière à ce que celle-ci poursuive ses activités indépendamment du retrait ou de l’admission d’un associé. L’immeuble d’habitation a été vendu à la société de personnes pour une somme de 2,9 millions de dollars US payable comptant (696 000 \$US) et moyennant la prise en charge des dettes existantes. La société de personnes a emprunté cette somme à BDI. Elle a ensuite vendu les actions de la compagnie à BDI au prix de 696 000 \$US. Cette somme a été payée par réduction du prêt consenti par BDI à la société de personnes. À ce moment-là, la société comprenait deux associés, BDI et Peninsula, qui étaient propriétaires de l’immeuble en copropriété et de l’immeuble d’habitation.

[67] Peninsula a ensuite vendu à la contribuable la participation de 50 pour 100 qu’elle détenait dans la

turn, BDI disposed of its 50% interest by selling a 25% interest to the taxpayer and the other 25% to a Canadian corporation (Spire Investors Group Ltd.) which acted for itself and as nominee for several persons.

[68] The aggregate purchase price for all of the partnership interests was US\$34.5 million, of which US\$1.2 million was paid by certified cheque and the remaining US\$33.3 million by demand promissory notes. The partnership then sold the condominium project to BDI for the amount secured by the promissory notes. The partnership's net loss for the 1987 taxation year on the sale of the condominium project was US\$10 million plus US\$400,000 on the sale of the shares. The Minister does not dispute the amounts in issue, which I have rounded off for ease of reference.

[69] In addition to paying down the mortgage on the apartment building, the partnership realized profits of US\$457,000. An excess cash flow of US\$756,000 was withdrawn from the partnership between 1989 and 1995, inclusive. The following table represents the partnership's net profits, amounts withdrawn by the partners, and partnership income for Canadian tax purposes during those years:

Year	Net Income (\$US)	Amounts Withdrawn (\$US)	Income for Canadian Tax Purposes (\$Cdn)
1989	\$ 33,224	\$ 50,136	Nil
1990	\$ 38,506	\$ 48,528	Nil
1991	\$ 73,483	\$ 99,528	Nil
1992	\$ 66,345	\$119,109	Nil
1993	\$114,165	\$156,913	\$72,023
1994	\$ 82,521	\$151,520	\$62,162
1995	\$ 49,192	\$130,839	\$32,954

[70] The Tax Court Judge accepted that when BDI and Peninsula formed their partnership, a *bona fide* partnership existed under the laws of California. That determination was based on a finding that the two original partners "had a reasonable expectation of

société de personnes. En réponse, BDI a vendu à la contribuable une participation de 25 pour 100 et l'autre participation de 25 pour 100 qu'elle détenait à une compagnie canadienne (Spire Investors Group Ltd.), qui agissait pour son propre compte et comme mandataire de plusieurs personnes.

[68] Le prix d'achat total des participations dans la société de personnes s'élevait à 34,5 millions de dollars US dont 1,2 million de dollars US a été payé par chèque certifié et le solde de 33,3 millions de dollars US par billets à ordre. La société de personnes a alors vendu l'immeuble en copropriété à BDI pour la somme garantie par les billets à ordre. La vente de l'immeuble en copropriété au cours de l'année d'imposition 1987 a donné lieu à une perte nette de dix millions de dollars US, plus 400 000 \$US pour la vente des actions. Le ministre ne conteste pas les sommes en litige, que j'ai arrondies par souci de commodité.

[69] En plus de rembourser le prêt hypothécaire grevant l'immeuble d'habitation, la société de personnes a réalisé des bénéfices de 457 000 \$US. Une marge brute d'autofinancement excédentaire de 756 000 \$US a été retirée de la société entre 1989 et 1995 inclusivement. Le tableau suivant illustre les profits nets de la société, les sommes retirées par les associés et le revenu tiré par la société du point de vue du fisc canadien au cours des années en question:

Année	Revenu net (\$US)	Sommes retirées (\$US)	Revenu du point de vue du fisc canadien (\$CAN)
1989	33 224 \$	50 136 \$	Néant
1990	38 506 \$	48 528 \$	Néant
1991	73 483 \$	99 528 \$	Néant
1992	66 345 \$	119 109 \$	Néant
1993	114 165 \$	156 913 \$	72 023 \$
1994	82 521 \$	151 520 \$	62 162 \$
1995	49 192 \$	130 839 \$	32 954 \$

[70] Le juge de la Cour de l'impôt a accepté que, lorsque BDI et Peninsula se sont associées, une société de personnes valablement constituée a été formée selon les lois de la Californie. Cette conclusion reposait sur la constatation que les deux associés

profit from the investments and carried on a business with a view to profit". The Tax Court Judge then turned his attention to the validity of the partnership, in light of the admission of the Canadian partners and the withdrawal of BDI and Peninsula.

[71] The Tax Court Judge acknowledged that the creation and dissolution of the partnership had to be determined by reference to California law. However, he noted that the taxpayer's expert witness addressed only the question of whether the partnership had been dissolved by virtue of the admission of new partners on November 30, 1987. Accepting the expert's testimony that the partnership remained intact, the Tax Court Judge asked whether the alleged partnership met the other requirements of California law. He ruled that since neither party led evidence on this issue, it had to be assumed that the law of California with respect to partnerships was the same as that in the Canadian provinces. On this basis, he held that in order for a partnership to exist, there had to be a relationship between persons "carrying on business in common with a view to profit".<sup>43</sup>

[72] The Tax Court Judge found that this requirement was not satisfied. It is somewhat unclear whether he held that the taxpayer's sole purpose was to obtain a tax loss or whether that was simply the overriding consideration. More importantly, in reaching his conclusion, the Tax Court Judge invoked this Court's decision in *Continental Bank*, in addition to a case which he authored.<sup>44</sup> The latter decision involves a tax plan similar to the one under appeal. The taxpayer's appeal in that case was also unsuccessful.

[73] The Tax Court Judge went on to find that there was no intention to carry on business with a view to profit and that there was no reasonable expectation of profit. As noted earlier, this finding was arrived at by

initiaux «s'attendaient d'une façon raisonnable à tirer profit des investissements et exploitaient une entreprise en vue de réaliser un bénéfice». La juge de la Cour de l'impôt a ensuite dirigé son attention sur la validité de la société de personnes, à la lumière de l'admission des associés canadiens et du retrait de BDI et de Peninsula.

[71] Le juge de la Cour de l'impôt a reconnu que la création et la dissolution de la société de personnes devaient être déterminées en fonction du droit californien. Il a toutefois fait remarquer que le témoin expert de la contribuable s'était penché uniquement sur la question de savoir si la société de personnes avait été dissoute le 30 novembre 1987 par suite de l'admission des nouveaux associés. Acceptant le témoignage de l'expert suivant lequel la société de personnes était demeurée intacte, le juge de la Cour de l'impôt s'est posé la question de savoir si la présumée société de personnes satisfaisait aux autres exigences de la législation californienne. Il a statué que, comme aucune des parties n'avait présenté de preuve sur cette question, il fallait présumer que la législation sur les sociétés de la Californie était semblable à celle des provinces canadiennes. Il a par conséquent conclu que, pour qu'une société de personnes existe, il fallait qu'il y ait une relation entre des personnes «qui exploitent une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice»<sup>43</sup>.

[72] Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que la contribuable n'avait pas satisfait à cette exigence. On ne sait pas avec certitude s'il a jugé que le seul objectif poursuivi par le contribuable était d'obtenir une perte fiscale ou si cet objectif était prépondérant. Il importe toutefois de souligner que, pour tirer cette conclusion, le juge de la Cour de l'impôt a invoqué l'arrêt *Continental Bank* de notre Cour, en plus d'une de ses propres décisions<sup>44</sup>. Cette dernière décision portait sur un stratagème fiscal semblable à celui qui est à l'examen dans le présent appel. Le contribuable a également été débouté de son appel.

[73] Le juge de la Cour de l'impôt a poursuivi en concluant qu'en l'espèce, il n'y avait pas d'intention d'exploiter une entreprise en vue de réaliser un bénéfice et qu'il n'y avait pas d'expectative

comparing the anticipated loss of US\$10 million with the anticipated profits to be realized from the apartment building. At page 2787 of his reasons, the Tax Court Judge stated:

In the appeals at bar as well [as in *Continental Bank*], none of the appellants intended anything other than to obtain a tax loss. The retention of the Tremont Apartments was an afterthought the appellants were advised was necessary. The quantum of the initial loss anticipated by the appellants compared with any anticipated, or real, profits from the Tremont Apartments cannot, in my view, lead to the conclusion that the relationship subsisting between the appellants was to carry on a business in common with a view to profit or with a reasonable expectation of profit. Any profits from the Tremont Apartments compared to the initial loss requires an exaggerated imagination to conclude that the transactions were undertaken with a view to profit. Again, the relationship subsisting between the appellants was not that of carrying on a business in common with a view to profit; they did not associate themselves to carry on a business for profit. [Emphasis added; footnote omitted.]

[74] The Tax Court Judge did rule in favour of the appellant taxpayer with respect to three issues. First, he held that the transaction in question was not a “sham”. Second, he rejected the argument that the tax loss could be disallowed under section 67 of the *Income Tax Act*, which limits the amount of an outlay or expense to that which is reasonable in the circumstances. The Tax Court Judge held that neither a non-capital loss arising from the disposition of property nor a capital loss from the disposition of shares constitutes a disbursement or an expense within the meaning of section 67. Third, the Tax Court Judge rejected the argument that section 245 of the Act, which prohibits a deduction in respect of a disbursement or an expense that unduly or artificially reduces a taxpayer’s income, was applicable for the same reasons offered in regard to section 67.

raisonnable de profit. Ainsi que je l’ai déjà signalé, le juge de la Cour de l’impôt en est arrivé à cette conclusion après avoir comparé la perte prévue de dix millions de dollars US avec les profits que l’on prévoyait tirer de l’immeuble d’habitation. Voici ce qu’il a déclaré à la page 2787 de ses motifs:

Dans les présents appels également [tout comme dans l’affaire *Continental Bank*], aucun des appelants n’avait une intention autre que celle d’obtenir une perte fiscale. Ils ont songé après coup à conserver les appartements Tremont, après qu’on leur eut dit qu’il fallait le faire. Le montant de la perte initiale que les appelants prévoient subir par rapport aux bénéfices prévus ou réels tirés des appartements Tremont ne peut pas, à mon avis, nous permettre de conclure que la relation qui existait entre les appelants visait à leur permettre d’exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice ou dans une attente raisonnable de profit. Tout bénéfice tiré des appartements Tremont par rapport à la perte initiale exige un effort d’imagination incroyable lorsqu’il s’agit de conclure que les opérations visaient à permettre aux appelants de réaliser un bénéfice. Ici encore, la relation qui existait entre les appelants ne visait pas à leur permettre d’exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice; les appelants ne se sont pas associés en vue d’exploiter une entreprise dont ils tiraient des bénéfices. [Non souligné dans l’original; renvois omis.]

[74] Le juge de la Cour de l’impôt a effectivement donné gain de cause à la contribuable appelante sur trois des questions en litige. En premier lieu, il a statué que l’opération en question n’était pas un «trompe-l’œil». En deuxième lieu, il a rejeté l’argument que la déduction de la perte fiscale pouvait être refusée en vertu de l’article 67 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, qui limite le montant d’un débours ou d’une dépense au montant jugé raisonnable eu égard aux circonstances. Le juge de la Cour de l’impôt a estimé que ni la perte autre qu’en capital découlant de la disposition d’un bien, ni la perte en capital résultant de la disposition d’actions ne constituait un débours ou une dépense au sens de l’article 67 de la Loi. En troisième lieu, le juge de la Cour de l’impôt a jugé mal fondé l’argument que l’article 245 de la Loi, qui interdit toute déduction se rapportant à un débours ou une dépense qui sert à réduire indûment ou artificiellement le revenu du contribuable, s’appliquait pour les mêmes raisons que celles qui avaient été exposées au sujet de l’article 67.

[75] At paragraphs 8, 9 and 40 to 42 of his reasons, my colleague draws attention to the manner in which the transactions were reported by BDI to the American tax authorities and the fact that BDI never lost effective control of the condominium development. In my view, those facts are irrelevant to the disposition of the present appeal. I say this because they formed no part of the Tax Court Judge's reasons for disposing of the appeals. At page 2776, the Tax Court Judge observed: "I always have reservations about accepting evidence as to how a transaction is treated for tax purposes in a foreign jurisdiction", and "[h]ow a transaction is treated in a foreign jurisdiction is of no import as to how it ought to be treated for Canadian tax purposes".

[76] I turn now to the decision in *Continental Bank*.

#### CONTINENTAL BANK

[77] When Continental Bank (the Bank) decided to wind up its affairs, it invited offers for the purchase of the shares or assets of one of its wholly owned subsidiaries which carried on a leasing business. A prospective purchaser was found for the subsidiary's business, but it was concerned about the credit-worthiness of certain lessees. Accordingly, at the purchaser's request, the Bank entered into an arrangement whereby the subsidiary formed a partnership with several of the purchaser's subsidiaries to carry on the same leasing business. The assets of the subsidiary, other than the questionable leases, were transferred to the partnership. To avoid a recapture of capital cost allowance that would have otherwise flowed from an outright sale of the assets, the subsidiary effected a rollover under subsection 97(2) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 58; 1985, c. 45, s. 49)] by making the requisite election. The partnership continued to carry on the leasing business of the subsidiary. Three days later, the subsidiary transferred its interest in the partnership to the Bank pursuant to section 88 [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 52; 1979, c. 5, s. 29; 1980-81-82-83, c. 48, s. 48] of the Act as part of its winding-up. The Bank then sold its interest to the purchaser's subsidiaries.

[75] Aux paragraphes 8, 9 et 40 à 42 de ses motifs, mon collègue attire l'attention sur la manière dont BDI a déclaré les opérations en question au fisc américain et sur le fait que BDI n'a jamais perdu le contrôle effectif de l'immeuble en copropriété. À mon avis, ces faits ne sont d'aucune utilité lorsqu'il s'agit de trancher le présent appel et ce, parce qu'ils ne font pas partie des motifs exposés par le juge de la Cour de l'impôt pour justifier sa décision. À la page 2776, le juge de la Cour de l'impôt fait en effet remarquer: «J'hésite toujours à retenir un témoignage lorsqu'il est question de la façon dont une opération est traitée dans un ressort étranger aux fins de l'impôt». Il ajoute: «La façon dont une opération est traitée dans un ressort étranger n'a rien à voir avec la façon dont elle devrait être traitée aux fins de l'impôt canadien».

[76] Je passe maintenant à l'examen de l'arrêt *Continental Bank*.

#### L'ARRÊT CONTINENTAL BANK

[77] Lorsque la Continental Bank (la Banque) a décidé de procéder à sa liquidation, elle a lancé un appel d'offres d'achat des actions ou des éléments d'actif de l'une des filiales qui lui appartenait en totalité et qui exploitait une entreprise de crédit-bail. On a trouvé un acheteur éventuel pour l'entreprise de la filiale, mais cet acheteur était préoccupé par la solvabilité de certains locataires. En conséquence, à la demande de l'acheteur, la Banque a conclu une entente aux termes de laquelle la filiale formait une société de personnes avec plusieurs des filiales de l'acheteur pour exploiter la même entreprise de crédit-bail. Les éléments d'actif de la filiale ont, à l'exception des baux suspects, été transférés à la société de personnes. Pour éviter une récupération de la déduction pour amortissement à laquelle une vente pure et simple des actifs aurait autrement donné lieu, la filiale a procédé à un roulement en vertu du paragraphe 97(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 58; 1985, ch. 45, art. 49)] en faisant le choix requis. La société de personnes a continué à exploiter l'entreprise de crédit-bail de la filiale. Trois jours plus tard, la filiale a transféré à la Banque la participation qu'elle détenait dans la société de personnes en vertu de l'article 88 [mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art.

[78] The Bank's subsidiary filed an income tax return on the basis of the above transaction, including \$130,726 in income with respect to its net earnings during the three days in which it held an interest in the partnership. The Minister reassessed the subsidiary on the basis that the partnership transaction was invalid, giving rise to a recapture of capital cost allowance. In addition, the Minister relied on the fact that the tax planning strategy involved a breach of subsection 174(2) of the *Bank Act* [R.S.C., 1985, c. B-1], which provides that a bank may not directly or indirectly participate in a partnership. Section 34 of Ontario's *Partnerships Act* [R.S.O. 1980, c. 370] provides for the dissolution of a partnership upon the happening of any event that makes it unlawful to carry on business. The Tax Court allowed the subsidiary's appeal from the Minister's reassessment, but this Court reversed that decision and allowed the Minister's appeal.

[79] Writing for the Federal Court, Justice Linden found that no valid partnership had been created. Although the evidence failed to establish that the transaction was a sham, he held that a *bona fide* partnership had not been created, as the parties had failed to demonstrate their intention to carry on business in common with a view to profit. Rather, he found that the parties intended to effect a sale of assets through a device called a "partnership". At paragraphs 21 and 22 [pages 728-729] of his decision, Justice Linden stated:

Counsel for the taxpayer, however, suggests that a partnership existed and that the elements of the partnership definition were present. There is, says counsel, a written

52; 1979, ch. 5, art. 29; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 48] de la Loi dans le cadre de sa liquidation. La Banque a ensuite vendu sa participation aux filiales de l'acquéreur.

[78] La filiale de la Banque a produit une déclaration de revenus sur le fondement de l'opération susmentionnée, en déclarant notamment un revenu de 130 726 \$ relativement aux gains nets qu'elle avait réalisés au cours des trois jours durant lesquels elle avait détenu une participation dans la société de personnes. Le ministre a établi de nouveau l'impôt dû par la filiale en partant du principe que l'opération relative à la société de personnes était invalide, ayant donné lieu à une récupération de la déduction pour amortissement. Le ministre s'est par ailleurs fondé sur le fait que la stratégie de planification fiscale allait à l'encontre du paragraphe 174(2) de la *Loi sur les banques* [L.R.C. (1985), ch. B-1], qui prévoit qu'une banque ne peut participer directement ou indirectement à une société de personnes. L'article 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* de l'Ontario [L.R.O. 1980, ch. 370] prévoit qu'une société de personnes est dissoute dans tous les cas où se produit un événement qui rend illégale l'exploitation de l'entreprise de la firme. La Cour de l'impôt a accueilli l'appel interjeté par la filiale de la nouvelle cotisation établie par le ministre, mais notre Cour a infirmé cette décision et a accueilli l'appel du ministre.

[79] Sous la plume du juge Linden, la Cour d'appel fédérale a conclu qu'aucune société de personnes n'avait été valablement constituée. Il a statué que, même si la preuve ne démontrait pas que l'opération était un trompe-l'œil, une société de personnes n'avait pas été légalement constituée, étant donné que les parties n'avaient pas réussi à faire la preuve de leur intention d'exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice. Il a plutôt conclu que les parties avaient l'intention de réaliser une vente d'éléments d'actif par le truchement d'un mécanisme appelé «société de personnes». Aux paragraphes 21 et 22 [pages 728 et 729] de ses motifs, le juge Linden déclare:

L'avocat de la contribuable affirme toutefois qu'il existait une société de personnes et que les éléments de la définition de la société de personnes étaient réunis. Il y a, soutient

agreement, and this agreement is said to contain terms one normally finds in a partnership agreement. There is a business operated as a revenue producing enterprise. There is, too, the evidence that the parties held themselves out as partners to third parties, and that separate bank accounts and books and records were maintained solely on account of the "partnership".

Yet despite this array of facts, I am of the view that this was not a business carried on in common with a view to profit. The scheme lacked the necessary glue to hold it all together, which is intention. The parties must not only do in form what the statute prescribes, they must also intend it in substance, and this intention must be demonstrated on the facts. In other words, what occurred in the present circumstances as mere incidents of adopting a form of partnership cannot be seen as substantive evidence of an intention to create a partnership in fact. Hence, even if a business was transferred into the vehicle the parties called a partnership, and even if this business was claimed to be carried on in common, which I doubt it actually was, it was not run with the intention of earning profit. The parties, rather, intended to conduct a sale of assets through a device they chose to call a partnership, even though, in reality, it was not one.

[80] Justice Linden went on to conclude that tax considerations so dominated the parties' intentions that he was forced to conclude that the parties did not intend to create a "genuine partnership". The idea of sharing profits was described as "an afterthought when the parties originally put the deal together".<sup>45</sup> As for the fact that the partnership generated profits during its three-day existence, which were reported as income by the subsidiary, Justice Linden reasoned that such evidence was not conclusive that a partnership had been established.

[81] Although not relevant to the present appeal, Justice Linden also went on to find that a partnership did not exist because subsection 174(2) of the *Bank Act* and section 34 of the *Partnerships Act* of Ontario had been breached.

l'avocat, un accord écrit, et cet accord renfermerait des modalités que l'on trouve habituellement dans un contrat de société de personnes. Il y a une entreprise qui est exploitée dans un but lucratif. Il y a également des éléments de preuve qui tendent à démontrer que les parties se sont présentées aux tiers comme étant des associés, et que des comptes bancaires et des livres et des registres distincts ont été tenus uniquement pour le compte de la «société».

Pourtant, malgré cette accumulation impressionnante de faits, je suis d'avis que nous ne sommes pas en présence d'une entreprise qui a été exploitée en commun en vue de réaliser un bénéfice. Le mécanisme ne comportait pas le ciment nécessaire pour en assurer la cohésion, à savoir l'intention. Les parties doivent non seulement respecter les exigences de forme prévues par la loi, mais aussi en respecter les exigences de fond par leur conduite, et leur intention d'en respecter les exigences de fond doit être démontrée par les faits. En d'autres termes, les événements qui sont survenus en l'espèce et qui ne constituent que de simples aspects accessoires de l'adoption d'une forme de société ne sauraient être considérés comme des éléments de preuve de fond qui tendraient à démontrer l'existence d'une intention de créer effectivement une société. En conséquence, même si une entreprise a été transférée à l'entité que les parties ont désignée sous le vocable de société de personnes, et même si les parties prétendent qu'elles ont exploité cette entreprise en commun—ce dont je doute—, cette entreprise n'a pas été exploitée dans le but de tirer un profit. Les parties avaient plutôt l'intention de procéder à une vente d'éléments d'actif en recourant à un dispositif qu'elles ont choisi d'appeler une société de personnes même si, en réalité, il n'en s'agissait pas d'une.

[80] Le juge Linden a poursuivi en concluant que les considérations fiscales dominaient à un tel point l'intention des parties que force lui était de conclure que les parties n'avaient pas l'intention de créer une «véritable société de personnes». Il a ajouté que l'idée de partager les bénéfices était «venue après coup lorsque les parties ont initialement élaboré l'accord»<sup>45</sup>. Quant au fait que la société de personnes avait généré des profits pendant les trois jours de son existence et que ces profits avaient été déclarés à titre de revenus par la filiale, le juge Linden s'est dit d'avis que ces éléments de preuve ne démontraient pas à l'évidence qu'une société de personnes avait été créée.

[81] Bien que cet aspect ne soit pas pertinent dans le présent appel, le juge Linden a également conclu qu'il n'y avait pas de société de personnes parce qu'on avait contrevenu au paragraphe 174(2) de la *Loi sur les banques* et à l'article 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* de l'Ontario.

[82] The Supreme Court allowed the appeal (L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ. dissenting), finding that a valid partnership had been created and that the transaction did not contravene the *Bank Act*. Of particular relevance to the present appeal is the fact that the Supreme Court unanimously found that the transaction created a valid partnership.

[83] Justice Bastarache, speaking for the entire Court on the partnership issue, began his analysis of a valid partnership with some general propositions. They are found at paragraph 25 [page 318] of his reasons:

In cases such as this, where the parties have entered into a formal written agreement to govern their relationship and hold themselves out as partners, the courts should determine whether the agreement contains the type of provisions typically found in a partnership agreement, whether the agreement was acted upon and whether it actually governed the affairs of the parties (*Mahon v. Minister of National Revenue*, 91 D.T.C. 878 (T.C.C.)).

[84] His Lordship then went on to outline the classic prerequisites to establishing a valid partnership: (1) there must be a business; (2) the business must be carried on in common; and (3) the business must be carried on with a view to profit.

[85] Of particular significance to the present appeal is Justice Bastarache's holding that simply because there was an overriding intention to create a partnership for tax purposes, that does not negate the fact that profit-making and profit-sharing were ancillary purposes. At paragraphs 43 and 44 [pages 325-326], Justice Bastarache adopted the view expressed in *Lindley & Banks on Partnership* that even though a partnership is formed for a predominant motive other than profit (for example, tax avoidance), it still constitutes a valid partnership:

Simply because the parties had the overriding intention of creating a partnership for one purpose does not, however,

[82] La Cour suprême a accueilli l'appel (les juges L'Heureux-Dubé et Bastarache étant dissidents) en concluant qu'une société de personnes avait été valablement constituée et que l'opération ne contrevenait pas à la *Loi sur les banques*. Il vaut particulièrement la peine de souligner le fait que la Cour suprême a conclu à l'unanimité que l'opération avait eu pour effet de créer une société de personnes valablement constituée.

[83] Le juge Bastarache, qui s'exprimait au nom de l'ensemble des juges sur la question de la société de personnes, a commencé son analyse des conditions de validité d'une société de personnes en rappelant quelques grands principes, au paragraphe 25 [page 318] de ses motifs:

Dans les cas comme celui qui nous occupe, où les parties ont conclu un accord écrit formel régissant leurs rapports et se présentent comme des associés, les tribunaux doivent se demander si l'accord renferme le genre de dispositions figurant habituellement dans les contrats de société, si on a appliqué le contrat et si, dans les faits, il a régi les affaires des parties (*Mahon c. Ministre du Revenu national*, 91 D.T.C. 878 (C.C.I.)).

[84] Le juge Bastarache a ensuite exposé les conditions préalables classiques qui doivent être réunies pour qu'il y ait création d'une société de personnes valide: 1) il doit y avoir une entreprise; 2) cette entreprise doit être exploitée en commun; 3) en vue de réaliser un bénéfice.

[85] Il importe particulièrement de souligner, pour les fins du présent appel, que le juge Bastarache a statué que le seul fait que l'intention première des parties était de créer une société en nom collectif pour une fin fiscale n'empêche toutefois pas que la réalisation et le partage d'un bénéfice constituaient un but accessoire. Aux paragraphes 43 et 44 [pages 325 et 326], le juge Bastarache se rallie aux propos formulés par les auteurs de *Lindley & Banks on Partnership*, qui se disent d'avis que, même si une société de personnes est constituée dans un autre but dominant qu'un but lucratif (par exemple, pour éviter l'impôt), elle n'en constitue pas moins une société de personnes valide:

Le seul fait que l'intention première des parties était de créer une société en nom collectif pour une fin donnée

negate the fact that profit-making and profit-sharing was an ancillary purpose. This is sufficient to satisfy the definition in s. 2 of the *Partnerships Act* in the circumstances of this case. At pp. 10-11, *Lindley & Banks on Partnership* makes the following observation:

. . . if a partnership is formed with some other predominant motive [other than the acquisition of profit], e.g., tax avoidance, but there is also a real, albeit ancillary, profit element, it may be permissible to infer that the business is being carried on "with a view of profit." If, however, it could be shown that the sole reason for the creation of a partnership was to give a particular partner the "benefit" of, say, a tax loss, when there was no contemplation in the parties' minds that a profit . . . would be derived from carrying on the relevant business, the partnership could not in any real sense be said to have been formed "with a view of profit."

This is not a case where the disentitlement of one partner to a share of the profits was agreed to by the parties; nor is it a case where no profits were anticipated during the term of a partner's involvement. During the period in which Leasing and the Bank were partners in the business, the Partnership earned a profit from its leasing operations and that profit was distributed at year end.

[86] At paragraph 45 [page 326] of his reasons, Justice Bastarache emphasizes that it is insufficient to examine the parties' subjective intentions in order to determine whether they had an intention to carry on business in common with a view to profit:

The respondent argues that intending to constitute a valid partnership is not the same thing as intending to carry on business in common with a view to profit. I agree. The parties in the present case, however, set up a valid partnership within the meaning of s. 2 of the *Partnerships Act*. They had the intention to and did carry on business with a view to profit. This conclusion is not based simply on the parties' subjective statements as to intention. It is based on the objective evidence derived from the Partnership Agreement entered into by the parties.<sup>46</sup> [Emphasis added.]

[87] As to the fact that the transaction in question was structured for tax purposes, Justice Bastarache rejected this Court's assumption that such a transaction is invalid. At paragraph 50 [page 328], he held:

n'empêche toutefois pas que la réalisation et le partage d'un bénéfice constituaient un but accessoire. Cela suffit pour respecter la définition de l'art. 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* dans les circonstances de l'espèce. L'observation suivante est faite aux pp. 10 et 11 de *Lindley & Banks on Partnership*:

[TRADUCTION] [. . .] lorsqu'une société est constituée dans quelque autre but dominant [autre qu'un but lucratif], notamment pour éviter l'impôt, mais qu'il existe aussi un élément véritable, bien qu'accessoire, de profit, il est possible d'en conclure que l'entreprise est exploitée «dans le but de réaliser un bénéfice». Cependant, lorsqu'il peut être établi que l'unique raison pour laquelle une société est mise sur pied est de conférer à un associé l'«avantage», par exemple, d'une perte fiscale, alors que les parties n'envisagent nullement qu'un bénéfice [. . .] puisse être tiré de l'exploitation de l'entreprise en cause, la société ne peut véritablement être considérée comme ayant été créée «dans le but de réaliser un bénéfice».

Il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où les parties ont convenu qu'un associé n'aurait pas droit à une quote-part des bénéfices ni d'un cas où aucun bénéfice n'était envisagé pendant la durée de la participation d'un associé. Durant la période où Leasing et la Banque ont été des associés au sein de l'entreprise, la Société a tiré un bénéfice de son entreprise de crédit-bail, et ce bénéfice a été réparti à la fin de l'exercice.

[86] Au paragraphe 45 [page 326] de ses motifs, le juge Bastarache souligne qu'il ne suffit pas d'examiner l'intention subjective des parties pour déterminer si elles avaient l'intention d'exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice:

L'intimée prétend que l'intention de constituer une société en nom collectif valide n'équivaut pas à l'intention d'exploiter une entreprise en commun dans le but de réaliser un bénéfice. Je suis d'accord. Toutefois, en l'espèce, les parties ont établi une société en nom collectif valide au sens de l'art. 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*. Elles entendaient exploiter et elles ont effectivement exploité une entreprise en commun dans le but de réaliser un bénéfice. Cette conclusion ne s'appuie pas simplement sur les déclarations subjectives des parties quant à leur intention. Elle est fondée sur l'élément de preuve objectif que constitue le contrat de société intervenu entre les parties<sup>46</sup>. [Non souligné dans l'original.]

[87] Quant au fait que l'opération en question était structurée en fonction de l'impôt, le juge Bastarache a rejeté la présomption de notre Cour suivant laquelle une telle opération est invalide. Au paragraphe 50 [page 328], il a en effet déclaré:

The Court of Appeal held, in effect, that because the ultimate objective of the Bank in proceeding with the partnership transaction was to effect a sale of its leasing business to Central, neither Leasing nor the Bank could have had the requisite intent to form a valid partnership. The result of this reasoning is that unless the only motive underlying the formation of a partnership is to carry on business in common with a view to profit, a valid partnership cannot be formed. The underlying premise of this reasoning is also that a transaction that is motivated by the securing of tax benefits is not a valid transaction. This reasoning cannot be supported. [Emphasis added.]

[88] Justice Bastarache held that profit-making and profit-sharing were real, albeit ancillary, motives of the partnership. This was held to be sufficient to satisfy the “view to profit” requirement for partnership.<sup>47</sup> Justice Bastarache also noted that it was irrelevant that the Bank’s subsidiary was only a member of the partnership for three days. All that was required was that the business be carried on in common with a view to profit during that period. Finally, Justice Bastarache criticizes this Court for assuming that simply because a transaction is motivated principally by tax considerations, the parties lacked the requisite intention to form a valid partnership. At paragraphs 52 and 53 [pages 329-330], Justice Bastarache writes:

Having found that the transaction was not a sham, the Court of Appeal should not have found that the parties lacked the requisite intention to form a valid partnership simply because the transaction was motivated by a resulting tax benefit. The Court of Appeal proceeded on the basis that the predominance of fiscal motives or the absence of a concurrent business purpose justifies or compels the court to disregard the legal form of the transaction which the parties intended.

The legal and commercial reality in the present case is that Leasing intended to and did enter into a partnership with Central within the meaning of s. 2 of the *Partnerships Act*. The Court of Appeal erred by ignoring the substance of a legally effective transaction.

It is against this backdrop that the present case must be evaluated.

[...] la Cour d’appel a statué que, parce que l’objectif ultime de la mise sur pied de la société en nom collectif par la Banque était la vente de son entreprise de crédit-bail à Central, ni Leasing ni la Banque n’ont pu avoir l’intention requise pour former une société en nom collectif valide. Selon ce raisonnement, à moins que le seul motif qui sous-tende la formation d’une société en nom collectif ne soit l’exploitation d’une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice, une société en nom collectif valide ne peut être formée. Ce raisonnement suppose également qu’une opération visant l’obtention d’un avantage fiscal n’est pas une opération valide. Ce raisonnement ne saurait tenir. [Non souligné dans l’original.]

[88] Le juge Bastarache a statué que la réalisation et le partage d’un bénéfice constituaient un but réel, bien qu’accessoire, de la société. Il a estimé que cela suffisait pour répondre à la condition relative au «but lucratif» qui doit être respectée pour qu’il y ait une société de personnes<sup>47</sup>. Le juge Bastarache a également fait remarquer qu’il était sans intérêt que la filiale de la Banque n’ait fait partie de la société que pendant trois jours. La seule exigence à remplir est qu’une entreprise ait été exploitée en commun pendant cette période en vue de réaliser un bénéfice. Finalement, le juge Bastarache reproche à notre Cour d’avoir présumé que, du simple fait qu’une opération est motivée par des considérations d’ordre fiscal, les parties n’ont pas l’intention requise pour créer une société de personnes valide. Aux paragraphes 52 et 53, [pages 329 et 330] le juge Bastarache écrit:

Après avoir conclu que l’opération n’était pas un trompe-l’œil, la Cour d’appel n’aurait pas dû arriver à la conclusion que les parties n’avaient pas l’intention requise pour former une société en nom collectif valide simplement parce que l’opération était motivée par l’avantage fiscal en découlant. La Cour d’appel a tenu pour acquis que la prédominance d’objectifs d’ordre fiscal ou l’absence d’un objet commercial concomitant autorise ou oblige le tribunal à faire abstraction de la forme juridique de l’opération que les parties entendaient réaliser.

En l’espèce, la réalité juridique et commerciale est que Leasing entendait créer et a effectivement créé avec Central une société en nom collectif au sens de l’art. 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*. La Cour d’appel a commis une erreur en ne tenant pas compte de l’essence d’une opération opposable en droit.

C’est dans ce contexte qu’il faut évaluer la présente affaire.

## ANALYSIS

[89] The legal requirements to form a partnership outlined by Justice Bastarache set out the analytical framework to be applied in this case. To reiterate, a partnership is formed if the parties (1) carry on a business (2) in common (3) with a view to profit.

[90] There is no question that the California partnership (of which the taxpayers became members) was carrying on the business of real estate development and, later, rental property. Unlike the factual circumstances in *Continental Bank*, where the partnership lasted three days, the present partnership has continued for over ten years. These facts support the proposition that a business was being carried on in common. Justice Linden disagrees, and at paragraphs 38 to 45 [pages 738-742] of his reasons, he posits that all of the parties must have a mutual intention to form a partnership and that this requirement was lacking because the American partner, BDI, never entered into a continuing partnership with the Canadian taxpayers.

[91] As far as I am aware, the “mutual intention” argument was never advanced before the Tax Court Judge. Nor was it pursued before this Court in oral argument. Only at paragraph 32 of the Minister’s factum and at paragraph 9 of his reply factum is there a reference to the mutual intention argument. In any event, it is my understanding that the Canadian taxpayers did not enter into a continuing partnership with BDI and Peninsula, since the latter two entities sold their respective partnership interests to the Canadian taxpayers. In the circumstances, it is difficult to imagine why it would be necessary for the Tax Court Judge or this Court to determine whether the American parties intended to become partners with the Canadians. The taxpayers called expert evidence as to whether the partnership would terminate on the admission of new partners and the withdrawal of old ones. The Tax Court Judge concluded that the partnership had not terminated under California law. Thus, it

## ANALYSE

[89] Les conditions légales à remplir pour former une société de personnes que le juge Bastarache a exposées définissent le cadre analytique qu’il convient d’utiliser en l’espèce. Rappelons ces conditions. Ainsi, une société de personnes est constituée lorsque les parties: 1) exploitent une entreprise 2) en commun 3) en vue de réaliser un bénéfice.

[90] Il ne fait aucun doute que la société de personnes californienne (dont les contribuables sont devenus membres) a exploité une entreprise de promotion immobilière puis, par la suite, une entreprise de location d’immeubles. Contrairement à l’affaire *Continental Bank*, dans laquelle la société avait duré trois jours, la présente société de personnes a duré plus d’une dizaine d’années. Ces faits permettent de conclure qu’une entreprise était exploitée en commun. Le juge Linden n’est pas de cet avis et, aux paragraphes 38 à 45 [pages 738 à 742] de ses motifs, il affirme que toutes les parties doivent avoir l’intention réciproque de constituer une société de personnes et que cette condition n’est pas respectée en l’espèce, parce que l’associé américain, BDI, ne s’est jamais associé de façon permanente avec les contribuables canadiens.

[91] Sauf erreur, le moyen tiré de l’«intention réciproque» n’a jamais été invoqué devant le juge de la Cour de l’impôt. Il n’a pas non plus été débattu devant nous. Ce n’est qu’au paragraphe 32 du mémoire du ministre et au paragraphe 9 de son mémoire en réponse que ce moyen est mentionné. En tout état de cause, si j’ai bien compris, les contribuables canadiens ne se sont pas associés de façon durable avec BDI et Peninsula, étant donné que ces deux dernières personnes morales ont vendu leur participation respective dans la société de personnes aux contribuables canadiens. Dans ces conditions, il est difficile de concevoir pourquoi il serait nécessaire pour le juge de la Cour de l’impôt ou pour notre Cour de décider si les Américains avaient l’intention de s’associer avec les Canadiens. Les contribuables ont fait témoigner des experts au sujet de la question de savoir si la société de personnes serait dissoute en cas d’admission de nouveaux associés ou de retrait

is the Canadian taxpayers who have been carrying on business in common over the last decade.

[92] In my view, the evidence and the findings of the Tax Court Judge make it clear that the taxpayers held themselves out to be partners and conducted themselves in a manner consistent with the partnership agreement. The agreement is typical of partnership agreements concluded in the commercial world. There has been a sharing of profits and a business is being carried on in common. Given these circumstances, how can it be said that there was no intention to carry on business with a view to profit? This question brings us back to the issue of the weight to be assigned to the subjective and objective evidence of intention for the purpose of determining whether a valid partnership was formed.

[93] In my respectful view, and with the advantage of hindsight, the Tax Court Judge erred in relying on this Court's decision in *Continental Bank* to hold that, since the taxpayers' predominant motive was to gain access to the tax losses, they were not entitled to their respective shares of those losses. No one can seriously question that the taxpayers' primary motive or intention was to acquire a substantial non-capital loss. But it is equally obvious that their secondary intention was to acquire and retain an income-producing asset by which they could continue to carry on business in common. As noted earlier, in evaluating a taxpayer's intention, consideration must be given to its conduct undertaken in response to advice given by legal and tax advisors. In the present case, the parties did what they said they were going to do.

[94] This leads me to the Tax Court's finding that the partnership was not carried on "with a view to profit or with a reasonable expectation of profit". As noted earlier, that finding was based on the understanding that the realizable profits from the apartment

d'anciens associés. Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que la société de personnes ne s'était pas dissoute en droit californien. Ainsi, ce sont les contribuables canadiens qui exploitent une entreprise en commun depuis une dizaine d'années.

[92] À mon sens, il ressort à l'évidence de la preuve et des conclusions tirées par le juge de la Cour de l'impôt que les contribuables se sont présentés comme des associés et se sont comportés d'une manière compatible avec le contrat de société. Ce document est typique des contrats de société qui sont conclus dans le domaine commercial. Il y a eu partage des profits et exploitation en commun d'une entreprise. Dans ces conditions, comment pourrait-on prétendre qu'il n'y avait aucune intention d'exploiter une entreprise en vue de réaliser un bénéfice? Cela nous ramène à la question de la valeur à attribuer aux éléments de preuve subjectifs et objectifs concernant l'intention pour décider si une société de personnes a été valablement constituée.

[93] À mon humble avis, en rétrospective, le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur en se fondant sur la décision rendue par notre Cour dans l'affaire *Continental Bank* pour statuer que, comme leur unique motif était de se prévaloir des pertes fiscales, les contribuables n'avaient pas droit à leur quote-part respective de ces pertes. Nul ne saurait sérieusement contester que le mobile ou l'intention principale des contribuables était d'acquérir une perte autre qu'en capital substantielle. Mais il est également évident que leur intention secondaire était d'acquérir et de conserver un bien productif de revenu qui leur permettrait de continuer à exploiter une entreprise en commun. Ainsi qu'il a déjà été signalé, pour évaluer l'intention du contribuable, il faut tenir compte de la ligne de conduite qu'il a adoptée en réponse aux conseils que lui ont donnés ses conseillers juridiques et fiscaux. En l'espèce, les parties ont fait ce qu'elles avaient dit qu'elles feraient.

[94] Ce qui m'amène à la conclusion du juge de la Cour de l'impôt suivant laquelle la société de personnes n'était pas exploitée «en vue de réaliser un bénéfice ou dans une attente raisonnable de profit». Comme je l'ai déjà fait remarquer, cette conclusion

building could never exceed the non-capital loss incurred on the disposition of the condominium development. It is not clear from the Tax Court Judge's reasons whether the "profitability factor" is invoked as a basis for holding that no valid partnership was formed because there was no secondary intention to carry on business with a view to profit, or as evidence that there was no source of income giving rise to a loss because of the failure to satisfy the "reasonable expectation of profit" test articulated in *Moldowan*. Irrespective of what the Tax Court Judge may have intended, it is clear that the Minister is now invoking the reasonable expectation doctrine as a ground for upholding the decision below. This raises yet another issue. Is there a substantive difference between the reasonable expectation of profit doctrine and the requirement that a business be carried on "with a view to profit" under partnership law? Fortunately, that is not a question I need to address directly. In the reasons that follow, I conclude that neither the reasonable expectation of profit doctrine nor partnership principles provide a basis on which to deny the taxpayers the relief being sought. I begin with the profit requirement imposed under partnership law.

[95] Does the fact that a partnership has realized a substantial non-capital loss on the disposition of real estate bring that partnership to an end simply because the profits to be generated from other income-producing assets cannot reasonably surpass the amount of the loss? In short, does the fact that a partnership disposes of a losing business while retaining a profitable one mean that the partnership ceases to exist at law? In my view, the answer is obvious: the partners continue to carry on business in common with a view to profit with respect to the income-producing assets, regardless of the *quantum* of the loss. This is true even when a third party buys into the partnership and

reposait sur l'hypothèse que les bénéfiques qui pouvaient être tirés de l'immeuble d'habitation ne pouvaient jamais dépasser la perte autre qu'en capital subie lors de la disposition de l'immeuble en copropriété. Les motifs du juge de la Cour de l'impôt ne permettent pas de savoir avec certitude si le «facteur de rentabilité» est invoqué pour justifier la conclusion qu'aucune société de personnes n'a été valablement formée, étant donné qu'il n'y avait aucune intention secondaire d'exploiter une entreprise en vue de réaliser un bénéfice, ou encore si ce facteur est invoqué comme élément de preuve tendant à démontrer qu'il n'existait aucune source de revenu pouvant donner lieu à une perte parce que le critère de l'«expectative raisonnable de profit» posé dans l'arrêt *Moldowan* n'était pas respecté. Indépendamment de ce que le juge de la Cour de l'impôt voulait dire, il est évident que le ministre invoque maintenant le principe de l'expectative raisonnable pour affirmer que la Cour devrait confirmer la décision de première instance. Cela soulève ainsi une toute autre question. Y a-t-il une différence substantielle entre la théorie de l'expectative raisonnable de profit et l'obligation selon laquelle une entreprise doit être exploitée «en vue de réaliser un bénéfice» en droit des sociétés de personnes? Heureusement, je n'ai pas à répondre directement à cette question. Dans les motifs qui suivent, je conclus que ni la doctrine de l'expectative raisonnable de profit ni les principes du droit des sociétés de personnes ne permettent de refuser aux contribuables la réparation qu'ils sollicitent. Je commence par l'obligation du profit imposée par le droit des sociétés de personnes.

[95] Le fait qu'une société de personnes a réalisé une importante perte autre qu'en capital lors de la disposition d'un immeuble entraîne-t-il la dissolution de cette société du simple fait que les profits tirés d'autres biens productifs de revenu ne sauraient logiquement excéder le montant de la perte? En bref, le fait qu'une société de personnes se départit d'activités déficitaires tout en conservant des activités rentables signifie-t-il que cette société cesse d'exister en droit? À mon avis, la réponse est évidente: les associés continuent d'exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice en ce qui concerne les biens productifs de revenus indépendamment de

a non-capital loss is subsequently realized. The following hypothetical derived from the facts of the present case illustrates my point.

[96] Assume that a partnership consisting of two partners has two income-producing assets: a condominium and an apartment building. Assume further that a sale of the former would give rise to a \$10,000 non-capital loss, since it cost \$30,000 to construct the condominium but its fair market value has fallen to \$20,000. The apartment building is fully mortgaged and it is agreed that, in the event there are any excess rents (potential profits), such sums will be applied against the principal amount of the mortgage loan. One of the partners decides to leave the partnership and finds a third party who is willing to pay \$10,000 for its half interest. A year later, the newly constituted partnership decides to dispose of the condominium and suffers a non-capital loss of \$10,000 (\$5,000 per partner). If I understand the Tax Court Judge's reasoning correctly, this loss is not deductible by the new partner since that amount cannot be realistically offset by the profits from the apartment building. Clearly, this legal result is unacceptable, even if the facts are altered to provide that the new partner buys into the partnership for a nominal sum, such as \$1000, and sells the condominium the next day. The price paid to enter the partnership (the adequacy of the consideration, so to speak) is of no concern to the Minister, nor is the Minister in a position to dictate how long the condominium should be held. That would require a fundamental rewriting of the *Income Tax Act* and lead to intolerable uncertainty in tax law.

[97] Accepting that there was an ancillary or secondary intention on the part of the Canadian taxpayers to continue carrying on business in common with a view to profit following the disposition of the condominium development, the only remaining question is whether

l'ampleur de la perte et ce, même si un tiers devient membre de la société de personnes et qu'une perte autre qu'en capital survient par la suite. L'hypothèse suivante inspirée des faits de la présente affaire servira à illustrer ma thèse.

[96] On suppose qu'une société de personnes composée de deux associés possède deux actifs productifs de revenu: un immeuble en copropriété et un immeuble d'habitation. On suppose ensuite que la vente du premier immeuble donnerait lieu à une perte autre qu'en capital de 10 000 \$, puisqu'il en coûte 30 000 \$ pour construire l'immeuble en copropriété, mais que sa juste valeur marchande a fléchi à 20 000 \$. L'immeuble d'habitation est hypothéqué au maximum et il est convenu qu'en cas d'excédent provenant des loyers (profit éventuel), cette somme sera déduite du capital du prêt hypothécaire. Un des associés décide de quitter la société et trouve un tiers qui est prêt à payer 10 000 \$ pour acquérir sa participation de 50 pour 100. Un an plus tard, la société de personnes nouvellement constituée décide de se départir de l'immeuble en copropriété et subit une perte autre qu'en capital de 10 000 \$ (5 000 \$ par associé). Si j'ai bien compris le raisonnement du juge de la Cour de l'impôt, le nouvel associé ne peut déduire cette perte, étant donné que cette somme ne saurait de façon réaliste être compensée par les profits tirés de l'immeuble d'habitation. De toute évidence, ce résultat juridique est inacceptable, même si l'on modifie le scénario pour prévoir que le nouvel associé devient membre de la société en contrepartie d'une somme symbolique—1 000 \$ par exemple—et vend l'immeuble en copropriété le lendemain. Le prix payé pour devenir un associé (la suffisance de la contrepartie, pour ainsi dire) n'intéresse pas le ministre, qui ne saurait non plus dicter aux associés la période pendant laquelle ils doivent conserver l'immeuble. Autrement, il faudrait récrire complètement la *Loi de l'impôt sur le revenu* et le droit fiscal souffrirait d'une ambiguïté intolérable.

[97] Si l'on accepte que les contribuables canadiens avaient une intention secondaire ou accessoire d'exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice à la suite de la disposition de l'immeuble en copropriété, la seule question qui demeure est celle

the reasonable expectation of profit doctrine is a sufficient basis for dismissing the appeals. The Minister invokes the doctrine in a bifurcated fashion. First, the Minister adopts the Tax Court Judge's "netting-out" of the loss arising from the sale of the condominium development with the profits from the apartment building in order to establish that the taxpayers had no reasonable expectation of profit. In short, the taxpayers' "reasonable expectation" is measured in terms of the net gain or loss arising from both income-producing assets. Second, the Minister argues that the condominium development did not constitute a source of income to the taxpayers. With respect to this asset, it is argued that there was no reasonable expectation of profit when the taxpayers became partners. Their only expectation was to receive a predetermined and preordained non-capital loss of US\$10 million. In my respectful view, the reasonable expectation of profit doctrine does not sustain either argument for the simple reason that it has no application to cases such as this.

[98] I do not propose to write a dissertation on the Supreme Court's decision in *Moldowan*. It has always been a controversial decision, if only because it is one of the few instances in which the Supreme Court has been prepared to adopt a common law anti-avoidance rule aimed at limiting a taxpayer's ability to engage in dubious business pursuits with a view to deducting inevitable losses from other income sources, typically employment income. Contrary to tax mythology, that portion of *Moldowan* is not *obiter*, but what is often forgotten is that seven years after *Moldowan* was decided, the Supreme Court held in *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*<sup>48</sup> that, absent any statutory ambiguity, it was no business of the courts to parlay doctrines of statutory interpretation into disguised anti-avoidance techniques. According to Justice Estey,<sup>49</sup>

. . . where the substance of the Act, when the clause in question is contextually construed, is clear and unambiguous

de savoir si la doctrine de l'expectative raisonnable de profit constitue un motif suffisant pour rejeter les appels. Le raisonnement suivi par le ministre pour invoquer cette doctrine comporte deux volets. En premier lieu, le ministre adopte la méthode de la «déduction» que le juge de la Cour de l'impôt a employée pour soustraire la perte découlant de la vente de l'immeuble en copropriété des bénéficiaires tirés de l'immeuble d'habitation pour établir que les contribuables n'avaient pas d'expectative raisonnable de profit. En résumé, l'«expectative raisonnable» des contribuables est mesurée en fonction du gain net ou de la perte nette résultant des deux avoirs productifs de revenu. En second lieu, le ministre soutient que l'immeuble en copropriété ne constituait pas une source de revenus pour les contribuables. En ce qui concerne ce bien, le ministre fait valoir que les contribuables n'avaient aucune expectative raisonnable de profit lorsqu'ils se sont associés. Ils s'attendaient seulement à recevoir une perte autre qu'en capital de dix millions de dollars US qui avait été prévue et planifiée d'avance. À mon humble avis, la doctrine de l'expectative raisonnable de profit ne justifie aucun des deux volets de cet argument pour la simple raison qu'elle ne s'applique pas aux cas comme celui-ci.

[98] Je n'ai pas l'intention de faire une dissertation sur l'arrêt *Moldowan* de la Cour suprême. Cet arrêt a toujours été controversé, ne serait-ce que parce qu'il s'agit d'un des rares cas où la Cour suprême était prête à adopter un principe anti-évasion de common law visant à limiter la capacité des contribuables de se livrer à des activités commerciales douteuses en vue de déduire des pertes inévitables d'autres sources de revenu, le plus souvent des revenus d'emploi. Contrairement au mythe qui a cours dans les milieux fiscaux, cet aspect de l'arrêt *Moldowan* ne constitue pas une simple opinion incidente. Mais ce qu'on oublie souvent, c'est que sept ans après le prononcé de l'arrêt *Moldowan*, la Cour suprême a statué, dans l'arrêt *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*<sup>48</sup>, qu'en l'absence d'ambiguïté dans le libellé de la loi, il n'est pas loisible aux tribunaux d'introduire des principes d'interprétation des lois dans les mécanismes anti-évasion déguisés. Suivant le juge Estey<sup>49</sup>:

[. . .] si le contenu de la Loi, lorsque la disposition en cause est interprétée dans son contexte, est clair et précis et que la

and there is no prohibition in the Act which embraces the taxpayer, the taxpayer shall be free to avail himself of the beneficial provision in question.

[99] In the present case, the losses being claimed by the taxpayers fall squarely within section 96 of the *Income Tax Act*. That provision admits of no ambiguity and, therefore, no interpretative analysis is required. According to *Stuart*, the onus is on the Minister to thwart unacceptable tax-motivated transactions by adopting specific anti-avoidance provisions. This is true unless, of course, the reasonable expectation of profit doctrine is applicable. As much as I am an admirer of Chief Justice Dickson's decision in *Moldowan*, it is my view that the Minister is not entitled to rely on that doctrine as a wholesale means of circumventing the need to amend the *Income Tax Act* in order to thwart aggressive tax planning schemes. I note that with respect to the present case, the Act was amended in 1994 to eliminate that particular tax shelter.<sup>50</sup> I also note that the legislation was not made retroactive.

[100] Generally speaking, the reasonable expectation of profit doctrine is intended to deny tax benefits where profit-seeking becomes the pursuit of an "impossible dream"<sup>51</sup> or there is an overriding personal element attached to an undertaking. That personal element usually manifests itself as a blatant indifference to the profitability of what might otherwise be considered a genuine business undertaking. The classic example is the hobby farmer who makes his money in the city as a lawyer or physician, and then loses it in the country.<sup>52</sup> In addition, there are those who are intent upon deducting half of the interest accruing on their home mortgage from their employment income on the ground that they incurred a rental loss with respect to a basement apartment which, according to the taxpayer's calculations, is as valuable as the upstairs premises.<sup>53</sup>

[101] There are several factors set out in the jurisprudence which must be examined when assessing

Loi ne comporte pas d'interdiction qui vise le contribuable, celui-ci est libre de se prévaloir des dispositions avantageuses en cause.

[99] En l'espèce, les pertes dont les contribuables réclament la déduction tombent carrément sous le coup de l'article 96 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cette disposition n'est nullement ambiguë et, par conséquent, aucune interprétation n'est nécessaire. Selon l'arrêt *Stuart*, c'est au ministre qu'il incombe de mettre un frein aux opérations inacceptables motivées par l'évasion fiscale en adoptant des dispositions anti-évasion expresses. Il en est ainsi sauf, évidemment, si la doctrine de l'expectative raisonnable de profit s'applique. J'admire la décision rendue par le juge en chef Dickson dans l'affaire *Moldowan*, mais je suis d'avis que le ministre n'a pas le droit d'invoquer cette doctrine comme moyen systématique de se soustraire à la nécessité de modifier la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour contrecarrer certains mécanismes de planification fiscale audacieux. Je constate, pour ce qui est de la présent affaire, que la Loi a effectivement été modifiée en 1994 pour supprimer cet abri fiscal précis<sup>50</sup>. Je constate aussi que cette modification n'est pas rétroactive.

[100] En règle générale, la doctrine de l'expectative raisonnable de profit est censée nier des avantages fiscaux lorsque la recherche d'un profit devient la poursuite d'un «rêve impossible»<sup>51</sup> ou que l'entreprise est dominée par un élément personnel. Cet élément personnel se manifeste habituellement par une indifférence flagrante face à la rentabilité de ce qui pourrait autrement être considéré comme une entreprise commerciale véritable. L'exemple classique est celui de la personne qui se livre à l'agriculture comme passe-temps et qui gagne sa vie en ville comme avocat ou médecin et qui perd ensuite son argent dans son entreprise agricole<sup>52</sup>. En outre, il y a ceux qui cherchent à déduire de leur revenu d'emploi la moitié des intérêts accumulés sur le prêt hypothécaire grevant leur maison au motif qu'ils ont subi une perte locative relativement à un appartement situé au sous-sol qui, selon leurs calculs, a une valeur aussi importante que les autres pièces de la maison<sup>53</sup>.

[101] Il y a plusieurs facteurs énumérés dans la jurisprudence dont il faut tenir compte lorsqu'on se

whether a reasonable expectation of profit is present, including: the personal element; the profit and loss experience in past years; the formulation of a proper business plan; the taxpayer's qualifications, training and experience; and the amount of time devoted to the enterprise. Yet this Court has not been asked to examine any of those factors in this case. Rather, the Minister has taken the unprecedented step of arguing that the condominium development did not constitute a source of income because there was no expectation of profit at the time the taxpayers bought into the partnership due to the unrealized non-capital loss. In other words, the Minister invites this Court to adopt a rule of tax law that effectively prohibits anyone who buys into a business with a substantial unrealized non-capital loss from treating that business as a source of income, unless it can be demonstrated that future profits will exceed that loss. I decline the invitation to adopt such a rule. The reasonable expectation of profit doctrine is intended only to determine whether a business exists. If the owners of a business are able to satisfy that requirement, the determination that a business exists should not change simply because the business is transferred to a new owner, or the new partners decide to dispose of an unprofitable asset.

[102] The dangers of adopting the Minister's argument are self-evident. As far as I am aware, the reasonable expectation of profit doctrine has never been invoked to support the proposition that if one source of income gives rise to a loss which cannot be offset by another income source, then there is no source of income for tax purposes. I pause here to note that if the Minister's view of the law were to be accepted, then the profits generated by the apartment building would be immune from taxation. I rather doubt that the Minister has reassessed the taxpayers on that basis.

[103] A recurring theme throughout the Minister's arguments is that the taxpayers did not turn their minds to the issue of profitability when deciding

demande s'il existe une expectative raisonnable de profit. Mentionnons notamment l'élément personnel, les pertes et profits réalisés au cours des années précédentes, l'élaboration d'un plan d'affaires valable, les titres et qualités du contribuable, ainsi que sa formation et son expérience, et le temps consacré à l'entreprise. Pourtant, on n'a pas demandé à la Cour d'examiner ces facteurs en l'espèce. Dans un geste sans précédent, le ministre a plutôt choisi de soutenir que l'immeuble en copropriété ne constituait pas une source de revenu parce qu'il n'y avait aucune expectative raisonnable de profit au moment où les contribuables ont adhéré à la société de personnes en raison de la perte autre qu'en capital non réalisée. En d'autres termes, le ministre invite la Cour à adopter un principe de droit fiscal qui aurait pour effet d'interdire à quiconque adhère à une entreprise avec une importante perte autre qu'en capital non réalisée de traiter cette entreprise comme une source de revenu sauf s'il peut démontrer que les profits à venir excéderont cette perte. Je refuse d'adopter un tel principe. La doctrine de l'expectative raisonnable de profit vise uniquement à déterminer s'il existe une entreprise. Si les propriétaires de l'entreprise réussissent à satisfaire à cette exigence, la conclusion qu'il existe une entreprise ne devrait pas être modifiée du seul fait que l'entreprise passe entre les mains d'un nouveau propriétaire ou que les nouveaux associés décident de se départir d'un bien non rentable.

[102] Les dangers que comporterait l'adoption de la thèse du ministre sont évidents. Autant que je sache, la doctrine de l'expectative raisonnable de profit n'a jamais été invoquée à l'appui de la proposition que, si une source de revenu donne lieu à une perte qui ne peut être compensée par une autre source de revenu, il n'y a aucune source de revenu sur le plan fiscal. J'ouvre une parenthèse ici pour signaler que, si l'on devait retenir l'interprétation que le ministre donne de la loi, les profits générés par l'immeuble d'habitation seraient non imposables. Je doute fort que le ministre ait établi de nouveau l'impôt dû par les contribuables sur le fondement d'une telle proposition.

[103] Un thème récurrent de la thèse du ministre est que les contribuables ne se sont pas interrogés sur la question de la rentabilité avant de décider de s'engager

whether to commit themselves to the transaction at issue; rather, they were preoccupied with the huge tax losses that they expected to obtain as a result of the transactions. It is argued, for example, that the taxpayers did not obtain any appraisals or reports with respect to the apartment building. Nor could witnesses recall any discussion with the American vendors concerning estimates of the apartment's potential profitability. There is a simple response to this argument: the apartment building proved to be profitable. The Minister's position results in the absurd proposition that, even though a profit was realized, the fact that the taxpayers had no reasonable expectation of profit at the outset is sufficient to hold that no business was being carried on.

[104] Interestingly, the Minister considers that the non-capital loss in issue is merely an arithmetic calculation, and not a "real loss". In fact, the California partnership spent US\$10 million more than the fair market value of the condominium development, resulting in a genuine unrealized loss which it was willing to sell to the Canadian taxpayers. I fail to see what is "unreal" about the loss. Finally, there is no merit to the Minister's arguments involving the sham doctrine and sections 67 and 245 of the *Income Tax Act*. In this regard, I adopt the reasoning of the Tax Court Judge.

#### DISPOSITION

[105] I would allow the appeal with costs here and in the Tax Court, set aside the judgment below and substitute it with an order allowing the appeal from the Minister's reassessment and referring the matter back to him for disposition on the basis that the taxpayers are entitled to the partnership losses claimed.

<sup>1</sup> These cases have Court file numbers A-900-97 through A-904-97.

<sup>2</sup> Fax from CMF Enterprises to Spire Investors dated May 28, 1987, at Appeal Book, p. 1324 (Vol. 7, Tab 1).

dans l'opération en litige. Ils étaient plutôt préoccupés par les pertes fiscales considérables qu'ils prévoyaient obtenir par suite des opérations en question. Le ministre fait valoir, par exemple, que les contribuables n'ont obtenu aucune évaluation et aucun rapport en ce qui concerne l'immeuble d'habitation. Par ailleurs, aucun des témoins ne se rappelle avoir discuté avec les vendeurs américains d'estimations quant à la rentabilité éventuelle de l'immeuble d'habitation. La réponse à cet argument est simple: l'immeuble d'habitation s'est avéré rentable. La thèse du ministre aboutit au résultat absurde suivant: même si un profit a été réalisé, le fait que les contribuables n'avaient pas d'expectative raisonnable de profit au départ suffit pour conclure qu'aucune entreprise n'a été exploitée.

[104] Il est curieux de constater que le ministre considère que la perte autre qu'en capital en litige n'est qu'un calcul mathématique, et non une «véritable perte». De fait, la société de personnes californienne a consacré une somme qui excédait de dix millions de dollars US la juste valeur marchande de l'immeuble en copropriété, ce qui s'est traduit par une véritable perte non réalisée qu'elle était disposée à vendre aux contribuables canadiens. Je ne vois pas comment on peut considérer que cette perte n'est «pas réelle». Finalement, les moyens invoqués par le ministre au sujet de la doctrine du trompe-l'œil et des articles 67 et 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sont mal fondés. À cet égard, je souscris au raisonnement suivi par le juge de la Cour de l'impôt.

#### DISPOSITIF

[105] Je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens tant en appel que devant la Cour de l'impôt, d'annuler le jugement de première instance et de le remplacer par une ordonnance accueillant l'appel interjeté de la nouvelle cotisation établie par le ministre et de renvoyer l'affaire à ce dernier pour qu'il rende une nouvelle décision en partant du principe que les contribuables ont droit aux pertes de la société de personnes qu'ils réclament.

<sup>1</sup> Ces affaires portent les numéros du greffe A-900-97 à A-904-97.

<sup>2</sup> Télécopie de CMF Enterprises à Spire Investors en date du 28 mai 1987, dossier d'appel, à la p. 1324 (vol. 7, onglet 1).

<sup>3</sup> *Spire Freezers Ltd. v. R.*, [1998] 2 C.T.C. 2764 (T.C.C.), at p. 2773.

<sup>4</sup> At trial, the respondent called an expert, Mr. Richard Harting, a U.S. tax lawyer with 20 years' experience who has worked for the IRS and in private practice. The Tax Court Judge summarized Mr. Harting's testimony in the following way at pp. 2776-2777 of the Tax Court reasons:

I always have reservations about accepting evidence as to how a transaction is treated for tax purposes in a foreign jurisdiction. I considered Mr. Harting's testimony only for the purpose of learning how the transactions were, or ought to have been reported, for United States tax purposes. . . . In any event, Mr. Harting testified that in his opinion, for U.S. tax purposes BDI treated the HCP Condominium not as an acquisition but as a distribution to it. . . . In his view, the Canadians bought into a partnership with only one asset, the Tremont Apartments; the condominium had been previously distributed to BDI. The Canadians never had any risk of ownership and had no ability to obtain any of the benefits of ownership of, or any appreciation from, the HCP Condominium; the Canadians never had an ownership interest in the condominium. If after the sale of the partnership interest the Canadians had reneged and not sold the HCP Condominium, Mr. Harting wrote in his statement, BDI a) would have either a claim for specific performance or damages and b) would have demanded payment of the notes and claimed a default rate of interest if the notes were not paid.

This decision is now reported at [1998] 2 C.T.C. 2764.

<sup>5</sup> The judgment of this Court is reported at [1996] 3 F.C. 713 (C.A.).

<sup>6</sup> Tax Court reasons at p. 2787. In this paragraph the Tax Court Judge twice repeats his conclusion that the relationship subsisting between the appellants did not satisfy the legal test for the existence of a partnership. These reasons, however, repeatedly suggest that it is necessary for the Canadians to have been partners with the HCP project in order to claim the tax losses, which is also recognized by the Tax Court Judge: see, e.g., Tax Court reasons at p. 2783.

<sup>7</sup> Tax Court reasons, at p. 2769. In this matter the parties differ slightly in their view of the facts. As noted, the appellant point to the Tremont project as proof that they entered into this transaction with a view to profit, but freely admits that the transaction was conceived and consummated in order to obtain tax losses.

<sup>8</sup> See the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 96 *et seq.* Note that ss. 96(8) and 96(9) of that Act,

<sup>3</sup> *Spire Freezers Ltd. c. R.*, [1998] 2 C.T.C. 2764 (C.C.I.), à la p. 2773.

<sup>4</sup> Au procès, l'intimée a fait entendre un expert, M<sup>e</sup> Richard Harting, un avocat fiscaliste américain qui possède 20 ans d'expérience et qui a travaillé à l'Internal Revenue Service et en cabinet privé. Le juge de la Cour de l'impôt a résumé de la manière suivante le témoignage de M<sup>e</sup> Harting aux p. 2776 et 2777 de ses motifs:

J'hésite toujours à retenir un témoignage lorsqu'il est question de la façon dont une opération est traitée dans un ressort étranger aux fins de l'impôt. J'ai uniquement tenu compte du témoignage de M. Harting afin de savoir comment les opérations ont été ou auraient dû être déclarées aux fins de l'impôt américain [ . . . ] Quoi qu'il en soit, M. Harting a témoigné qu'à son avis, aux fins de l'impôt américain, BDI avait traité le condominium de HCP non comme si elle l'avait acquis, mais comme s'il lui avait été attribué [ . . . ] À son avis, les Canadiens ont acheté des parts dans une société qui n'avait qu'un actif, soit les appartements Tremont; le condominium avait déjà été attribué à BDI. Les Canadiens n'ont jamais assumé un risque à titre de propriétaires du condominium de HCP et ils ne pouvaient pas bénéficier des avantages liés à la propriété, ni de l'accroissement de la valeur du condominium; les Canadiens n'ont jamais eu de parts dans le condominium. M. Harting a dit dans son exposé écrit que si, après la vente des parts qu'ils avaient dans la société, les Canadiens avaient manqué à leur parole et n'avaient pas vendu le condominium de HCP, BDI a) disposerait d'un recours en vue de l'exécution en nature ou de l'obtention de dommages-intérêts, et b) aurait exigé le paiement des billets et demandé des intérêts moratoires en cas de défaut de paiement.

Cette décision est maintenant publiée à [1998] 2 C.T.C. 2764.

<sup>5</sup> L'arrêt de notre Cour est publié à [1996] 3 C.F. 713 (C.A.).

<sup>6</sup> Motifs de la Cour de l'impôt, à la p. 2787. Dans ce paragraphe, le juge de la Cour de l'impôt réaffirme deux fois sa conclusion que la relation qui existait entre les appelants ne répond pas au critère imposé par la loi auquel il faut satisfaire pour qu'une société de personnes soit créée. Dans les présents motifs, il est toutefois réaffirmé à plusieurs reprises que, pour être autorisés à déduire les pertes fiscales, les Canadiens devaient être des associés en ce qui concerne l'immeuble de HCP, ce que le juge de la Cour de l'impôt a lui aussi reconnu (voir, p. ex., les motifs de la Cour de l'impôt, à la p. 2783).

<sup>7</sup> Motifs de la Cour de l'impôt, à la p. 2769. Sur ce point, les parties divergent légèrement d'opinion quant aux faits. Ainsi qu'il a déjà été signalé, l'appelante cite le projet Tremont comme preuve que cette opération a été conclue en vue de réaliser un profit. Elle reconnaît toutefois volontiers que l'opération a été conçue et réalisée dans le but d'obtenir des pertes fiscales.

<sup>8</sup> Voir la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 96 et suiv. Il y a lieu de signaler que

enacted in 1994 [S.C. 1994, c. 21, s. 44], would prohibit the appellant from reaping tax losses in transactions such as these involving foreign partnerships.

<sup>9</sup> See R. C. l'Anson Banks, *Lindley & Banks on Partnership* (17th ed.) (London: Sweet & Maxwell, 1995), at p. 73 "Any agreement must be construed as a whole: the mere fact that the parties describe themselves as partners is not conclusive . . . . On the other hand, the parties may agree to share profits and losses, but at the same time declare that they are *not* to be partners: it will then be for the court to identify their real status. Although a declaration against partnership will be ineffective when all the indicia of partnership are present, it may affect the interpretation of other clauses and, thereby, rebut inferences which could otherwise be drawn from them if they stood alone." The substantially similar predecessor to this passage from the 16th edition of *Lindley & Banks on Partnership* was quoted with approval in *Munroe v. Clarke and Lamplighter Beverage Room & Grill Limited* (1977), 23 N.S.R. (2d) 652 (S.C.); *Hayes v. British Columbia Television Broadcasting Systems Ltd.*, [1991] B.C.J. No. 1048 (S.C.) (QL); aff'd [1993] 2 W.W.R. 749 (C.A.), application for leave to appeal to the Supreme Court denied [1993] 2 S.C.R. viii. The substantially similar passage from the 11th edition [*A Treatise on the Law of Partnership*] was quoted with approval in *Sedgwick, Joseph v. Minister of National Revenue*, [1962] Ex. C.R. 337. See also *infra*, note 12.

<sup>10</sup> If this were not so, i.e., if the legal relationship of partnership could be bought, sold, or assigned, then the absurd situation could arise where a partnership of several people sells their "partnership" to one person. The result would be a legally valid partnership of one person.

<sup>11</sup> [1926] S.C.R. 328, at p. 329.

<sup>12</sup> The commonly used practitioner's guide *Canada Tax Service* suggests that partnership is a question of fact: see H. Stikeman (ed.) *Canada Tax Service* (loose-leaf) (Scarborough, Carswell) (hereinafter *Canada Tax Service*) at p. 96-136, quoting *Morden Rigg and Company and R. B. Eskrigge and Company v. Monks* (1922), 8 T.C. 450, at p. 464. In addition, there are several other cases which suggest that partnership is a question of fact: see e.g., *Balick v. Sussman*, [1985] O.J. No. 1109 (H.C.) (QL), at para. 25 "Turning to the merits of this issue, it is not contested that partnership is a question of fact."; see also *Roy v. Senator Hotels Ltd.*, [1982] O.J. No. 911 (H.C.) (QL), at para. 6 "The court must examine the relations between the parties and the history of the dealings in order to decide, as a

les art. 96(8) et 96(9) de cette Loi, qui ont été édictés en 1994 [L.C. 1994, ch. 21, art. 44], interdiraient à l'appelante de se prévaloir des pertes fiscales subies dans le cadre d'opérations comme les présentes, qui mettent en cause des sociétés de personnes étrangères.

<sup>9</sup> Voir R. C. l'Anson Banks, *Lindley & Banks on Partnership* (17<sup>e</sup> éd., Londres: Sweet & Maxwell, 1995), à la p. 73 [TRADUCTION] «Chaque entente doit être interprétée comme un tout: le simple fait que les parties se qualifient d'associés n'est pas concluant [. . .] En revanche, les parties peuvent convenir de partager les pertes et les profits tout en déclarant en même temps qu'elles *ne sont pas* des associés. C'est alors au tribunal qu'il reviendra de déterminer leur véritable statut. Bien qu'elle n'ait aucun effet lorsque tous les critères permettant de conclure à l'existence d'une société de personnes sont réunis, la dénégation de l'existence d'une société de personnes peut avoir une incidence sur l'interprétation des autres dispositions et, de ce fait, avoir pour effet de réfuter les inférences qu'on pourrait autrement en tirer si elle n'avait pas été formulée». La version presque identique de cet extrait que l'on trouvait dans la 16<sup>e</sup> éd. de l'ouvrage *Lindley & Banks on Partnership* a été citée et approuvée dans les décisions suivantes: *Munroe v. Clarke and Lamplighter Beverage Room & Grill Limited*, (1977), 23 N.S.R. (2d) 652 (C.S.); *Hayes v. British Columbia Television Broadcasting Systems Ltd.*, [1991] B.C.J. No. 1048 (C.S.) (QL); conf. par [1993] 2 W.W.R. 749 (C.A.); demande d'autorisation de pourvoi à la Cour suprême refusée à [1993] 2 R.C.S. viii. La version presque identique du même extrait qui figurait dans la 11<sup>e</sup> éd. [*A Treatise on the Law of Partnership*] a été citée et approuvée dans le jugement *Sedgwick, Joseph v. Minister of National Revenue*, [1962] R.C.E. 337. Voir également *infra*, note 12.

<sup>10</sup> S'il n'en était pas ainsi, c'est-à-dire si l'on pouvait acheter, vendre ou céder la relation juridique que suppose la constitution d'une société de personnes, on pourrait se retrouver devant la situation absurde où une société composée de plusieurs personnes vendrait sa «participation» à une seule personne. On se retrouverait alors avec une société de personnes juridiquement valide qui ne serait composée que d'une seule personne.

<sup>11</sup> [1926] R.C.S. 328, à la p. 329.

<sup>12</sup> Dans le guide *Canada Tax Service*, que les praticiens utilisent couramment, on affirme que l'existence d'une société de personnes est une question de fait. Voir H. Stikeman (éd.), *Canada Tax Service* (édition à feuilles mobiles) (Scarborough, Carswell) (*Canada Tax Service*), à la p. 96-136, où l'on cite l'arrêt *Morden Rigg and Company and R. B. Eskrigge and Company v. Monks* (1922), 8 T.C. 450 (K.B.), à la p. 464. De plus, il existe plusieurs autres décisions dans lesquelles les tribunaux affirment que l'existence d'une société est une question de fait: voir, p. ex., le jugement *Balick v. Sussman*, [1985] O.J. n° 1109 (H.C.) (QL), au par. 25 [TRADUCTION] «Pour ce qui est du fond de cette question, il n'est pas contesté que l'existence d'une société de personnes est une question de fait.»; voir

question of fact in all the circumstances, whether the corporation is really a partnership". However, these cases do not provide persuasive reasoning that partnership is solely a question of fact. The majority of cases, and the weight of authority, suggests that partnership is a question of mixed fact and law: see e.g., *Barnes v. Consolidated Motor Co. Ltd. et al.* (1942), 57 B.C.R. 270 (S.C.), per Sydney Smith J. [at p. 273] "I have considered the various authorities, but they do not give a great deal of assistance. The question of partnership or no partnership is a mixed question of law and fact. It depends on the circumstances of each case, and the terms of the arrangement must be fairly considered as a whole"; see also *Gallo v. Silverberg*, [1976] O.J. No. 1251 (H.C.) (QL), per Haines J., at para. 24. "I take it from the authorities to which counsel referred me that partnership is a relation arising from contract, express or implied; its existence is a question of mixed fact and law, to be determined by reference to the real intention of the parties as evidenced by all the circumstances of the case, including the conduct of the parties"; *Canadian Pacific Ltd. v. Telesat Canada* (1981), 32 O.R. (2d) 197 (H.C.) per DuPont J.; *Jolley v. F.C. of T.* (1989), 89 ATC 4197 (Fed. Ct. Australia), per Burchett and Lee JJ. at para. 5, "The question whether a partnership exists is a mixed question of law and fact. (*Keith Spicer Ltd. v. Mansell* (1970), 1 W.L.R. 333). If the Tribunal has misunderstood the law relating to partnership that will raise a clear question of law. (*Lombardo v. F.C. of T.* 79 ATC 4542 at p. 4544 . . . per Bowen C.J., at p. 576.); *Alvi et al. v. Lal* (1990), 13 R.P.R. (2d) 302 (Ont. H.C.), per Then J. [at p. 307] "The question of whether a partnership agreement has been made between the parties is a question of mixed fact and law."

<sup>13</sup> See *Canadian Tax Reporter*, Vol. 3 (loose-leaf) (Toronto: CCH), at par. 12,107 (collecting cases) "Certain generalities concerning partnerships are also accepted. Thus, there need not be a written agreement to establish a partnership, and the fact that a venture is characterized as a partnership . . . in a written agreement is not conclusive as to the nature of the arrangement."; see also *Canada Tax Service*, *supra*, at pp. 96-136 to 96-139 (collecting cases) "As the existence of partnership is a question of fact, it would follow that neither an agreement nor a disclaimer can be decisive in the determination."

<sup>14</sup> *Canada Tax Service*, *supra*, at p. 96-139 "The pursuit of gain is a necessary though not a sufficient condition of

également le jugement *Roy v. Senator Hotels Ltd.*, [1982] O.J. n° 911 (H.C.) (QL), au par. 6 [TRADUCTION] «Le tribunal doit examiner la relation qui existe entre les parties et leurs rapports passés pour décider si la personne morale en question est en réalité une société de personnes. Il s'agit d'une question de fait à laquelle le tribunal doit répondre en tenant compte de toutes les circonstances de l'espèce». On ne trouve cependant pas dans ces décisions de raisonnement convaincant permettant de penser que l'existence d'une société de personnes est uniquement une question de fait. Il ressort plutôt de la jurisprudence majoritaire que l'existence d'une société de personnes est une question mixte de droit et de fait: voir, p. ex., le jugement *Barnes v. Consolidated Motor Co. Ltd. et al.* (1942), 57 B.C.R. 270 (C.S.) (le juge Sydney Smith) [à la p. 273] [TRADUCTION] «J'ai examiné la jurisprudence, mais elle n'est pas d'un grand secours. La question de l'existence ou de l'inexistence d'une société de personnes est une question mixte de droit et de fait. Chaque cas est un cas d'espèce et les modalités de l'entente qui a été conclue doivent être examinées comme un tout»; voir également les décisions *Gallo v. Silverberg*, [1976] O.J. n° 1251 (H.C.) (QL), le juge Haines, au par. 24, [TRADUCTION] «Je crois comprendre, à la lecture de la jurisprudence que les avocats m'ont citée, que la société de personnes tire son existence d'un contrat, exprès ou tacite. Son existence est une question mixte de droit et de fait à laquelle il faut répondre en fonction de la volonté effective des parties, telle qu'elle ressort de l'ensemble des faits de l'affaire et notamment de la conduite des parties»; *Canadian Pacific Ltd. v. Telesat Canada* (1981), 32 O.R. (2d) 197 (H.C.), le juge DuPont; *Jolley v. F.C. of T.* (1989) ATC 4197 (Cour féd. Australie), les juges Burchett et Lee, au par. 5, [TRADUCTION] «La question de savoir s'il existe une société de personnes est une question mixte de droit et de fait (*Keith Spicer Ltd. v. Mansell* (1970), 1 W.L.R. 333). Si le tribunal a mal compris les règles de droit des sociétés de personnes, il s'agit manifestement d'une question de droit. (*Lombardo v. F.C. of T.* 79 ATC 4542 à la p. 4544 [. . .] le juge en chef Bowen à la p. 576.); et *Alvi et al. v. Lal* (1990), 13 R.P.R. (2d) 302 (H.C. Ont.), le juge Then [à la p. 307] [TRADUCTION] «La question de savoir si un contrat de société de personnes a été conclu par les parties est une question mixte de droit et de fait».

<sup>13</sup> Voir *Canadian Tax Reporter*, Vol. 3 (éd. à feuilles mobiles) (Toronto, CCH), au par. 12,107 (recouvrement) [TRADUCTION] «Certaines généralités concernant les sociétés de personnes sont également acceptées. Ainsi, il n'est pas nécessaire qu'il y ait un écrit pour établir l'existence d'une société de personnes et le fait qu'une entreprise soit qualifiée de société de personnes [. . .] dans un contrat écrit n'est pas concluant en ce qui concerne la nature de cette entente». Voir également *Canada Tax Service*, *supra*, aux p. 96-136 à 96-139 (recouvrement) [TRADUCTION] «Comme l'existence d'une société de personnes est une question de fait, il s'ensuit que ni une affirmation, ni une dénégation de son existence n'a un effet déterminant sur la conclusion à tirer».

<sup>14</sup> *Canada Tax Service*, *supra*, à la p. 96-139 [TRADUCTION] «L'existence d'un but lucratif est une condition

partnership.”

<sup>15</sup> *Lindley & Banks on Partnership* (17th ed.) (London: Sweet & Maxwell, 1995) at pp. 10-11.

<sup>16</sup> [1998] 2 S.C.R. 298 at paras. 22-25 [pp. 317-318]. (hereinafter *Continental Bank*).

<sup>17</sup> See *Continental Bank*, *supra*, note 16.

<sup>18</sup> *Ibid.*, at para. 39 [p. 324].

<sup>19</sup> Tax Court reasons, at p. 2787.

<sup>20</sup> See, e.g., *Smith & Hogan Ltd., In re Estate of*, [1932] S.C.R. 661, at p. 673 “The execution of the conditional sales agreements, however, is, in my opinion, just as consistent with an intention to take security on the automobiles for advances made, but with a misconception of the legal effect which would follow the taking of security in that form, as it is with an intention on the part of the appellants to purchase the automobiles. It is wholly a question of the intention of the parties, and that is a question of fact on which we have the concurrent finding of two courts.”; see also *Wildenburg Holdings Ltd. v. M.N.R.* (1998), 98 DTC 6462 (Ont. Gen. Div.) [at p. 6465] “It is well established that whether any particular property used in a partnership business is or is not partnership property does not depend on how the title happens to be held but is a question of fact based upon the intention of the parties.”; *R.P.M. Tech Inc. v. Harvey & Co.* (1993), 111 Nfld. & P.E.I.R. 12 (Nfld. S.C.), *per Wells J.*, at para. 50 “It is in my view, a question of fact as to what the intention of the parties was, and the court has to do its best to ascertain that intention.”; *Milos Equipment Ltd. v. Insurance Corp. of Ireland* (1988), 34 C.C.L.I. 102 (B.C.S.C.); *revd on other grounds* (1990), 47 B.C.L.R. (2d) 296 (C.A.) “As the parties’ intention is essentially a question of fact, case law brings little to bear on the issues.” [at p. 108 (C.C.L.I.)].

<sup>21</sup> *Lindley & Banks on Partnership* (17th ed.) (London: Sweet & Maxwell, 1995), at p. 10.

<sup>22</sup> *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 81 [pp. 564-566]. I would note that the Supreme Court reiterated this principle in one of its most recent judgments: see *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201, at para. 57 [p. 239]. In the case of *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2, the Supreme Court treated as a factual matter the existence of a partnership and affirmed a trial judge’s decision to that effect, which was erroneously overturned by the Court of Appeal.

<sup>23</sup> See, e.g., the quote from *Lindley & Banks on Partnership*, *supra*, note 15.

<sup>24</sup> Tax Court reasons, at p. 2788.

essentielle, mais insuffisante, qui doit être remplie pour qu’il y ait société de personnes.»

<sup>15</sup> *Lindley & Banks on Partnership*, 17<sup>e</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1995, aux p. 10 et 11.

<sup>16</sup> [1998] 2 R.C.S. 298, au par. 22 à 25 [p. 317 et 318]. (*Continental Bank*).

<sup>17</sup> Voir *Continental Bank*, *supra*, note 16.

<sup>18</sup> *Ibid.*, au par. 39 [p. 324].

<sup>19</sup> Motifs de la Cour de l’impôt, à la p. 2787.

<sup>20</sup> Voir, p. ex., *Smith & Hogan Ltd., In re Estate of*, [1932] R.C.S. 661, à la p. 673 [TRADUCTION] «J’estime toutefois que la signature de contrats de vente conditionnels est tout aussi compatible avec une intention d’exiger la fourniture d’une sûreté pour les automobiles en garantie du remboursement des avances consenties—si l’on exclut toute interprétation erronée quant aux conséquences juridiques que comporterait la fourniture d’une sûreté sous cette forme—qu’elle l’est avec une intention des appelants d’acheter les automobiles. Tout dépend de la volonté des parties et il s’agit en l’occurrence d’une question de fait au sujet de laquelle deux tribunaux ont conclu dans le même sens». Voir également les décisions *Wildenburg Holdings Ltd. v. M.N.R.* (1998), 98 DTC 6462 (Div. gén. Ont.) [à la p. 6465] [TRADUCTION] «Il est de jurisprudence constante que la réponse à la question de savoir si un bien déterminé utilisé pour les activités d’une société de personnes constitue ou non un bien ne dépend pas des modalités du titre de propriété. Il s’agit plutôt d’une question de fait qui est tributaire de la volonté des parties.»; *R.P.M. Tech Inc. v. Harvey & Co.* (1993), 111 Nfld. & P.E.I.R. 12 (C.S.T-N.), le juge Wells, au par. 50 [TRADUCTION] «Il s’agit selon moi d’une question de fait qui porte sur l’intention des parties. Le tribunal doit tout faire en son pouvoir pour établir cette intention.»; *Milos Equipment Ltd. v. Insurance Corp. of Ireland* (1988), 34 C.C.L.I. 102 (C.S.C.-B.); infirmé pour d’autres motifs à (1990), 47 B.C.L.R. (2d) 296 (C.A.) [TRADUCTION] «Comme la volonté des parties est essentiellement une question de fait, la jurisprudence a peu d’utilité lorsqu’il s’agit de répondre à ces questions» [à la p. 108 (C.C.L.I.)].

<sup>21</sup> *Lindley & Banks on Partnership* (17<sup>e</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1995), à la p. 10.

<sup>22</sup> *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, au par. 81 [p. 564 à 566]. Je tiens à souligner que la Cour suprême a réitéré ce principe dans un de ses arrêts les plus récents, l’arrêt *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201, au par. 57 [p. 239]. Dans l’arrêt *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2, la Cour suprême a considéré comme une question de fait l’existence d’une société de personnes et a confirmé la décision que le juge de première instance avait rendue en ce sens et qui avait été infirmée de façon erronée par la Cour d’appel.

<sup>23</sup> Voir, p. ex., l’extrait précité de *Lindley & Banks on Partnership*, *supra*, note 15.

<sup>24</sup> Motifs de la Cour de l’impôt, à la p. 2788.

<sup>25</sup> [1991] B.C.J. No. 1048 (S.C.) (QL) [at pp. 9-10]; see also *Marigold Holdings Ltd. and Riverview Place Apartment Ltd. v. Norem Construction Ltd., Pendergast (Barry) Architect Ltd. and Sovereign General Insurance Co. et al.* (1988), 89 A.R. 81 (Q.B.), at p. 115. "The Partnership Act does not require that the partners share in the profits of the business. The definition essentially excludes nonprofit relationships from the purview of the legislation. The Act simply requires a profit motive."

<sup>26</sup> Assignment and Assumption of Partnership Interests Agreement, dated November 30, 1987, at Appeal Book, p. 693 (Vol. 3, Tab 27). The relevant portion is excerpted *infra*, at note 32.

<sup>27</sup> Tax Court reasons, at p. 2787.

<sup>28</sup> While this proposition logically follows from the fact that partnership must be based on agreement, it has been expressly stated by Commonwealth Courts: see *Jolley v. F.C. of T.* (1989), 89 ATC 4197 (Fed. Ct. Australia) *per* Burchett and Lee JJ. at p. 4,206 "The establishment of mutual assent and intention is an essential element in demonstrating the existence of a partnership although it does not stand alone and must be assessed with all relevant circumstances including the conduct of the parties."

<sup>29</sup> At Appeal Book, Vol. I-B, at p. 36.

<sup>30</sup> *Continental Bank, supra*, at para 24 [p. 318].

<sup>31</sup> At p. 2772 of his reasons, the Tax Court Judge recounts as noteworthy the testimony of Mr. Gouveia that the appellant never expected to obtain the risks or benefits of the HCP project, and that the appellant and the U.S. parties were only co-owners of the HCP project for a moment in time, after which the appellant planned to transfer the HCP project to BDI. He wrote that:

Respondent's counsel asked Mr. Gouveia whether it was ever contemplated that Spire Freezers Limited and the other Canadians would have the risks and benefits of ownership associated with the HCP Condominium project. He answered "no". Under the agreement with HCP the appellants were obliged to transfer ownership of the HCP Condominium to BDI. Mr. Gouveia conceded that it was anticipated that BDI would lose beneficial ownership of the condominium for only a "moment of time".

<sup>32</sup> Assignment and Assumption of Partnership Interests Agreement, dated November 30, 1987, at Appeal Book, p. 693 (Vol. 3, Tab 27).

<sup>33</sup> *Continental Bank, supra*, at para. 23 [pp. 317-318].

<sup>34</sup> Letter of instruction to Professor Richard Buxbaum, February 14, 1997, at Appeal Book, p. 1141.

<sup>35</sup> Opinion of Professor Richard Buxbaum, February 18, 1997, at Appeal Book, p. 1128.

<sup>36</sup> Appeal Book, Volume I-A, at pp. 84-85.

<sup>25</sup> [1991] B.C.J. n° 1048 (C.S.) (QL) [aux p. 9 et 10] voir également le jugement *Marigold Holdings Ltd. and Riverview Place Apartment Ltd. v. Norem Construction Ltd., Pendergast (Barry) Architect Ltd. and Sovereign General Insurance Co. et al.* (1988), 89 A.R. 81 (B.R.), à la p. 115 [TRADUCTION] «La Loi sur les sociétés de personnes n'exige pas que les associés se partagent les bénéfices de l'entreprise. La définition soustrait essentiellement les associations à but non lucratif du champ d'application de la Loi. La Loi exige seulement la poursuite d'un but lucratif.»

<sup>26</sup> Contrat de cession et de prise en charge de participations dans la société de personnes en date du 30 novembre 1987, dossier d'appel, à la p. 693 (vol. 3, onglet 27). L'extrait pertinent est reproduit *infra*, à la note 32.

<sup>27</sup> Motifs de la Cour de l'impôt, à la p. 2787.

<sup>28</sup> Bien que cette proposition découle logiquement du fait que la société de personnes doit être fondée sur une rencontre de volontés, les tribunaux des pays du Commonwealth l'ont énoncée en termes explicites (voir *Jolley v. F.C. of T.* (1989), 89 ATC 4197 (Cour féd. Australie)) les juges Burchett et Lee, à la p. 4,206 [TRADUCTION] «L'établissement d'un accord et d'une intention réciproques constitue un élément essentiel de la preuve de l'existence d'une société de personnes. Ce facteur ne doit cependant pas être pris isolément et doit être évalué avec toutes les circonstances pertinentes, y compris la conduite des parties.»

<sup>29</sup> Dossier d'appel, vol. I-B, à la p. 36.

<sup>30</sup> *Continental Bank, supra*, au par. 24 [p. 318].

<sup>31</sup> À la p. 2772 de ses motifs, le juge de la Cour de l'impôt tient à citer le témoignage de M. Gouveia suivant lequel l'appelante ne s'était jamais attendue à obtenir les risques ou les avantages du projet HCP et que l'appelante et les Américains n'avaient été copropriétaires de ce projet que pendant un bref instant, après quoi l'appelante avait prévu le transférer à BDI. Voici ce qu'il a écrit:

L'avocate de l'intimée a demandé à M. Gouveia si l'on avait songé au fait qu'en tant que propriétaires, Spire Freezers Limited et les autres Canadiens courraient les risques et bénéficieraient des avantages associés au condominium de HCP. M. Gouveia a répondu par la négative. En vertu de l'entente conclue avec HCP, les appelants étaient tenus de transférer la propriété du condominium de HCP à BDI. M. Gouveia a concédé qu'il était prévu que BDI cesserait d'être propriétaire bénéficiaire du condominium pendant une brève période seulement.

<sup>32</sup> Contrat de cession et de prise en charge de participations dans la société de personnes en date du 30 novembre 1987, dossier d'appel, à la p. 693 (vol. 3, onglet 27).

<sup>33</sup> *Continental Bank, supra*, au par. 23 [p. 317 et 318].

<sup>34</sup> Lettre de consultation adressée au professeur Richard Buxbaum le 14 février 1997, dossier d'appel, à la p. 1141.

<sup>35</sup> Opinion du professeur Richard Buxbaum en date du 18 février 1997, dossier d'appel, à la p. 1128.

<sup>36</sup> Dossier d'appel, vol. I-A, aux p. 84 et 85.

<sup>37</sup> [1998] 2 S.C.R. 298.

<sup>38</sup> [1996] 3 F.C. 713 (C.A.); revd [1998] 2 S.C.R. 298.

<sup>39</sup> [1995] 2 C.T.C. 320 (F.C.A.); revd [1997] 2 S.C.R. 336.

<sup>40</sup> See J. F. Avery Jones, "Nothing Either Good or Bad, But Thinking Makes It So—The Mental Element in Anti-Avoidance Legislation—I", [1983] *Brit. Tax Rev.* 9 and *Canada v. Placer Dome Inc.*, [1997] 1 F.C. 780 (C.A.).

<sup>41</sup> R. C. P'Anson Banks (ed.), *Lindley & Banks on Partnerships*, 17th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1995) at pp. 10-11.

<sup>42</sup> [1978] 1 S.C.R. 480.

<sup>43</sup> The Ontario *Partnerships Act* [R.S.O. 1990, c. P.5, s. 2] and most other partnership statutes in common law jurisdictions define partnership as "the relation that subsists between persons carrying on a business in common with a view to profit."

<sup>44</sup> *Backman, P. D. v. The Queen* (1997), 97 DTC 1468 (T.C.C.).

<sup>45</sup> *Continental Bank*, *supra*, note 5, at para. 24 [p. 731] (*per* Linden, J.A.).

<sup>46</sup> *Continental Bank*, *supra*, note 37, at para. 45 [p. 326] (*per* Bastarache J.).

<sup>47</sup> *Lindley & Banks on Partnerships*, *supra*, note 9.

<sup>48</sup> *Stuart Investments v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536.

<sup>49</sup> *Ibid.*, at p. 580.

<sup>50</sup> See s. 96(8) of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.) c. 1 [as enacted by S.C. 1994, c. 21, s. 44].

<sup>51</sup> *Landry (C.) v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 3 (F.C.A.).

<sup>52</sup> See *Canada v. Donnelly*, [1998] 1 F.C. 513 (C.A.).

<sup>53</sup> *Mirza v. R.*, [1998] 4 C.T.C. 2272 (T.C.C.).

<sup>37</sup> [1998] 2 R.C.S. 298.

<sup>38</sup> [1996] 3 C.F. 713 (C.A.); *inf. par* [1998] 2 R.C.S. 298.

<sup>39</sup> [1995] 2 C.T.C. 320 (C.A.); *inf. par* [1997] 2 R.C.S. 336.

<sup>40</sup> Voir J. F. Avery Jones, "Nothing Either Good or Bad, But Thinking Makes It So—The Mental Element in Anti-Avoidance Legislation—I", [1983] *Brit. Tax Rev.* 9 et *Canada c. Placer Dome Inc.*, [1997] 1 C.F. 780 (C.A.).

<sup>41</sup> R.C. P'Anson Banks (éd.), *Lindley & Banks on Partnerships*, 17<sup>e</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1995, aux p. 10 et 11.

<sup>42</sup> [1978] 1 R.C.S. 480.

<sup>43</sup> À l'instar de la plupart des lois sur les sociétés de personnes des provinces et États de common law, la *Loi sur les sociétés en nom collectif* [L.R.O. 1990, ch. P.5, art. 2] de l'Ontario définit la société en nom collectif comme «la relation qui existe entre des personnes qui exploitent une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice».

<sup>44</sup> *Backman, P. D. c. La Reine* (1997), 97 DTC 1468 (C.C.I.).

<sup>45</sup> *Continental Bank*, *supra*, note 5, au par. 24 [p. 731] (le juge Linden, J.C.A.).

<sup>46</sup> *Continental Bank*, *supra*, note 37, au par. 45 [p. 326] (le juge Bastarache).

<sup>47</sup> *Lindley & Banks on Partnerships*, *supra*, note 9.

<sup>48</sup> *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536.

<sup>49</sup> *Ibid.*, à la p. 580.

<sup>50</sup> Voir l'art. 96(8) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.) ch. 1 [édicte par L.C. 1994, ch. 21, art. 44].

<sup>51</sup> *Landry (C.) c. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 3 (C.A.F.).

<sup>52</sup> Voir l'arrêt *Canada c. Donnelly*, [1998] 1 C.F. 513 (C.A.).

<sup>53</sup> *Mirza v. R.*, [1998] 4 C.T.C. 2272 (C.C.I.).

T-667-99

T-667-99

**Pfizer Inc. and Pfizer Canada Inc. (Plaintiffs)****Pfizer Inc. et Pfizer Canada Inc. (demandereses)**

v.

c.

**Her Majesty the Queen, the Minister of Health and Apotex Inc. (Defendants)****Sa Majesté la Reine, ministre de la Santé et Apotex Inc. (défenderesses)**

and

et

**Canadian Drug Manufacturers Association (Intervener)****Association canadienne des fabricants de produits pharmaceutiques (intervenante)****INDEXED AS: PFIZER INC. v. CANADA (T.D.)****RÉPERTORIÉ: PFIZER INC. c. CANADA (I<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, Lemieux J.—Ottawa, June 25 and July 9, 1999.

Section de première instance, juge Lemieux—Ottawa, 25 juin et 9 juillet 1999.

*Patents — Duration — Patent Act providing 17-year protection for patents — Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights provision requiring member countries to provide minimum 20-year protection for patents not applicable in Canada as not implemented into Canadian domestic law — Furthermore, defendant barred from commencing action as failed to obtain consent of Attorney General required by World Trade Organization Agreement Implementation Act, ss. 5, 6 — Latter provisions not contrary to Bill of Rights nor to rule of law as not constituting denial of access to courts.*

*Brevets — Durée — La Loi sur les brevets prévoit une période de protection de 17 ans pour les brevets — Les dispositions de l'Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent le commerce qui obligent les États membres à accorder une période minimale de protection de 20 ans aux brevets ne s'appliquent pas au Canada parce qu'elles n'ont pas été incorporées en droit interne canadien — En outre, les demandereses sont irrecevables à introduire l'action parce qu'elles n'ont pas obtenu le consentement du procureur général exigé par les art. 5 et 6 de la Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce — Ces articles ne contreviennent ni à la Déclaration canadienne des droits ni au principe de la primauté du droit parce qu'ils ne constituent pas un refus d'accès aux tribunaux.*

*International law — Implementation of treaties — World Trade Organization Agreement Implementation Act provisions stating WTO Agreement approved (s. 8) and purpose of Act to implement Agreement (s. 3) not sufficient to legislate into federal domestic law WTO Agreement and Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights provision requiring member countries to provide minimum 20-year protection for patents.*

*Droit international — Mise en œuvre des traités — Les dispositions de la Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce qui déclarent que l'Accord est approuvé (art. 8) et que la Loi a pour objet la mise en œuvre de l'Accord (art. 3) ne sont pas suffisantes pour établir que l'Accord sur l'OMC et les dispositions de l'Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent le commerce qui obligent les pays membres à accorder une protection minimale de 20 ans aux brevets ont été incorporés par voie législative au droit interne.*

Pfizer Inc. was the owner of a Canadian patent for sertraline hydrochloride for which it applied in October 1980 and which was issued to it in August 1982. Pfizer Canada Inc. was the exclusive licensee in Canada. The protection afforded to patents under section 45 of the *Patent Act* was 17 years from the date of issuance. However, the *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS Agreement), one of the agreements annexed to the

Pfizer Inc. était propriétaire d'un brevet canadien relatif au chlorhydrate de sertraline, brevet qu'elle avait demandé en octobre 1980 et qui lui a été délivré en août 1982. Pfizer Canada Inc. était titulaire au Canada d'une licence exclusive pour ce produit. La protection accordée aux brevets en vertu de l'article 45 de la *Loi sur les brevets* était de 17 ans à compter de la date de délivrance. Cependant, l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent*

World Trade Organization Agreement, required member countries to provide a minimum term of protection of 20 years from the filing date of the patent application. Pfizer Inc. sought a declaration, based on the TRIPS Agreement, which it argued was implemented in Canada by the *World Trade Organization Agreement Implementation Act* (WTO Agreement Implementation Act), that its patent will not expire until October 2000 instead of August 1999.

The Crown filed a motion to strike out the statement of claim and dismiss the action on three grounds: the plaintiffs were barred from commencing that action without the consent of the Attorney General; the relevant provisions have not been implemented into Canadian domestic law; this Court did not have jurisdiction herein to issue an injunction against the Minister.

*Held*, the motion should be allowed and the action dismissed.

To succeed in their action, the plaintiffs had to establish that the WTO Agreement, which annexed the TRIPS Agreement (and its provision concerning a 20-year protection for patents), had been legislated into domestic law through the WTO Agreement Implementation Act. The provisions of section 3 (the purpose of the Act is to implement the Agreement) and section 8 (the Agreement is hereby approved) of the WTO Agreement Implementation Act were not sufficient to establish that the WTO Agreement and the TRIPS Agreement had been legislated into federal law. Parliament manifestly indicated its intention as to how it was implementing the WTO Agreement and its annexed TRIPS Agreement or any part thereof: it gave legal effect to its WTO obligations by carefully examining the nature of those obligations, assessing the state of existing federal statutory and regulatory law and then deciding the specific and precise legislative changes which were required to implement the WTO Agreement. And since Parliament did not change the provisions of sections 44 and 45 of the *Patent Act* to provide what Pfizer was seeking, the 20-year protection had not been implemented and the 17-year protection remained in effect. Statutory change was required and Parliament has not made that change. Whether Parliament was thereby in breach of its international obligations was immaterial to the question herein. On this basis, the motion to strike had to be granted and the action dismissed.

*Seemingly*, the plaintiffs were barred from commencing the present action by sections 5 and 6 of the WTO Agreement Implementation Act which require the consent of the Attorney General. The declaration sought by the plaintiffs was to enforce or determine a right or obligation that arose

*au commerce* (l'ADPIC), qui est l'un des accords annexés à l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce, oblige les États membres à accorder une période minimale de protection de 20 ans à compter de la date du dépôt de la demande de brevet. Se fondant sur l'ADPIC qui, affirme-t-elle, a été mis en œuvre au Canada aux termes de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce* (la Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'OMC), Pfizer Inc. sollicite le prononcé d'un jugement déclarant que son brevet n'expirera qu'en octobre 2000 et non en août 1999.

La Majesté présente une requête en radiation de la déclaration et en rejet de l'action. Elle invoque trois moyens au soutien de sa requête: les demandresses sont irrecevables à introduire l'action sans le consentement du procureur général; les dispositions pertinentes n'ont pas été incorporées en droit interne canadien; la Cour n'est pas compétente en l'espèce pour rendre une injonction contre le ministre.

*Jugement*: la requête doit être accueillie et l'action doit être rejetée.

Pour obtenir gain de cause, les demandresses devaient établir que l'Accord sur l'OMC, qui est annexé à l'ADPIC (et ses dispositions accordant une protection de 20 ans aux brevets), a été incorporé par voie législative au droit interne par l'adoption de la Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'OMC. Les dispositions de l'article 3 (la présente loi a pour objet la mise en œuvre de l'Accord) et de l'article 8 (l'Accord est approuvé) de la Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'OMC ne sont pas suffisantes pour établir que l'Accord sur l'OMC et l'ADPIC ont été incorporés par voie législative au droit interne. Le législateur fédéral a clairement formulé son intention quant à la façon dont il mettait en œuvre en tout ou en partie l'Accord sur l'OMC et l'ADPIC y annexé: il a donné juridiquement effet aux obligations qu'il avait contractées envers l'OCM en examinant attentivement la nature de ces obligations, en vérifiant l'état de la législation et de la réglementation fédérales existantes et en arrêtant ensuite les modifications précises qui devaient être apportées pour mettre en œuvre l'Accord sur l'OMC. Et comme le législateur fédéral n'a pas modifié les dispositions des articles 44 et 45 de la *Loi sur les brevets* pour prévoir ce que Pfizer réclame, les dispositions accordant une protection de 20 ans n'ont pas été adoptées et c'est la protection de 17 ans qui continue à s'appliquer. Il fallait modifier la Loi et le législateur ne l'a pas fait. La question de savoir si le législateur fédéral a ainsi manqué à ses obligations internationales n'est pas utile à la solution du présent litige. Pour ce motif, la requête en radiation devait être accueillie et l'action, rejetée.

*Obiter*. Les demandresses étaient irrecevables à introduire la présente action aux termes des articles 5 et 6 de la Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'OMC qui exigent le consentement du procureur général. Le jugement déclaratoire que les demandresses réclament aurait pour effet de faire

solely from or by virtue of the WTO Agreement. However, what Parliament was saying in sections 5 and 6 of the Act was that these international trade agreements were matters of public law concerning public rights, not matters of private economic or commercial rights giving rise to causes of action and legal proceedings. These sections did not eliminate any private rights; they did not extinguish rights; Parliament was simply saying no such rights arose. There were mechanisms for dispute settlement and the enforcement of panel or arbitration rulings. Parliament did not want private parties, except where appropriate, to initiate private actions which would disrupt or adversely affect the agreed to equilibrium for dispute settlement. In this sense, these sections did not constitute a denial of access to the courts. The rule of law (requiring that government action comply with the Constitution) could not be interpreted as a sword to strike down sections 5 and 6 of the WTO Agreement Implementation Act: *Bacon v. Saskatchewan Crop Insurance Corp.*, [1999] S.J. No. 302 (C.A.) (QL). Paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* did not confer the kind of substantive rights claimed here.

reconnaître ou d'établir un droit ou une obligation qui découlent exclusivement de l'Accord sur l'OMC. Le législateur fédéral dit simplement aux articles 5 et 6 de la Loi que ces accords commerciaux internationaux sont des questions de droit public qui concernent des droits publics, et non des droits économiques ou commerciaux privés donnant ouverture à des droits d'action et à des poursuites en justice. Ces articles ne suppriment aucun droit privé. Ils n'éteignent aucun droit. Le législateur fédéral se contente de dire que ces droits ne peuvent être exercés. Il existe des mécanismes de règlement des différends et d'exécution des décisions administratives ou arbitrales. Le législateur fédéral ne voulait pas que de simples citoyens puissent, sauf lorsque les circonstances s'y prêtent, entamer des actions privées qui rompraient le rapport de forces convenu en matière de règlement des différends ou qui nuirait à cet équilibre. En ce sens, ces articles ne constituent pas un refus d'accès aux tribunaux. Le principe de la primauté du droit (qui exige que tout acte de l'Administration soit conforme à la Constitution) ne saurait être interprété comme un outil permettant d'invalider les articles 5 et 6 de la Loi de mise en œuvre de l'Accord de l'OMC (*Bacon v. Saskatchewan Crop Insurance Corp.*, [1999] S.J. No. 302 (C.A.) (QL). L'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* ne confère pas le genre de droit substantiel qui est revendiqué en l'espèce.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Agreement on Agriculture*, being part of Annex 1A of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, 15 April 1994, Marrakesh, 1867 U.N.T.S. 3, Art. 5.
- Agreement on Rules of Origin*, being part of Annex 1A of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, 15 April 1994, Marrakesh, 1867 U.N.T.S. 3.
- Agreement on Safeguards*, being part of Annex 1A of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, 15 April 1994, Marrakesh, 1867 U.N.T.S. 3, Art. 6.
- Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*, being part of Annex 1A of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, 15 April 1994, Marrakesh, 1867 U.N.T.S. 3.
- Agreement on Textiles and Clothing*, being part of Annex 1A of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, 15 April 1994, Marrakesh, 1867 U.N.T.S. 3.
- Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, being Annex 1C of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, 15 April 1994, Marrakesh, 1867 U.N.T.S. 3, Arts. 33, 39(3).
- An Act respecting the Vancouver Island Railway, the Esquimalt Graving Dock, and certain Railway Lands of the Province of British Columbia, granted to the Dominion*, S.C. 1884, c. 6, s. 2, Schedule.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, Marrakech, 1867 N.U.R.T. 3, art. XVI(4).
- Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, [1948] R.T. Can. n° 31.
- Accord sur l'agriculture*, faisant partie de l'annexe 1A de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, Marrakech, 1867 N.U.R.T. 3, art. 5.
- Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, annexe 1C de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, Marrakech, 1867 N.U.R.T. 3, art. 33, 39(3).
- Accord sur les règles d'origine*, faisant partie de l'annexe 1A de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, Marrakech, 1867 N.U.R.T. 3.
- Accord sur les sauvegardes*, faisant partie de l'annexe 1A de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, Marrakech, 1867 N.U.R.T. 3., art. 6.
- Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*, faisant partie de l'annexe 1A de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, Marrakech, 1867 N.U.R.T. 3.
- Accord sur les textiles et les vêtements*, faisant partie de l'annexe 1A de l'*Accord de Marrakech instituant*

- Bank Act*, R.S.C., 1985, c. B-1.
- Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1988, c. 65, s. 5.
- Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III, s. 2(e).
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 92.
- Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42.
- Customs Tariff*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 41.
- Export and Import Permits Act*, R.S.C., 1985, c. E-19.
- Farm Income Insurance Legislation Amendment Act, 1992 (The)*, S.S. 1992, c. 51, s. 13.2(1).
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5).
- Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, r. 221.
- Fertilizers Act*, R.S.C., 1985, c. F-10.
- Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, being part of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, 15 April 1994, Marrakesh, 1867 U.N.T.S. 3, s. 2(a).
- Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11.
- Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27.
- General Agreement on Tariffs and Trade*, October 30, 1947, [1948] Can. T.S. No. 31.
- Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, 15 April 1994, Marrakesh, 1867 U.N.T.S. 3, Art. XVI(4).
- North American Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1993, c. 44, s. 6.
- Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 2 "country" (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 141), 19.1 (as am. *idem*, s. 142), 44 (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 42), 45 (as am. *idem*), 55.2(4) (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4).
- Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, s. 7 (as am. by SOR/98-166, s. 6).
- Special Import Measures Act*, R.S.C., 1985, c. S-15.
- Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13.
- Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*, being Annex 2 of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, 15 April 1994, Marrakesh, 1867 U.N.T.S. 3, Art. 22.
- World Trade Organization Agreement Implementation Act*, S.C. 1994, c. 47, preamble, ss. 2 "Agreement", 3, 5, 6, 8, 75(2), 81(5), 83, 95(1), 103(3), 115, 116, 117, 141, 142, 144(3).
- l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, Marrakech, 1867 N.U.R.T. 3.
- Acte concernant le chemin de fer de l'Île de Vancouver, le bassin de radoub d'Esquimalt, et certaines terres de chemin de fer de la province de la Colombie-Britannique cédées au Canada*, S.C. 1884, ch. 6, art. 2, annexe.
- Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay*, faisant partie de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, Marrakech, 1867 N.U.R.T. 3, art. 2a).
- Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III, art. 2e).
- Farm Income Insurance Legislation Amendment Act, 1992 (The)*, S.S. 1992, ch. 51, art. 13.2(1).
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.), (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 92.
- Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis*, L.C. 1988, ch. 65, art. 5.
- Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, ch. 44, art. 6.
- Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce*, L.C. 1994, ch. 47, préambule, art. 2 «Accord», 3, 5, 6, 8, 75(2), 81(5), 83, 95(1), 103(3), 115, 116, 117, 141, 142, 144(3).
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5).
- Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11.
- Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42.
- Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27.
- Loi sur les banques*, L.R.C. (1985), ch. B-1.
- Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 2 «pays» (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 141), 19.1 (mod., *idem*, art. 142), 44 (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 42), 45 (mod., *idem*), 55.2(4) (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4).
- Loi sur les engrais*, L.R.C. (1985), ch. F-10.
- Loi sur les licences d'exportation et d'importation*, L.R.C. (1985), ch. E-19.
- Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13.
- Loi sur les mesures spéciales d'importation*, L.R.C. (1985), ch. S-15.
- Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, annexe 2 de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, Marrakech, 1867 N.U.R.T. 3, art. 22.
- Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, art. 7 (mod. par DORS/98-166, art. 6).

*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règle 221.

*Tarif des douanes*, L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 41.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; [1990] 6 W.W.R. 385; 49 B.C.L.R. (2d) 273; 4 C.C.L.T. (2d) 1; 43 C.P.C. (2d) 105; 117 N.R. 321; *Re British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General); An Act respecting the Vancouver Island Railway*, [1994] 2 S.C.R. 41; (1994), 114 D.L.R. (4th) 193; [1994] 6 W.W.R. 1; 91 B.C.L.R. (2d) 1; 21 Admin. L.R. (2d) 1; 44 B.C.A.C. 1; 166 N.R. 81; 71 W.A.C. 1; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; (1998), 161 D.L.R. (4th) 385; 55 C.R.R. (2d) 1; 228 N.R. 203; *Bacon v. Saskatchewan Crop Insurance Corp.*, [1999] S.J. No. 302 (C.A.) (QL).

##### CONSIDERED:

*UL Canada inc. c. Québec (Procureur général)*, [1999] J.Q. No. 1540 (Sup. Ct.) (QL).

##### REFERRED TO:

*Waterside Ocean Navigation Co., Inc. v. International Navigation Ltd.*, [1977] 2 F.C. 257 (T.D.); *Capital Cities Communications Inc. et al. v. Canadian Radio-Television Commn.*, [1978] 2 S.C.R. 141; (1977), 81 D.L.R. (3d) 609; 36 C.P.R. (2d) 1; 18 N.R. 181; *Reference re Weekly Rest in Industrial Undertaking Act*, [1937] 1 D.L.R. 673; [1937] 1 W.W.R. 299; [1937] A.C. 326 (P.C.); *Orelien v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 592; (1991), 15 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 50 (C.A.); *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917; (1972), 28 D.L.R. (3d) 129; 7 C.C.C. (2d) 474; 18 C.R.N.S. 302.

#### AUTHORS CITED

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.

MOTION to strike the statement of claim and dismiss the action in which the plaintiffs argued that their patent (for which the *Patent Act* provides a 17-year protection) was entitled to a 20-year protection under the World Trade Organization Agreement, legislated into domestic law through the WTO Agree-

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; [1990] 6 W.W.R. 385; 49 B.C.L.R. (2d) 273; 4 C.C.L.T. (2d) 1; 43 C.P.C. (2d) 105; 117 N.R. 321; *Re Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général); Acte concernant le chemin de fer de l'Île de Vancouver*, [1994] 2 R.C.S. 41; (1994), 114 D.L.R. (4th) 193; [1994] 6 W.W.R. 1; 91 B.C.L.R. (2d) 1; 21 Admin. L.R. (2d) 1; 44 B.C.A.C. 1; 166 N.R. 81; 71 W.A.C. 1; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; (1998), 161 D.L.R. (4th) 385; 55 C.R.R. (2d) 1; 228 N.R. 203; *Bacon v. Saskatchewan Crop Insurance Corp.*, [1999] S.J. n° 302 (C.A.) (QL).

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*UL Canada inc. c. Québec (Procureur général)*, [1999] J.Q. n° 1540 (C.S.) (QL)

##### DÉCISIONS MENTIONNÉES:

*Waterside Ocean Navigation Co., Inc. c. International Navigation Ltd.*, [1977] 2 C.F. 257 (1<sup>re</sup> inst.); *Capital Cities Communications Inc. et autre c. Conseil de la Radio-Télévision canadiennes*, [1978] 2 R.C.S. 141; (1977), 81 D.L.R. (3d) 609; 36 C.P.R. (2d) 1; 18 N.R. 181; *Reference re Weekly Rest in Industrial Undertaking Act*, [1937] 1 D.L.R. 673; [1937] 1 W.W.R. 299; [1937] A.C. 326 (C.P.); *Orelien c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 592; (1991), 15 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 50 (C.A.); *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917; (1972), 28 D.L.R. (3d) 129; 7 C.C.C. (2d) 474; 18 C.R.N.S. 302.

#### DOCTRINE

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.

REQUÊTE en radiation de la déclaration et en rejet de l'action dans laquelle les demandresses soutenaient que leur brevet (pour lequel la *Loi sur les brevets* prévoit une protection de 17 ans) avait droit à une protection de 20 ans en vertu de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce, qui avait été incor-

ment Implementation Act. Motion allowed; action dismissed.

APPEARANCES:

*Richard G. Dearden* and *Ronald D. Lunau* for plaintiffs.

*Frederick B. Woyiwada* for defendants, Her Majesty the Queen and the Minister of Health.

*Harry B. Radomski* and *Daniela Bassan* for defendant, Apotex.

*Roger Bauman* for intervener, Canadian Drug Manufacturers Association.

SOLICITORS OF RECORD:

*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, for plaintiffs.

*Deputy Attorney General of Canada* for defendants, Her Majesty the Queen and the Minister of Health.

*Goodman Phillips & Vineberg*, Toronto, for defendant, Apotex Inc.

*Hazzard & Hore*, Toronto, for intervener, Canadian Drug Manufacturers Association.

*The following are the reasons for order rendered in English by*

LEMIEUX J.:

INTRODUCTION

[1] The defendants, Her Majesty the Queen and the Minister of Health and Welfare for Canada (defendants) move, pursuant to rule 221 of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106], to strike an action commenced by a statement of claim filed by the plaintiffs Pfizer Inc. and Pfizer Canada Inc. (Pfizer).

[2] Pfizer Inc. is the owner of Canadian Patent No. 1,130,815 (the '815 patent). Pfizer Canada Inc. is the

poré par voie législative au droit interne par l'adoption de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce*. La requête est accueillie et l'action est rejetée.

ONT COMPARU:

*Richard G. Dearden* et *Ronald D. Lunau* pour les demandereses.

*Frederick B. Woyiwada* pour les défendeurs Sa Majesté la Reine et le ministre de la Santé.

*Harry B. Radomski* et *Daniela Bassan* pour la défenderesse Apotex.

*Roger Bauman* pour l'intervenante, l'Association canadienne des fabricants de produits pharmaceutiques.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, pour les demandereses.

*Le sous-procureur général du Canada* pour les défendeurs Sa Majesté la Reine et le ministre de la Santé.

*Goodman Phillips & Vineberg*, Toronto, pour la défenderesse Apotex Inc.

*Hazzard & Hore*, Toronto, pour l'intervenante, l'Association canadienne des fabricants de produits pharmaceutiques.

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

LE JUGE LEMIEUX:

INTRODUCTION

[1] La Cour est saisie d'une requête présentée par les défendeurs, Sa Majesté la Reine et le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social (les défendeurs), en vertu de la règle 221 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106], en vue de faire radier une action introduite au moyen d'une déclaration déposée par Pfizer Inc. et Pfizer Canada Inc. (Pfizer).

[2] Pfizer Inc. est propriétaire du brevet canadien n° 1 130 815 (le brevet '815). Pfizer Canada Inc. en

exclusive licensee in Canada. The '815 patent relates to the compound sertraline hydrochloride. Pfizer Canada markets sertraline hydrochloride products across Canada under its trade-mark Zoloft.

[3] Pfizer Inc. applied for the '815 patent on October 30, 1980; the '815 patent was issued to Pfizer Inc. on August 31, 1982. On January 30, 1992, Pfizer Canada obtained from the Minister of Health and Welfare for Canada (the Minister) a notice of compliance (NOC) pursuant to the federal *Food and Drugs Act* [R.S.C., 1985, c. F-27] (FDA) authorizing Pfizer to market Zoloft in Canada.

[4] Section 45 of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, as amended in 1993 [S.C. 1993, c. 15, s. 42], provides, where a patent application was filed before October 31, 1989, the expiry date of that patent is 17 years from the date of issuance. The '815 patent is by the terms of section 45 of the Act to expire on August 31, 1999.

[5] Section 45 of the Act is to be contrasted with section 44 [as am. *idem*] of that same Act. Section 44 of the Act, as amended in 1993, provides that where an application for a patent is filed on or after October 1, 1989, the term limited for the duration of the patent is 20 years from the filing date.

[6] Pfizer's statement of claim, issued in this Court on April 15, 1999:

(a) seeks a declaration that the expiry date of the '815 patent is October 30, 2000;

(b) interim and interlocutory injunctions, pending the trial of the action, enjoining the Minister from issuing, without Pfizer's consent, an NOC pursuant to the FDA and the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* [SOR/93-133] (the Regulations) to any other drug manufacturer;

(c) a permanent order enjoining the Minister from issuing an NOC to any other drug manufacturer until the '815 patent expires on October 30, 2000.

est le licencié exclusif au Canada. Le brevet '815 se rapporte au chlorhydrate de sertraline. Pfizer Canada commercialise des produits composés de chlorhydrate de sertraline au Canada sous sa marque de commerce Zoloft.

[3] Pfizer Inc. a demandé le 30 octobre 1980 le brevet '815, qui lui a été délivré le 31 août 1982. Le 30 janvier 1992, Pfizer Canada a obtenu du ministre de la Santé nationale et du Bien-être social du Canada (le ministre) un avis de conformité qui lui a été délivré en vertu de la *Loi sur les aliments et drogues* [L.R.C. (1985), ch. F-27] fédérale et qui l'autorisait à commercialiser le Zoloft au Canada.

[4] L'article 45 de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, modifiée en 1993 [L.C. 1993, ch. 15, art. 42], prévoit que lorsqu'une demande de brevet a été déposée avant le 31 octobre 1989, ce brevet expire 17 ans après la date de sa délivrance. Aux termes de l'article 45 de la Loi, le brevet '815 expire donc le 31 août 1999.

[5] L'article 45 de la Loi doit être rapproché de l'article 44 [mod., *idem*] de la même loi. L'article 44, qui a été modifié en 1993, prévoit que lorsqu'une demande a été déposée après le 1<sup>er</sup> octobre 1989, le brevet est valide pour 20 ans à compter de la date du dépôt de la demande.

[6] Dans la déclaration qu'elle a déposée devant la Cour le 15 avril 1999 Pfizer sollicite:

a) un jugement déclarant que la date d'expiration du brevet '815 est le 30 octobre 2000;

b) une injonction provisoire et une injonction interlocutoire interdisant au ministre, en attendant l'instruction de l'action, de délivrer, sans le consentement de Pfizer, un avis de conformité en vertu de la *Loi sur les aliments et drogues* et du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* [DORS/93-133] (le Règlement) à tout autre fabricant de médicaments;

c) une injonction permanente interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité à tout autre fabricant avant la date d'expiration du brevet '815, en l'occurrence le 30 octobre 2000.

[7] The *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* were enacted by the Governor in Council on March 12, 1993, pursuant to subsection 55.2(4) [as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4] of the *Patent Act* amendment of that year. These Regulations have been considered many times by this Court and the Federal Court of Appeal. The Regulations link the issuance of an NOC under the FDA, a regulatory approval which is necessary in order to market a drug in Canada, to issued pharmaceutical patents appearing in patent lists maintained pursuant to the Regulations. Section 7 [as am. by SOR/98-166, s. 6] of the Regulations prohibits the Minister from issuing an NOC in certain circumstances related to a pharmaceutical patent. However, there is no bar on the Minister from issuing an NOC if the patent has expired.

[8] The basis for the relief claimed by Pfizer is Article 33 of the *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (the TRIPS Agreement) which requires member countries to provide a minimum term of protection for all patents not less than 20 years from the filing date of a patent application. Since Pfizer applied for the '815 patent on October 30, 1980, Pfizer claims under the TRIPS Agreement an expiry date of October 30, 2000.

[9] The TRIPS Agreement is one of the agreements annexed [Annex 1C] to the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization* [15 April 1994, Marrakesh, 1867 U.N.T.S. 3] (WTO Agreement) which Pfizer says by the provisions of the *Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations* [being Part of the WTO Agreement] (the Final Act), Canada agreed in paragraph 2(a) thereof to submit, as appropriate for the consideration of their respective competent authorities with a view to seeking approval of the WTO Agreement in accordance with their procedures. Pfizer also relies upon the provisions of the WTO Agreement specifically in Article XVI(4) thereof which provides that: "[e]ach Member shall ensure the conformity of its laws, regulations and administrative procedures

[7] Le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* a été édicté par le gouverneur en conseil le 12 mars 1993 en application du paragraphe 55.2(4) [édicté par L.C. 1993, ch. 2, art. 4] de la *Loi sur les brevets*, qui avait été modifiée cette année-là. Ce règlement a été examiné à de nombreuses reprises par notre Cour et par la Cour d'appel fédérale. Le Règlement établit un lien entre la délivrance d'un avis de conformité en vertu de la *Loi sur les aliments et drogues*, une procédure d'homologation qui doit être suivie pour pouvoir commercialiser un médicament au Canada, et les brevets pharmaceutiques déjà délivrés qui figurent sur les listes de brevets dressées conformément au Règlement. L'article 7 [mod. par DORS/98-166, art. 6] du Règlement interdit au ministre de délivrer un avis de conformité dans certaines circonstances ayant trait aux brevets pharmaceutiques. Rien n'empêche toutefois le ministre de délivrer un avis de conformité si le brevet est expiré.

[8] À l'appui des réparations qu'elle réclame, Pfizer invoque l'article 33 de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (l'ADPIC) qui oblige les États membres à accorder à tous les brevets une période minimale de protection de vingt ans à compter de la date du dépôt de la demande de brevet. Étant donné qu'elle a déposé sa demande pour le brevet '815 le 30 octobre 1980, Pfizer revendique en vertu de l'ADPIC la date d'expiration du 30 octobre 2000.

[9] L'ADPIC est l'un des accords annexés [Annexe 1C] à l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce* [15 avril 1994, Marrakech, 1867 N.U.R.T. 3] (Accord sur l'OMC). Pfizer affirme que, selon l'*Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay* [faisant partie de l'Accord sur l'OMC] (l'Acte final), le Canada a accepté, aux termes de l'alinéa 2a) de celui-ci, de soumettre l'Accord sur l'OMC à l'examen des autorités compétentes en vue d'obtenir la ratification de l'Accord sur l'OMC conformément à la procédure qui y est prévue. Pfizer invoque également les dispositions de l'Accord sur l'OMC, plus précisément son article XVI(4), qui dispose que: «[c]haque Membre assurera la conformité de ses lois, réglementations et procédures administrati-

with its obligations as provided in the annexed Agreements”. Against this background and in this context, the Parliament of Canada enacted the *World Trade Organization Agreement Implementation Act* [S.C. 1994, c. 47] (WTO Agreement Implementation Act) in 1994.

#### THE MOTION TO STRIKE

[10] The defendants based their motion to strike on three grounds.

[11] First, the defendants say, on the basis of sections 5 and 6 of the WTO Agreement Implementation Act, the aggregate effect of which is to bar any person from commencing any type of legal actions under either the Act itself or the underlying WTO Agreement without the consent of the Attorney General, that the plaintiffs’ action is barred, said consent having not been given in this case.

[12] Second, the defendants submit that the provisions of an agreement between Canada and any foreign state are implemented into Canadian domestic law only in so far as they are explicitly enacted in legislation passed in the ordinary way by Parliament and further submit that no enactment exists amending the *Patent Act*, to grant to the plaintiffs the patent term claimed in the statement of claim occurred.

[13] Third, the defendants say that by virtue of section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4)], this Court only has jurisdiction to issue an injunction against the Minister and this only on application for judicial review brought under section 18.1 [as enacted *idem*, s. 5] of the *Federal Court Act*.

[14] Accordingly, defendants say the statement of claim as a whole, or at least that part of it which claims injunctive relief against the Minister, discloses no cause of action and is frivolous or vexatious, or is otherwise an abuse of the process of the Court and it

ves avec ses obligations telles qu’elles sont énoncées dans les Accords figurant en annexe». Dans ce contexte, le législateur fédéral a édicté la *Loi de mise en œuvre de l’Accord sur l’Organisation mondiale du commerce* [L.C. 1994, ch. 47] (la Loi de mise en œuvre de l’Accord sur l’OMC) en 1994.

#### LA REQUÊTE EN RADIATION

[10] Les défendeurs invoquent trois moyens au soutien de leur requête en radiation.

[11] En premier lieu, les défendeurs affirment, en invoquant les articles 5 et 6 de la Loi de mise en œuvre de l’Accord sur l’OMC—dont l’effet cumulatif est d’empêcher quiconque d’introduire tout type d’action en justice en vertu de la Loi elle-même ou de l’Accord sur l’OMC sous-jacent sans le consentement du procureur général—que l’action des demandresses est irrecevable, étant donné que ce consentement n’a pas été donné en l’espèce.

[12] En deuxième lieu, les défendeurs soutiennent que les dispositions de tout accord conclu entre le Canada et tout État étranger ne sont incorporées en droit interne canadien que dans la mesure où elles sont expressément ratifiées par une loi dûment adoptée par le Parlement selon la procédure habituelle. Ils affirment en outre qu’il n’existe aucun texte législatif modifiant la *Loi sur les brevets* qui accorderait aux demandresses la durée de validité de brevet qu’elles revendiquent dans leur déclaration.

[13] En troisième lieu, les défendeurs font valoir qu’aux termes de l’article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4)], notre Cour est seulement compétente pour délivrer une injonction contre le ministre et ce, uniquement dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire présentée en vertu de l’article 18.1 [édicte, *idem*, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[14] Les défendeurs affirment par conséquent que la déclaration dans son ensemble, ou du moins la partie de la déclaration concluant au prononcé d’une injonction contre le ministre, ne révèle aucune cause d’action et qu’elle est frivole et vexatoire ou qu’elle

ought to be struck out in whole or in part under rule 221 of the *Federal Court Rules, 1998*.

[15] In terms of documentary evidence, the defendants' motion to strike is based on the pleadings.

[16] In responding to the motion to strike, Pfizer has filed affidavit evidence. The defendant Apotex Inc. (added as a party to this action by order of this Court) challenges Pfizer's right to file affidavit evidence. In doing so, Apotex Inc. relies on the provisions of subsection 221(2) of the Rules, which provides that no evidence shall be heard on a motion for an order under paragraph 221(1)(a) of the Rules. That paragraph, however, only relates to the ground on a motion to strike that the pleading discloses no reasonable cause of action. The defendants' present motion before the Court is not limited to paragraph 221(1)(a) but includes other grounds in respect of which affidavit evidence may be properly adduced (see *Waterside Ocean Navigation Co., Inc. v. International Navigation Ltd.*, [1977] 2 F.C. 257 (T.D.)). For the reasons that follow, I am of the view the defendants' motion to strike can be resolved solely on the basis of paragraph 221(1)(a) of the Rules. In the circumstances, I need not and have not considered Pfizer's affidavit evidence.

#### THE TEST IN A PARAGRAPH 221(1)(a) MOTION

[17] The Supreme Court of Canada, has on several occasions, set out the test a defendant must meet on a motion under paragraph 221(1)(a). In *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, Estey J. succinctly put the test in the following words, at page 740:

As I have said, all the facts pleaded in the statement of claim must be deemed to have been proven. On a motion such as this a court should, of course, dismiss the action or

constitue autrement un abus de procédure et qu'elle devrait être radiée en tout ou en partie en vertu de la règle 221 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*.

[15] Pour ce qui est de la preuve documentaire, la requête des défendeurs est fondée sur les actes de procédure.

[16] En réponse à la requête en radiation, Pfizer a produit des affidavits. La défenderesse Apotex Inc. (dont la Cour a ordonné l'ajout à titre de partie à la présente action) conteste le droit de Pfizer de déposer des affidavits en preuve. Pour ce faire, Apotex Inc. invoque les dispositions du paragraphe 221(2) des Règles, qui prévoit qu'aucune preuve n'est admissible dans le cadre d'une requête fondée sur l'alinéa 221(1)a des Règles. Cet alinéa ne vise toutefois que le cas où le moyen qui est invoqué au soutien d'une requête en radiation est que l'acte de procédure ne révèle aucune cause d'action valable. Or, dans la présente requête soumise à la Cour, les moyens invoqués par les défendeurs ne se limitent pas à celui qui est prévu à l'alinéa 221(1)a. La requête comporte d'autres moyens au sujet desquels des affidavits peuvent régulièrement être produits en preuve (voir la décision *Waterside Ocean Navigation Co., Inc. c. International Navigation Ltd.*, [1977] 2 C.F. 257 (1<sup>re</sup> inst.)). Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que la requête en radiation des défendeurs ne peut être tranchée qu'en vertu de l'alinéa 221(1)a des Règles. Dans ces conditions, je n'étais pas tenu d'examiner les affidavits déposés en preuve par Pfizer et je ne l'ai pas fait.

#### CRITÈRE RÉGISSANT LES REQUÊTES FONDÉES SUR L'ALINÉA 221(1)(a)

[17] La Cour suprême du Canada a, à diverses reprises, énoncé le critère auquel le défendeur doit satisfaire dans le cas d'une requête fondée sur l'alinéa 221(1)a. Ainsi, dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735, le juge Estey énonce succinctement ce critère dans les termes suivants à la page 740:

Comme je l'ai dit, il faut tenir tous les faits allégués dans la déclaration pour avérés. Sur une requête comme celle-ci, un tribunal doit rejeter l'action ou radier une déclaration du

strike out any claim made by the plaintiff only in plain and obvious cases and where the court is satisfied that “the case is beyond doubt”.

[18] Similar views were expressed by Wilson J. in *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, where it was held that the power to strike must be exercised with great care and only in cases where the plaintiff or defendant could not possibly succeed.

#### THE STRUCTURE OF THE WTO AGREEMENT IMPLEMENTATION ACT

[19] The WTO Agreement Implementation Act is at the heart of the matter before me. Its provisions require extensive canvassing. The WTO Agreement Implementation Act is divided into a number of parts namely a preamble, a general section containing definitions, the purpose of the Act and statutory bars of action. Part I is entitled “Implementation of Agreement Generally”, and Part II is entitled “Related and Consequential Amendments” and Part III concerns the coming into force of various provisions of the Act. The Act also includes a number of schedules.

##### (a) The Preamble

[20] The preamble, in its first recital, explains that “the Government of Canada together with the other governments and the European Communities that participated in the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations under the General Agreement on Tariffs and Trade [[1948] Can. T.S. No. 31] . . . have entered into the Agreement Establishing the World Trade Organization”. The sixth recital of the preamble indicates that the “World Trade Organization will provide for integrated management of the new and strengthened multilateral trading system, particularly for the resolution of trade disputes”. The eighth recital reads as follows:

AND WHEREAS it is necessary, in order to give effect to the Agreement, to make related or consequential amendments to certain Acts;

demandeur seulement dans les cas évidents et lorsqu’il est convaincu qu’il s’agit d’un cas «au-delà de tout doute».

[18] Le juge Wilson a exprimé un point de vue semblable dans l’arrêt *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, où il a estimé que le pouvoir de radiation doit être exercé avec beaucoup de prudence et uniquement dans les cas où le demandeur ou le défendeur n’a aucune chance d’obtenir gain de cause.

#### ÉCONOMIE DE LA LOI SUR LA MISE EN ŒUVRE DE L’ACCORD SUR L’OMC

[19] La Loi de mise en œuvre de l’Accord sur l’OMC est au cœur du débat qui m’est soumis. Il est nécessaire d’en examiner en détail les dispositions. La Loi de mise en œuvre de l’Accord sur l’OMC comporte plusieurs parties, à savoir, un préambule, un article général renfermant des définitions, l’objet de la Loi et des restrictions au droit d’action. La partie I est intitulée «Mise en œuvre de l’Accord» et la partie II, «Modifications connexes». La partie III concerne l’entrée en vigueur de diverses dispositions de la Loi. La Loi renferme également plusieurs annexes.

##### a) Le préambule

[20] Au premier attendu du préambule, il est expliqué que «le gouvernement du Canada conjointement avec les autres gouvernements et la Communauté européenne qui ont participé aux négociations commerciales multilatérales du cycle d’Uruguay menées sous l’égide d[e] [. . .]—Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce [[1948] R.T. Can. n° 31] [. . .] ont conclu l’Accord instituant l’Organisation mondiale du commerce». Au sixième attendu du préambule, il est précisé «que l’Organisation mondiale du commerce [. . .] permettra la gestion intégrée du nouveau système renforcé de commerce multilatéral, notamment en ce qui a trait au règlement des différends commerciaux». Le huitième attendu est ainsi libellé:

qu’il est nécessaire, pour donner effet à l’Accord, d’apporter des modifications connexes à certaines lois,

(b) The General Clauses

[21] The introductory part [section 2] of the WTO Agreement Implementation Act contains definitions including a definition of “Agreement” which reads as follows:

2. (1) . . .

“Agreement” means the Agreement establishing the World Trade Organization, including

(a) the agreements set out in annexes 1(A), 1(B), 1(C), 2 and 3 of that Agreement and

(b) the agreements set out in Annex 4 to that Agreement that have been accepted by Canada,

[22] The TRIPS Agreement is contained in Annex 1(C) of the WTO Agreement.

[23] Subsection 2(2) provides that the Agreement shall be published in the *Canada Treaties Series*.

[24] Section 3 deals with its purpose and reads:

3. The purpose of this Act is to implement the Agreement.

[25] Sections 5 and 6, under the heading “General” contain the statutory bars upon which the defendants rely. They read:

5. No person has any cause of action and no proceedings of any kind shall be taken, without the consent of the Attorney General of Canada, to enforce or determine any right of obligation that is claimed or arises solely under or by virtue of Part I or any order made under Part I.

6. No person has any cause of action and no proceedings of any kind shall be taken, without the consent of the Attorney General of Canada, to enforce or determine any right or obligation that is claimed or arises solely under or by virtue of the Agreement.

(c) Part I

[26] Part I, as noted, is headed “Implementation of Agreement Generally”. Section 8 is headed “*Approval of Agreement*” and simply reads:

8. The Agreement is hereby approved.

b) Les dispositions générales

[21] La partie introductive de la Loi de mise en œuvre de l’Accord sur l’OMC renferme certaines définitions, dont celle du terme «Accord», qui est ainsi libellée [article 2]:

2. (1) [. . .]

«Accord» L’Accord instituant l’Organisation mondiale du commerce—y compris les accords figurant à ses annexes 1A, 1B, 1C, 2 et 3, ainsi que, à l’annexe 4, les accords acceptés par le Canada—[. . .]

[22] L’ADPIC se trouve à l’annexe 1C de l’Accord sur l’OMC.

[23] Le paragraphe 2(2) prévoit que l’Accord est publié dans le *Recueil des traités du Canada*.

[24] L’article 3 concerne l’objet de la Loi. Il dispose:

3. La présente loi a pour objet la mise en œuvre de l’Accord.

[25] Les articles 5 et 6, qui se trouvent sous la rubrique «Dispositions générales», contiennent les moyens d’irrecevabilité que les défendeurs invoquent en l’espèce. En voici le libellé:

5. Le droit de poursuite, relativement aux droits et obligations uniquement fondés sur la partie I ou ses décrets d’application, ne peut être exercé qu’avec le consentement du procureur général du Canada.

6. Le droit de poursuite, relativement aux droits et obligations uniquement fondés sur l’Accord, ne peut être exercé qu’avec le consentement du procureur général du Canada.

c) Partie I

[26] Ainsi qu’il a déjà été souligné, la partie I s’intitule «Mise en œuvre de l’Accord». L’article 8 est intitulé «*Approbation de l’Accord*» et porte simplement ce qui suit:

8. L’Accord est approuvé.

[27] Other provisions of Part I include authority in the Governor in Council to appoint a designated Minister for the purposes of any provisions of the Act, authorizing the Governor in Council to appoint a Minister to be the representative of Canada in respect of the Ministerial Conferences established under the WTO Agreement, authorizing the Governor in Council, for the purpose of suspending, in accordance with the Agreement, the application to a WTO member of concessions or obligations of equivalent effect pursuant to Article 22 of the *Understanding on Rules and Procedures Governing Settlement of Disputes* [being Annex 2 of the WTO Agreement] and the likewise authority in the Governor in Council to suspend rights or privileges granted by Canada to a non-WTO member.

(d) Part II

[28] Part II, headed “Related and Consequential Amendments”, contains amendments to a large number of federal statutes in respect of which Parliament had constitutional authority on a division of legislative power basis.

[29] A close examination of the specific Part II WTO Agreement Implementation Act amendments is revealing. Such an examination demonstrates that Parliament did not resort to a single method of implementation. Specificity is the hallmark of Part II. The nature of the required Parliamentary intervention varied according to the circumstances. I have in mind factors such as the nature of a specific obligation contracted for by Canada, the characteristics of existing federal statutory or regulatory requirements (are the prescriptions contained in a statute or in a regulation), the need for flexibility and the presence of federal authority mandated to administer on a case-by-case basis contracted obligations (a good example of such a federal authority is the Canadian International Trade Tribunal which decides, on the ground so to speak, dumping, subsidies and other cases).

[30] The implementation techniques chosen by Parliament, as I see it, varied from:

[27] Parmi les autres dispositions de la partie I mentionnons celles qui confèrent au gouverneur en conseil le pouvoir de nommer un ministre pour l'application de toute disposition de la Loi, celles qui autorisent le gouverneur en conseil à nommer un ministre pour représenter le Canada à la conférence ministérielle établie par l'Accord sur l'OMC, celles qui autorisent le gouverneur en conseil à suspendre, conformément à l'Accord—aux termes de l'article 22 du *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* [annexe 2 de l'Accord sur l'OMC]—, l'application à un membre de l'OMC de concessions ou d'obligations dont l'effet est équivalent, ainsi que celles qui autorisent pareillement le gouverneur en conseil à suspendre les droits et privilèges que le Canada a accordés à un pays qui n'est pas membre de l'OMC.

d) Partie II

[28] La partie II, qui est intitulée «Modifications connexes», renferme des dispositions qui modifient un grand nombre de lois fédérales sur lesquelles le Parlement a une compétence constitutionnelle selon le partage des pouvoirs législatifs.

[29] Un examen attentif des dispositions modificatives spécifiques de la partie II de la Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'OMC est révélateur. Il ressort en effet de cet examen que le législateur fédéral n'a pas recouru à une seule méthode de mise en œuvre. La spécificité est la caractéristique principale de la partie II. La nature de l'intervention requise du législateur dépend des circonstances. Je songe à des facteurs comme la nature de l'obligation précise contractée par le Canada, les caractéristiques des exigences législatives ou réglementaires fédérales actuelles, le besoin de souplesse et la présence d'une autorité fédérale chargée de gérer au cas par cas les obligations contractées par le Canada (un bon exemple d'une telle autorité fédérale est le Tribunal canadien du commerce extérieur qui se prononce sur le terrain, pour ainsi dire, sur des questions de dumping, de subventions, etc.).

[30] Les méthodes de mise en œuvre retenues par le législateur fédéral sont variées:

(a) amending or repealing statutory provisions (amendments to the *Bank Act* [R.S.C., 1985, c. B-1] are an example);

(b) adding substantive provisions creating new rights (amendments to the *Copyright Act* [R.S.C., 1985, c. C-42] in respect of performance rights);

(c) authorizing the making of regulations (for example, the Governor in Council is authorized under the *Customs Tariff* [R.S.C., 1985 (3rd Suppl.), c. 41] “[f]or the purpose of implementing the Agreement on Rules of Origin in Annex 1A of the World Trade Organization Agreement” [subsection 75(2)];

(d) under the *Customs Tariff*, the Governor in Council is authorized, “[f]or the purpose of carrying out Article 6 of the Agreement on Safeguards in Annex 1A of the World Trade Organization Agreement . . . by order, to refund any surtaxes paid” [subsection 81(5)];

(e) under the *Customs Tariff*, in respect of special safeguard measures for agricultural goods, the Governor in Council is authorized, by order, to impose a surtax and conditions but before doing so, “the Minister of Finance must be satisfied, on the basis of a report of the Minister of Agriculture, that the conditions set out in Article 5 of the Agreement on Agriculture in Annex 1A of the World Trade Organization Agreement for the imposition of any additional duty on the prescribed agricultural goods have been met” [section 83];

(f) under the *Customs Tariff*, the Governor in Council is authorized to amend certain schedules to “the *Customs Tariff* where the Governor in Council deems it necessary to do so as a consequence of the implementation in Canada of World Trade Organization Agreement” [subsection 95(1)];

(g) under the *Export and Import Permits Act* [R.S.C., 1985, c. E-19], the Governor in Council is authorized to add certain goods to the import control list “to prevent the frustration of circumvention of the Agreement on Textiles and Clothing in Annex 1A of the

a) modification ou abrogation de dispositions législatives (les modifications apportées à la *Loi sur les banques* [L.R.C. (1985), ch. B-1] en sont un exemple);

b) ajout de dispositions de fond créant de nouveaux droits (modification de la *Loi sur le droit d'auteur* [L.R.C. (1985), ch. C-42] en ce qui concerne les droits d'exécution);

c) autorisation de prendre des règlements (par exemple, le gouverneur en conseil est autorisé à prendre des règlements en vertu du *Tarif des douanes* [L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 41] «pour mettre en œuvre l'Accord sur les règles d'origine figurant à l'annexe 1A de l'Accord sur l'organisation mondiale du commerce» [paragraphe 75(2)];

d) en vertu du *Tarif des douanes*, le gouverneur en conseil est autorisé, «conformément à l'article 6 de l'Accord sur les sauvegardes figurant à l'annexe 1A de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce, rembourser, par décret, la surtaxe» [paragraphe 81(5)];

e) en vertu du *Tarif des douanes*, le gouverneur en conseil est autorisé à imposer par décret une surtaxe sur certaines denrées agricoles à titre de mesure de sauvegarde spéciale et à préciser les conditions préalables à l'imposition de cette surtaxe. Avant de ce faire, «[l]e ministre des Finances [. . .] s'il estime, en se fondant sur un rapport du ministre de l'Agriculture, que sont remplis les conditions relatives à l'imposition d'un droit additionnel sur les produits agricoles désignés, que prévoit l'article 5 de l'Accord sur l'agriculture figurant à l'annexe 1A de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce» [article 83];

f) en vertu du *Tarif des douanes*, le gouverneur en conseil est autorisé à modifier certaines annexes «du *Tarif des douanes*, s'il l'estime nécessaire en conséquence de la mise en œuvre au Canada de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce» [paragraphe 95(1)];

g) en vertu de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation* [L.R.C. (1985), ch. E-19], le gouverneur en conseil est autorisé à ajouter certains biens à la liste des marchandises d'importation contrôlée pour «éviter que ne soit contourné ou mis en échec

World Trade Organization Agreement” [subsection 103(3)];

(h) under the *Financial Administration Act* [R.S.C., 1985, c. F-11], “the Governor in Council may give a directive . . . to any parent Crown corporation for the purpose of implementing any provision of the WTO Agreement that pertains to that Crown corporation” [section 116];

(i) the *Special Import Measures Act* [R.S.C., 1985, c. S-15] was amended to provide for a definition of “non-actionable subsidy” with specific reference to the *Agreement on Agriculture* and the *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures* being part of Annex 1A of the WTO Agreement [subsection 144(3)].

[31] The TRIPS Agreement is mentioned in various provisions found in Part II of the WTO Agreement Implementation Act. For example:

(a) the *Fertilizers Act* [R.S.C., 1985, c. F-10] is amended to confer upon the Governor in Council power to make regulations “for the purpose of implementing, in relation to fertilizers or supplements, . . . paragraph 3 of Article 39 of the [TRIPS Agreement]” [section 115];

(b) the *Food and Drugs Act* was amended to confer upon the Governor in Council the power to make “regulations as the Governor in Council deems necessary for the purpose of implementing, in relation to drugs, . . . paragraph 3 of Article 39 of the [TRIPS Agreement] set out in Annex 1C to the WTO Agreement” [section 117];

[32] Interestingly enough, the *Patent Act* was amended in Part II. Existing sections 44 and 45 previously amended in 1993 were not further amended. Only two changes were made to the *Patent Act*. The definition of “country” was amended [in section 141] to include a member of the WTO. Section 19.1 of the Act was amended [in section 142] to provide that “[t]he Commissioner may not, under section 19, authorize any use of semi-conductor

l’Accord sur les textiles et vêtements figurant à l’annexe 1A de l’Accord sur l’Organisation mondiale du commerce» [paragraphe 103(3)];

h) en vertu de la *Loi sur la gestion des finances publiques* [L.R.C. (1985), ch. F-11], «le gouverneur en conseil peut [. . .] donner à une société d’État mère des instructions destinées à la mise en œuvre des dispositions de l’Accord sur l’OMC qui la concernent» [article 116];

i) la *Loi sur les mesures spéciales d’importation* [L.R.C. (1985), ch. S-15] a été modifiée par l’insertion d’une définition de l’expression «subventions ne donnant pas lieu à une action» qui renvoie expressément à l’*Accord sur l’agriculture* et à l’*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*, que l’on trouve à l’annexe 1A de l’Accord sur l’OMC [paragraphe 144(3)].

[31] L’ADPIC est mentionné dans diverses dispositions de la partie II de la Loi de mise en œuvre de l’Accord sur l’OMC. En voici quelques exemples:

a) la *Loi sur les engrais* [L.R.C. (1985), ch. F-10] est modifiée pour conférer au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre des règlements «concernant les engrais ou les suppléments [. . .] pour la mise en œuvre [. . .] du paragraphe 3 de l’article 39 de l’ADPIC» [article 115];

b) la *Loi sur les aliments et drogues* a été modifiée en vue de conférer au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre «concernant les drogues, les règlements qu’il estime nécessaires pour la mise en œuvre [. . .] du paragraphe de l’article 39 de l’ADPIC figurant à l’annexe IC de l’Accord sur l’OMC» [article 117];

[32] Fait intéressant à signaler, la *Loi sur les brevets* a été modifiée à la partie II. Les articles 44 et 45 actuels qui avaient déjà été modifiés en 1993 n’ont pas été modifiés de nouveau. Seulement deux modifications ont été apportées à la *Loi sur les brevets*. La définition du mot «pays» a été modifiée [à l’article 141] pour englober les États membres de l’OMC. L’article 19.1 de la Loi a été modifié [à l’article 142] pour prévoir que le «commissaire ne peut s’appuyer

technology other than a public non-commercial use”.

[33] In terms of intellectual property, I note the *Trade-marks Act*, [R.S.C., 1985, c. T-13] was extensively amended with reference made to the TRIPS Agreement.

#### ANALYSIS

(a) Has the WTO Agreement been legislated into domestic law

[34] To succeed in their declaration that the term of the '815 patent is October 20, 2000, the plaintiffs must establish the WTO Agreement which annexes the TRIPS Agreement has been legislated into domestic law through the WTO Agreement Implementation Act. Pfizer argues that this is so through the combined effect of the purpose clause which is to implement the WTO Agreement, the approval clause whereby the Agreement is approved and Canada's commitments under the Final Act and the WTO Agreement.

[35] In so submitting, Pfizer seems to accept the distinction between treaty making and treaty implementation. Pfizer also accepts the proposition that many treaties cannot be implemented without alteration to the internal law of Canada which can only be done by the enactment of legislation to alter that domestic law. See Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 4th ed., at pages 293-294; *Capital Cities Communications Inc. et al. v. Canadian Radio-Television Commn.*, [1978] 2 S.C.R. 141, at page 173 where Laskin C.J. said this:

Indeed, if the contention of the appellants has any force under its first submission it can only relate to the obligations of Canada under the Convention towards other ratifying signatories. There would be no domestic, internal consequences unless they arose from implementing legislation giving the Convention a legal effect within Canada.

sur l'article 19 pour autoriser l'usage de la technologie des semi-conducteurs, sauf dans les cas où l'autorisation est demandée à des fins publiques non commerciales».

[33] Pour ce qui est de la propriété intellectuelle, je constate que la *Loi sur les marques de commerce* [L.R.C. (1985), ch. T-13] a été modifiée en profondeur et que des renvois y sont faits à l'ADPIC.

#### ANALYSE

a) L'Accord sur l'OMC a-t-il été incorporé au droit interne?

[34] Pour obtenir gain de cause sur leur requête en jugement déclaratoire portant que la date d'expiration du brevet '815 est le 20 octobre 2000, les demandereses doivent établir que l'Accord sur l'OMC qui annexe l'ADPIC a été incorporé par voie législative au droit interne par l'adoption de la Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'OMC. Pfizer affirme qu'il résulte du rapprochement de la disposition de cette Loi où il est précisé que l'objet de celle-ci est de mettre en œuvre l'Accord sur l'OMC, de l'article d'approbation par lequel l'Accord sur l'OMC est approuvé et des engagements pris par le Canada aux termes de l'Acte final et de l'Accord sur l'OMC que l'Accord a effectivement été incorporé au droit interne canadien.

[35] Pfizer semble ainsi accepter la distinction qui existe entre la conclusion d'un traité et la mise en œuvre d'un traité. Pfizer accepte aussi la proposition que bon nombre de traités ne peuvent être mis en œuvre sans modifier le droit interne canadien, ce qui ne peut se faire que par l'adoption d'une loi modifiant le droit interne en question (voir, à cet égard, Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 4<sup>e</sup> éd., aux pages 293 et 294 et l'arrêt *Capital Cities Communications Inc. et autre c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141, à la page 173, où le juge en chef Laskin déclare ce qui suit:

En fait, si la prétention des appelantes avait une valeur quelconque en ce qui concerne le premier argument, ce ne pourrait être qu'en rapport avec les obligations du Canada, en vertu de la Convention, à l'égard des autres signataires. Les seules conséquences intérieures ou internes possibles viendraient de l'application d'une législation donnant à la Convention un effet juridique au Canada.

[36] The WTO Agreement is an international agreement to which sovereign states are the only parties. The central issue in this case is whether Parliament, in enacting the WTO Agreement Implementation Act, gave legal effect or translated into federal law that Agreement as a whole and, in particular, its annexed TRIPS Agreement or Article 33 thereof.

[37] Defendants refer to a number of cases including *Reference re Weekly Rest in Industrial Undertakings Act*, [1937] 1 D.L.R. 673 (P.C.) and a recent case cited by Guthrie J. in *UL Canada inc. c. Québec (Procureur général)*, [1999] J.Q. No. 1540 (Sup. Ct.) (QL), for the proposition that a simple approval by Parliament does not operate to legislate an international agreement into federal law. In the *UL Canada inc.* case, Guthrie J. considered whether the *North American Free Trade Agreement Implementation Act* [S.C. 1993, c. 44] and the WTO Agreement Implementation Act made the international agreements domestic law, whether federal or provincial. At paragraph 86 of the case, Guthrie J. said this:

[TRANSLATION] The Act Respecting the Implementation of International Trade Agreements, which is the Quebec implementing statute for NAFTA, does not amend either the Dairy Products Substitutes Act or Regulations which include paragraph 40(1)(c). In fact, section 2 of this implementing statutes simply states that NAFTA is “approved” by the National Assembly. However, the case law and authorities have taken the position that simple parliamentary approval of a treaty does not make it domestic law.

[38] Guthrie J., at paragraph 95, applied the same reasoning to the WTO Agreement Implementation Act to the effect the WTO Agreement was not made part of federal law.

[39] Pfizer counters principally with the case of *Orelie v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 592 (C.A.). Mahoney J.A., at pages 607-608, considered the international law agreements which involved the Fourth Geneva Convention.

[36] L’Accord sur l’OMC est un accord international auquel seuls des États souverains sont parties. La question centrale qui se pose en l’espèce est celle de savoir si, en édictant la Loi de mise en œuvre de l’Accord sur l’OMC, le législateur fédéral a donné un effet juridique à tout cet accord ou l’a incorporé au droit interne, en particulier l’ADPIC qui y est annexé ou l’article 33 de celui-ci.

[37] Les défendeurs citent plusieurs décisions, dont *Reference re Weekly Rest in Industrial Undertaking Act*, [1937] 1 D.L.R. 673 (C.P.) et une décision récente citée par le juge Guthrie dans l’affaire *UL Canada inc. c. Québec (Procureur général)*, [1999] J.Q. n° 1540 (C.S.) (QL), à l’appui de la proposition qu’une simple approbation parlementaire d’un accord international n’a pas pour effet de l’incorporer en droit interne. Dans l’affaire *UL Canada inc.*, le juge Guthrie s’est demandé si la *Loi de mise en œuvre de l’Accord de libre-échange nord-américain* [L.C. 1993, ch. 44] et la Loi de mise en œuvre de l’Accord sur l’OMC avaient pour effet d’incorporer les accords internationaux en question en droit interne, qu’il s’agisse du droit fédéral ou du droit provincial. Au paragraphe 86 de cette décision, le juge Guthrie déclare ce qui suit:

La Loi concernant la mise en œuvre des accords de commerce international, qui est la loi québécoise de mise en œuvre de l’ALÉNA, ne modifie ni la Loi ni le Règlement sur les succédanés de produits laitiers, dont l’alinéa 40(1)c) fait partie. En effet, cette loi de mise en œuvre déclare tout simplement à son article 2 que l’ALÉNA est «approuvée» par l’Assemblée nationale. Or, la jurisprudence et la doctrine ont jugé qu’une simple approbation parlementaire d’un traité n’a pas pour effet de l’incorporer en droit interne.

[38] Le juge Guthrie a, au paragraphe 95, appliqué le même raisonnement à la Loi de mise en œuvre de l’Accord sur l’OMC en déclarant que l’Accord sur l’OMC n’avait pas été incorporé au droit fédéral.

[39] Pfizer réplique en invoquant surtout l’arrêt *Orelie c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 C.F. 592 (C.A.). Dans cet arrêt, le juge Mahoney examine, aux pages 607 et 608, les accords internationaux relatifs à la Quatrième Convention de Genève.

[40] In my view, much guidance to answer the central question considered here is derived from the recent Supreme Court of Canada judgment in *Re British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General); An Act respecting the Vancouver Island Railway*, [1994] 2 S.C.R. 41.

[41] The issue before the Court was whether a federal statute had given statutory force to the Dunsmuir Agreement [being Schedule to *An Act respecting the Vancouver Island Railways, the Esquimalt Graving Dock, and certain Railway Lands of the Province of British Columbia, granted to the Dominion*, S.C. 1884, c. 6] such that the provisions of the Dunsmuir Agreement were, in effect, the provisions of the federal statute itself.

[42] The Dunsmuir Agreement was a schedule to a federal Act. Section 2 of the federal Act with respect to the Dunsmuir Agreement said:

2. The agreement, . . . is hereby approved and ratified, and the Governor in Council is authorized to carry out the provisions thereof according to their purport.

[43] Iacobucci J. delivered reasons for judgment on behalf of seven judges of the Court. The Court held the Dunsmuir Agreement was not legislated into law, i.e. endowed it with statutory force. As I read this judgment, the Supreme Court of Canada established the following principles in reaching its conclusion:

(a) whether an agreement is legislated so as to become endowed with statutory force is a matter of discovering Parliament's intention;

(b) all of the tools of statutory interpretation can be called in aid to determine whether incorporation is intended (see page 110);

(c) Iacobucci J. said this at page 110:

I do believe, however, that simple "ratification" or "confirmation" of a scheduled agreement, without more, is equivocal in terms of the required legislative intention.

(d) as a factor in discovering Parliamentary intent, Iacobucci J. took into account the fact that the federal

[40] On trouve à mon avis dans l'arrêt récent *Re Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général); Acte concernant le chemin de fer de l'Île de Vancouver*, [1994] 2 R.C.S. 41, des lumières utiles qui permettent de répondre à la question centrale à l'examen en l'espèce.

[41] La question qui était soumise à la Cour était celle de savoir si une loi fédérale avait conféré force de loi à la Convention de Dunsmuir [annexe de l'*Acte concernant le chemin de fer de l'Île de Vancouver, le bassin de radoub d'Esquimalt, et certaines terres de chemin de fer de la province de la Colombie-Britannique cédées au Canada*, S.C. 1884, ch. 6] de sorte que les dispositions de cet accord constituaient effectivement des dispositions de la loi fédérale elle-même.

[42] La Convention de Dunsmuir était une annexe d'une loi fédérale. L'article 2 de la loi fédérale relative à la Convention de Dunsmuir portait:

2. La convention [. . .] est par le présent approuvée et ratifiée, et le Gouverneur en conseil est autorisé à en mettre les stipulations à effet suivant leur teneur.

[43] Le juge Iacobucci a prononcé les motifs du jugement au nom de sept des juges de la Cour. La Cour a statué que la Convention de Dunsmuir n'avait pas été incorporée au droit interne par voie législative, c'est-à-dire qu'on ne lui avait pas conféré force de loi. À mon sens, la Cour suprême du Canada a posé les principes suivants pour en arriver à cette conclusion:

a) pour déterminer si une convention a été incorporée dans une loi déterminée de manière à se voir conférer force de loi, il faut découvrir l'intention du législateur;

b) on peut utiliser tous les outils d'interprétation législative pour déterminer si l'on a voulu incorporer une entente donnée dans une loi; (voir page 110);

c) Le juge Iacobucci a déclaré ce qui suit, à la page 110:

Je crois, cependant, que la simple «ratification» ou «confirmation» d'une entente annexée, sans plus, est équivoque pour ce qui est de déceler l'intention requise du législateur.

d) pour découvrir l'intention du législateur, le juge Iacobucci a tenu compte du fait que la loi fédérale

Act repeated parts of the Dunsmuir Agreement in the text of the statute. He said this at page 111:

The *Dominion Act* simply confirms and ratifies the Dunsmuir Agreement, authorizes the Governor in Council to carry out the contract, and proceeds, in several of its provisions, to recount specifically clauses from that contract (ss. 4, 5, 6, 8, and 9). If the Dunsmuir Agreement was intended to have statutory force, I would find this repetition of contractual provisions in the text of the *Dominion Act* to be inexplicable.

[44] I have come to the conclusion it is plain and obvious that Parliament did not legislate into federal domestic law the WTO Agreement and, in particular, Article 33 of the TRIPS Agreement, which is essential to the success of Pfizer's declaration.

[45] Parliament, in my view, manifestly indicated its intention as to how it was implementing the WTO Agreement and its annexed TRIPS Agreement or any part thereof. Parliament gave legal effect to its WTO obligations by carefully examining the nature of those obligations, assessing the state of the existing federal statutory and regulatory law and then deciding the specific and precise legislative changes which were required to implement the WTO Agreement.

[46] The term of a patent is a matter governed by the *Patent Act*. Parliament did not change the provisions of sections 44 and 45 of that Act to provide what Pfizer is seeking. Statutory change was required and Parliament did not make that change. Whether Parliament, in doing so, was in breach of its international obligations is not material to the question before me. The WTO Agreement has procedures, government to government, to deal with a question of that nature.

[47] To accede to Pfizer's argument would, in my view, make redundant and negate the entire overall structure and approach taken by Parliament to implement the WTO Agreement obligations through the WTO Agreement Implementation Act. By analogy to what Iacobucci J. said in *Re British Columbia*, *supra*, if Parliament had intended the WTO Agreement to have statutory force, it would not have enacted Part II

reprendait des passages de la Convention de Dunsmuir. Il a fait observer à la page 111:

La *Loi fédérale* ne fait que confirmer et ratifier la convention Dunsmuir; elle autorise le gouverneur en conseil à exécuter le contrat et reprend spécifiquement, dans plusieurs de ses dispositions, des clauses de ce contrat (art. 4, 5, 6, 8 et 9). Si on avait voulu que la convention Dunsmuir ait force de loi, je jugerais inexplicable cette répétition de dispositions du contrat dans la *Loi fédérale*.

[44] J'en suis arrivé à la conclusion que, de toute évidence, le législateur fédérale n'a pas incorporé l'Accord sur l'OMC au droit fédérale interne, notamment l'article 33 de l'ADPIC, qui est essentiel au succès de la thèse soutenue par Pfizer à l'appui de sa requête en jugement déclaratoire.

[45] À mon avis, le législateur fédérale a clairement formulé son intention quant à la façon dont il mettait en œuvre en tout ou en partie l'Accord sur l'OMC et l'ADPIC y annexé. Le législateur a donné juridiquement effet aux obligations qu'il avait contractées envers l'OMC en examinant attentivement la nature de ces obligations, en vérifiant l'état de la législation et de la réglementation fédérales existantes et en arrêtant ensuite les modifications précises qui devaient être apportées pour mettre en œuvre l'Accord sur l'OMC.

[46] La durée de validité des brevets est une question qui relève de la *Loi sur les brevets*. Le législateur fédérale n'a pas modifié les dispositions des articles 44 et 45 de cette Loi pour prévoir ce que Pfizer réclame. Il fallait modifier la loi et le législateur ne l'a pas fait. La question de savoir si le législateur fédérale a ainsi manqué à ses obligations internationales n'est pas utile à la solution du présent litige. L'Accord sur l'OMC prévoit des mécanismes intergouvernementaux qui permettent de répondre à une telle question.

[47] Retenir l'argument de Pfizer aurait, à mon avis, pour effet de rendre superflues et d'anéantir toute l'économie générale et l'approche retenues par le législateur fédérale pour donner suite aux obligations contractées par le Canada envers l'OMC par le biais de la Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'OMC. Pour faire une analogie avec les propos que le juge Iacobucci a tenus dans l'arrêt *Re Colombie-*

of the WTO Implementation Act in the detailed and careful manner it did.

[48] In short, Pfizer fails in its arguments. When Parliament said, in section 3 of the WTO Agreement Implementation Act, that the purpose of that Act was to implement the Agreement, Parliament was merely saying the obvious; it was providing for the implementation of the WTO Agreement as contained in the statute as a whole including Part II dealing with specific statutory changes. When Parliament said in section 8 of the WTO Agreement Implementation Act that it was approving the WTO Agreement, Parliament did not incorporate the WTO Agreement into federal law. Indeed, it could not, because some aspects of the WTO Agreement could only be implemented by the provinces under their constitutional legislative authority pursuant to section 92 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)*, Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]]. What Parliament did in approving the Agreement is to anchor the Agreement as the basis for its participation in the World Trade Organization, Canada's adherence to WTO mechanisms such as dispute settlement and the basis for implementation where adaptation through regulation or adjudication was required.

[49] On this basis, the defendants' motion to strike is granted, Pfizer's statement of claim in this action is struck and its action is dismissed with costs.

(b) The statutory bars

[50] While not necessary for me to do so, I will deal very briefly with the defendants and Pfizer's issues related to the existence of the statutory bars contained in sections 5 and 6 of the WTO Agreement Implemen-

*Britannique* précité, je dirais que, si le législateur fédéral avait voulu que l'Accord sur l'OMC ait force de loi, il n'aurait pas édicté la partie II de la Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'OMC avec autant de soin et de précision.

[48] Bref, les moyens invoqués par Pfizer sont mal fondés. Lorsqu'il a déclaré, à l'article 3 de la Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'OMC, que l'objet de la Loi était de mettre en œuvre l'Accord, le législateur fédéral disait simplement quelque chose d'évident: il prévoyait la mise en œuvre de l'Accord sur l'OMC selon les modalités d'application de l'ensemble de la Loi, et notamment de celles qui se trouvent à la partie II, qui porte sur des modifications législatives précises. Lorsqu'il déclare à l'article 8 de la Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'OMC qu'il approuve l'Accord sur l'OMC, le législateur fédéral n'incorpore pas l'Accord sur l'OMC en droit fédéral. D'ailleurs, il ne pouvait pas le faire, parce que certains aspects de l'Accord sur l'OMC ne pouvaient être mis en œuvre que par les provinces en vertu des pouvoirs législatifs constitutionnels qui leur sont conférés par l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.)*, annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]]. En approuvant l'Accord, le législateur fédéral a réaffirmé l'importance de l'Accord comme base de sa participation à l'Organisation mondiale du commerce et a affirmé l'adhésion du Canada aux mécanismes de l'OMC tels que le règlement des différends et les modalités de mise en œuvre dans les cas où il est nécessaire de les adapter par voie réglementaire ou juridictionnelle.

[49] Pour ce motif, la requête en radiation des défendeurs est accueillie, la déclaration que Pfizer a déposée dans la présente action est radiée et son action est rejetée avec dépens.

b) Moyens d'irrecevabilité prévus par la loi

[50] Bien qu'il ne soit pas nécessaire que je le fasse, je vais examiner très brièvement les points soulevés par les défendeurs et par Pfizer au sujet des moyens d'irrecevabilité que l'on trouverait aux articles 5 et 6

tation Act. Notwithstanding the able arguments of counsel for Pfizer, there can be no doubt, in my view, the declaration which Pfizer seeks in plain terms, is to enforce or determine a right or obligation that arises solely from or by virtue of the WTO Agreement. Simply put, Pfizer seeks to enforce what it claims to be a right to a patent term of 20 years from the date of its '815 patent application, a right which is said to arise from the TRIPS Agreement which is part of the WTO Agreement. Pfizer argued that the declaration sought flowed from the WTO Agreement Implementation Act itself and not through the Agreement. I see no merit in this argument.

[51] Pfizer, through an amendment to its statement of claim, says that these sections are unconstitutional and to that extent are invalid, inoperable or inapplicable based on the rule of law and paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C., 1985, Appendix III].

[52] Provisions analogous to sections 5 and 6 of the WTO Agreement Implementation Act are found in other federal statutes implementing international trade agreements. A few examples are appropriate.

[53] The *Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1988, c. 65, s. 5, provides, under a marginal note entitled "Prohibition of private cause of action", the following:

5. No person has any cause of action and no proceedings of any kind shall be taken, without the consent of the Attorney General of Canada, to enforce or determine any right or obligation that is claimed or arises solely under or by virtue of Part I, or any regulation made under Part I, or the Agreement.

[54] The *North American Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1993, c. 44, contains the following provision in section 6:

6. (1) No person has any cause of action and no proceedings of any kind shall be taken, without the consent of the

de la Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'OMC. Malgré les arguments habiles de l'avocat de Pfizer, il n'y a aucun doute dans mon esprit que le jugement déclaratoire que Pfizer réclame de façon claire et précise aurait pour effet de faire reconnaître ou d'établir un droit ou une obligation qui découlent exclusivement de l'Accord sur l'OMC. En termes simples, Pfizer cherche à faire reconnaître ce qu'elle prétend être son droit à bénéficier d'un brevet d'une durée de validité de 20 ans commençant à courir à compter de la date de sa demande relative au brevet '815, droit qui découlerait de l'ADPIC, lequel fait partie de l'Accord sur l'OMC. Pfizer soutient que le jugement déclaratoire réclamé découle de la Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'OMC elle-même et non de l'Accord. Cet argument est mal fondé.

[51] Par suite de la modification qu'elle a apportée à sa déclaration, Pfizer affirme que les articles en question sont inconstitutionnels et que, pour cette raison, ils sont invalides, inopérants et inapplicables en raison du principe de la primauté du droit et des dispositions de l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* [L.R.C. (1985), appendice III].

[52] On trouve des dispositions analogues aux articles 5 et 6 de la Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'OMC dans d'autres lois fédérales de mise en œuvre d'ententes commerciales internationales. Il y a lieu de citer quelques exemples.

[53] La *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis*, L.C. 1988, ch. 65, art. 5 prévoit ce qui suit sous la note marginale «Restriction du droit d'action»:

5. Le droit de poursuite, relativement aux droits ou obligations uniquement fondés sur la partie I, ses règlements d'application ou l'Accord, ne peut être exercé par quiconque sans le consentement du procureur général du Canada.

[54] La *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, ch. 44, prévoit pour sa part ce qui suit, à l'article 6:

6. (1) Le droit de poursuite, relativement aux droits et obligations uniquement fondés sur la partie I ou ses règle-

Attorney General of Canada, to enforce or determine any right or obligation that is claimed or arises solely under or by virtue of Part I or any order or regulation made under Part I.

(2) Subject to Section B of Chapter Eleven of the Agreement, no person has any cause of action and no proceedings of any kind shall be taken, without the consent of the Attorney General of Canada, to enforce or determine any right or obligation that is claimed or arises solely under or by virtue of the Agreement.

[55] The true purpose of sections 5 and 6 of the WTO Agreement Implementation Act is evident as are similar provisions in the other implementation statutes referred to above. What Parliament is saying is that these international trade agreements are matters of public law concerning public rights, rights affecting Canada as a sovereign state. They are not matters of private economic or commercial rights giving rise to causes of action and legal proceedings. These sections do not eliminate any private rights; they do not extinguish rights; Parliament is simply saying no such rights arise.

[56] Parliament's concern relates to the very nature of international trade agreements between sovereign states and the mechanisms for dispute settlement and the enforcement of panel or arbitration rulings.

[57] The WTO Agreement provides for such mechanisms. Parliament did not want private parties except where it may be appropriate, to initiate private actions which would disrupt or adversely affect the agreed to equilibrium for dispute settlement.

[58] Taken in this sense, these sections do not constitute a denial of access to the courts.

(c) Rule of Law

[59] In *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at pages 257-261, the Supreme Court of Canada described in eloquent terms the meaning of

ments ou décrets d'application, ne peut être exercé qu'avec le consentement du procureur général du Canada.

(2) Sauf cas prévus à la section B du chapitre 11 de l'Accord, le droit de poursuite, relativement aux droits et obligations uniquement fondés sur l'Accord, ne peut être exercé qu'avec le consentement du procureur général du Canada.

[55] L'objet véritable des articles 5 et 6 de la Loi de mise en œuvre de l'OMC est évident, tout comme celui de dispositions analogues des autres lois de mise en œuvre précitées. Ce que le législateur fédéral dit, c'est que ces accords commerciaux internationaux sont des questions de droit public qui concernent des droits publics, droits qui touchent le Canada en tant qu'État souverain. Ce ne sont pas des questions de droits économiques ou commerciaux privés donnant ouverture à des droits d'action et à des poursuites en justice. Ces articles ne suppriment aucun droit privé. Ils n'éteignent pas des droits. Le législateur fédéral se contente de dire que ces droits ne peuvent être exercés.

[56] Ce qui intéresse le législateur fédéral, c'est la nature même des ententes commerciales internationales conclues entre des États souverains et les mécanismes de règlement des différends et l'exécution des décisions administratives ou arbitrales.

[57] Ces mécanismes sont prévus dans l'Accord sur l'OMC. Le législateur fédéral ne voulait pas que de simples citoyens puissent, sauf lorsque les circonstances s'y prêtent, entamer des actions privées qui rompraient le rapport de forces convenu en matière de règlement des différends ou qui nuirait à cet équilibre.

[58] En ce sens, ces articles ne constituaient pas un refus d'accès aux tribunaux.

(c) Le principe de la primauté du droit

[59] Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, aux pages 257 à 261, la Cour suprême du Canada explique en termes éloquentes

the rule of law in our constitutional structure. The rule of law requires that all government action comply with the Constitution.

[60] The Saskatchewan Court of Appeal in *Bacon v. Saskatchewan Crop Insurance Corp.*, [1999] S.J. No. 302 (QL) had the opportunity to consider the rule of law in the context of a legislative provision [*The Farm Income Insurance Legislation Amendment Act, 1992*, S.S. 1992, c. 51, s. 13.2(1)] which provided that “No action or proceeding lies or shall be instituted or continued against the Crown or a Crown agent based on any cause of action arising from”.

[61] Bacon alleged the legislative requirement infringed the rule of law because it shielded government action. Wakeling J.A. carefully analyzed the context of the rule of law and concluded that its scope was not intended to impugn on the ability of the Saskatchewan Legislature to enact the legislation in question. I adopt the reasoning of the Saskatchewan Court of Appeal. The noble status of rule of law cannot be interpreted as a sword to strike down sections 5 and 6 of the WTO Agreement Implementation Act.

(d) Paragraph 2(e) of the Canadian Bill of Rights

[62] I fail to see how paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* has any application here. Paragraph 2(e) provides that “no law of Canada shall be construed or applied so as to . . . deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations”. I agree with the defendants that paragraph 2(e) does not confer the kind of substantive rights claimed here. (See *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917, at page 923.)

(c) The Injunction Remedy

[63] The conclusion I have reached in this matter does not require that I deal with the defendants’

le sens du principe de la primauté du droit dans notre régime constitutionnel. La primauté du droit exige que tout acte de l’Administration soit conforme à la Constitution.

[60] Dans l’affaire *Bacon v. Saskatchewan Crop Insurance Corp.*, [1999] S.J. n° 302 (QL), la Cour d’appel de la Saskatchewan a eu l’occasion de se pencher sur le principe de la primauté du droit dans le contexte d’une disposition législative [*The Farm Income Insurance Legislation Amendment Act, 1992*, S.S. 1992, ch. 51, art. 13.2(1)] qui prévoyait que [TRADUCTION] «Sa Majesté et tout mandataire de Sa Majesté ne peuvent être poursuivis sur le fondement d’un droit d’action découlant de».

[61] Bacon affirmait que cette disposition législative portait atteinte au principe de la primauté du droit parce qu’elle mettait le gouvernement à l’abri de toute poursuite. Le juge d’appel Wakeling a attentivement analysé la portée du principe de la primauté du droit et a conclu qu’il ne visait pas à restreindre la capacité du législateur de la Saskatchewan d’édicter la disposition législative en question. Je souscris au raisonnement suivi par la Cour d’appel de la Saskatchewan. Le noble principe de la primauté du droit ne saurait être interprété comme un outil permettant d’invalider les articles 5 et 6 de la Loi de mise en œuvre de l’Accord de l’OMC.

d) Alinéa 2e) de la Déclaration canadienne des droits

[62] Je ne vois pas comment l’alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* pourrait s’appliquer en l’espèce. L’alinéa 2e) prévoit que «nulle loi du Canada ne doit s’interpréter ni s’appliquer comme [. . .] privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations». Je suis d’accord avec les défendeurs pour dire que l’alinéa 2e) ne confère pas le genre de droit substantiel qui est revendiqué en l’espèce (voir l’arrêt *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917, à la page 923).

c) L’injonction

[63] La conclusion à laquelle j’en suis arrivé en l’espèce me dispense de la nécessité de traiter du

ground relating to the jurisdiction of this Court to issue an injunction against the Minister only by way of judicial review.

#### CONCLUSION

[64] Pfizer's statement of claim, dated April 15, 1999, as amended on June 16, 1999, is struck out in its entirety and its action is dismissed with costs.

moyen invoqué par les défendeurs selon lequel la Cour a compétence pour prononcer une injonction contre le ministre uniquement dans le cadre d'un contrôle judiciaire.

#### DISPOSITIF

[64] La déclaration que les demandereses ont déposée le 15 avril 1999 et qu'elles ont modifiée le 16 juin 1999 est radiée en entier et l'action est rejetée avec dépens.

# 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.*

## AIR LAW

Application for judicial review of decision applicant unfit for Category 3 medical certificate (by reason of residual effects of stroke) and no longer permitted to exercise privileges of private pilot licence—Recommendation of Civil Aviation Medical Examiner that applicant medically unfit—Conclusion referred to Aviation Medical Review Board which recommended applicant unfit “long-term”—Civil Aviation Tribunal reviewed Minister’s decision and recommended case be referred back to Minister for reconsideration—Minister submitted medical data provided to him by applicant to Defence and Civil Institute of Environmental Medicine for evaluation and recommendation by Institute’s Central Medical Board—Institute agency independent of Minister, used by Minister for independent advice in situation such as that before Court—Central Medical Board recommended applicant be considered permanently unfit for pilot licensing—Material before Central Medical Board did not include copy of reasons for determination of Tribunal or transcript of hearing before Tribunal—Applicant invited to comment—Board’s recommendation before Minister’s final decision—Issue whether applicant denied natural justice or procedural fairness in process adopted by Minister in determining, following Tribunal’s decision, to uphold earlier decision to deny renewal of medical certificate—Secondary issue whether reasonable apprehension of bias on part of Minister—Application dismissed—Fact decision herein administrative in nature and affecting privileges and interests of applicant sufficient to trigger application of duty of fairness: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 174 D.L.R. (4th) 193 (S.C.C.)—Decision discretionary—Standard “reasonableness simpliciter”—Decision herein made in context of statutory scheme, without privative clause and at heart of which protection of public safety—No breach of duty of fairness herein—Applicant afforded appropriate level of procedural fairness in process leading to decision under review—No breach of procedural fairness in failure to notify applicant Minister was seeking advice of Central Medical Board and to provide applicant with opportunity to make submissions to Board—Decision remained with Minister on basis of

## AIR LAW—Concluded

advice received—Advice provided to applicant and applicant given reasonable opportunity to respond to it—No basis for reasonable apprehension of bias on part of Minister—By statute, Minister decision-maker and, on referral back, he, and no one else, empowered and required by statute to act—Minister did take prudent step of seeking further review by appropriately qualified body with no previous knowledge or involvement in processes surrounding consideration of renewal of applicant’s medical certificate.

KISS v. CANADA (MINISTER OF TRANSPORTATION)  
(T-972-98, Gibson J., order dated 29/7/99, 19 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### EXCLUSION AND REMOVAL

Application to stay execution of order removing applicant to Scotland pending decision on application for leave and for judicial review to compel respondent to deal with application for landing from within Canada on humanitarian and compassionate grounds (H and C application)—Applicant father of 7-month old daughter—Stay of execution of removal order allowed—While too early to forecast all implications of *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 174 D.L.R. (4th) 193 (S.C.C.), that decision raising serious question to be tried on application for leave and for judicial review underlying this matter: whether, in light of *Baker*, open to respondent to deport from Canada individual who has before respondent H and C application where (a) H and C application filed in timely manner; (b) no evidence individual imminent danger to public in Canada; (c) individual has Canadian-born child for whom applicant assuming parental responsibility—Irreparable harm for purposes of stay application not implying serious likelihood of jeopardy to applicant’s life or safety—On facts herein, execution of deportation order would result in irreparable harm to applicant—As to balance of convenience, while respondent has obligation to execute outstand-

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

ing deportation order “as soon as reasonably practicable”, latter flexible test—Fact respondent has backlog of H and C applications precluding her from dealing with applicant’s application, and will apparently continue to preclude her from dealing with application for number of months, should not work against applicant—In view of findings on serious issue and irreparable harm, conclusion balance of convenience favouring applicant.

CHARLES V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3445-99, Gibson J., order dated 16/7/99, 5 pp.)

Application for stay of removal order made against applicant—Applicant of Russian origin and citizen of Israel—Applicant arriving in Canada on March 12, 1996 and immediately claiming refugee status—Claim rejected as no credible basis for applicant’s claim—Date for removal to Israel set for July 19, 1999—Applicant making application for stay of removal order—Tests for stays same as those for injunctions: (a) serious question to be tried, (b) irreparable harm, and (c) balance of convenience—Elements all present in case at bar—Serious question to be tried whether lack of reasons vitiates immigration officer’s decision—Applicant 72 years old and husband 60 years old—Both have health problems—Both would suffer irreparable harm if separated for indefinite period of time—Finding based on age, physical disabilities, interdependence and lack of equivalent support in either Canada or Israel—Balance of convenience favours applicant because of lateness of announcement of Minister’s decision concerning date of removal—Stay application allowed.

BELKIN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3554-99, Pelletier J., order dated 23/7/99, 7 pp.)

### *Removal of Permanent Residents*

Applicant permanent resident of Canada for 34 years—Two children by two boyfriends—Drug and alcohol abuse, series of criminal convictions—Convicted of manslaughter in 1987 for having killed female lover—Lost contact with children and parents—No crimes since 1991, seven years before Board heard her appeal—Peaceful and caring relationship with other person since 1994—Deportation order issued—Appeal to Board—Board concluded that because of applicant’s serious criminal record, history of unhappy, unsuccessful relationships and history of drug and alcohol abuse, could not be relied on to stay out of trouble and would likely re-offend—Board particularly concerned by failure to express remorse and to obtain professional counselling—Applicant asked Board to consider stay of deportation in lieu of dismissing appeal—Application for

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

judicial review of Board’s decision—Applicant alleging Board erred in making no reference to appropriateness of stay which could have been made conditional on psychiatric counselling and attendance at formal drug/alcohol rehabilitation programme—Application allowed—If stay requested and if facts suggest reason to consider conditional stay, then, if reasons given pursuant to Act, s. 69.4(5), applicant entitled to know why stay denied—Unfair to person subject to decision critical to future not to be told why result reached: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 174 D.L.R. (4th) 193 (S.C.C.), par. 43—If applicant to be deported to country she has never known, and forced to leave positive relationship, entitled to know why Board declined to exercise discretion to grant conditional stay.

LEWIS V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5272-98, Simpson J., order dated 5/8/99, 6 pp.)

## IMMIGRATION PRACTICE

Application for judicial review of decision by Appeal Division of Immigration and Refugee Board to hear reopened appeal of deportation order lawfully executed—Applicant, citizen of Guatemala, came to Canada as permanent resident—Convicted of criminal offence, sexual assault of child—Deportation order issued against him under Immigration Act, s. 32(2)—Applicant appealing deportation order to Appeal Division—Appeal denied—Leave to commence application for judicial review of Appeal Division’s decision denied—Deportation order executed on September 29, 1997—Appeal Division allowing applicant’s motion to reopen appeal of deportation order—Granting stay of execution of deportation order, subject to certain conditions—Minister seeking order quashing decision of Appeal Division staying deportation order, on basis decision outside Appeal Division’s jurisdiction—Immigration Act should not be interpreted to give Appeal Division jurisdiction to reopen appeal of deportation order, while clothing Minister with rights to terminate jurisdiction unilaterally by executing deportation order before motion heard—Words of Immigration Act, s. 75 clear—Appeal Division having jurisdiction to order return of any person deported, if appeal pending before Appeal Division—S. 75 having broader potential application that counsel for Minister recognized—Enacted in 1985, 14 years after decision in *Grillas v. Minister of Manpower and Immigration*, [1972] S.C.R. 577—Parliament, knowing of that decision, must be taken to have intended jurisdiction of Appeal Division would survive execution of deportation order in cases to which s. 75 applies—In case of appeal that occurs after deportation, fact of execution must be ignored—Same true of reopened appeal within jurisdiction of Appeal Division—Decision of Reed J. in *Canada*

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

*(Minister of Citizenship and Immigration) v. Harrison*, [1998] 4 F.C. 557 applied—Appeal Division having jurisdiction to hear applicant's reopened appeal—Application dismissed—Certified question: Where Appeal Division of Immigration and Refugee Board heard, dismissed appeal of deportation order, does it have jurisdiction to reopen appeal if deportation order executed after motion to reopen filed but before Appeal Division grants motion—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 32(2), 75 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18).

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. CANADA (IMMIGRATION AND REFUGEE BOARD) (IMM-3415-98, Sharlow J., order dated 8/7/99, 14 pp.)

Application for judicial review of Convention Refugee Determination Division decision declaring applicant's refugee claim abandoned—CRDD declaring claims abandoned pursuant to Immigration Act, s. 69.1(6)—CRDD apparently saying absence such as applicant's absence when directed to appear on July 7, 1998, constituting "default" within meaning of s. 69.1(6)(c)—Application allowed—*Obiter*: Interpretation CRDD apparently meant to adopt not self-evident—"Default" must be interpreted having regard to all circumstances of case: date of claimant's arrival, whether or not personal information form filed, whether or not counsel retained in timely manner, one or more previous absences when directed to appear, etc.—Therefore, when claimant fails to comply with appearance date, CRDD should have regard to all circumstances in deciding whether claimant "otherwise in default in prosecution of claim"—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 69.1(6) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 60).

KAVUNZU V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4351-98, Nadon J., order dated 13/7/99, 8 pp.)

Application for judicial review of visa officer's decision with respect to application of Immigration Regulations, 1978—Applicant civil engineer wishing to emigrate to Canada—According to visa officer, in order to get credit for experience applicant must have done all of tasks described under heading of Civil Engineer in National Occupational Classification (NOC)—Visa officer finding applicant has not done number of tasks set out in NOC, therefore declining to award points for Experience—Regulations, s. 11(1) providing no visa will be issued to person not awarded points under Item 3 Experience—NOC not simply guide for visa officers, binding direction as to assessment of applicants for visa—Visa officer may not add to requirements of NOC based upon view of job market—Bound to apply NOC according to terms—Words "all or some" in NOC meaning civil engineers will perform more than one of specific tasks,

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

some may perform them all—Not meaning all civil engineers perform all of tasks, construction which visa officer appears to have placed upon words—Visa officer failing to consider applicant's work experience at Erum Developers as for period of less than one year—Error for visa officer to exclude said experience even on view of required length of service—Application allowed—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 11(1) (as am. by SOR/93-44, s. 8), Sch. I.

PARACHA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5446-98, Pelletier J., order dated 23/8/99, 4 pp.)

Application for judicial review of visa officer's refusal to issue applicant immigrant visa on basis units of assessment (73) not reflecting chances of becoming successfully established in Canada ("passing mark" 70 units)—Applicant civil engineer who operated own businesses in Egypt—Senior immigration officer (SIO) reviewed and concurred with visa officer's decision, identifying additional reasons, particularly in relation to applicant's language ability which had not been noted by visa officer—Application allowed—For reasons neither apparent in record, nor explained to applicant, visa officer referred to language issue as first ground of refusal, even though factor not appearing in her written analysis under Regulations, s. 11(3)—Regulations clear: both refusal and good reasons for refusal must be those of visa officer, not SIO—Letter of decision herein improperly invoked reasons raised by SIO and not previously considered by visa officer—"Weak proficiency" in English assessment incompatible with oral ability assessment of "well" and award of one point less (8) than overall maximum of 9 units for language factor—No evidence of written test to assess writing proficiency—When 70 or more units have been assessed and reasons affecting potential use of negative discretion under Regulations, s. 11(3) do not arise directly from Schedule 1 factors, visa officer should inform applicant his ability to become successfully established in Canada still in question—This would provide applicant with opportunity to address difficulties and concerns perceived by visa officer which may not be apparent to potential immigrant—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 11(3) (as am. by SOR/81-461, s. 1).

MOATAZ V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-59-99, Lutfy J., order dated 30/8/99, 7 pp.)

Judicial review of visa officer's refusal to process applicant's application for EX-1 Canadian visitor's visa (CVV) for multiple entries for two-year period—Applicant immigration consultant, working in Beijing, P.R.C.—Employed with Canadian immigration consulting firm, which submits majority of immigration visa applications to Canadian

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Consulate in Detroit, Michigan—On June 10, 1997 Canadian Consulate in Beijing issued applicant EX-1 visitor's visa for one entry into Canada—On June 25, 1997 Canadian Consulate in Detroit issuing applicant EX-1 multiple entry CVV valid for two years—Applicant in Canada from February 8 to 18, 1999—On February 15, went with principal officer of employer to United States to observe preparation of client for immigrant-visa interview—Submitted visa application, fee February 16, 1999—Interviewed same day—Visa officer refused to renew EX-1 visa as application premature—Advised applicant to apply one or two months before expiry of current CVV—*De La Cruz v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 26 F.T.R. 285 (F.C.T.D.) on point—Argument visa officer had no right to refuse visa application on ground premature attractive because Act, Regulations contemplating making visa application before expiry of current CVV, normal for visitor's visa to be processed rapidly because entry into Canada for temporary, limited purpose—But argument ignoring decision's context, circumstances—very reason why visa officers, in discharge of statutory duty, given discretion to be properly exercised depending upon circumstances of each case—Read as whole, visa officer properly exercised discretion—Not improper to conclude visa application premature—Otherwise applicant who worked, resided in Beijing, where first CVV issued, could attend any Canadian visa post, file visa application for renewal of multi-entry CVV valid for two years, demand interview by visa officer, demand decision that day because applicant leaving country of filing next day i.e. visa post shopping—Visa officer properly concluded, with reference to application before him, would not be pressured into issuing visa immediately to meet applicant's convenience because applicant's request not simple, required verification, more documentation, required input from Canadian Consulate in Beijing where applicant worked, resided, and CVV file history on applicant—Issuing visitor's visa, particularly multiple entry visa valid for two years not rubber stamping process—Visa officer had statutory duty to perform—No basis for quashing visa officer's decision.

ZHAO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-777-99, Lemieux J., order dated 9/7/99, 16 pp.)

## JUDICIAL REVIEW

Application for judicial review of visa officer's decision rejecting applicant's application for authorization to study in Canada, related visitor's visa—Letter of rejection dated August 26, 1998—Interview of applicant by visa officer taking place on August 31, 1998—Rejection letter prepared before interview commenced, handed to applicant at end of interview without alteration, addition to reflect impact of

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

interview—Visa officer admitting on cross-examination on affidavit Visa Section of Canadian High Commissioner at Hong Kong has generalized concern regarding young persons from People's Republic of China, like applicant, seeking to study in Canada at secondary school level—Pre-preparation of letter not disclosing existence of open mind, weighing of particular circumstances of case free from stereotypes—Pre-preparation of rejection letter, delivery of letter to applicant at close of interview, without modification to reflect weighing of particular circumstances of case, as identified in course of interview, disclosing fettering of discretion, would give rise in mind of well-informed member of community to perception of bias on part of visa officer—Application allowed.

XU V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4988-98, Gibson J., order dated 28/7/99, 6 pp.)

Application for judicial review of decision by Convention Refugee Determination Division (CRDD) applicant not Convention refugee—Applicant young Tamil male, refugee from Sri Lanka—Claims to fear persecution in Sri Lanka because each of Sri Lankan Army (SLA), Tamil Tigers believe he has connections with other—Presiding member of CRDD asking for written submissions from applicant's counsel on limited number of points—Then deciding case against applicant on ground other than those on which representations solicited—CRDD's could not decide case against applicant without giving him opportunity to speak to questions giving rise to CRDD's views of case—Where tribunal indicates to counsel it wishes to hear from him on certain issues, implicit other issues will not be determinative of claim—Tribunal not precluded from considering other issues, but if it wishes to decide case on basis of other issues, fairness, natural justice require applicant be allowed to speak to those issues, given prior indication tribunal did not consider issues to be conclusive of claim—When counsel gave specific indication in brief he was withholding comment on other issues at request of CRDD, incumbent on CRDD to correct misunderstanding if it wished to decide case as it did—Problem created by request for limited representations, not by counsel—If counsel misunderstood CRDD's instructions, incumbent upon CRDD to clarify instructions when misunderstanding became apparent—Applicant denied fair hearing—Application allowed.

SIVAMAYAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5216-98, Pelletier J., order dated 30/7/99, 9 pp.)

Application for judicial review of visa officer's decision denying applicant's application for permanent residence in Canada on humanitarian and compassionate grounds—

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

Whether standard of review patent unreasonableness—In *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 174 D.L.R. (4th) 193 (S.C.C.) determined standard of review with respect to decisions under Immigration Act, s. 114(2) reasonableness *simpliciter*—Factors considered in arriving at reasonableness *simpliciter* standard of review: absence of privative clause, expertise of decision maker, purpose of s. 114(2) and of Immigration Act as a whole, highly discretionary nature of humanitarian and compassionate decision—Pragmatic, functional approach having regard to context suggesting seriousness of matters at issue might have bearing on standard of review—Visa officer's decision meeting reasonableness test—Standard of review reasonableness *simpliciter*—Court will look for reasons supporting decision under review, whether evidentiary foundation for decision, and logic of process by which conclusions sought to be drawn from evidence—No evidence submitted to demonstrate applicant's financial, physical, emotional dependency on family members in Canada—Humanitarian, compassionate application refused—Visa officer making no error in finding applicant's family voluntarily left applicant in Guyana—Decision not unreasonable—Decision discretionary one for visa officer and, provided relevant factors considered, weighed, humanitarian, compassionate claim may still be dismissed—No reviewable error in discretion exercised by visa officer—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 114(2) (S.C. 1992, c. 49, s. 102).

KHAIROODIN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-131-99, Rothstein J., order dated 13/8/99, 6 pp.)

## STATUS IN CANADA

*Citizens*

Judicial review of Immigration Appeal Division's (IAD) order applicant be removed from Canada—Applicant, national of Hong Kong, landed in Canada in 1986—In 1989 applied for Canadian citizenship—Swearing declaration as to truth of application before Jocelyne Saulnier at St. John's, Newfoundland—In 1990 taking oath of citizenship, miniature, commemorative citizen certificate issued—Months later receiving by mail certificate of Canadian citizenship—As result of investigation into fraud at St. John's citizenship office, relating to actions of Jocelyne Saulnier, applicant informed in 1992 not entitled to Canadian citizenship certificate because never actually granted citizenship prior to taking oath—Apparently appropriate box on application form not marked by citizenship officer, form not signed and dated, oath administered extraterritorially and without jurisdiction—Upon attempting to enter Canada in 1996 applicant examined by senior immigration officer, report

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

issued concluding applicant no longer permanent resident of Canada, could not be admitted in absence of valid visa—Adjudicator subsequently finding applicant Canadian citizen as possession of citizenship certificate *prima facie* proof of citizenship unless revocation order by Governor in Council, and no such revocation herein—On appeal IAD holding adjudicator erred in conclusion applicant Canadian citizen—Application dismissed—Respondent submitting process by which citizenship obtained so fundamentally flawed citizenship documents invalid—On facts of this case, necessary for IAD to determine whether citizenship granted in order to make finding on admissibility—Presumption as to regularity of acts of public officers rebuttable—IAD rightly considered evidence presented to rebut presumption suggesting applicant issued certificate of citizenship although grant of citizenship not occurring—IAD having jurisdiction to consider such evidence, determine whether rebutting presumption of regularity, make exclusion order—Immigration Act, s. 69.4(3)(c) permitting IAD to receive such additional evidence as it may consider credible, trustworthy, necessary for dealing with subject-matter before it—IAD not erring in admitting hearsay evidence through RCMP officer in charge of fraud investigation—Considering evidence to be credible, trustworthy, assessed weight accordingly—No error in IAD's decision to qualify Registrar of Citizenship as expert witness—Witness giving opinion on applicant's citizenship status, process itself, but ultimately questions of citizenship, admissibility rested with IAD—Arguments failure to advise of change in status, denial of opportunity to be heard breach of principles of natural justice, relating to respondent's 1992 decision; not within IAD's jurisdiction—Facts of case not affecting liberty, security interests of applicant pursuant to Charter, s. 7—Not within IAD's mandate to determine correctness of circumstances leading up to 1992 letter informing applicant citizenship documents invalid—IAD not disregarding principles of natural justice by allowing testimony on fraudulent conduct of citizenship officer, judge—No error in law in how IAD considered evidence, weighed it—Application denied—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 69.4(3)(c) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 63).

CHENG V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4310-98, Teitelbaum J., order dated 10/8/99, 14 pp.)

*Convention Refugees*

Applicant ethnic Somali born in Ethiopia—Applied for admission in Canada as Convention refugee seeking resettle-

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

ment—First application refused—Application for judicial review thereof allowed—Application for judicial review of visa officer's (VO) refusal, on redetermination of application—Application dismissed—VO considered requirements set out in Regulations, s. 7: whether "Convention refugee seeking resettlement" within meaning of Regulations, s. 2; likelihood of becoming successfully established in Canada—VO concluded applicant not Convention refugee as, although well-founded fear of persecution in Ethiopia, no such fear with respect to Somalia, his country of nationality—VO's conclusion applicant citizen of Somalia based on Somalian passport issued to him in Germany in 1994—VO erred when failed to put mind to question of whether lack of functioning government in Somalia capable of rebutting presumption of nationality arising from existence of Somalian passport—However, VO's unfavourable decision on question of refugee status did not necessarily lead him into error on question of prospects for self-sufficiency in Canada—Under regulations setting out requirements for admission to Canada for Convention refugee seeking resettlement, VO's negative assessment of applicant's prospects in Canada enough to justify VO's denial of application for admission to Canada—As no error with respect to VO's conclusion on that point, no basis for quashing his decision to deny applicant's application for admission to Canada—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, ss. 2 "Convention refugee seeking resettlement" (as am. by SOR/97-184, s. 1), 7(1)(b) (as am. *idem*, s. 2; 98-270, s. 3).

MOHAMED V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2003-98, Sharlow J., order dated 6/8/99, 8 pp.)

Application for judicial review of decision by Convention Refugee Determination Division (CRDD) applicant not Convention refugee—Applicant suffering violence from husband for more than 20 years, while living in Caribbean island of St. Vincent—Came to Canada in June 1992 on visitor's visa valid for three months—Claim for Refugee status based on state's unwillingness, inability to protect her from spousal abuse—CRDD failing to adequately take into consideration Immigration and Refugee Board's own Guidelines on Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution—Contrary to representation made, CRDD seriously impugned applicant's credibility giving rise to manifest breach of natural justice—Decision maker must give careful consideration to what conduct might be expected of woman living under violent conditions—No evidence Gender Guidelines followed—CRDD impugning applicant's credibility as not accepting statements respecting actions—While issue in *R. v. Lavallée*, [1990] 1 S.C.R. 852, whether appellant killed husband in self-defence, rationale for applying extreme care in judging actions of women suffering violence within relationships applies to present,

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

other cases in criminal, civil context—In *Lavallée*, knowledge required to reach just decision introduced by expert testimony—While expert testimony might not be considered practicable, necessary in some cases, nevertheless incumbent on panel members to exhibit knowledge required, to apply it in understanding, sensitive manner when deciding domestic violence issues in order to provide fair result, avoid risk of reviewable error in reaching findings of fact, most important being finding respecting claimant's credibility—If claimant not believed, reasons must be given—In case of credibility findings with respect to women suffering domestic violence, reasons must be responsive to what is known about women in this condition—Statements of CRDD not disclosing degree of knowledge, understanding, sensitivity required to avoid finding reviewable error made in judging applicant's statements, conduct—Pitfall exposed in statements panel members' interpretation of "objective" standard used as standard against which actions of applicant judged, that is objective standard of "reasonable man" commonly used in criminal, civil law—Application allowed.

GRIFFITH V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4543-98, Campbell J., order dated 14/7/99, 17 pp.)

Judicial review of CRDD's rejection of refugee claim, based on change of circumstances taking place in Bangladesh since applicant leaving in 1995—Also finding outstanding criminal charges against applicant constituting prosecution, not persecution—Applicant submitting principal question whether, when person basing fear of persecution on allegedly false criminal charges, breach of duty of fairness for Board to dismiss refugee claim on ground charges not false when not advising applicant prior to or during hearing that disposition of claim may turn on whether charges constituting prosecution, rather than persecution—That box marked "persecution vs. prosecution" on refugee claim officer file screening form not ticked leading applicant to infer would not be issue at hearing—At start of hearing, CRDD identifying change of circumstances, credibility as principal issues—Prosecution/persecution point not raised at hearing—Applicant submitting fundamentally unfair claim rejected on ground never having opportunity to address—Application dismissed—Question whether failure to specifically identify issue before hearing, or to raise it at hearing, as potential basis of decision, prejudiced applicant by taking counsel by surprise or by misleading him so that not introducing relevant evidence—Since basis of claim that applicant would face false, politically motivated criminal charges if returned to Bangladesh, obvious truth of allegation central issue for CRDD to decide at hearing—CRDD's failure to expressly identify issue prior to, during hearing not depriving applicant of reasonable opportunity to present case—Question not whether applicant guilty as charged, and Board not so finding—Board concerned to decide only

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

whether, on evidence, applicant establishing charges against him fabricated, revived for political reasons—If not, not constituting persecution—CRDD concluding applicant not establishing charges false based on evidence of applicant's political activism, including participation in demonstrations, strikes, often violent nature of protests in Bangladesh—No breach of duty of fairness.

RAHMAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5023-98, Evans J., order dated 19/7/99, 5 pp.)

Application to set aside CRDD decision applicants not Convention refugees—Applicants Roma gypsies, citizens of Czech Republic—CRDD found they could obtain state protection within their country from ill treatment as gypsies—Evidence applicant had identified attackers to police, who refused to do anything—Board misconstrued evidence in finding applicant had been unable to identify aggressors to police—Significant error—Respondent argued misconstruction of evidence immaterial in view of evidence demonstrating state ability to protect: statements by President of Republic, First Minister, Minister of Justice denouncing racism—Application allowed—Statements by government leaders not reflecting careful analysis of evidence, analysis Board required to undertake: *Sagharichi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 182 N.R. 398 (F.C.A.); *Toledo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1993] F.C.J. No. 206 (F.C.A.) (QL)—Also, other Board panels have found Roma from Czech Republic to be Convention refugees because of state inability to protect—After hearing, but before decision signed, applicants withdrew application—Board chose to ignore withdrawal, but, in decision, commented withdrawal additional evidence applicants not Convention refugees—Fundamental flaw in stating that withdrawal of claim signifies lack of genuineness, when individuals in question have not been asked why they filed withdrawal.

HORVATH V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5119-98, Reed J., order dated 21/7/99, 5 pp.)

Application for judicial review of Refugee Division decision applicant, citizen of People's Republic of China, not Convention refugee on ground of well-founded fear of persecution on account of religion—Refugee Division dismissed claim on ground did not consider credible evidence applicant devout and practising Roman Catholic—Problems of adequate communication with interpreter (could not *inter alia* translate applicant's prayers in Chinese dialect)—Issue whether defects in interpretation so significant as to deprive applicant of reasonable opportunity to influence decision maker by presentation of evidence, right legally guaranteed by duty of fairness—Application

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

allowed—Right to procedural fairness including right to interpreter who can communicate to tribunal what person wishes to say who is not fluent in language of hearing—On facts herein, defect in translation prejudiced applicant—Reviewing courts regularly warned not to withhold relief for breach of duty of fairness because immaterial, in sense tribunal's decision would have been same, even if procedural propriety had been observed—Dangerous for court to speculate on what might have happened if, as herein, person had not been effectively prevented from presenting piece of evidence, and because process values underpinning duty of fairness transcend merely instrumental—While relief may not be granted if, as matter of law, tribunal's decision could not have been different, it will be granted even though it may seem to reviewing court that ultimate result very likely to have been same: *Cardinal v. Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643—Board herein erred when it dismissed applicant's claim without first seeing whether it could obtain interpreter who could understand prayers he wanted Board to hear—This evidence both relevant to one of two bases on which Board found him to be not credible, and close to core of his claim for refugee status—If Board had found applicant's knowledge of religious practice to be at all convincing, it might have considered more sympathetically explanations he gave for discrepancy between written and oral evidence and for his prolonged non-attendance at church services in China—Other interpretative difficulties providing additional support for conclusion on effect of Board's failure to hear applicant's prayers.

LIN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5261-98, Evans J., order dated 16/7/99, 11 pp.)

Applicant, citizen of Sri Lanka, seeking judicial review of decision of Immigration and Refugee Board allowing application by Minister of Citizenship and Immigration under Immigration Act, s. 69.2(2) to vacate determination applicant Convention refugee—Board not failing to observe principles of natural justice, procedural fairness—No denial of fair hearing to applicant—Whether Canadian Security Intelligence Service (CSIS) report on interview with applicant, taking place at airport within days of arrival in Canada, properly new evidence before Board—Open to Minister to proceed with vacation application based on new evidence not available at time of hearing—Board may not allow application made under Act, s. 69.2(2) without first turning mind to s. 69.3(5) and determining whether it ought, in circumstances, to exercise discretion conferred by provision and reject application—In reaching conclusion applicant based original refugee claim on material misrepresentation, Board found applicant had not told truth at original hearing concerning involvement with torture in Indian Peace-Keeping Force (IPKF) camps—Applicant misrepresenting role as mere interpreter for IPKF as

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

involved in torture of prisoners—Board therefore correctly concluded evidence established misrepresentation according to Act—Due to misrepresentation of role of applicant in IPKF camps, original Board foreclosed from thoroughly assessing whether applicant fell within exclusion provisions—Application for judicial review dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, ss. 69.2 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 61), 69.3 (as enacted *idem*, s. 62).

THAMBIPILLAI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5279-98, McKeown J., order dated 22/7/99, 11 pp.)

Judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee—Applicant Sikh, citizen of India—Claiming twice arrested, released in 1995 because of political opinion—Name placed on police list after first arrest—CRDD holding if applicant to return to India, only mere possibility of persecution because not having high profile—Standard of review determined by examining four factors set out in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 174 D.L.R. (4th) 193 (S.C.C.): (i) existence or absence of privative clause; (ii) board's expertise; (iii) purpose of Act as whole, provision in particular; (iv) nature of problem: question of fact, law—Immigration Act not containing privative clause; determination of whether applicant would face persecution if returned to India squarely within CRDD's expertise; Board's decision would not affect wide range of policies, people; determination question of fact—Standard of review patent unreasonableness—Not precluding judicial intervention where palpable error or where Board's conclusion not supported by reasonable interpretation of facts—Illogical for Board to conclude no more than mere risk of persecution, without further explanation, when documentary evidence clearly indicating list representing threat, applicant arrested twice before during period when evidence suggesting people in applicant's situation would not be at risk—CRDD either ignoring or seriously misinterpreting documentary evidence—Such palpable error rendering CRDD's decision patently unreasonable.

SINGH V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-6076-98, Tremblay-Lamer J., order dated 19/8/99, 9 pp.)

Appeal from Motions Judge's order (1995), 102 F.T.R. 199 dismissing application for judicial review of decision of Refugee Board no credible basis for appellant's refugee claim—Motions Judge certifying following question under Immigration Act, s. 83(1): when Board determining Immigration Act, 69.1(9.1) may apply, is it required to give notice to claimant?—In view of F.C.A. decision in *M.E.I. v.*

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

*Mathiyabaranam* (1997), 221 N.R. 351, question must be answered in negative—*Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982 not standing for proposal entire decision below open for consideration on appeal every time question certified under Act, s. 83(1)—Purpose of s. 83(1) to preserve judicial resources and achieve efficiency, finality in processing refugee claims by limiting further access to Court to instances involving serious questions of general importance—Court entitled to consider any element of decision below, reasonably linked to certified question and necessary for proper determination of that question and any element which, as result of determination of said question, necessary for disposition of appeal—None of issues raised by appellant meeting test—Certified question answered in negative—Appeal granted in part—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, ss. 69.1(9.1) (as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 60), 83(1) (as am. *idem*, s. 73).

MANIMARAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-414-95, Létourneau J.A., judgment dated 22/5/99, 4 pp.)

### *Permanent Residents*

Judicial review of Immigration and Refugee Board's dismissal of appeal from visa officer's refusal of Mr. Gill's permanent resident application as medically inadmissible—Mr. Gill, 66-year-old citizen of India, originally entered Canada with wife in 1993 as permanent resident—Returned to India 10 months later because mother ill—Wife returning before expiry of returning resident permit, but Mr. Gill did not—Mrs. Gill, husband's sponsor, appealed visa officer's decision on grounds finding of medical inadmissibility wrong in fact or law, and compassionate or humanitarian considerations—Appeal dismissed by IRB on ground medical officers' decision not unreasonable, little evidence of resulting hardship if refused entry on medical grounds—Applicant alleging not having reasonable opportunity to put case before Board as presiding member rejecting documentary evidence pertaining to seriousness of Mr. Gill's medical condition; precluding Mrs. Gill, son from making oral submissions to support humanitarian, compassionate claim; erred in law in upholding visa officer's determination admission of Mr. Gill might reasonably be expected to impose excessive demand on health services—Application allowed—Mrs. Gill seeking to adduce medical reports, photographs of Mr. Gill exercising as evidence osteoarthritic knee not requiring immediate replacement—Whether erred in law, denied applicant procedural fairness, by excluding documents depending on whether, in light of all circumstances, excluded material would so have advanced applicant's claim that no tribunal, acting fairly, reasonably, would have refused to admit it, even if not properly filed, disclosed

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Concluded

to opposing party—Documents other than photographs cannot be so characterized as precise content not established, probably added little to cogency of medical opinions—Photographs not of such probative value that exclusion error of law justifying judicial intervention—Presiding member cut off counsel's questions intended to demonstrate circumstances surrounding Mr. Gill's departure for, stay in India supported argument compassionate, humanitarian circumstances warranting special relief—Intervention by questioning relevance of question not amounting to outright refusal to permit counsel to put his questions; simply asked for explanation of relevance—While not lawyer, applicant's counsel formerly member of Immigration and Refugee Board, familiar with hearing process—Counsel's failure to stand his ground, show presiding member questions not going over old ground, but to make new, relevant point, not amounting to denial of procedural fairness by tribunal, or to unlawful refusal to admit relevant evidence—Any error of judgment made by counsel in not persisting with questions intended to ask, attributed to principal under adversarial process—Presiding member committed error of law in refusing to allow applicant's request to speak—Parties to administrative proceeding entitled to be present throughout, cannot be excluded because going to be called as witness—For this reason, appellant before Appeal Division normally testifying first—Not happening in this case because counsel telling presiding member Mrs. Gill would not be called as witness—Regardless, when Mrs. Gill later wanted to speak, open to member to give less weight to anything might say because of presence in room when other witnesses testified—Erred in refusing to permit her to testify because remained in hearing room, as entitled to do—Applicant not having adequate opportunity to present to Board all material relevant to humanitarian, compassionate ground of appeal, particularly in respect of circumstances under which Mr. Gill absent from Canada after original admission as permanent resident—That many Canadians Mr. Gill's age require particular operation (eg. knee replacement), and that sometimes long waiting periods, or necessary to go to hospital in United States, not justifying in law finding admission of person who also needs this operation will impose excessive demands on health service—Any "excessive demand" caused by devotion of resources inadequate to meet demand from present population, not by admission of otherwise qualified applicant for visa.

GILL V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3082-98, Evans J., order dated 16/7/99, 12 pp.)

**COMPETITION**

On December 20, 1988 Court making order pursuant to Competition Act, s. 34(2) prohibiting certain conduct by Canadian Real Estate Association (CREA order)—When

**COMPETITION—Continued**

CREA order made, all of its provisions, except those limited to seven years, intended to have perpetual effect on activities of CREA, member organizations—On March 18, 1999 Competition Act, s. 34 amended—Although s. 34(2) not amended, s. 34(2.2) limiting to 10 years term of order made under "this section" added—No such time limitation existing before amendment—S. 34(2.2) terminating CREA order on March 18, 1999—S. 34(2.2), read literally, applies to all orders under s. 34, whenever made—Nothing in Competition Act or amending statute expressly limiting application of s. 34(2.2) to orders made after enactment—Crown submitting no order made under old s. 34 touched by s. 34(2.2) because "this section" in s. 34(2.2) referring only to version of s. 34 as amended in 1999, not version of s. 34 in effect when CREA order made—Submitting this restrictive interpretation supported by extrinsic evidence, transition rules, presumption against retroactive effect of statutory amendments—As to extrinsic evidence, Director of Investigation and Research's May 1998 statement to Standing Committee on Industry that newly proposed 10-year limitation on prohibition orders would not apply to orders made before amendments coming into effect, explanation as to why desirable result merely evidence of subjective intention of Director, legislative drafters, legal opinion adopted by Director in relation to draft legislation—Not capable of illuminating meaning of s. 34(2.2) as finally enacted—Existence of policy consideration identified by Director useless unless can clearly be tied to version of s. 34(2.2) finally enacted—Record not indicating what draft legislation under consideration by Committee when statement made or what changes, if any, made to draft legislation after Committee meeting—Prohibition orders under s. 34, as amended, and under new "administrative remedies" provision (s. 74.1(1)(a)) limited to 10-year term—Suggesting existence of good policy reasons for avoiding perpetual orders—Perhaps those considerations led Parliament to conclude against Director's apparent advice, that all prohibition orders should be limited to 10 years, including those made before amendment—Regardless, s. 34(2.2) not so ambiguous as to require evidence of extrinsic evidence to determine meaning—No transitional rule in amending statute referring to 10-year time limitation in s. 34(2.2)—Had Parliament intended s. 34(2.2) to apply to pre-existing orders, could have enacted transitional rule to say so—Equally, had Parliament intended s. 34(2.2) to apply only to orders made after enactment, could have said so in s. 34(2.2)—Transitional rules cited by Crown not assisting in interpretation of s. 34(2.2)—Indicating only that Parliament provided specifically for effect of amending statute on pre-existing s. 34 orders where specific reason to ensure such orders would be subject to exercise of newly created statutory powers—Amendment retroactive only if alters legal consequences of facts entirely in past—Amendment not changing legal effect of anything occurring before enactment—CREA order remained in effect until enactment of amendment, will continue to govern conse-

**COMPETITION—Concluded**

quences of any breach of CREA order that may have occurred before that date—Amendment merely putting end to duration of CREA order so that not possible after March 18, 1999 for CREA order to be breached—Declaration CREA order ceased to have effect March 18, 1999—Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 34(2) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 28), (2.2) (as enacted by S.C. 1999, c. 2, s. 11), 74.1 (as enacted *idem*, s. 22).

CANADA V. CHAMBRE D'IMMEUBLE DU SAGUENAY-LAC ST. JEAN INC. (T-2432-98, Sharlow J., order dated 5/8/99, 15 pp.)

**CONSTITUTIONAL LAW**

Exercise of Governor General's power of royal assent by Supreme Court of Canada judges—Consideration of question for certification following order dismissing application for judicial review dated 11/6/99 in matter of immigration—Question as to whether Governor General of Canada and S.C.C. judges acting in stead of Governor General bound by constitutional convention prohibiting them from refusing to give royal assent on own and whether constitutional convention having precedence over Constitution Act, 1867, s. 55 whereby assent subject to provisions of Constitution Act, 1867 and to Her Majesty's instructions or whether committing reviewable error in assenting to legislation incompatible therewith—Criteria applied for certification of questions found in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Liyanagamage* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.): must transcend interests of immediate parties to litigation and contemplate issues of broad significance or general application, but also determinative of appeal—Question certified: pursuant to Constitution Act, 1867, ss. 14 and 55, can Governor General appoint S.C.C. judges to act on his behalf and confer his powers, authorities and functions onto them, including that of royal assent?—Conferral of powers of Governor General on S.C.C. judges, particularly that of royal assent, raising theoretical constitutional question with respect to wording and intention of Constitution Act, 1867, ss. 14 and 55, and Parts VII and VIII of Letters Patent 1947—Question raised by applicant whether legislation given royal assent by S.C.C. judge valid, and what oath must be sworn by judges exercising this function—Matter of broad significance and general importance as S.C.C. judges frequently conferred these powers—Direct impact on present litigation as legislation applied herein given royal assent by Sopinka J.—With increasingly broad legislative function fallen upon S.C.C. since advent of Charter, judicial independence all the more sacred—Request for certification of question bringing to forefront perception that independence of judiciary compromised by judges performing functions of Governor General—Whether real or perceived, effect could be damning for judiciary—Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to Constitution Act, 1982, Item 1) [R.S.C.,

**CONSTITUTIONAL LAW—Concluded**

1985, Appendix II, No. 5], ss. 14, 55—Letters Patent Constituting the Office of Governor General of Canada, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 31, ss. VII, VIII—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].

TUNDA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-980-97, Teitelbaum J., order dated 5/10/99, 5 pp.)

**CUSTOMS AND EXCISE****EXCISE TAX ACT**

Application for refund of part of sales tax on cylindrical forms on ground rate should have been 8% or 9% (applicable to construction materials) instead of 12%—Whether cylindrical forms made of cardboard manufactured by plaintiff "construction materials" within meaning of Act, s. 50(1.1)(b) and Act, Part I, Schedule IV, s. 16—Cylindrical forms used exclusively in construction for pouring of concrete columns—Plaintiff submitting s. 16 should be considered in terms of purpose of Act (to promote construction industry), requiring liberal interpretation of section—Defendant arguing cylindrical forms not construction materials but forms designed for use in pouring concrete, subsequently removed—Action dismissed—Forms not designed to be used in buildings, but in construction of buildings and do not form part of structure once construction complete (see *Perma Tubes Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1991] C.I.T.T. No. 42 (QL))—Forms also not conduits conveying liquids inside buildings and remaining there once buildings constructed—Forms only used at time of construction—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 50(1.1)(b) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 42, s. 5(1); S.C. 1988, c. 18, s. 15(1); 1989, c. 22, s. 3), Part I, Schedule IV, s. 16.

ABZAC CANADA INC. V. CANADA (T-1356-92, Dubé J., judgment dated 7/7/99, 10 pp.)

**ENVIRONMENT**

Judicial review of Minister of Canadian Heritage's decision to close Maligne River in Jasper National Park to all boating activity beginning in 1999 to protect habitat of harlequin ducks—Applicants offer commercial rafting trips on River—1991 environmental assessment indicating rafting having adverse impact on harlequin ducks along river—Scientific research on harlequin ducks conducted between 1991, 1996—Decision on use of river reserved until after public consultation on options—Extension of time granted to allow applicants to participate; specific information provided to applicants; applicants providing written submissions—Parks Canada analyzed submissions, prepared

## ENVIRONMENT—Continued

recommendation for Minister—Minister agreed with recommendations—Applicants alleging by express undertaking, course of conduct, Minister provoking legitimate expectation of public consultation of stakeholders, and fair, reasonable consideration in decision making; failure to reach fair decision rendering decision void—Application denied—*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 174 D.L.R. (4th) 193 (S.C.C.) setting out factors to be considered by Court in reviewing Minister's decision—No privative clause in National Parks Act; responsible Minister, delegate having some expertise relative to management of parks; National Parks Act providing Minister with broad statutory power to administer, manage, control national parks; discretion apparently intended to be central feature in operation of national parks based on importance of balancing human interests, environmental considerations—Issues raised in applicants' argument based on Minister's appreciation of evidence—Nature of problem relating to determination of facts—Appropriate standard of review reasonableness—Legitimate expectation not creating substantive rights—Minister respecting procedure applicants could reasonably have expected to be followed—No evidence Minister not consulting stakeholders prior to presenting options—That applicants' views not accepted by Parks Canada not meaning not considered—Minister's decision reflecting balancing of human interest, environmental concerns—Minister giving applicants opportunity of offering commercial rafting services in alternative river locations within Park—Relocation of rafting activity from one area to another based on reasonable environmental concerns apparently prudent action, not zero effect action—Minister not creating any expectation information received during consultation period would be subject of additional round of consultation—Applicants' demand for solid scientific proof of causal connection between rafting, decline of birds' population in river impossibility—No absolute certainties in science, only probabilities—Reasonable for Minister to conclude that on evidence, as whole, harlequin ducks vulnerable to disturbance—Procedural fairness dealing with procedure, practice during decision-making process, not results of process—Most of issues raised by applicants relating to substantive question of validity, merits of Minister's decision—National Parks Act, R.S.C., c. N-14.

YOUNG V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1557-98, Teitelbaum J., order dated 25/8/99, 19 pp.)

Motions to strike out two applications for judicial review filed by Rocky Mountain Ecosystem Coalition (Rocky Mountain) in respect of Alliance Pipeline System Project (Project) (substantial Canada-US project involving construction of more than 13 000 km of natural gas pipeline, at cost of \$3.7 billion, capable of delivering 37.5 million cubic metres of natural gas per day)—First application seeking order to set aside or quash National Energy Board (NEB)

## ENVIRONMENT—Continued

decision of 26/11/98 in respect of Project on ground NEB made use of information provided by Department of Fisheries and Oceans (DFO) and Prairie Farm Rehabilitation Administration (PFRA), which entities allegedly had not participated in public hearing in respect of Project—Second application seeking *mandamus* compelling DFO and PFRA to conduct panel review of Project on ground had not fulfilled alleged duties and functions as responsible authorities under Canadian Environmental Assessment Act (CEAA), s. 12(3), (4) (to provide any relevant and important information to review panel conducting environmental assessment of project) and on ground DFO and PFRA, as responsible authorities, should have been involved as such in holding pipeline hearing—DFO and PFRA not necessarily responsible authorities, but may be federal authorities with information useful to responsible authority, NEB—Grounds of motion to strike first application: (1) F.C.T.D. has no jurisdiction to entertain matter; (2) by virtue of Federal Court Act, s. 18.5 and NEB Act, s. 22, applicant Rocky Mountain employing improper procedure for review of NEB decision; (3) in alternative, if NEB decision reviewable, only F.C.A. has jurisdiction to hear application—First application outside jurisdiction of F.C.T.D., but might be salvaged by further motion, to judge, to have first application sent to F.C.A. under Federal Court Rules, 1998, r. 49 and second application, seeking *mandamus*, remedy which Court cannot give herein, struck without alternative—Court always reluctant to strike out originating application as judicial review already expeditious process—However, applications struck where so clearly improper as to be bereft of any possibility of success: *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588 (C.A.)—Federal Court Act, s. 28(3) expressly providing Trial Division deprived of jurisdiction in respect of judicial review against federal boards and tribunals over which FCA entertains jurisdiction (*inter alia*, NEB: Federal Court Act, s. 28(1)(f))—First application therefore bereft of any chance of success—Another reason Trial Division deprived of jurisdiction: NEB Act providing right of appeal from Board decision to F.C.A. on question of law or jurisdiction, Federal Court Act, s. 18.5 prohibiting judicial review of decisions in so far as right of appeal exists, and Rocky Mountain failed to exhaust this available avenue—As to second application, *mandamus* not available—*Mandamus* compelling performance of public legal duty—Fundamental criteria: (1) clear right to have thing done; (2) duty must actually be due; (3) duty must be purely ministerial in nature; (4) there must be demand and refusal to perform act: *Karavos v. Toronto (City)*, [1948] 3 D.L.R. 294 (Ont. C.A.)—Nowhere in CEAA does it provide DFO and PFRA, either as responsible authorities or as federal authorities in possession of specialist or expert information, must cooperate in holding hearings in specific way or provide to review panel any specific information unless requested to do so—To allow such remedy, in absence of legal right and due duty, would be outside scope of *mandamus*—NEB did not request informa-

**ENVIRONMENT—Concluded**

tion from DFO and PFRA—If Rocky Mountain thinks otherwise, should take up issue by way of review of NEB decision, not by way of proceeding seeking *mandamus* against DFO and PFRA—Furthermore, manner in which information to be provided to NEB purely discretionary, therefore *mandamus* cannot issue—Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37, s. 12(3),(4)—National Energy Board Act, R.S.C., 1985, c. N-7, s. 22 (as am. by S.C. 1990, c. 7, s. 11)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.5 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), 28(1), (3) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8)—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 49.

ROCKY MOUNTAIN ECOSYSTEM COALITION V. CANADA (NATIONAL ENERGY BOARD) (T-8-99, T-9-99, Hargrave P., order dated 3/8/99, 22 pp.)

**FISHERIES**

Licences—Motion of Crown to strike statement of claim, or for stay, or for further and better particulars—Action, seeking declaratory relief and damages, arising out of exchange of trawl licence from plaintiff's fishing vessel *Seacrest* to *Pacific Eagle* and reciprocal transfer of licence package consisting of A salmon licence and trawl licence from *Pacific Eagle* to *Seacrest*—At time of transfer parties involved aware of likely imposition of fishing quotas based on each fisherman's catch history—Although plaintiff careful to stipulate its catch history not be alienated with licence, and in spite of assurance of Director of Licensing for Department of Fisheries and Oceans (DFO) transfer would not affect catch history, Minister of Fisheries issued quotas on basis of present vessel's catch history—Fishing licences in finite supply, having substantial market value, far beyond token yearly licence fee—Fishing licence passing no interest and always revocable—Licences expire yearly and new ones issued in each instance—Anyone may purchase licence and sell it at hundred-fold profit—Therefore, Minister argues, plaintiff had no control at law as to licence dealt it and, thus, having no cause of action, statement of claim ought to be struck out—Motion dismissed—DFO says Court lacking jurisdiction in action, as opposed to application for judicial review, to grant declaratory relief against "federal board, commission or tribunal"—Recently, in *Johnson v. Ramsay Fishing Co.* (1987), 47 D.L.R. (4th) 544 (F.C.T.D.), Joyal J. used declaration, as flexible tool, in action involving fishing licence—Therefore, Court unable to say declaratory relief sought herein plainly, obviously and beyond doubt forlorn—Furthermore, remedy applied for discretionary and, where serious issues of law involved, they ought not to be struck out on interlocutory motion, but best left to be answered at trial—DFO also arguing as Fisheries Act giving Minister absolute discretion with respect to issuance of fishing licences, Court should not second-guess Minister's decision—However, Minister dealt not only with fishing licence, but also with fisherman's work product,

**FISHERIES—Concluded**

tonnage of fish caught—As calculation of quota may be based on wrong catch history, plaintiff may argue decision based upon irrelevant or wrong consideration—Court hesitant to strike out case as being, on its face, plainly and obviously incapable of succeeding—Moreover, statement of claim ought not to be struck out, without opportunity to amend, if scintilla of cause of action: *Kiely v. The Queen* (1987), 10 F.T.R. 10 (F.C.T.D.)—Plaintiff allowed to file amended statement of claim to more clearly plead grounds upon which Minister's discretionary decision might be challenged—Stay denied as two Federal Court proceedings, although based on same factual circumstances, now seeking completely different relief—Circumstances surrounding B.C. Supreme Court action, based on identical factual circumstances, not bringing parties within ambit of Federal Court Act, s. 50 so as to require stay—As to particulars, burden on requesting party to demonstrate particulars necessary—Burden may be discharge by affidavit subject, of course, to need for particulars being apparent on face of pleading: neither situation here—Request for particulars denied, but time for filing defence extended—This second proceeding and first proceeding, judicial review now in form of action, have been subject of plethora of motions, some of which appear to be covering similar ground, but brought by different applicant—Hopefully, parties will shortly get into merits of claim: facts interesting and issues important—Moreover, even though amount at stake large, limits to what individual litigants and taxpayers, in support of Crown, ought to be asked to pay in order to determine these matters—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50—Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14.

RADIL BROS. FISHING CO. V. CANADA (DEPARTMENT OF FISHERIES AND OCEANS, REGIONAL DIRECTOR GENERAL, PACIFIC REGION) (T-382-99, Hargrave P., order dated 12/7/99, 19 pp.)

**HUMAN RIGHTS**

Application for judicial review of decision by Canadian Human Rights Commission (CHRC) dismissing applicant's complaint of sexual harassment, discrimination against respondents—Applicant lawyer practising profession of law in British Columbia—Applicant's complaint related to incident which occurred on August 16, 1991 in Vancouver while being driven home by workmate—On January 30, 1996, four and half years after August 16, 1991 incident, applicant formally filed two complaints with Commission—In first complaint, applicant alleged being subjected to improper, unwanted attention by male respondent—In second complaint, applicant alleged Department of Justice had engaged in discriminatory practice by not providing her with workplace free from sexual harassment and by refusing to continue to employ her contrary to Canadian Human Rights Act, ss. 7, 14—Present application having no merit, must be dismissed—Issue of propriety of affidavit(s) to

**HUMAN RIGHTS—Continued**

support judicial review application should be determined by judge hearing judicial review of application as affidavit(s) form part of judicial review application—Applicant, in filing application for judicial review, attempted, by means of filing affidavits, to introduce “fresh, new” evidence not before CHRC—Applicable legislation Federal Court Act, s. 18.1, Canadian Human Rights Act, ss. 43, 44, 49—If, in fact, complaint thoroughness of Investigation Report, present judicial review application must be dismissed—Judicial review wrong procedure to attack “thoroughness” of investigator’s investigation of complaint—Applicant never made submissions to CHRC regarding well-foundedness of report, conclusions—At scrutiny stage of investigation, after receiving complaint of discrimination, Commission has “remarkable degree of latitude” as to what kind of investigation must be made before it can conclude complaint should not be sent to tribunal for hearing—Commission only had evidence of Investigation Report, did not have submission from applicant as to insufficiency of Investigation Report—No error in deciding to dismiss applicant’s complaints—Application dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 7, 14, 43 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 63), 44 (as am. *idem*, s. 64; S.C. 1998, c. 9, s. 24), 49 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 66; S.C. 1998, c. 9, s. 27).

WALKER V. RANDALL (T-1103-98, Teitelbaum J., order dated 24/8/99, 26 pp.)

Judicial review of CHRC’s dismissal of complaints against respondents, decision not to appoint Human Rights Tribunal—In 1994 respondent unions signing collective agreement providing for mandatory retirement at age 65, subject to certain exceptions—At time collective agreement signed, applicant McAllister age 65 and applicant Lawson age 77—As result of agreement, respective employment terminated on December 31, 1994 on account of age—Filing complaints of age discrimination—CHRC dismissing complaints based on results of investigative report concluding applicants reached normal age of retirement within CHRA, s. 15(c), providing not discriminatory practice if individual’s employment terminated because individual reached normal age of retirement for employees working in positions similar to position of individual—Application for judicial review allowed on ground materials investigator must have relied on in making statements about retirement age, enforcement practices at other ports, should have been provided to applicants—Court ordering parties be given access to Commission’s record, may adduce such further evidence as considering necessary—In June 1998 applicants’ complaints again dismissed on ground age 65 normal retirement age—Issues herein: (1) whether CHRC exceeding jurisdiction, erring in law in disregarding, misapprehending evidence before it; (2) whether CHRC failing to observe fundamental principles of natural justice in denying applicants opportunity to cross-examine respondents with respect

**HUMAN RIGHTS—Concluded**

to evidence submitted by them in response to applicants’ complaints—Application dismissed—(1) As s. 15(c) exception to general rule prohibiting dismissal because of age, evidence should be such that CHRC fully satisfied, after thorough investigation, as to normal age of retirement in occupation of applicants—Analysis of documents before CHRC when made decisions regarding complaints satisfying Court both sides clearly expressed arguments to CHRC before decision—Applicants submitting collective agreements representing large number of locals, providing right to work beyond age 65—Nevertheless, some other documents providing evidence age 65 normal age of retirement for steamship checkers and longshoremen in Newfoundland’s ports—Before 1994 collective agreement, no mandatory retirement at age 65, employees having right to work beyond age 65, but not meaning normal age of retirement not 65—Appearing from documents before CHRC when made decision, that generally 65 frequently used as normal age of retirement—Having regard to *Holmes v. Canada (Attorney General)* (1999), 242 N.R. 148 (F.C.A.) wherein held Commission having very wide latitude when exercising screening functions, and evidence before Court, CHRC not erring in fact, law—Following wording of s. 15(c), exception referring to “normal age of retirement” for employees working in positions similar to position of that individual—Significant difference between “normal” age of retirement, “mandatory” age of retirement—That employees not prohibited from working past age 65 not rendering unreasonable CHRC’s decision finding age 65 normal age of retirement—CHRC in best position to appreciate facts, circumstances surrounding complaint before sending it to HRT—No reviewable error in CHRC’s decision—(2) Applicants contending CHRC obliged to conduct oral hearing to afford applicants opportunity to cross-examine respondents’ representative—Applicants received investigator’s report, had opportunity to respond—With respect to s. 44(3)(b) (requiring Commission to dismiss complaint if satisfied having regard to all circumstances of complaint, inquiry not warranted), CHRC respected standard of procedural fairness—CHRC under no obligation to permit cross-examination of respondents’ representative—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 15(c), 44(3)(b) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 64).

MCALLISTER V. MARITIME EMPLOYERS ASSN. (T-1357-98, T-1383-98, Teitelbaum J., order dated 15/7/99, 28 pp.)

**INCOME TAX****INCOME CALCULATION***Capital Gains*

Appeal from Tax Court decision allowing appellant’s appeal from reassessment for 1990—Taxpayer, owner of

**INCOME TAX—Concluded**

50% interest in 25.89 acres of vacant land situated in Halifax, died in 1990—Tax Court Judge determined, for purpose of establishing taxable capital gain realized from deemed disposition, value of land \$246,000 on December 31, 1971 (Valuation Day or V-Day) and \$1,426,000 at time of death—Property originally consisting of 31 acres, 5.084 of which expropriated in 1975—Expropriated acres valued at \$18,000 per acre in 1975—Tax Court erred in not considering expropriation award in establishing value of land in 1971—According to case law, should have considered award in light of all circumstances, and accepted it subject to its weight—Circumstances including dearth of comparable sales in years contemporaneous to V-Day; expropriation award for former portion of very land at issue—Tax Court ought to have verified if award had characteristics for minimizing this kind of evaluation, and if extraneous elements which falsified figure normally found in open market sale deemed to represent fair value of property—Ought to have considered fact expropriation award made by specialized tribunal pursuant to lengthy adversarial proceedings designed precisely to establish fair market value of portion of land—By rejecting such award outright, Tax Court ignored relevant evidence of specialized tribunal, misapplied law—Matter returned to Tax Court on this ground—Confusion as to whether Tax Court considering costs of extending sewer line to property in determination of value of land—For purpose of clarity, matter returned to Tax Court on this second ground of appeal as well to make sure such costs properly considered—Appeal allowed with costs.

REISS ESTATE V. CANADA (A-205-98, Desjardins J.A., judgment dated 17/6/99, 9 pp.)

**MARITIME LAW****PRACTICE**

Motion for *ex parte* interim injunction enjoining and restraining defendants from preventing vessels from docking at plaintiffs' wharf in Corner Brook, Newfoundland with supplies of wood chips for its pulp and paper mill—Plaintiff alleging conduct in question in breach of federal legislation, including provisions of Navigable Waters Protection Act and of regulations under Canada Shipping Act—Activities in course of lawful strike by wood cutters employed by plaintiff—Matter heard by telephone conference—Courts particularly reluctant to grant interlocutory injunctions in context of labour disputes, even when sought on *inter partes* basis, because of their normally conclusive effect—Motion dismissed—On evidence, plaintiff has not established existence of situation of sufficient urgency to warrant granting remedy sought on motion—Plaintiff invoked economic harm, but plaintiff's present inventory of wood chips will enable it to operate for approximately 11 days from date of order without receiving fresh supplies—This

**MARITIME LAW—Concluded**

fact not disclosed by plaintiff, as should have been, but by defendant—Furthermore, since breach of federal law relied on by plaintiff is in furtherance of labour dispute within exclusive jurisdiction of province, Supreme Court of Newfoundland seems more appropriate forum—Also, only interference with navigation and shipping apprehended by plaintiff is prevention of docking at its wharf—Masters of vessels wisely have no intention of endangering lives by running gauntlet of "buzzing" boats and suspended ropes—Navigable Waters Protection Act, R.S.C., 1985, c. N-22—Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9.

CORNER BROOK PULP AND PAPER LTD. V. COMMUNICATIONS, ENERGY AND PAPERWORKERS UNION OF CANADA, LOCAL 60N (T-1326-99, Evans J., order dated 23/7/99, 6 pp.)

**NATIVE PEOPLES****REGISTRATION**

Appeal from Trial Division decision ([1996] 3 F.C. 907) allowing action by adopted Indian children seeking payment from Band, Band Council of *per capita* amounts paid to each Band member in years 1979 to 1992, 1995—Trial Judge right in interpretation of Indian Act, ss. 10, 13—S. 10 rendered necessary in 1951 when Indian status, Band membership ceased to be co-extensive—Provision aiming at carry-over customary rule husband, as head of family, brings with him into Band wife, children—Adopted respondents from 1978, other respondents from year of birth full, legal members of Campbell River Band, entitled to receive Christmas allocations payable by decision of Band Council as approved by Minister to each member of Band—True trust relationship between Band Council, members of Band in respect of payment of allocations—Difficulty raised by wording of Federal Court Act, s. 36(6) stating *in fine* "no interest shall be awarded for a period prior to February 1, 1992"—Parliament not taking away power exercised by Court since creation by indirect, incidental provision—Meant new provisions of s. 36 applicable from date of coming into force of amendment—Appeal dismissed—Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, ss. 10, 13—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 36(6) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 9).

MOON V. CAMPBELL RIVER INDIAN BAND (A-679-96, Marceau J.A., judgment dated 7/6/99, 4 pp.)

**PATENTS****PRACTICE**

Motion for summary judgment to dismiss patent infringement claim as applies to specific product on ground prior

## PATENTS—Continued

art—Motion based on *Gillette* defence (*Gillette Safety Razor Co. v. Anglo-American Trading Co.* (1913), 30 R.P.C. 465 (H.L.)) permitting judgment to be rendered in patent case without necessity of interpreting patent—Plaintiff holding patent in relation to type of masonry wall—Alleging patent infringed by type of wall tie assembly (structure A) combined with insulation retaining device which, when attached to structure A product, makes system which anchors veneer wall to backup wall, and at same time restrains insulation against backup wall—Dispute arising out of particular construction contract in which Blok Lok's product used in preference to plaintiff's—Blok Lok admitting sale of structure A to that job, but denying sale of insulation retaining clip—Catalogue, promotional material showing wall tie assemblies in use prior to date of plaintiff's patent—Person skilled in art would have been aware of that type of wall assembly at time patent applied for—Plaintiff responding infringing device combining wall tie assembly with insulating retaining device so that combination of two infringing patent—In such case, patent combination patent in which inventiveness consisting of novel arrangement of known elements to achieve new end—To infringe combination patent, each of elements must be infringed—Sale of wall tie assembly resembling structure A would not infringe plaintiff's patent—Summary judgment application seeking dismissal of plaintiff's claim as relating to structure A *simpliciter*—Federal Court Rules providing summary judgment can be awarded even if factual disputes providing judge after taking hard look at evidence determining no genuine issue for trial—In addition, summary judgment can be granted for only part of claim, leaving balance to be determined—Difficulties with respect to summary judgment limited to structure A: as no obvious identification of structure A as adjustable brick connector referred to in claim, proving structure A not infringing not necessarily proving Blok Lok's adjustable brick connector not infringing; partial summary judgment will not reduce length, complexity of litigation, but may create new issues of *res judicata*, issue estoppel—Application dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106.

FERO HOLDINGS LTD. V. ENTREPRISES GIVESCO INC.  
(T-1828-98, Pelletier J., order dated 23/8/99, 7 pp.)

Applicants (Monsanto/Searle) bringing motion for extension of time to serve notice of application for judicial review; respondent (Merck Frosst) bringing motion for order dismissing judicial review application—Monsanto/Searle, Merck Frosst filing Canadian patent applications—Final action issued in respect of Monsanto/Searle patent application, indicating certain claims not allowable—Commissioner of Patents subsequently issuing notice of allowance in respect of Merck Frosst patent application—Monsanto/Searle asking for reconsideration of own patent application, or that matter be referred to Patent Appeal Board—Monsanto/Searle's judicial review to quash notice of allowance in respect of Merck Frosst patent application issued May 7, 1999, but not served as waiting for Commissioner's decision

## PATENTS—Concluded

with respect to own patent application—Thus filing application for extension of time for that purpose—Merck Frosst's application for order dismissing Monsanto/Searle's notice of application for judicial review based on ground notice of allowance not "decision" subject to review under Federal Court Act, s. 18.1—Applications dismissed—Notice of allowance not "decision" contemplated by s. 18.1—Merely administrative step taken by Commissioner leading to possible issuance of patent under Patent Rules, s. 30(1)—Under Rules, s. 30(7) Commissioner may, after sending notice but before patent issued, decide application not complying with Act, Rules, return application to examiner for further examination—Thus decision under attack not final step—Final step issuance of letters patent by Commissioner—Person who has failed to obtain patent may appeal from Commissioner's decision to Federal Court under Patent Act, s. 41—Should patent be issued, third party may attack it by launching action in Federal Court under Patent Act, s. 60—No case law permitting challenge of notice of allowance by judicial review—Under Patent Act, Patent Rules, with respect to another party's patent application, may file protest under Rules, s. 10 or make filing of prior art under Act, s. 34.1, or after patent issued, launch action before Federal Court under s. 60 to have patent declared invalid, void—Scheme of Patent Act, Rules constituting complete code in sense party may not launch judicial review application against intermediate administrative act as would create judicially sanctioned parallel procedure to scheme set out by Parliament—If decision under attack that of examiner, neither federal board, commission or tribunal under s. 18.1—If Commissioner's decision under attack, task not completed until patent issued—To estop Commissioner from making decision favouring Merck Frosst until Monsanto/Searle obtaining decision on own patent application tantamount to injunction against Commissioner—Expediency alone not ground for launching judicial review in face of statutory, regulatory procedures already in place—*Pharmascience Inc. v. Canada (Commissioner of Patents)* (1998), 85 C.P.R. (3d) 59 (F.C.T.D.) applied—Notice of allowance merely informing applicant patent application meeting criteria of Patent Act, but not *ipso facto* entitling applicant to right of patent—Monsanto/Searle cannot interfere with role of Commissioner with reference to Merck Frosst patent application so as to protect own patent application—Not having standing to launch judicial review application attacking administrative step leading to issue of patent in another party's patent application as not yet "directly affected" by matter—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Patent Rules, SOR/96-423, ss. 10, 30(1),(7)—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 34.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.)), c. 33, s. 11; S.C. 1993, c. 15, s. 37), 41 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.)), c. 33, s. 16), 60.

MONSANTO CO. V. CANADA (COMMISSIONER OF PATENTS) (T-805-99, Dubé J., orders dated 15/7/99, 16 pp.)

**PENITENTIARIES**

Plaintiff, inmate, seeking damages for illegal detention—In October 1991 plaintiff transferred to Donnacona Penitentiary, maximum security penitentiary—On January 21, 1992 placed in administrative segregation for refusing to participate in institution's rehabilitation programs—Refusal based on fact most rehabilitation programs not working, waste of time, money for inmate, state—When not changing mind, management team deciding to release plaintiff from segregation into general population of section of institution reserved for "incompatibles"—Plaintiff refusing to return to that wing; insisting on return to former wing—Charged for refusal, condemned to 14 days of detention—Continued in administrative segregation until April 7, 1992 when returned to general population of former section as result of successful second-level grievance, memorandum from regional Deputy Commissioner—Institution selected by Correctional Service of Canada to implement strategic correctional plan as experimental project in fall of 1991—Policy to send inmates who refused to participate in rehabilitation programs to administrative segregation, and for continued refusal to section for "incompatibles"—Plaintiff must convince Court, on balance of probabilities, decisions to send him to administrative segregation on January 21, 1992, detain him until April 4, 1992 constituting negligence on part of defendant's servants—Court must decide whether decisions taken by authorities within discretion conferred upon them under Penitentiary Service Regulations, s. 40(1)(a), permitting institutional head to order inmate to be dissociated if satisfied necessary, desirable for maintenance of good order, discipline in institution, or in best interest of inmate—In *Brandon v. Canada (Correctional Service)* (1996), 131 D.L.R. (4th) 761 (F.C.T.D.), Gibson J. faced with action by inmate for damages resulting from false imprisonment—Holding no evidence leading to conclusion director could have been satisfied necessary, desirable plaintiff be dissociated from other inmates for maintenance of good order, discipline in institution—But sufficient evidence herein to satisfy warden necessary, desirable to dissociate plaintiff from other inmates—Plaintiff refused to have anything to do with rehabilitation programs—Institution's mandate, conferred by Correctional Service of Canada, to implement as soon as practicable, correctional strategy—Great efforts made to devise, implement correctional strategy, ultimate purpose of which to reintegrate inmates into society—When case workers attempted to meet plaintiff to discuss, implement possible correctional plan tailored to his needs, plaintiff flatly refused to even meet with them—Simply not interested in rehabilitation—Faced with plaintiff's complete refusal, authorities decided, for maintenance of good order, discipline of institution, steps had to be taken—Did so by segregating plaintiff—Maintenance of good order, discipline in institution including proper administration, implementation of strategic correctional plan—To allow inmate to decide as pleases not acceptable position—Plaintiff had no choice but to participate in rehabilitation programs and, at least meet with case workers to discuss possible rehabilita-

**PENITENTIARIES—Concluded**

tion program designed for his needs—Authorities not negligent in decision—Correctional plan clearly providing inmate who refused to participate in rehabilitation programs would be sent to "incompatibles" section—Plaintiff not wanting to go there because designed for inmates who had done something requiring their protection from general population—Feared inmates of former section would be suspicious of him, attempt to hurt him after sent there—That plaintiff's grievance upheld not helping him—Succeeded on grievance because persons in authority above institutional head, decided correctional plan, strategy should be revised, and decided in circumstances, plaintiff entitled to payment of wages lost during period of segregation—Also decided to cancel offence with which charged by reason of refusal to go to "incompatibles" section—On evidence, warden, those in authority in plaintiff's section, not acting in negligent way when decided to segregate plaintiff, send him to "incompatibles" section—Decisions justified under Penitentiary Service Regulations, s. 40(1)(a)—Action dismissed—Penitentiary Service Regulations, C.R.C., c. 1251, s. 40(1)(a).

CARON V. CANADA (T-1484-94, Nadon J., judgment dated 15/7/99, 22 pp.)

**PENSIONS**

Application for judicial review of decision by member of Pension Appeals Board refusing applicant's request for leave to appeal decision of Pension Review Tribunal to Pension Appeals Board—Tribunal's decision denying disability pension on ground applicant did not meet definition of disabled in Canada Pension Plan as still considered to be employable—Applicant 61-year-old man who has worked as truck driver for 40 years—In 1996, no longer able to drive truck due to physical disabilities, serious back and neck pain—Application for disability benefits dismissed by Review Tribunal—Tribunal concluding applicant capable of performing light, non-demanding work—Applicant seeking leave to appeal Review Tribunal's decision to Pension Appeals Board—Evidence before Pension Appeals Board to support applicant's leave to appeal application far more substantial than that presented to Tribunal—Whether applicant disabled within meaning of Plan, s. 42(2)—Disability must be severe, prolonged—Standard of review herein closer to non-deferential end of spectrum, rather than to deferential end—When ground of application for leave to appeal primarily existence of additional evidence, question to be asked whether new evidence filed in support of leave application such that it raises genuine doubt as to whether Tribunal would have reached decision it did, if additional evidence had been before it—Board member, in making decision under review, asked himself wrong question (considered merits of application), placed too heavy burden on applicant when assessing application for leave to appeal—Application allowed—Canada Pension Plan, R.S.C.,

**PENSIONS—Concluded**

1985, c. C-8, s. 42(2) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 12; S.C. 1992, c. 1, s. 23).

KERTH V. CANADA (MINISTER OF HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT) (T-1801-98, Reed J., order dated 13/8/99, 13 pp.)

**PRACTICE****COSTS**

Request by Human Rights Commission for assessment of costs flowing from Court order dismissing applicant's interlocutory motion with costs—Applicant arguing as award of costs on motion did not provide for costs "in any event of cause" and applicant eventually successful on main matter (judicial review), costs should now revert to applicant—Applicant also argued assessment should not go ahead in view of appeals remaining outstanding—Applicant's objection allowed—General practice not to await outcome of appeal before costs dealt with in Trial Division proceedings—However, at least in normal circumstances and subject to Court's discretion that costs be made payable forthwith, parties should avoid multiplicity of assessments by awaiting final resolution of litigation: *Banke Electronics Ltd. v. Olvan Tool & Die Inc.* (1981), 32 O.R. (2d) 630 (H.C.); *Nature's Path Foods Inc. v. Country Fresh Enterprises Inc.*, [1999] F.C.J. No. 827 (T.D.) (QL)—This paves smoother road toward final conclusion, and also avoids bridling parties, and Court, with additional costs from assessments which may become varied, or even reversed, by later rulings of Court affecting costs between parties—Order herein did not direct costs payable forthwith—Mere existence of appeal not itself boding necessarily ominous fate for either decision challenged or proceedings as whole in Court below—Here, Court below saw fit to award costs of applicant's failed motion to Commission and, contrary to argument costs should now revert to applicant, assessment cannot change award: *IBM Canada v. Xerox of Canada*, [1977] 1 F.C. 181 (T.D.)—In circumstances of case, assessment should not proceed in view of practicality of awaiting assessment upon final resolution of outstanding appeals.

ZÜNDEL V. CITRON (T-1411-98, Smith A.O., assessment dated 11/8/99, 7 pp.)

**DISCOVERY***Anton Piller Orders*

Motions for orders against unknown defendants under Anton Piller orders—Anton Piller orders given to allow plaintiff to seize goods, related material for use as evidence in proceeding commenced against defendant, evidence that plaintiff fears will be destroyed if not taken into custody of

**PRACTICE—Continued**

Court—Two types of Anton Piller orders—Second type of Anton Piller order known as "rolling" Anton Piller order where identity of defendant, defendants not known at time order granted—Also, particulars of alleged infringing activity of as yet to be identified defendants not known—All of Anton Piller orders, executions of which came before Court on June 7, 1999 of "rolling type"—None of motion records seeking approval of executions herein contain list of items seized, nor was such list served on defendants—No evidence put before Court as to purpose for which police seized relevant items—Items under custody of neither plaintiffs nor Court—Orders sought should not be granted—No Court of Appeal direction, assessment of appropriateness of remedy crafted—Plaintiff allowed to seize property of others on assertion alone property infringes plaintiff's intellectual property rights—Evaluation of assertion available after fact but many considerations, most important being cost of legal advice, could discourage individuals from contesting plaintiffs' claim after seizure, particularly if only few items seized—Proliferation of counterfeit goods serious problem for intellectual property rights owners such as plaintiffs—Court developed rolling Anton Piller orders because of seriousness of problem—Insufficient checks in existence to ensure abuses do not occur—Not all defendants against whom searches, seizures conducted carrying on business in "evanescent and surreptitious" manner—Anton Piller orders should not be granted except on condition plaintiff paid for supervising solicitor, *amicus curiae* of Court's choosing, who could both monitor plaintiff's execution of orders as well as be independent of plaintiff's interests—Court not prepared to approve execution of Anton Piller order that appears to piggy-back on search, seizure of goods by police pursuant to criminal proceeding when terms of Anton Piller order expressly state seizure of goods thereunder for civil purposes only—Court not prepared to approve execution as no list, description of seized goods provided to respondents, Court as required by terms of order—Motions for orders against identified persons dismissed.

NIKE CANADA LTD. V. DOE (T-2027-97, T-945-98, T-1058-98, T-1064-98, T-2295-98, T-550-99, T-551-99, T-646-99, T-823-99, Reed J., orders dated 27/7/99, 17 pp.)

*Production of Documents*

Parties entering agreement providing for early neutral evaluation, mediation by retired judge of Superior Court of Ontario—Art. 5.1 providing any information provided, materials prepared for neutral evaluation confidential, privileged—Pursuant to agreement plaintiff delivering to defendant draft expert reports—Defendant revealing actual text of those reports to own experts for purposes of latter preparing reports for use in litigation—Clear, egregious breach of terms of early neutral evaluation agreement—

**PRACTICE—Continued**

Documents exchanged to be confidential, privileged—Plaintiff later serving upon defendant final reports of same experts only slightly different from draft reports—Defendant's experts simply having longer period of time to prepare response to plaintiff's positions—Order draft reports treated as reply reports, so that defendant foreclosed from any right to file further reply reports in response to plaintiff's expert reports, and permitting plaintiff to file reply reports of own in response to defendant's expert reports considered appropriate—Since defendant's breach egregious, although not in bad faith, costs on solicitor/client scale appropriate—Order for costs in amount of \$20,000 payable forthwith and in any event of cause.

ANDERSEN CONSULTING V. CANADA (T-1096-95, Hugessen J.A., order dated 11/8/99, 5 pp.)

Filing of confidential material—In context of trade mark infringement action, appeal from confidentiality order made by Prothonotary on motion by defendant under Federal Court Rules, 1998, r. 151 with respect to documents (containing confidential commercial information) included in defendant's affidavit of documents—Plaintiff objected to order on grounds it applied only to documents defendant had included in its motion record; unilateral in nature: did not apply to any of plaintiff's material; contrary to form of confidentiality order usually issued by Court—Prothonotary issued "usual" confidentiality order in terms of draft order submitted by plaintiff—Defendant arguing effect of plain words of r. 151(2) that material to be filed with Court may not be made subject of confidentiality order until after Court satisfied that claim for confidentiality outweighing generally prevailing public interest in openness of court proceedings—Argued would be contrary to plain meaning of r. 151(2) for order to be made, as here, prospective in nature and permitting parties, merely on say-so, to claim confidentiality for any material, whether to be filed or not, subject only to any challenge to claim that another party may subsequently bring before Court—Also argued consent of parties cannot confer jurisdiction on Court to make order contrary to r. 151(2)—Plaintiff focussed argument on benefits of what has become conventional confidentiality order granted in Court, and practical difficulties likely to be occasioned by interpretation of r. 151 advanced by counsel for defendant—Appeal allowed—R. 151 applicable only to "material to be filed"—Order made without reference to specific documents, or classes of documents, cannot be said to have been made after Court has satisfied itself that it "should be treated as confidential notwithstanding public interest in open and accessible court proceedings"—Nor necessarily contrary to fundamental values underlying Rules to give effect to what would seem to be plain meaning of Rule—Concern for efficiency and expeditiousness properly informs current Rules and should always be considered in their interpretation and application—But, this ought not to be at expense of even more important principle that, in

**PRACTICE—Continued**

democratic society committed to rule of law, limitations on openness of courts and judicial process should be kept to absolute minimum—However, nothing to preclude provision in confidentiality order permitting party to seek at later date removal of document from order—Solution may be to discourage parties from applying for confidentiality order under r. 151 until ready to file with Court material for which order being sought—By this stage, opposing party should normally be in position to make informed decision as to whether to make challenge, and to make it—Court will then determine if claim for confidentiality has been made out on both subjective, objective grounds—To extent order under appeal applies to material other than that to be filed, r. 151, and interest in maintaining accessibility of court records, do not apply—Hence, no reason to require departure from past practice for material, so that conventional "umbrella" confidentiality orders may continue to be issued on bilateral basis, in same terms—Undertaking of confidentiality implied with respect to material disclosed in course of discovery, elsewhere during litigation process sufficient to authorize Court to issue confidentiality orders that cover material not included in r. 151—Appropriate occasion to invoke "gap" rule (r. 4)—Thus, practical effect of r. 151(2) may be to require party wishing to maintain confidentiality of particular material it intends to file to make second motion prior to filing—It will then have to satisfy Court as to confidentiality of material on both subjective, objective grounds—Preferable herein simply to set aside order, remit matter back to Prothonotary so parties can reconsider in light of present reasons terms of confidentiality order granted, any others for which they may wish to apply—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 151(2).

LEVIS STRAUSS & CO. V. ERA CLOTHING INC. (T-1096-98, Evans J., order dated 23/7/99, 12 pp.)

**JUDGMENTS AND ORDERS***Enforcement*

Examination in aid of execution of judgment issued in England by High Court of Justice, Queen's Bench Division on October 30, 1997 concerning applicant's claim for disbursements incurred by it as agent for, on behalf of respondent in respect of respondent's chartered vessels—Applicant caused to be served on Karathanos, president of Amican Navigation Inc., as representative of Pegasus Lines Ltd.'s agent in Montréal, direction to attend and produce for inspection certain documents at examination in aid of execution—Parties do not agree on relationship between Amican and respondent Pegasus Lines Ltd.—Nor that Karathanos person coming within scope of Federal Court Rules, 1998 r. 426 to be examined in aid of execution against judgment debtor Pegasus—Applicant now seeking Court order compelling examination of Karathanos pursuant to r. 426—Issue whether Karathanos officer of respondent

**PRACTICE—Continued**

within meaning of r. 426—Application allowed—Finding Karathanos personally retained American law firm to instruct Panamanian law firm to incorporate Pegasus, even prior to Amican acting as general agent—Evidence Karathanos through Amican acted as general agent and manager for Pegasus, at least for purposes of English action—Amican apparently continuing to act as agent for Pegasus—If Pegasus represented by anyone other than Amican and Karathanos in its shipping, financial activities, identity of that person not disclosed—“Officer” including more than principal officers of corporation: *Control Data Canada, Ltd. v. Senstar Corp.*, [1986] 3 F.C. 516 (T.D.)—In corporation with no active personnel, as herein, “officer” for purposes of r. 426 may well be its external agent or manager, or some other similar person who decides for company—Outcome depending on facts—As Karathanos not yet examined, no final determination can be made concerning his status with Pegasus—Therefore inappropriate to resolve issue on present motion, with much of relevant information not yet disclosed—On present record, this warrants and requires evidence of Karathanos—On evidence, Karathanos, through Amican and personally, person in authority, general agent, manager or person who decides for Pegasus—At this stage, finding that Karathanos “officer” of Pegasus within meaning of r. 426—Will be examined as “officer” of Pegasus under r. 426—Order will issue compelling Karathanos, in personal capacity and as president of Amican, to attend examination under r. 426 and to produce for inspection documents sought by applicant, pursuant to r. 91—Questions may include those concerning: (a) identity of person who instructed American law firm with respect to incorporation of Pegasus; (b) identity of person Pegasus who instructed Amican when latter acted as former’s agent, including identity of person Pegasus, if any, who instructed Amican concerning June 1999 possible resolution of litigation; (c) issues related to (a) and (b); and (d) issues related to documents listed in order—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 91, 426.

JAMES FISHER & SONS PLC V. PEGASUS LINES LTD.  
S.A. (T-2161-98, Lutfy J., order dated 13/8/99, 15 pp.)

**VARIATION OF TIME**

Motion for order pursuant to Federal Court Rules, 1998, rr. 8(1), (2), 385(1)(b) to extend time for service, filing of statement of defence indefinitely or to date to be determined by Court on ground volume of material defendants must locate and review in order to respond to plaintiffs’ claim vast and location diverse—Affidavit in support of motion stating it will take until December 2000 to complete review—Plaintiffs opposing motion on ground already excessive delay—Court not prepared to grant indefinite adjournment—Court not persuaded research required as broad, unmanageable as defendants suggest—Nor that defendants do not have sufficient information to file reason-

**PRACTICE—Concluded**

able statement of defence now—Court cannot forbear from commenting that when it is in defendants’ interest to see matters proceed through courts expeditiously, they are able to marshal resources to do so—They should be expected to move as expeditiously when they are defendants—Defendants to file statement of defence on or before August 31, 1999—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 8(1), (2), 385(1)(b).

MAURICE V. CANADA (MINISTER OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT) (T-1057-96, Reed J., order dated 8/7/99, 5 pp.)

**PUBLIC SERVICE****APPEALS**

Appeal pursuant to Public Service Employment Act, s. 21, against selection for appointment in closed competition—Applicant not meeting minimum score on standardized test, In-Basket Exercise 820, one of selection tools—Public Service Commission (PSC) refusing to provide access to test materials except upon terms unacceptable to applicant, on grounds disclosure would prejudice continued use of standardized test, would give applicant advantage in any subsequent writing of test—(1) Chairperson’s order as to disclosure denying access to scoring manual, except to individual of appellant’s choosing who has appropriate qualifications to review, evaluate test, scoring manual—Such person will not have to cross-examine witnesses with respect to test, application—Chairperson’s order amounting to providing applicant with independent assessment of test, but limiting ability to make use of information in adversarial forum where rights will be determined—Based on reasoning in *Barton v. Canada (Attorney General)* (1993), 66 F.T.R. 54 (F.C.T.D.), wherein held error to deny applicants right to have representative, in charge of managing, conducting case, know same information known by potential witness, scoring manual ought to be disclosed to applicant’s representative—*Hasan v. Canada (Attorney General)* (1996), 111 F.T.R. 217 (F.C.T.D.), wherein held scoring manual not subject to disclosure as not containing information pertaining to appellant or successful candidate, limited to circumstances therein—Primary issue therein whether Appeal Board could distinguish, for purposes of disclosure, between appellant, representative—Richard J. (as he then was) concluding no basis for such distinction so that if scoring manual subject to disclosure, would have to be given to appellant himself—Not changing nature of manual, but changing consequences of disclosure—No reason why scoring manual cannot be document subject to disclosure pursuant to Regulations, s. 24(1)—Test whether document containing information pertaining to appellant, successful candidate, and whether “liable to be disclosed before appeal board”—Presumably disclosure to psychologist intended to allay fears as to consistency of scoring—But having fears allayed not

**PUBLIC SERVICE—Continued**

assisting in applicant's task in adversarial process to persuade Appeal Board—As scoring manual containing information pertaining to applicant and to successful candidate, in that recourse to scoring handbook necessary to make sense of test results, meets first part of test in s. 24(1)—“Liable to be disclosed before appeal board” unusual because not usually speaking of disclosure of documents before tribunal—Disclosure usually occurring at pre-hearing stage when parties exchange relevant documents for purpose of narrowing issues in litigation—Expression must be read in context of provision attempting to define which documents to be made available to appellant—Documents must contain information “pertaining” to candidates—Information not necessarily relevant—Second requirement that document must be liable to be disclosed before appeal board, importing requirement of relevance, since relevance determining whether document will be accepted as evidence before tribunal—Thus “liable to be disclosed before the appeal board” should be read as meaning “by reason of its relevance, capable of being introduced as evidence before the appeal board”—(2) Attorney General objecting to Chairperson's order allowing applicant's representative to take notes, photocopies of scoring manual, test material—S. 24(3), (4) permitting refusal to allow access or to provide copy of document for specified reasons—Attorney General arguing since Regulations, s. 24(5) only authorizing application for access, and s. 24(6) only speaking of order granting access, no jurisdiction for Chairperson to order copies be provided where deputy head or Commission invoking s. 24(3), (4)—Applicant submitting as matter of common sense, counsel cannot prepare adequately for examination, cross-examination of complex documents without having copies of documents to work with—In absence of authority compelling Court to do so, no obvious reason to depart from plain meaning of words used in Regulations—Requiring Court to respect distinction drawn between providing access to documents, copies of documents—If objection to disclosure taken pursuant to s. 24(3), (4), Appeal Board's authority under Regulations limited to ordering access to documents—Appeal Board not having authority to order copies be provided—To that extent Appeal Board erred in allowing unrestricted personal notes, photocopies to be taken of documents to which access granted—(3) Order excluding names of candidates appointed to positions as result of earlier closed competition or declining appointment, on ground none could be appointed to position subject of competition, and could not be considered to be successful appointment—Regulations, s. 24(1) defining subject of disclosure by reference to information pertaining to “appellant or to the successful candidate”—If disclosure intended to allow candidate to confirm merit principle applied, material time for disclosure when merit principle to be applied, i.e. time of creation of list—Applicant entitled to access to test results of all those candidates placed on eligibility list—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 21 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 16; 1996,

**PUBLIC SERVICE—Concluded**

c. 18, s. 15)—Public Service Employment Regulations, 1993, SOR/93-286, s. 24 (as am. by SOR/96-482, s. 4; 97-142, s. 8).

KACZMAR V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)  
(T-1551-98, T-1557-98, Pelletier J., order dated 30/7/99,  
17 pp.)

**SELECTION PROCESS***Competitions*

Application for judicial review of interlocutory decision of Appeal Board Chairperson denying applicants access to assessor's manual, pursuant to interpretation of Public Service Employment Regulations, 1993, s. 24—Applicants, unsuccessful candidates in Revenue Canada closed job competition, contesting appointment of selected persons in appeal before Public Service Appeal Board—Amended Regulations requiring Appeal Board to consider three questions in applying s. 24—Appeal Board should adopt purposeful approach in assessing questions in order to “limit grounds on which deputy head can refuse to release document”, as suggested in Regulatory Impact Analysis Statement accompanying enactment of 1996 Regulations—Appeal Board Chairperson concluding disclosure of assessor's manual would compromise integrity, further use of standardized test—Not distinguishing between disclosure to appellants and representatives, disclosure to representatives only—Possibility of “differential disclosure” contemplated by Regulations, s. 24(6)—Apparent failure of Appeal Board Chairperson to canvass possibility of granting conditional disclosure, prior to concluding access could not be given, reviewable error warranting Court's intervention—Purposeful implementation of s. 24(6) requiring Appeal Board to afford applicants opportunity of replacing representatives Lai and Tucci with another representative, whose personal circumstances would not jeopardize continued use of test, create unfair advantage to individual—S. 24(6) enabling Appeal Board to impose conditions which provide disclosure to representative but not to applicants—Differential disclosure should be limited to documents such as assessor's manual, other similarly sensitive information, where access will not otherwise be provided to anyone—Application allowed—Public Service Employment Regulations, 1993, SOR/93-286, s. 24 (as am. by SOR/96-482, s. 4).

JAIN V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1588-98,  
Lutfy J., order dated 30/7/99, 14 pp.)

**RCMP**

Application for order striking out statement of claim—On motion to strike statement of claim disclosing no reasonable cause of action, must be plain, obvious claim will not succeed notwithstanding fact allegations in statement of

**RCMP—Continued**

claim must be deemed true—Plaintiff Riabko member of RCMP from November 6, 1978 to September 14, 1994—In May 1994, Adjudication Board conducting hearing, finding Riabko guilty of contravening RCMP Code of Conduct—Plaintiff discharged from RCMP Force following elapse of appeal period allowed from Board's decision—Dismissed member must have been dismissed according to RCMP Act, Regulations, Code of Conduct—Crown should not commit abuse in dismissing RCMP member—Plaintiff alleging powers of discharge abused, exceeded, thereby creating triable issue—Whether statement of claim showed triable issue—No evidence may be adduced by parties as application to strike made under Federal Court Rules, 1998, r. 221(1)(a)—In enacting RCMP Act, Parliament created statutory process to deal with formal complaints—Act setting out internal grievance process—If sections of Act, Regulations followed, member may be dismissed, discharged without being able to pursue issue in Courts by filing statement of claim only alleging wrongful dismissal—Because of alleged breach of RCMP Code of Conduct, formal disciplinary hearing took place under RCMP Act, s. 43—Pursuant to Act, s. 45.14, plaintiff permitted to appeal decision of Adjudication Board to Commissioner of RCMP within 14 days—Riabko did not appeal Board's decision but commenced action against Crown in Federal Court—Did not follow procedure set out in RCMP Act—No cause of action where power with regard to grievance process as set out in RCMP Act not exceeded, abused—Plaintiff had right of appeal from decision of Board to Commissioner, but failed to file appeal—No purpose for Parliament to set out grievance procedure by statute if party could, after taking part in procedure, decide to circumvent statutory procedure—Application allowed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 221(1)(a)—Royal Canadian Mounted Police

**RCMP—Concluded**

Act, R.S.C., 1985, c. R-10, ss. 43 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16), 45.14 (as enacted *idem*)—Royal Canadian Mounted Police Regulations, 1988, SOR/88-361.

RIABKO V. CANADA (T-979-96, Teitelbaum J., order dated 24/8/99, 14 pp.)

**UNEMPLOYMENT INSURANCE**

Application for judicial review of Umpire's decision—Respondent teacher applying for unemployment insurance benefits on June 10, 1993 subsequent to being laid off for shortage of work effective June 30, 1993—Recalled on July 12, 1993 for permanent half-time teaching assignment commencing September 7, 1993—Commission advising respondent not entitled to benefits from July 12, 1993 to September 6, 1993 as period fell within non-teaching period as defined in Unemployment Insurance Regulations, s. 46.1—Umpire finding in favour of respondent—Decision wrong in not considering applicable legislation, collective agreement—On July 12, 1993, respondent accepted employment contract retroactive to July 1, 1993—According to School Act of British Columbia, "school year" commenced on July 1, 1993, ended on June 30, 1994—According to respondent's collective agreement, annual salary paid for entire school year—To allow respondent to collect unemployment benefits from July 12, 1993 to early September would allow her to be doubly compensated for that period of time—Application allowed—School Act, S.B.C. 1989, c. 61, s. 1—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 46.1 (as enacted by SOR/80-536, s. 1; 88-516, s. 1; 85-711, s. 1; 90-756, s. 12).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. PARTRIDGE (A-704-97, Décary J.A., judgment dated 4/6/99, 3 pp.)



# FICHES ANALYTIQUES

*Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.*

## ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande de contrôle judiciaire de la décision du juge-arbitre—La défenderesse est une enseignante qui a fait une demande de prestations d'assurance-chômage le 10 juin 1993 après avoir été mise à pied avec effet au 30 juin 1993, suite à une pénurie de travail—Elle a été rappelée au travail le 12 juillet 1993 pour un emploi d'enseignante à mi-temps, à durée indéterminée, débutant le 7 septembre 1993—La Commission avait avisé la défenderesse qu'elle n'était pas en droit de percevoir de prestations pour la période du 12 juillet 1993 au 6 septembre 1993 car cette période tombait pendant la période de congé au sens de l'art. 46.1 du Règlement sur l'assurance-chômage—Le juge-arbitre a tranché en faveur de la défenderesse—La décision est erronée parce qu'il a omis de tenir compte de la législation en vigueur et de la convention collective—Le 12 juillet 1993, la défenderesse a accepté un contrat de travail rétroactif au 1<sup>er</sup> juillet 1993—Selon la School Act of British Columbia, l'année scolaire a commencé le 1<sup>er</sup> juillet 1993 et a pris fin le 30 juin 1994—Selon la convention collective de la défenderesse, le salaire annuel de celle-ci lui avait été versé pour l'ensemble de l'année scolaire—Permettre à la défenderesse de percevoir des prestations d'assurance-chômage du 12 juillet 1993 jusqu'au début du mois de septembre reviendrait à la rémunérer deux fois pour cette période de temps—Demande accueillie—School Act, S.B.C. 1989, ch. 61, art. 1—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., ch. 1576, art. 46.1 (édicte par DORS/80-536, art. 1; 83-516, art. 1; 85-711, art. 1; 90-756, art. 12).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. PARTRIDGE (A-704-97, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 4-6-99, 3 p.).

## BREVETS

### PRATIQUE

Requête en jugement sommaire rejetant une demande pour contrefaçon de brevet dans la mesure où elle s'applique à un

## BREVETS—Suite

produit déterminé pour cause d'antériorité—La requête est fondée sur le moyen de défense tiré de l'arrêt *Gillette Safety Razor Co. v. Anglo-American Trading Co.* (1913), 30 R.P.C. 465 (H.L.), qui permet au tribunal statuant en matière de brevets de rendre jugement sans avoir à interpréter le brevet lui-même—La demanderesse est titulaire d'un brevet portant sur une sorte d'ancrage mural—Elle affirme que le produit contrefait est un produit qui ressemble à son dispositif d'ancrage mural (la structure A) combiné à un dispositif de retenue d'isolant qui, lorsqu'il est fixé au produit de la structure A, crée un dispositif qui sert à fixer un mur de brique à un mur support porteur tout en maintenant l'isolant en place contre le mur support—Le différend trouve son origine dans un contrat de construction déterminé pour l'exécution duquel on a privilégié l'utilisation du produit de Blok Lok plutôt que celui de la demanderesse—Blok Lok reconnaît avoir vendu la structure A pour ce contrat mais non l'agrafe de retenue d'isolant—Il ressort de l'examen du catalogue et de la publicité que les ancrages muraux étaient employés avant la date de la délivrance du brevet de la demanderesse—Un homme du métier aurait été au courant de l'existence de ce type d'ancrage mural à la date à laquelle la demande de brevet a été présentée—La demanderesse rétorque que le dispositif contrefait combine le dispositif mural à un dispositif de retenue d'isolant, de sorte que la combinaison des deux dispositifs contrefait son brevet—Le brevet constitue un brevet de combinaison dont la valeur inventive réside dans l'assemblage nouveau d'éléments connus pour parvenir à un nouveau résultat—Pour qu'on puisse conclure à la contrefaçon d'un brevet de combinaison, chacun des éléments doit être contrefait—La vente d'un ancrage mural ressemblant à la structure A ne contreferait pas en soi le brevet de la demanderesse—La requête en jugement sommaire conclut au rejet de la demande de la demanderesse dans la mesure où elle concerne la structure A *simpliciter*—Les Règles de la Cour fédérale prévoient que la Cour peut prononcer un jugement sommaire même lorsque les faits sont contestés, à condition que le juge saisi de la requête conclue, après un examen minutieux de la preuve, qu'il n'y a pas matière à procès—

**BREVETS—Suite**

De plus, la Cour peut statuer par jugement sommaire sur seulement une partie de la demande, laissant le reste de la demande à juger—Le fait de rendre un jugement sommaire uniquement en ce qui concerne la structure A soulève certaines difficultés: comme le dispositif contrefait n'est pas désigné de façon évidente comme étant le connecteur réglable dont il est question dans la revendication, le fait de prouver que la structure A ne contrefait pas le brevet ne prouve pas nécessairement que le connecteur réglable Blok Lok ne le contrefait pas; le prononcé d'un jugement sommaire partiel ne réduit en rien la longueur ou la complexité du procès, mais risque plutôt de faire surgir de nouvelles difficultés en suscitant des questions de chose jugée—Demande rejetée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106.

FERO HOLDINGS LTD. C. ENTREPRISES GIVESCO INC.  
(T-1828-98, juge Pelletier, ordonnance en date du 23-8-99, 7 p.)

Requête présentée par les demanderesse (Monsanto/Searle) en vue d'obtenir la prorogation du délai de signification d'un avis de demande de contrôle judiciaire et requête présentée par la défenderesse (Merck Frosst) en vue d'obtenir une ordonnance rejetant la demande de contrôle judiciaire—Monsanto/Searle et Merck Frosst ont chacune déposé leur propre demande de brevet canadien—Dans la décision finale rendue au sujet de la demande de brevet de Monsanto/Searle, il a été conclu que certaines des revendications du brevet n'étaient pas acceptables—Le commissaire aux brevets a par la suite signifié à Merck Frosst une notification d'acceptation de sa demande de brevet—Monsanto/Searle demandent le réexamen de leur propre demande de brevet ou le renvoi de l'affaire devant la Commission d'appel des brevets—Monsanto/Searle ont déposé le 7 mai 1999 une demande de contrôle judiciaire visant à faire annuler la notification d'acceptation relative à la demande de brevet de Merck Frosst, mais ont décidé de ne pas signifier leur avis de demande avant que le commissaire fasse connaître sa décision au sujet de leur propre demande de brevet—D'où leur demande de prorogation de délai—Le motif invoqué au soutien de la demande présentée par Merck Frosst en vue d'obtenir une ordonnance rejetant l'avis de demande de contrôle judiciaire de Monsanto/Searle est que la notification d'acceptation ne constitue pas une «décision» susceptible d'un contrôle judiciaire en vertu de l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale—Les demandes sont rejetées—Une notification d'acceptation ne constitue pas une «décision» au sens de l'art. 18.1—Il s'agit simplement d'une mesure administrative prise par le commissaire en vue de l'éventuelle délivrance d'un brevet en vertu de l'art. 30(1) des Règles sur les brevets—Aux termes de l'art. 30(7) des Règles, le commissaire peut, après avoir envoyé une notification mais avant qu'un brevet ne soit délivré, décider que la demande n'est pas conforme à la Loi ou aux Règles et renvoyer la demande à l'examineur pour qu'il en poursuive l'examen—La décision contestée n'est pas la dernière étape—La dernière étape est la délivrance des lettres patentes par le

**BREVETS—Fin**

commissaire—La personne qui n'a pas réussi à obtenir un brevet peut interjeter appel de la décision du commissaire devant la Cour fédérale en vertu de l'art. 41 de la Loi sur les brevets—Si le commissaire délivre le brevet, un tiers peut le contester en introduisant une action devant la Cour fédérale en vertu de l'art. 60 de la Loi sur les brevets—Il n'existe pas de décision permettant de contester une notification d'acceptation au moyen d'un contrôle judiciaire—La Loi sur les brevets et les Règles sur les brevets permettent, en ce qui concerne la demande de brevet présentée par quelqu'un d'autre, de protester contre la délivrance du brevet en vertu de l'art. 10 des Règles ou de déposer un dossier d'antériorité en vertu de l'art. 34.1 de la Loi, ou, après que le brevet a été délivré, d'introduire une action devant la Cour fédérale en vertu de l'art. 60 pour faire invalider ou annuler le brevet—L'économie de la Loi et des Règles sur les brevets constitue un code complet, en ce sens qu'une personne ne peut introduire une demande de contrôle judiciaire à l'encontre d'un acte administratif intermédiaire, étant donné qu'on créerait ainsi une procédure parallèle au régime créé par le législateur, procédure qui serait sanctionnée par voie judiciaire—Si la décision contestée est celle de l'examineur, il convient de noter que celui-ci n'est pas un officier fédéral au sens de l'art. 18.1 de la Loi—S'il s'agit de la décision du commissaire, il y a lieu de souligner qu'il n'a pas terminé son travail tant qu'il n'a pas délivré le brevet—Empêcher le commissaire de prendre une décision qui favoriserait Merck Frosst tant que Monsanto/Searle n'aurait pas obtenu une décision au sujet de leur propre demande de brevet reviendrait à prononcer une injonction contre le commissaire—La célérité ne constitue pas à elle seule un motif suffisant pour introduire une instance en contrôle judiciaire en dépit des mécanismes législatifs et réglementaires qui existent déjà—Application du jugement *Pharmascience Inc. c. Canada (Commissaire aux brevets)* (1988), 85 C.P.R. (3d) 59 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—La notification d'acceptation a simplement pour effet d'informer le requérant que sa demande de brevet répond aux critères prévus par la Loi sur les brevets; elle ne confère pas *ipso facto* au requérant le droit d'obtenir le brevet demandé—Monsanto/Searle ne peuvent entraver le rôle du commissaire en ce qui concerne la demande de brevet de Merck Frosst pour protéger leur propre demande de brevet—Elles n'ont pas la qualité pour introduire une instance en contrôle judiciaire pour contester une mesure administrative conduisant à la délivrance d'un brevet visé par la demande de brevet d'une autre personne, étant donné qu'elles ne sont pas «directement touchées par l'objet» de la demande—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)—Règles sur les brevets, DORS/96-423, art. 10, 30(1), (7)—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 34.1 (édicte par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 33, art. 11; L.C. 1993, ch. 15, art. 37), 41 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), art. 16), 60.

MONSANTO CO. C. CANADA (COMMISSAIRE AUX BREVETS) (T-805-99, juge Dubé, ordonnances en date du 15-7-99, 16 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

## CONTRÔLE JUDICIAIRE

Demande de contrôle judiciaire d'une décision d'une agente des visas rejetant la demande du demandeur visant l'obtention d'une autorisation d'étudier au Canada, ainsi qu'un visa de visiteur en conséquence—Lettre de rejet datée du 26 août 1998—L'entrevue du demandeur par l'agente des visas a eu lieu le 31 août 1998—Lettre de rejet préparée avant l'entrevue et remise au demandeur à la fin de celle-ci sans ajout ou modification qui refléterait l'impact de l'entrevue—En contre-interrogatoire sur son affidavit, l'agent des visas a admis que la section des visas du Haut-commissariat du Canada à Hong Kong a des inquiétudes systématiques quant aux jeunes ressortissants de la République populaire de Chine qui désirent, comme le demandeur, venir faire leurs études secondaires au Canada—La préparation de la lettre à l'avance ne témoigne ni d'un esprit ouvert ni de l'absence de stéréotypes dans l'évaluation des circonstances particulières de l'affaire—La préparation à l'avance de la lettre de rejet et la présentation de cette lettre au demandeur à la fin de l'entrevue, sans modification qui refléterait l'évaluation des circonstances particulières de l'affaire, telles qu'elles sont apparues à l'entrevue, fait ressortir une limite imposée à l'exercice du pouvoir discrétionnaire et ferait qu'un membre bien informé de la communauté percevrait de la partialité de la part de l'agente des visas—Demande accueillie.

XU C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4998-98, juge Gibson, ordonnance en date du 28-7-99, 6 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision de la section du statut de réfugié (SSR) selon laquelle le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le demandeur est un jeune Tamoul et un réfugié de Sri Lanka—Il affirme craindre d'être persécuté à Sri Lanka parce que l'armée sri-lankaise (l'ASL) croit qu'il est lié aux Tigres de libération (les LTTE) et que ces derniers croient qu'il est lié à l'ASL—La présidente de la SSR avait demandé à l'avocat du demandeur de présenter des observations écrites sur un certain nombre de points—Elle a ensuite rendu une décision défavorable au demandeur pour des motifs autres que ceux à l'égard desquels elle avait demandé de présenter des observations—La SSR ne pouvait pas rendre une décision défavorable au demandeur sans donner à celui-ci la possibilité de traiter des questions sur lesquelles elle s'était fondée—Lorsque le tribunal dit qu'il veut entendre les observations de l'avocat sur certains points, il laisse implicitement entendre que les autres points ne seront pas déterminants—Cela ne l'empêche pas de tenir compte d'autres questions, mais s'il veut se fonder sur ces autres questions pour rendre sa décision, l'équité et la justice naturelle exigent que le demandeur soit autorisé à traiter de ces questions, étant donné que le tribunal a déjà fait savoir qu'il ne considérerait pas ces questions comme concluantes—

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Puisque l'avocat a expressément dit dans son mémoire qu'à la demande de la SSR, il ne ferait pas d'observations sur d'autres points, il incombait à la SSR de dissiper le malentendu si elle voulait régler l'affaire comme elle l'a fait—Le problème était attribuable au fait que la SSR avait demandé à l'avocat de limiter ses observations; ce n'est pas l'avocat qui a créé le problème—Si l'avocat n'a pas bien compris les directives de la SSR, il incombait à la SSR de clarifier les directives lorsque le malentendu est devenu évident—Le demandeur a été privé d'une audition équitable—Demande accueillie.

SIVAMAYAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5216-98, juge Pelletier, ordonnance en date du 30-7-99, 11 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un agent des visas a rejeté la demande de résidence permanente au Canada que le demandeur a présentée en se fondant sur des motifs d'ordre humanitaire—La norme de contrôle applicable est-elle celle de la décision manifestement déraisonnable?—Dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 174 D.L.R. (4th) 193 (C.S.C.), il a été déterminé que la norme de contrôle applicable aux décisions fondées sur l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration était celle de la décision raisonnable *simpliciter*—Facteurs considérés pour conclure que la norme de contrôle applicable était celle de la décision raisonnable *simpliciter*: l'absence d'une clause privative, l'expertise du décideur, l'objectif de l'art. 114(2) et celui de la Loi sur l'immigration dans son ensemble, la nature fortement discrétionnaire d'une décision fondée sur des motifs d'ordre humanitaire—Une analyse pragmatique et fonctionnelle en fonction du contexte laisse entendre que la gravité des questions en cause pourrait avoir une incidence sur la norme de contrôle applicable—La décision de l'agent des visas a satisfait au critère de la décision raisonnable—La norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable *simpliciter*—La Cour examinera les motifs éayant la décision faisant l'objet du présent contrôle, la question de savoir si des éléments de preuve fondent la décision, et la logique du processus en vertu duquel on cherche à tirer les conclusions à partir de la preuve du dossier—Aucun élément de preuve n'a été produit en vue d'établir que le demandeur dépendait, sur les plans financier, physique ou affectif, des membres de sa famille qui se trouvaient au Canada—La demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire a été rejetée—L'agent des visas n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a conclu que les membres de la famille du demandeur ont laissé celui-ci en Guyane de leur gré—Il ne s'agissait pas d'une décision déraisonnable—Il s'agit d'une décision qui relève du pouvoir discrétionnaire de l'agent des visas et, pourvu qu'il examine les facteurs pertinents et en tienne compte, il peut toujours rejeter une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire—L'agent des visas n'a pas commis d'erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire—

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 114(2) (L.C. 1992, ch. 49, art. 102).

KHAIROODIN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-131-99, juge Rothstein, ordonnance en date du 13-8-99, 6 p.)

**EXCLUSION ET RENVOI**

Demande de sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi du demandeur en Écosse en attendant qu'une décision soit rendue quant à une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire visant à obliger le défendeur à se prononcer sur une demande d'établissement à partir du Canada qui est fondée sur des raisons d'ordre humanitaire (demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire)—Le demandeur est le père d'une petite fille de 7 mois—Demande de sursis à l'exécution de la mesure de renvoi accueillie—Bien qu'il soit trop tôt pour prévoir quelles pourront être les incidences de l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 174 D.L.R. (4th) 193 (C.S.C.), cet arrêt soulève une question grave qui doit être tranchée dans le cadre de la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire à l'origine de la présente demande: à la lumière de l'arrêt *Baker*, est-il loisible au défendeur d'expulser du Canada une personne qui lui a soumis une demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire, lorsque: (a) la demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire a été déposée dans les délais prévus; (b) rien n'indique que la personne en question représente un danger immédiat pour la population du Canada; et (c) cette personne a un enfant né au Canada à l'égard duquel elle assume une responsabilité parentale? Aux fins d'une demande de sursis d'exécution, on ne doit pas entendre par préjudice irréparable un risque sérieux pour la vie ou la sécurité d'un demandeur—Compte tenu des faits de l'espèce, l'exécution de l'ordonnance d'expulsion entraînerait, pour le demandeur, un préjudice irréparable—En ce qui concerne la prépondérance des inconvénients, le défendeur a l'obligation d'exécuter une ordonnance d'expulsion toujours en vigueur «dès que les circonstances le permettent», mais il s'agit d'un critère souple—Le fait que c'est l'arriéré des demandes fondées sur des raisons d'ordre humanitaire qui a empêché le défendeur de se prononcer sur la demande présentée par le demandeur et que cet état de choses doit, semble-t-il, l'empêcher pendant plusieurs mois encore de statuer sur cette demande ne devrait pas agir au détriment du demandeur—Compte tenu de ses conclusions quant à la question grave et au préjudice irréparable, la Cour conclut que la prépondérance des inconvénients joue en faveur du demandeur.

CHARLES C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3445-99, juge Gibson, ordonnance en date du 16-7-99, 6 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

Demande de sursis d'exécution d'une mesure de renvoi prononcée contre la demanderesse—Celle-ci est russe d'origine mais citoyenne d'Israël—Elle est arrivée au Canada le 12 mars 1996 et a immédiatement réclamé le statut de réfugié—Sa requête a été rejetée parce qu'elle n'avait pas un minimum de fondement—On a fixé la date de son renvoi en Israël au 19 juillet 1999—La demanderesse a présenté une demande de sursis d'exécution de la mesure de renvoi—Les conditions d'une telle demande sont les mêmes que pour une injonction: 1) une question sérieuse à être déterminée, 2) préjudice irréparable et 3) balance des inconvénients—Ces éléments sont tous réunis en l'instance—La question sérieuse à être déterminée était de savoir si l'absence de motifs entachait la décision de l'agent d'immigration—La demanderesse a 72 ans et son époux est âgé de 60 ans—Ils ont tous deux des problèmes de santé—Ils subiraient un préjudice irréparable s'ils devaient être séparés pour une période indéfinie—Cette conclusion découle de leur âge, leur infirmité, leur interdépendance et l'absence de soutien équivalent au Canada ou en Israël—La balance des inconvénients favorise la demanderesse en raison de l'annonce tardive de la décision de la ministre relativement à la date de renvoi—Demande de sursis accueillie.

BELKIN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3554-99, juge Pelletier, ordonnance en date du 23-7-99, 7 p.)

*Renvoi de résidents permanents*

La demanderesse résidait en permanence au Canada depuis 34 ans—Elle avait eu deux enfants de deux pères différents—Elle abusait de la drogue et de l'alcool et avait fait l'objet d'une série de déclarations de culpabilité—En 1987, elle avait été déclarée coupable d'homicide involontaire pour avoir tué l'amie avec qui elle habitait—Elle a perdu contact avec ses enfants et ses parents—Depuis 1991, soit pendant les sept années qui ont précédé l'audition de son appel par la Commission, elle n'a pas commis d'infractions—Depuis 1994, elle entretient une relation paisible et affectueuse avec une autre femme—Une mesure d'expulsion a été prise—Un appel a été interjeté devant la Commission—La Commission a conclu qu'à cause du casier judiciaire chargé de la demanderesse, de ses relations passées malheureuses et infructueuses et du fait que, par le passé, elle avait abusé de la drogue et de l'alcool, on ne pouvait compter sur le fait qu'elle éviterait d'avoir des ennuis, de sorte qu'elle récidiverait probablement—La Commission s'inquiétait en particulier du fait que la demanderesse n'avait exprimé aucun remords et du fait qu'elle n'avait pas eu recours à des services professionnels de counselling—La demanderesse a demandé à la Commission d'envisager de surseoir à la mesure d'expulsion au lieu de rejeter l'appel—Demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission—La demanderesse a allégué que

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

la Commission avait commis une erreur en ne mentionnant pas qu'il convenait d'accorder un sursis à condition que la demanderesse ait recours à des services de counselling psychiatrique et participe à un programme régulier de traitement de la toxicomanie et de réadaptation pour les alcooliques—Demande accueillie—Lorsqu'un sursis est demandé et que les faits montrent qu'il y a lieu d'envisager un sursis conditionnel, si des motifs sont donnés conformément à l'art. 69.4(5) de la Loi, le demandeur a le droit de savoir pourquoi le sursis est refusé—Il serait injuste à l'égard d'une personne visée par une décision essentielle à son avenir de ne pas lui expliquer pourquoi cette décision a été prise: *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 174 D.L.R. (4th) 193 (C.S.C.), par. 43—Si la demanderesse doit être expulsée dans un pays qu'elle n'a jamais connu et si elle doit renoncer à une bonne relation, elle a le droit de savoir pourquoi la Commission a refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire de façon à accorder un sursis conditionnel.

LEWIS C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5272-98, juge Simpson, ordonnance en date du 5-8-99, 6 p.)

## PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Demande de contrôle judiciaire de la décision de la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié d'entendre l'appel rouvert d'une mesure d'expulsion qui a légalement été exécutée—Le demandeur, un citoyen du Guatemala, est arrivé au Canada à titre de résident permanent—Il a été reconnu coupable d'une infraction criminelle, soit l'agression sexuelle d'un enfant—Une mesure d'expulsion a été prise contre lui en application de l'art. 32(2) de la Loi sur l'immigration—Le demandeur fait appel de la mesure d'expulsion devant la section d'appel—Appel rejeté—Autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire de la décision de la section d'appel refusée—La mesure d'expulsion a été exécutée le 29 septembre 1997—La section d'appel a accueilli la requête en réouverture d'appel de la mesure d'expulsion présentée par le demandeur—Elle a accordé un sursis à l'exécution de la mesure d'expulsion, sous réserve de certaines conditions—Le ministre cherche à obtenir une ordonnance annulant la décision de la section d'appel de surseoir à l'exécution de la mesure d'expulsion, au motif que la décision ne relevait pas de la compétence de la section d'appel—La Loi sur l'immigration ne devrait pas être interprétée de manière à donner compétence à la section d'appel de rouvrir l'appel d'une mesure d'expulsion, tout en accordant au ministre le droit de mettre fin à cette compétence de façon unilatérale par l'exécution de la mesure d'expulsion avant que la requête ne soit entendue—Le libellé de l'art. 75 est clair—La section d'appel a compétence pour ordonner le retour d'une personne qui a été expulsée, s'il y a un appel pendant devant la section

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

d'appel—L'art. 75 a une application potentiellement plus large que l'avocate du ministre le reconnaît—Il a été adopté en 1985, quatorze ans après l'arrêt *Grillas c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1972] R.C.S. 577—Il faut comprendre que l'intention du législateur, au courant de cette décision, était que la compétence de la section d'appel survive à l'exécution d'une mesure d'expulsion dans les cas auxquels l'art. 75 s'applique—Dans le cas d'un appel qui survient après une expulsion, il ne faut pas tenir compte de l'exécution—C'est également vrai dans le cas d'un appel rouvert qui relève de la compétence de la section d'appel—La décision que le juge Reed a rendue dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Harrison*, [1998] 4 C.F. 557 (1<sup>re</sup> inst.), est appliquée—La section d'appel avait compétence pour entendre l'appel rouvert du demandeur—Demande rejetée—Question certifiée: La section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié qui a entendu et rejeté l'appel d'une mesure d'expulsion a-t-elle compétence pour rouvrir l'appel si la mesure d'expulsion est exécutée après le dépôt de la requête en réouverture, mais avant que la section d'appel n'ait accueilli la requête?—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 32(2), 75 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. CANADA (COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ) (IMM-3415-98, juge Sharlow, ordonnance en date du 8-7-99, 18 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par la section du statut de réfugié qui a conclu au désistement, par la demanderesse, de sa revendication du statut de réfugié—En concluant au désistement des revendications, la section du statut s'est basée sur l'art. 69.1(6) de la Loi sur l'immigration—Elle a semblé dire qu'une absence, telle l'absence de la demanderesse à la convocation du 7 juillet 1998, constitue un «défaut» au sens de l'art. 69.1(6)c—Demande accueillie—*Obiter*: L'interprétation qu'elle a semblé vouloir adopter n'est pas évidente—On doit interpréter le «défaut» en tenant compte de toutes les circonstances du dossier, c'est-à-dire la date d'arrivée du revendicateur, le défaut ou non de déposer la fiche de renseignements personnels, le défaut ou non d'engager un avocat en temps opportun, une ou plusieurs absences à des convocations précédentes, etc.—Par conséquent, lorsqu'un revendicateur fait défaut de se conformer à une date de convocation, la section du statut devrait tenir compte de toutes ces circonstances pour décider si «il y a défaut par ailleurs de sa part dans la poursuite de la revendication»—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69.1(6) (édité par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 60).

KAVUNZU C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4351-98, juge Nadon, ordonnance en date du 13-7-99, 8 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Demande de contrôle judiciaire de la décision d'un agent des visas concernant l'application du Règlement sur l'immigration de 1978—Le demandeur est un ingénieur civil qui souhaite immigrer au Canada—Selon l'agent des visas, pour obtenir des crédits au titre de l'expérience, le demandeur doit avoir rempli toutes les fonctions décrites sous la rubrique Ingénieur civil dans la Classification nationale des professions (CNP)—L'agent des visas a conclu que le demandeur n'avait pas accompli certaines des fonctions énumérées dans la CNP, et il a donc refusé de lui attribuer des points au titre de l'expérience—L'art. 11(1) du Règlement prévoit qu'aucun visa ne peut être délivré à une personne qui n'a obtenu aucun point sous le facteur 3, Expérience—La CNP n'est pas un simple guide pour les agents des visas, mais une directive qu'il faut obligatoirement suivre pour l'évaluation des demandeurs de visa—Un agent des visas ne peut ajouter aux exigences de la CNP à partir de sa vision du marché du travail—Il est tenu d'appliquer la CNP selon ce qu'elle prescrit—Les mots «une partie ou l'ensemble» utilisés dans la CNP signifient que les ingénieurs civils accompliront plus qu'une des fonctions énumérées, et que certains pourront toutes les accomplir—Cela ne signifie pas que tous les ingénieurs civils accomplissent toutes les fonctions, ce qui est l'interprétation que l'agent des visas semble avoir donnée à ces mots—L'agent des visas n'a pas tenu compte de l'expérience de travail du demandeur chez Erum Developers, parce que cet emploi avait duré moins d'un an—L'agent des visas a commis une erreur en excluant cette expérience même en tenant compte de son interprétation de la durée de service exigée—Demande accueillie—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 11(1) (mod. par DORS/93-44, art. 8), Annexe I.

PARACHA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5446-98, juge Pelletier, ordonnance en date du 23-8-99, 4 p.)

Demande de contrôle judiciaire du refus de l'agente des visas de délivrer un visa d'immigrant sur le fondement que les points d'appréciation (73) ne reflètent pas les chances de réussir une installation au Canada («nombre de points» pour être admis: 70)—Le demandeur est un ingénieur civil qui a géré sa propre entreprise en Égypte—L'agent d'immigration supérieur (AIS) a révisé les motifs de l'agente des visas et y a souscrit, identifiant des motifs supplémentaires, en particulier relativement à l'habileté en langue du demandeur, qui n'a pas été remarquée par l'agente des visas—Demande accueillie—Pour des motifs qui n'apparaissent pas dans le dossier ni ne sont expliqués au demandeur, l'agente des visas a indiqué le problème de la langue comme étant son premier motif dans sa lettre de refus, même si ce motif n'apparaît pas dans son analyse écrite en vertu de l'art. 11(3) du Règlement—Le Règlement est clair: à la fois le refus et les bonnes raisons de ce refus doivent tous deux provenir de l'agent des visas, pas de l'AIS—En l'espèce, la

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

lettre de décision a invoqué, à tort, un motif soulevé par l'AIS qui n'avait pas été examiné auparavant par l'agente des visas—Évaluation indiquant une «faible connaissance» de l'anglais incompatible avec une habileté orale évaluée comme «bonne» et attribution d'un point de moins que le maximum de neuf points d'appréciation pour le facteur linguistique—Aucune preuve d'un examen écrit en vue d'évaluer ses compétences à l'écrit—Lorsque 70 points d'appréciation ou plus ont été attribués et que les raisons touchant l'utilisation potentielle d'un pouvoir discrétionnaire de manière défavorable en vertu de l'art. 11(3) du Règlement n'émanent pas directement des facteurs de l'annexe 1, l'agent des visas devrait aviser le demandeur que sa capacité de réussir son installation au Canada est toujours en question—Ceci donnerait au demandeur la possibilité d'aborder les difficultés et les inquiétudes ressenties par l'agent des visas qui ne peuvent pas être évidentes pour l'immigrant potentiel—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 11(3) (mod. par DORS/81-461, art. 1).

MOATAZ C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-59-99, juge Lutfy, ordonnance en date du 30-8-99, 7 p.)

Recours en contrôle judiciaire contre le refus de l'agent des visas d'instruire la demande de visa de visiteur au Canada EX-1 (VVC) avec entrées multiples pendant deux ans—Le demandeur est un conseiller en immigration établi à Beijing (RPC)—Il était employé par une agence d'experts-conseils dans ce domaine, qui soumet la grosse partie de ses demandes de visa d'immigrant au consulat du Canada à Détroit (Michigan)—Le 10 juin 1997, le consulat du Canada à Beijing lui a accordé un visa de visiteur EX-1 pour une seule entrée au Canada—Le 25 juin 1997, le consulat du Canada à Détroit lui a accordé un visa de visiteur EX-1 pour entrées multiples pendant deux ans—Le demandeur se trouvait au Canada du 8 au 18 février 1999—Le 15 février 1999, il accompagnait le principal dirigeant de son employeur aux États-Unis pour observer la préparation d'un client qui devait comparaître à une entrevue pour le visa d'immigrant—Le 16 février 1999, il a soumis sa demande de visa avec les frais—Il a passé une entrevue le jour même—L'agent des visas a refusé de renouveler le visa EX-1 parce que la demande était prématurée—Il a conseillé au demandeur de faire une nouvelle demande un ou deux mois avant l'expiration de son VVC en cours—Applicabilité du précédent *De La Cruz c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1989), 26 F.T.R. 285 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—L'argument que l'agent des visas n'avait nullement le droit de rejeter sa demande par ce motif qu'elle était prématurée, a une certaine logique puisque dans l'esprit de la Loi et du Règlement, celui qui souhaite obtenir un visa en fait la demande avant l'expiration du VVC en cours, et qu'il est normal qu'une demande de visa de visiteur soit instruite rapidement puisque l'admission au Canada serait temporaire et n'aurait qu'un but limité—Mais cet argument tend à

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

ignorer le contexte et les circonstances de la décision, lesquels constituent justement la raison pour laquelle les agents des visas, dans l'exercice de leurs fonctions, sont investis du pouvoir discrétionnaire qu'ils doivent exercer judicieusement en fonction des circonstances du cas d'espèce—À la lumière des faits et circonstances pris dans leur ensemble, l'agent des visas a judicieusement exercé son pouvoir discrétionnaire—Il ne s'est pas fourvoyé en jugeant que la demande de visa était prématurée—Toute autre conclusion signifierait que le demandeur, travaillant et habitant à Beijing où son premier VVC a été délivré, pourrait se présenter à n'importe quel bureau des visas canadien, y déposer une demande de renouvellement du VVC avec entrées multiples pendant deux ans, exiger une entrevue avec un agent des visas, exiger une décision le même jour parce qu'il quitte ce pays le lendemain, s'arrogeant ainsi le droit de choisir le bureau des visas qui lui convient le mieux—L'agent des visas a conclu à juste titre, à propos de la demande dont il était saisi, qu'il ne délivrerait pas sous pression un visa immédiatement pour la convenance personnelle du demandeur, parce que sa demande n'était pas une simple formalité, mais avait besoin d'être vérifiée et nécessitait d'autres pièces ainsi que l'avis du consulat canadien de Beijing, où le demandeur habitait et travaillait, lequel consulat avait en sa possession le dossier de l'ancien VVC—La délivrance d'un visa de visiteur, en particulier d'un visa de deux ans avec entrées multiples, n'est pas une simple formalité—L'agent des visas avait une responsabilité légale à remplir—Rien ne justifie l'annulation de sa décision.

ZHAO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-777-99, juge Lemieux, ordonnance en date du 9-7-99, 16 p.)

## STATUT AU CANADA

*Citoyens*

Contrôle judiciaire d'une décision de la section d'appel de l'immigration (SAI) ordonnant l'expulsion du demandeur du Canada—Le demandeur, un ressortissant de Hong Kong, a obtenu le droit d'établissement au Canada en 1986—En 1989, il a présenté une demande de citoyenneté canadienne—Il a fait une déclaration sous serment attestant la véracité de sa demande devant Jocelyne Saulnier à St. John's (T.-N.)—En 1990, le demandeur a prêté le serment de citoyenneté et il a reçu une miniature et un certificat de citoyenneté commémoratif—Plusieurs mois plus tard, le demandeur a reçu un certificat de citoyenneté canadienne—Par suite d'une enquête sur des fraudes au Bureau de la citoyenneté de St. John's, ayant trait à des gestes posés par Jocelyne Saulnier, le demandeur a été informé en 1992 qu'il n'avait pas droit à son certificat de citoyenneté canadienne parce que la citoyenneté ne lui avait jamais été véritablement accordée avant de prêter le serment

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

de citoyenneté—Apparemment, la case appropriée sur la demande n'avait pas été cochée par l'agente de citoyenneté, la formule n'avait pas été datée et signée, et la prestation du serment avait été faite extraterritorialement et sans compétence—En tentant d'entrer au Canada en 1996, le demandeur a été interrogé par un agent d'immigration principal, un rapport a été établi et concluait que le demandeur avait cessé d'être un résident permanent du Canada et qu'il ne pouvait être admis en l'absence d'un visa valide—Un arbitre a par la suite conclu que le demandeur était citoyen canadien parce que la possession d'un certificat de citoyenneté est une preuve *prima facie* de la citoyenneté à moins qu'il n'existe une ordonnance de révocation délivrée par le gouverneur en conseil, et qu'il n'y avait pas eu en l'espèce de révocation—En appel, la SAI a statué que l'arbitre avait commis une erreur en concluant que le demandeur était citoyen canadien—La demande est rejetée—Le défendeur soutient que la procédure en vertu de laquelle le demandeur a obtenu son certificat de citoyenneté est si fondamentalement viciée que les documents de citoyenneté sont invalides—D'après les faits de l'espèce, la SAI devait déterminer si la citoyenneté avait été accordée afin de se prononcer sur l'admissibilité du demandeur—La présomption de régularité des actes posés par des fonctionnaires peut être réfutée—La SAI a à bon droit examiné la preuve présentée pour réfuter cette présomption qui laissait entendre qu'un certificat de citoyenneté avait été délivré au demandeur, alors que la citoyenneté ne lui avait pas été accordée—La SAI avait compétence pour examiner cette preuve, déterminer si celle-ci réfutait la présomption de régularité et prendre la mesure d'exclusion—L'art. 69.4(3)c) de la Loi sur l'immigration autorise la SAI à recevoir les éléments de preuve supplémentaires qu'elle estime utiles, crédibles et dignes de foi nécessaires pour traiter de l'affaire dont elle est saisie—La SAI n'a pas commis d'erreur en admettant la preuve par *ouï-dire* présentée par un officier de la GRC qui était chargé d'enquêter sur les fraudes—La Commission a estimé que le témoignage était crédible et digne de foi et elle a évalué son importance en conséquence—Il n'y a pas eu d'erreur dans la décision de la SAI de qualifier le registraire de la citoyenneté de témoin expert—Le témoin a donné son opinion sur le fait de savoir si le demandeur était citoyen canadien et sur la procédure elle-même, mais, au bout du compte, les questions de citoyenneté et d'admissibilité ont été décidées par la SAI—Les arguments du demandeur concernant le fait que l'omission de l'informer de son changement de statut et le refus de lui accorder la possibilité d'être entendu constituent un manquement aux principes de justice naturelle se rapportent à la décision du défendeur de 1992; mais ces questions ne relèvent pas de la compétence de la SAI—Les faits de l'espèce ne portent pas atteinte au droit à la liberté ou à la sécurité du demandeur aux termes de l'art. 7 de la Charte—Il ne relevait pas du mandat de la SAI de déterminer l'exactitude des circonstances qui ont mené à la rédaction de la lettre de 1992 informant le demandeur que ses documents de citoyenneté étaient invalides—La SAI n'a pas

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

manqué aux principes de justice naturelle en admettant le témoignage sur la conduite frauduleuse de l'agente de citoyenneté et du juge de la citoyenneté—Il n'y a pas d'erreur dans la façon dont la SAI a examiné la preuve et dont elle l'a pondérée—La demande est rejetée—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69.4(3)e (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 63).

CHENG C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4310-98, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 10-8-99, 13 p.)

*Réfugiés au sens de la Convention*

Le demandeur est d'origine somalienne; il est né en Éthiopie—Il avait demandé à être admis au Canada pour le motif qu'il était un réfugié au sens de la Convention cherchant à se réinstaller—La première demande a été rejetée—La demande de contrôle judiciaire de cette décision a été accueillie—Demande de contrôle judiciaire du refus de l'agent des visas (AV), sur réexamen de la demande—Demande rejetée—L'AV a tenu compte des exigences énoncées à l'art. 7 du Règlement: question de savoir si le demandeur était un «réfugié au sens de la Convention cherchant à se réinstaller» au sens de l'art. 2 du Règlement; question de savoir si le demandeur pourrait réussir son installation au Canada—L'AV a conclu que le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention parce que, même s'il avait une crainte fondée d'être persécuté en Éthiopie, il n'éprouvait pas pareille crainte à l'égard de la Somalie, qui est son pays de nationalité—La conclusion de l'AV selon laquelle le demandeur était citoyen somalien était fondée sur le fait qu'un passeport somalien lui avait été délivré en 1994 en Allemagne—L'AV a commis une erreur en ne s'arrêtant pas à la question de savoir si le fait qu'il n'y avait pas de gouvernement qui fonctionnait en Somalie permet de réfuter la présomption de nationalité qui découle de l'existence du passeport somalien—Toutefois, la conclusion défavorable que l'AV a tirée au sujet du statut de réfugié n'a pas nécessairement induit l'AV en erreur en ce qui concerne les chances qu'avait le demandeur de subvenir à ses besoins au Canada—En vertu du règlement énonçant les exigences relatives à l'admission au Canada en ce qui concerne le réfugié au sens de la Convention cherchant à se réinstaller, l'appréciation défavorable que l'AV a effectuée au sujet de la possibilité qu'avait le demandeur de réussir son installation au Canada suffit à elle seule pour justifier le rejet de la demande d'admission—Étant donné que l'AV n'a commis aucune erreur à l'égard de la conclusion qu'il a tirée sur ce point, rien ne permet d'annuler la décision de rejeter la demande d'admission du demandeur—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2 «réfugié au

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

sens de la Convention cherchant à se réinstaller» (mod. par DORS/97-184, art. 1), 7(1)b) (mod., *idem*, art. 2; 98-270, art. 3).

MOHAMED C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2003-98, juge Sharlow, ordonnance en date du 6-8-99, 10 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la section du statut de réfugié (la SSR) concluant que la demanderesse n'est pas une réfugiée au sens de la Convention—La demanderesse a subi des sévices de la part de son époux pendant plus de vingt ans alors qu'elle habitait l'île de St-Vincent, dans les Caraïbes—Elle est venue au Canada en juin 1992 munie d'un visa de visiteur valide pour trois mois—Sa revendication du statut de réfugié est fondée sur le refus ou l'incapacité de l'État de la protéger contre la violence conjugale dont elle est la victime—Défaut de la SSR de respecter adéquatement ses propres Directives concernant les revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe—Contrairement aux prétentions énoncées, la SSR a mis en doute la crédibilité de la défenderesse, ce qui a donné naissance à une violation manifeste des principes de justice naturelle—Le décideur doit examiner avec attention quelle conduite peut être demandée de la part d'une femme vivant dans des conditions violentes—Aucune preuve que les Directives portant sur le sexe ont été suivies—En n'acceptant pas les déclarations de la demanderesse quant à ses propres actions, la SSR a mis en doute sa crédibilité—Alors que la question dans l'affaire *R. c. Lavallée*, [1990] 1 R.C.S. 852, était de savoir si M<sup>me</sup> Lavallée avait tué son époux en légitime défense, le raisonnement voulant qu'on exerce une extrême prudence lors de l'appréciation des actions de femmes souffrant de violences conjugales s'applique au présent cas et à d'autres à la fois dans un contexte civil et criminel—Dans l'affaire *Lavallée*, les connaissances requises pour rendre une décision juste ont été introduites par les témoignages d'expert—Même si le témoignage d'expert ne peut pas être considéré comme pratique ou nécessaire dans certains cas, cependant, il appartient aux membres du tribunal de posséder les connaissances nécessaires et de les appliquer d'une manière compréhensive et sensible lorsqu'ils tranchent des questions de violence conjugale, de manière à parvenir à un résultat équitable et pour éviter le risque de commettre une erreur susceptible de contrôle judiciaire en tirant ses conclusions de fait, dont la plus importante est la conclusion quant à la crédibilité du revendicateur—Des motifs doivent être donnés quand le revendicateur n'est pas cru—Dans le cas de conclusions relativement à la crédibilité de femmes victimes de violences conjugales, les motifs doivent tenir compte de ce qui est connu des femmes qui se trouvent dans cette situation—Les déclarations de la SSR ne montrent pas le degré de connaissance, de compréhension et de sensibilité nécessaire pour éviter la conclusion qu'une erreur susceptible de contrôle judiciaire a été faite dans

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

l'appréciation des déclarations et de la conduite de la demanderesse—L'erreur qui ressort des déclarations est que l'interprétation des membres du tribunal d'une norme «objective» est utilisée comme norme à l'aune de laquelle les actions de la demanderesse sont jugées; à savoir, la norme objective de «la personne raisonnable» communément utilisée en droit civil et en droit criminel—Demande accueillie.

GRIFFITH C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4543-98, juge Campbell, ordonnance en date du 14-7-99, 17 p.)

Recours en contrôle judiciaire contre la décision de la section du statut qui a rejeté la revendication du statut de réfugié par ce motif que la situation a changé au Bangladesh depuis le départ du demandeur en 1995—Et que la poursuite criminelle pendante contre le demandeur était une poursuite judiciaire, et non un acte de persécution—Le demandeur soutient que le principal point litigieux se réduit à la question de savoir si, lorsqu'une personne craint d'être persécutée au moyen de fausses accusations criminelles, la Commission manque à son obligation d'équité en rejetant sa revendication par ce motif que ces accusations ne sont pas fausses, sans l'avoir informé avant ou pendant l'audience que le jugement de la revendication pourrait être centré sur la question de savoir s'il y a eu poursuite judiciaire, et non persécution—Le fait que l'agent chargé d'examiner la revendication n'avait pas coché la case intitulée «poursuite judiciaire ou persécution» sur la formule d'instruction préliminaire a amené le demandeur à conclure que cette question ne serait pas un facteur à considérer par la Commission—À l'ouverture de l'audience, la section du statut a fait savoir que les principaux facteurs seraient le changement dans la situation du pays et la crédibilité du demandeur—La question de savoir s'il y avait eu poursuite judiciaire ou persécution n'a pas été soulevée à l'audience—Le demandeur fait valoir qu'il est fondamentalement inique que sa revendication pût être rejetée par un motif sur lequel il n'a jamais eu la possibilité de présenter ses conclusions—Recours rejeté—Il s'agit de savoir si le défaut de relever expressément, avant ou pendant l'audience, le facteur qui pourrait être décisif, a été préjudiciable au demandeur parce que la question a pris son avocat par surprise ou l'a induit en erreur de façon qu'il ne pût produire les preuves et témoignages pertinents—Puisque le demandeur a fondé sa revendication sur le fait qu'il serait en proie aux fausses accusations criminelles, politiquement motivées, s'il revenait au Bangladesh, il est évident que la véracité de cette allégation serait le point central sur lequel la section du statut devait se prononcer à l'audience—Le défaut par cette dernière de relever expressément cette question avant ou pendant son audience ne privait pas le demandeur de la possibilité raisonnable de faire valoir ses prétentions—Il ne s'agissait pas de savoir s'il était coupable des chefs

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

d'accusation retenus, et la Commission n'a pas conclu qu'il l'était—Elle n'était appelée qu'à décider si, à la lumière des preuves et témoignages produits, il a fait la preuve que les chefs d'accusation retenus contre lui avaient été inventés et réactivés pour des raisons politiques—Dans la négative, ils ne valaient pas persécution—La section du statut a conclu qu'il n'avait pas prouvé que ces chefs d'accusation étaient faux, à la lumière des preuves sur le militantisme politique du demandeur, sur sa participation aux manifestations et aux grèves, et sur la nature souvent violente des protestations politiques au Bangladesh—Il n'y a pas eu manquement à l'obligation d'équité.

RAHMAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5023-98, juge Evans, ordonnance en date du 19-7-99, 5 p.)

Demande d'annulation d'une décision de la SSR qui a refusé d'accorder aux demandeurs le statut de réfugiés au sens de la Convention—Les demandeurs sont des gitans Romas, citoyens de la République tchèque—La SSR a conclu qu'ils pouvaient obtenir la protection de l'État dans leur pays face aux mauvais traitements infligés aux gitans—La preuve démontre que le demandeur avait fourni l'identité de ses agresseurs aux forces policières, qui ont refusé de s'occuper de l'affaire—La Commission a mal interprété la preuve en concluant que le demandeur n'avait pu fournir l'identité de ses agresseurs aux forces policières—Cette erreur est significative—Le défendeur soutient que cette erreur quant à l'interprétation de la preuve est sans importance, au vu de la preuve de l'existence d'une capacité de l'État à protéger: déclarations du président de la République, du Premier ministre et du ministre de la Justice condamnant le racisme—Demande accueillie—Les déclarations des chefs de gouvernement ne constituent pas l'analyse minutieuse de la preuve à laquelle la Commission est tenue: *Sagharichi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1993), 182 N.R. 398 (C.A.F.); *Toledo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 206 (C.A.F.) (QL)—De plus, d'autres tribunaux de la Commission ont accordé le statut de réfugiés au sens de la Convention à des Romas de la République tchèque au motif que l'État ne pouvait les protéger—Après l'audition, mais avant la signature de la décision, les demandeurs ont renoncé à leur demande—La Commission a passé outre, tout en disant dans sa décision que la renonciation constituait une preuve supplémentaire que les demandeurs n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention—C'est une erreur fondamentale de déclarer que la renonciation veut dire que la revendication n'était pas fondée lorsque les personnes visées n'ont pas eu l'occasion d'expliquer pourquoi ils l'avaient retirée.

HORVATH C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5119-98, juge Reed, ordonnance en date du 21-7-99, 5 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section du statut de réfugié a refusé de reconnaître au demandeur, un citoyen de la République populaire de Chine, le statut de réfugié au sens de la Convention que le demandeur revendiquait au motif qu'il craignait avec raison d'être persécuté du fait de sa religion—La section du statut de réfugié a rejeté sa revendication parce qu'elle n'a pas jugé crédible son témoignage qu'il était un catholique romain pratiquant et fervent—La question à trancher est celle de savoir si les lacunes de l'interprétation sont graves au point d'avoir privé le demandeur de la possibilité raisonnable d'influencer les commissaires par la présentation d'éléments de preuve, un droit qui lui est légalement garanti en vertu de l'obligation d'agir avec équité—La demande est accueillie—Le droit à l'équité procédurale comprend le droit aux services d'un interprète qui peut communiquer au tribunal ce qu'une personne qui ne parle pas couramment la langue employée à l'audience désire exprimer—Il ressort des faits de l'espèce que les lacunes de l'interprétation ont causé un préjudice au demandeur—Les tribunaux saisis de demandes de contrôle judiciaire ont souvent été invités à ne pas refuser d'accorder une réparation en raison d'un manquement à l'obligation d'agir avec équité qu'ils estiment négligeable, en ce sens que la décision du tribunal administratif aurait été identique même si la procédure avait été suivie et respectée à la lettre—Il est dangereux pour une cour de justice de spéculer sur ce qui aurait pu arriver si, comme c'est le cas en l'espèce, une personne n'avait pas été effectivement empêchée de présenter un élément de preuve, d'autant plus que les valeurs procédurales sous-jacentes à l'obligation d'agir avec équité transcendent ce qui est purement accessoire—Même s'il peut refuser d'accorder une réparation si, en droit, la décision du tribunal administratif ne pouvait être différente, le tribunal saisi de la demande de contrôle judiciaire accordera cette réparation même si le résultat final aurait fort probablement été le même (*Cardinal c. Établissement de Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643)—La Commission a commis une erreur en l'espèce en rejetant la revendication du demandeur sans d'abord vérifier si elle pouvait obtenir les services d'un interprète en mesure de comprendre les prières qu'il voulait faire entendre à la Commission—Il s'agissait d'éléments de preuve qui étaient pertinents à l'un des deux motifs invoqués par la Commission pour conclure que le demandeur n'était pas digne de foi et qui touchaient à l'essentiel de sa revendication du statut de réfugié—Si la Commission avait considéré le moins convaincant des connaissances que le demandeur disait posséder en matière de pratiques religieuses, elle aurait pu considérer avec plus de bienveillance les explications qu'il avait données pour justifier les contradictions qui existaient entre, d'une part, sa preuve documentaire et son témoignage et, d'autre part, la longue interruption de sa pratique religieuse en Chine—Les autres problèmes d'interprétation qui ont surgi à l'audience renforcent d'autant la conclusion de la Cour sur les conséquences de l'omission de la Commission d'entendre les prières du demandeur.

LIN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5261-98, juge Evans, ordonnance en date du 16-7-99, 11 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Le demandeur, qui est citoyen sri-lankais, a sollicité le contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié avait fait droit à une demande que le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration avait présentée conformément à l'art. 69.2(2) de la Loi sur l'immigration en vue de faire annuler la décision selon laquelle le demandeur était un réfugié au sens de la Convention—La Commission n'a pas omis d'observer les principes de justice naturelle ou d'équité procédurale—Il n'y a pas eu négation du droit à une audition équitable—Question de savoir si le compte rendu que le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) a rédigé au sujet de l'entrevue avec le demandeur, laquelle a eu lieu à l'aéroport quelques jours seulement après son arrivée au Canada, constituait à juste titre un nouvel élément de preuve mis à la disposition de la Commission—Il était loisible au ministre de poursuivre la demande d'annulation en se fondant sur un nouvel élément de preuve qui n'était pas disponible au moment de l'audience—La Commission ne peut pas accueillir une demande fondée sur l'art. 69.2(2) de la Loi sans d'abord examiner l'art. 69.3(5) et déterminer si elle doit, eu égard aux circonstances, exercer le pouvoir discrétionnaire conféré par cette disposition et rejeter la demande—En concluant que le demandeur avait fondé sa revendication initiale sur une fausse indication portant sur un fait important, la Commission a conclu qu'à l'audience initiale, le demandeur n'avait pas dit la vérité au sujet de sa participation aux actes de torture commis dans les camps de la Force indienne de maintien de la paix (FIMP)—Le demandeur avait fait une fausse indication au sujet de son rôle de simple interprète au service de la FIMP étant donné qu'il avait pris part aux actes de torture commis contre les prisonniers—La Commission a donc eu raison de conclure que la preuve établissait qu'il y avait eu fausse indication au sens de la Loi—À cause de la fausse indication qui avait été faite au sujet du rôle que le demandeur avait eu dans les camps de la FIMP, la formation initiale de la Commission ne pouvait pas déterminer avec exactitude si le demandeur était visé par les dispositions d'exclusion—Demande de contrôle judiciaire rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69.2 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> supp.), ch. 28, art. 18), 69.3 (édicte, *idem*, art. 62).

THAMBIPILLAI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5279-98, juge McKeown, ordonnance en date du 22-7-99, 11 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision de la SSR portant que le demandeur n'est pas un réfugié au sens de la Convention—Le demandeur est un sikh, citoyen de l'Inde—Il soutient avoir été arrêté et libéré deux fois en 1995 en raison de ses opinions politiques—Après sa première arrestation, son nom a été placé sur une liste de police—La SSR a conclu que si le demandeur retournait en Inde, il n'y aurait rien de plus qu'une simple possibilité de persécution puisqu'il n'était pas très connu—La norme de contrôle doit

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

être déterminée au vu des quatre facteurs énoncés dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 174 D.L.R. (4th) 193 (C.S.C.): (i) la présence ou l'absence d'une clause privative; (ii) l'expertise de la Commission; (iii) l'objet de la Loi dans son ensemble, et de la disposition en cause; (iv) la nature du problème: s'agit-il d'une question de droit ou de fait?—La Loi sur l'immigration ne contient pas de clause privative; l'appréciation des risques que l'appelant soit persécuté en cas de renvoi en Inde relève directement de l'expertise de la SSR; la décision de la Commission n'affecterait pas un large éventail de politiques ou un grand nombre de personnes; il s'agit d'une question de fait—La norme de contrôle est celle du caractère manifestement déraisonnable—Ceci n'empêche pas la Cour d'intervenir s'il y a une erreur évidente, ou si la conclusion de la Commission ne s'appuie pas sur une interprétation raisonnable des faits—La Commission a agi de façon illogique en concluant qu'il n'y a rien de plus qu'un simple risque de persécution, sans s'en expliquer, alors que la preuve documentaire indique clairement que la liste constitue une menace et que le demandeur a été arrêté deux fois à une époque où la preuve donnerait à penser que les personnes dans la situation du demandeur ne couraient pas de risque—La SSR n'a pas tenu compte de la preuve documentaire, ou elle l'a fort mal interprétée—Une erreur aussi évidente rend la décision de la SSR manifestement déraisonnable.

SINGH C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-6076-98, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 19-8-99, 9 p.)

Appel de l'ordonnance de la juge des requêtes ((1995), 102 F.T.R. 199) rejetant une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission du statut de réfugié portant sur l'absence d'un minimum de fondement dans la revendication de statut de réfugié de l'appelante—Le juge des requêtes a certifié la question suivante en vertu de l'art. 83(1) de la Loi sur l'immigration: Lorsqu'une commission décide que l'art. 69.1(9.1) de la Loi sur l'immigration peut s'appliquer, est-elle tenue d'en aviser le demandeur?—Au vu de la décision de la C.A.F. dans *M.E.I. c. Mathiyabaranam* (1997), 221 N.R. 351, la réponse à cette question doit être négative—La décision de la C.S.C. dans *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, ne veut pas dire que toute la décision en appel est à réexaminer chaque fois qu'une question est certifiée en vertu de l'art. 83(1) de la Loi—L'objectif de l'art. 83(1) est d'économiser les ressources judiciaires et de traiter les revendications de statut de réfugié de façon efficace et définitive en limitant le droit de recours à la Cour aux affaires qui soulèvent une question grave de portée générale—La Cour a compétence pour examiner tous les aspects de la décision en appel qui sont raisonnablement liés à la question certifiée et nécessaires pour y répondre correctement, ainsi que tous les aspects qui,

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

suite à l'énoncé de la question, sont nécessaires à la décision en appel—Aucune des questions soulevées par l'appelante ne satisfait à ce critère—La réponse à la question certifiée est négative—Appel accueilli en partie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69.1(9.1) (édité par L.C. 1992, ch. 49, art. 60), 83(1) (mod., *idem*, art. 73).

MANIMARAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-414-95, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 22-5-99, 4 p.)

*Résidents permanents*

Contrôle judiciaire du rejet de l'appel devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du rejet de la demande de résidence permanente de M. Gill pour raison médicale—M. Gill, un citoyen de l'Inde âgé de 66 ans, est entré une première fois au Canada avec son épouse à titre de résidents permanents en 1993—Ils sont repartis en Inde dix mois plus tard parce que sa mère était malade—Son épouse est revenue au Canada avant l'expiration de son permis de retour, mais pas M. Gill—M<sup>me</sup> Gill, qui parrainait la demande de son époux, a interjeté appel de la décision de l'agent des visas alléguant que la conclusion d'inadmissibilité pour raison médicale était erronée en fait et en droit et qu'il existait des motifs d'ordre humanitaire—Appel rejeté par la CISR au motif que l'avis des médecins n'était pas déraisonnable et qu'il y avait peu d'éléments de preuves établissant qu'il subirait des difficultés s'il se voyait refuser l'entrée pour des raisons médicales—La demanderesse prétend qu'elle n'a pas eu une possibilité raisonnable de présenter son cas devant le tribunal car le président de l'audience a rejeté la preuve documentaire relative à la gravité de l'état de M. Gill et a empêché la demanderesse et son fils de faire des observations verbales à l'appui de la prétention qu'il existait des motifs d'ordre humanitaire; elle prétend que le tribunal a commis une erreur de droit lorsqu'il a confirmé la décision de l'agent des visas que l'admission de M. Gill à titre de résident permanent entraînerait un fardeau excessif pour les services de santé—Demande accueillie—M<sup>me</sup> Gill a voulu produire des rapports médicaux et des photographies de M. Gill se pliant et faisant des exercices afin d'établir que son genou atteint d'arthrose ne nécessitait pas un remplacement immédiat—La question de savoir si il y a eu erreur de droit ou si la demanderesse a été privée d'équité procédurale en excluant les documents dépend de savoir, compte tenu des circonstances de l'espèce, si les documents exclus auraient tellement favorisé la revendication de la demanderesse qu'aucun tribunal agissant de manière équitable et raisonnable n'aurait refusé de les admettre, même s'ils n'avaient pas été convenablement déposés et communiqués à la partie adverse—Les documents, hormis les photographies, ne peuvent clairement pas être caractérisés de la sorte puisque leur contenu n'a pas été exactement déterminé, ils ont probablement peu ajouté aux avis médicaux—Les photographies n'avaient pas une telle

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

force probante que leur exclusion pouvait être considérée comme une erreur de droit justifiant une intervention judiciaire—Le président de l'audience a abruptement mis fin aux questions du conseil dont le but était de démontrer que les circonstances entourant le départ et le séjour de M. Gill en Inde appuyaient l'argument de la demanderesse selon lequel il existait des motifs d'ordre humanitaire justifiant l'octroi d'une mesure spéciale—L'intervention sur la pertinence de la question ne représentait pas un refus de permettre au conseil de poser ses questions, mais visait simplement à ce que celui-ci en étaye la pertinence—Bien qu'il ne fût pas avocat, le conseil de la demanderesse avait été membre de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié et connaissait très bien la procédure—Le défaut du conseil de tenir sa position et d'expliquer au président de l'audience que ses questions n'avaient pas pour but de revenir sur des points déjà étudiés, mais bien d'avancer une thèse nouvelle et pertinente, ne constitue pas un refus d'agir équitablement de la part du tribunal ni un refus illégal d'admettre des preuves pertinentes—Toute erreur de jugement du conseil en ne persistant pas avec les questions qu'il avait l'intention de poser est attribué au mandant du conseil en vertu du processus accusatoire—Le président de l'audience a commis une erreur de droit en refusant à la demanderesse de parler—Les parties à une instance administrative ont le droit d'assister à toute l'instance et ne peuvent être exclues au motif qu'elles vont être appelées à témoigner—Pour cette raison, l'appelant devant la section d'appel témoigne habituellement en premier—Cela ne s'est pas produit en l'espèce parce que le conseil avait dit au président de l'audience que M<sup>me</sup> Gill ne serait pas appelée à témoigner—Néanmoins, lorsque, plus tard M<sup>me</sup> Gill a voulu parler, le membre de la Commission pouvait donner moins d'importance à ce qu'elle aurait dit du fait de sa présence dans la salle d'audience lors du témoignage des autres témoins—Il a commis une erreur en lui refusant la possibilité de témoigner au motif qu'elle était restée dans la salle d'audience, ce qu'elle était en droit de faire—La demanderesse n'a pas eu l'occasion de présenter à la Commission tous les documents pertinents relativement au motif d'ordre humanitaire de son appel, particulièrement les circonstances dans lesquelles M. Gill s'était absenté du Canada après sa première admission à titre de résident permanent—Le fait que beaucoup de Canadiens de l'âge de M. Gill nécessitent une opération particulière (en l'espèce le remplacement d'un genou), et que certains doivent attendre longtemps pour subir l'opération ou aller dans un hôpital des États-Unis, ne peut justifier en droit la décision que l'admission d'une personne qui a besoin de cette opération entraînera un fardeau excessif pour les services de santé—Tout «fardeau excessif» est le résultat d'une inadéquate distribution des ressources pour satisfaire les besoins de la population, et non celui de l'admission d'une personne par ailleurs admissible à l'obtention d'un visa.

GILL C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3082-98, juge Evans, ordonnance en date du 16-7-99, 12 p.)

**CONCURRENCE**

Le 20 décembre 1988, la Cour a rendu une ordonnance conformément à l'art. 34(2) de la Loi sur la concurrence, interdisant à l'Association canadienne de l'immeuble la commission de certains actes (l'ordonnance ACI)—L'ordonnance ACI, telle que délivrée, vise une application en perpétuité par l'ACI et les organisations membres des dispositions autres que celles qui étaient limitées à sept ans—Le 18 mars 1999, l'art. 34 de la Loi sur la concurrence a été modifié—L'art. 34(2) n'a pas été modifié, mais le nouvel art. 34(2.2) limite à une période de dix ans toute ordonnance rendue en vertu du «présent article»—Une telle limite n'existait pas avant la modification—L'art. 34(2.2) rend l'ordonnance ACI caduque le 18 mars 1999—Abordé littéralement, l'art. 34(2.2) s'applique à toutes les ordonnances rendues en vertu de l'art. 34, quelle que soit leur date—Rien dans la Loi sur la concurrence ou dans la loi modificatrice ne limite expressément l'application de l'art. 34(2.2) aux ordonnances rendues après son adoption—La Couronne soutient qu'aucune ordonnance rendue en vertu de l'ancien art. 34 n'est affectée par l'art. 34(2.2), les termes «présent article» de l'art. 34(2.2) ne renvoyant qu'à la version de l'art. 34 tel que modifié en 1999 et non à la version de l'art. 34 en vigueur à l'époque où l'ordonnance ACI a été rendue—Cette interprétation restrictive serait appuyée par la preuve extrinsèque, par les dispositions transitoires et par la présomption que les modifications législatives n'ont pas d'effet rétroactif—La preuve extrinsèque porte sur la présentation de mai 1998 du directeur des enquêtes et recherches au Comité permanent de l'industrie, dans laquelle il déclarait que la nouvelle période de limitation de dix ans ne s'appliquerait pas aux ordonnances rendues avant l'entrée en vigueur des modifications, l'explication de l'aspect positif du résultat recherché n'étant que la preuve de l'intention du directeur ou des rédacteurs législatifs, ou le reflet d'un avis juridique adopté par le directeur par rapport au projet de loi—Elle ne peut aucunement expliciter le sens de l'art. 34(2.2) tel qu'adopté—La raison de politique identifiée par le directeur est inutile à moins qu'on puisse la lier directement à la version de l'art. 34(2.2) qui a été mise en vigueur—Le dossier ne dit pas quelle version du projet de loi était à l'étude lorsque la déclaration a été faite au comité, non plus que quels changements, s'il en est, ont été apportés au projet de loi après la réunion du Comité—Les ordonnances d'interdiction en vertu de l'art. 34, tel que modifié, ou en vertu de la nouvelle disposition prévoyant les «redressements administratifs» (art. 74.1(1)a)), ont une durée d'application maximum de dix ans—Ceci indique qu'il y a de bonnes raisons de politique pour éviter les ordonnances à perpétuité—C'est peut-être ces raisons qui ont mené le Parlement à conclure, nonobstant ce qui semblait être l'avis du directeur, que toutes les ordonnances d'interdiction devraient être limitées à dix ans, y compris celles en vigueur avant la modification—L'art. 34(2.2) est assez clair pour qu'il ne soit pas nécessaire de recourir à la preuve extrinsèque pour l'interpréter—Aucune disposition transitoire dans la loi modificatrice ne traite de

**CONCURRENCE—Fin**

la limite de dix ans inscrite à l'art. 34(2.2)—Si le Parlement avait voulu que l'art. 34(2.2) s'applique aux ordonnances antérieures, il aurait pu édicter une disposition transitoire à cet effet—Si le Parlement avait voulu que l'art. 34(2.2) ne s'applique qu'aux ordonnances rendues après son entrée en vigueur, il aurait pu le dire dans l'art. 34(2.2)—Les dispositions transitoires citées par la Couronne ne sont d'aucune aide dans l'interprétation de l'art. 34(2.2)—Elles indiquent seulement que le Parlement a spécifiquement prévu l'effet de la loi modificatrice sur les ordonnances antérieures prises en vertu de l'art. 34 lorsqu'il y avait des motifs précis de croire que ces ordonnances seraient soumises à l'exercice de nouveaux pouvoirs créés par la législation—On peut dire que la modification a eu un effet rétroactif seulement si elle vient changer les conséquences juridiques de faits qui sont entièrement passés—La modification ne change rien à l'effet juridique de quoi que ce soit qui s'est produit avant son entrée en vigueur—L'ordonnance ACI est restée en vigueur jusqu'à cette date et elle continuera à gouverner les conséquences de toute violation de l'ordonnance ACI qui aurait pu se produire avant cette date—La modification ne fait que fixer une échéance à l'ordonnance ACI, de telle façon qu'il n'est plus possible de la violer après le 18 mars 1999—Déclaration que l'ordonnance ACI est devenue caduque le 18 mars 1999—Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 34(2) (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 28), (2.2) (édicte par L.C. 1999, ch. 2, art. 11), 74.1 (édicte, *idem*, art. 22).

CANADA C. CHAMBRE D'IMMEUBLE DU SAGUENAY-LAC ST. JEAN INC. (T-2432-98, juge Sharlow, ordonnance en date du 5-8-99, 15 p.)

**DOUANES ET ACCISE****LOI SUR LA TAXE D'ACCISE**

Demande de remboursement d'une partie de la taxe de vente sur des coffrages cylindriques au motif que le taux aurait dû être de 8 % ou 9 % (applicable aux matériaux de construction) au lieu de 12 %—Les coffrages cylindriques en carton fabriqués par la demanderesse sont-ils des "matériaux de construction" au sens de l'art. 50(1.1)b) de la Loi et de l'art. 16 de l'annexe IV de la partie I de la Loi?—On utilise ces cylindres exclusivement dans le domaine de la construction pour couler des colonnes de béton—La demanderesse soumet que l'art. 16 doit être considéré dans le contexte de l'objectif de la Loi: stimuler l'industrie de la construction, ce qui appelle une interprétation libérale de cet article—La défenderesse prétend que les coffrages ne sont pas des matériaux de construction car ce sont des formes conçues pour couler le béton et pour être enlevés par la suite—Action rejetée—Les coffrages cylindriques ne sont pas conçus pour servir dans des bâtiments—Ils sont conçus pour servir à la construction de bâtiments et n'en font pas

**DOUANES ET ACCISE—Fin**

partie une fois la construction terminée (voir *Perma Tubes Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1991] T.C.C.E. n° 42 (QL))—Ce ne sont pas non plus des conduits transportant des liquides à l'intérieur des bâtiments et y demeurant une fois les bâtiments construits—Ils ne servent qu'au moment de la construction—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 50(1.1b) (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 42, art. 5(1); L.C. 1988, ch. 18, art. 15(1); 1989, ch. 22, art. 3), partie I, annexe IV, art. 16.

ABZAC CANADA INC. C. CANADA (T-1356-92, juge Dubé, jugement en date du 7-7-99, 10 p.)

**DROIT AÉRIEN**

Demande de contrôle judiciaire d'une décision que le demandeur est inapte pour l'obtention du certificat médical de catégorie 3 (par suite de séquelles d'un accident cardio-vasculaire) et qu'il n'était plus autorisé à exercer les avantages de sa licence de pilote privé—Le médecin-examineur de l'aviation civile a déclaré le demandeur inapte—Cette conclusion a été transmise à la Commission de révision de la médecine aéronautique civile qui a déclaré que l'inaptitude du demandeur était de longue durée—Le Tribunal de l'aviation civile a examiné la décision du ministre et a recommandé de lui renvoyer l'affaire pour réexamen—Le ministre a transmis les données médicales fournies par le demandeur à l'Institut militaire et civil de médecine environnementale, pour évaluation et recommandation par la Commission centrale médicale de l'Institut—L'Institut est un organisme indépendant du ministre, vers qui ce dernier se tourne pour avoir un avis impartial dans des situations comme celle qui est devant la Cour—La Commission centrale médicale a recommandé que le demandeur soit considéré inapte en permanence à obtenir une licence de pilote—La documentation présentée à la Commission centrale médicale ne contenait pas les motifs de décision du Tribunal ni la transcription de l'audience devant le Tribunal—Le demandeur a été invité à présenter ses arguments au ministre avant qu'il ne prenne sa décision finale—La question est de savoir si le demandeur s'était vu nier son droit à la justice naturelle et à l'équité procédurale dans le processus adopté par le ministre pour décider, suite au jugement du Tribunal, de maintenir sa première décision de refuser le renouvellement du certificat médical—Subsidiairement, le processus suivi par le ministre donnait-il lieu à une crainte raisonnable de partialité de sa part?—Le fait que la décision en cause soit administrative et touche les privilèges ou biens d'une personne suffit pour entraîner l'application d'équité: *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 174 D.L.R. (4th) 193 (C.S.C.)—Décision discrétionnaire—La norme est celle de la «décision raisonnable *simpliciter*»—La décision en l'espèce a été prise dans le cadre d'un régime législatif sans clause privative et au cœur duquel se situe la

**DROIT AÉRIEN—Fin**

protection de la sécurité du public—Aucun manquement à l'obligation d'équité en l'instance—Le demandeur a eu droit à un degré suffisant d'équité procédurale dans le processus qui a mené à la décision en cause—Il n'y a eu aucun manquement à l'équité procédurale du fait que le ministre n'a pas avisé le demandeur qu'il recherchait l'avis de la Commission centrale médicale et que le demandeur n'a pu faire d'observations à celle-ci—C'était au ministre à prendre la décision, sur la base des conseils qu'il recevait—Ces conseils ont été transmis au demandeur, et ce dernier a eu une possibilité raisonnable d'y répondre—Il n'y avait aucun fondement à une crainte raisonnable de partialité de la part du ministre—La loi prévoit que c'est le ministre qui doit prendre la décision et, suite à son renvoi, il était le seul qui avait le droit et l'obligation de décider—Le ministre a été prudent en demandant un nouvel examen à l'organisme qualifié, qui n'avait eu aucun renseignement et qui n'avait joué aucun rôle relativement au processus d'examen du renouvellement du certificat médical du demandeur.

KISS C. CANADA (MINISTRE DES TRANSPORTS)  
(T-972-98, juge Gibson, ordonnance en date du 29-7-99,  
19 p.)

**DROIT CONSTITUTIONNEL**

Exercice du pouvoir du Gouverneur général de donner la sanction royale par les juges de la Cour suprême du Canada—Examen d'une question à certifier par suite d'une ordonnance en date du 11-6-99, ayant rejeté une demande de contrôle judiciaire dans une affaire d'immigration—Le Gouverneur général du Canada et les juges de la C.S.C. agissant à titre de Gouverneur général suppléant sont-ils liés par une convention constitutionnelle leur interdisant de refuser de donner la sanction royale de leur propre chef, et cette convention constitutionnelle a-t-elle préséance sur l'art. 55 de la Loi constitutionnelle de 1867, qui stipule que cette sanction est assujettie aux dispositions de la Loi constitutionnelle de 1867 et aux instructions de Sa Majesté ou, au contraire, commettent-ils une erreur révisable en droit en sanctionnant un texte qui est incompatible à cette stipulation?—Les critères applicables en matière de certification d'une question sont énoncés dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Liyanagamage* (1994), 176 N.R. 4 (C.A.F.): la question doit transcender les intérêts des parties au litige, elle doit aborder des éléments ayant des conséquences importantes ou qui sont de portée générale, et elle doit être déterminante quant à l'issue de l'appel—Question certifiée: En vertu des art. 14 et 55 de la Loi constitutionnelle de 1867, le Gouverneur général peut-il nommer des juges de la Cour suprême qui agiront pour son compte et leur confier ses pouvoirs, attributions et fonctions, dont la faculté de donner la sanction royale?—Le fait que les pouvoirs du Gouverneur général soient conférés aux juges de la C.S.C., en particulier celui de donner la sanction

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin**

royale, soulève une question constitutionnelle théorique à l'égard du libellé et de l'objet des art. 14 et 55 de la Loi constitutionnelle de 1867 et des parties VII et VIII des Lettres patentes de 1947—La question que soulève le demandeur est de savoir si la loi à l'égard de laquelle un juge de la Cour suprême a donné la sanction royale est valide et de savoir quel serment doivent prêter les juges qui exercent une telle fonction—Il s'agit d'une question grave de portée générale qui revêt une grande importance, car ces pouvoirs sont souvent conférés aux juges de la C.S.C.—La question a une incidence immédiate sur le présent litige, car le juge Sopinka avait donné la sanction royale relativement à la disposition en cause—Compte tenu du fait que la C.S.C. est appelée à exercer des fonctions législatives de plus en plus importantes depuis l'adoption de la Charte, le caractère sacré de l'indépendance judiciaire est d'autant plus crucial—La demande visant à faire certifier cette question met en lumière la perception selon laquelle le fait que des juges remplissent les fonctions du Gouverneur général compromet l'indépendance de l'appareil judiciaire—Que l'effet qui en résulte soit réel ou non, cela pourrait grandement nuire au pouvoir judiciaire—Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la Loi constitutionnelle de 1982, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 14, 55—Lettres Patentes constituant la charge de Gouverneur général du Canada, L.R.C. (1985), appendice II, n° 31, art. VII, VIII—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].

TUNDA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-980-97, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 5-10-99, 5 p.)

**DROIT MARITIME****PRATIQUE**

Requête *ex parte* en injonction provisoire pour interdire aux défendeurs d'empêcher les navires d'accoster au quai de la demanderesse à Corner Brook (Terre-Neuve) avec les chargements de copeaux destinés à son usine de pâtes et papiers—La demanderesse soutient que ces agissements sont en violation de la législation fédérale, dont les dispositions de la Loi sur la protection des eaux navigables et des règlements pris pour l'application de la Loi sur la marine marchande du Canada—Tout cela s'est produit au cours d'une grève légale des bûcherons de la demanderesse—Requête entendue par téléconférence—Les tribunaux sont particulièrement réticents à rendre une injonction interlocutoire dans les conflits de travail, même s'il y a débats contradictoires, et ce à cause de son effet normalement définitif—Requête rejetée—Les preuves produites n'établissent

**DROIT MARITIME—Fin**

sent pas de façon concluante l'existence d'une situation d'urgence telle qu'elle justifierait le redressement demandé—La demanderesse invoque surtout le préjudice financier, mais ses stocks actuels de copeaux lui permettront d'alimenter son usine pendant 11 jours à peu près à compter de la date de la présente ordonnance, sans qu'elle ait à recevoir de nouveaux approvisionnements—C'est le défendeur qui a révélé ce fait, et non la demanderesse comme elle aurait dû le faire—En outre, puisque la violation de la loi fédérale, qu'invoque la demanderesse, s'inscrit dans le cadre d'un conflit de travail qui relève de la compétence exclusive de la province, il appartient davantage à la Cour suprême de Terre-Neuve d'en connaître—D'ailleurs, le seul obstacle à la navigation, que craint la demanderesse, est l'impossibilité d'accoster son quai—Les capitaines des navires concernés, dans leur sagesse, n'ont nullement l'intention de mettre des vies en danger en fonçant à travers des embarcations «tournoyantes» et des cordes suspendues—Loi sur la protection des eaux navigables, L.R.C. (1985), ch. N-22—Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-9.

CORNER BROOK PULP AND PAPER LTD C. SYNDICAT CANADIEN DES COMMUNICATIONS, DE L'ÉNERGIE ET DU PAPIER, SECTION LOCALE 60N (T-1326-99, juge Evans, ordonnance en date du 23/7/99, 6 p.)

**DROITS DE LA PERSONNE**

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission canadienne des droits de la personne (CCDP) rejetant la plainte de harcèlement sexuel et de discrimination déposée contre les défendeurs—La demanderesse est avocate et pratique le droit en Colombie-Britannique—La plainte de la demanderesse concerne un incident qui s'est produit le 16 août 1991 à Vancouver alors qu'elle se faisait reconduire chez elle par un collègue de travail—Le 30 janvier 1996, quatre ans et demi après l'incident du 16 août 1991, la demanderesse a officiellement déposé deux plaintes devant la Commission—Dans sa première plainte, la demanderesse affirme avoir fait l'objet d'attentions inconvenantes et importunes de la part du défendeur—Dans sa deuxième plainte, la demanderesse affirme que le ministère de la Justice s'adonnait à une pratique discriminatoire puisqu'il ne lui fournissait pas un milieu de travail exempt de harcèlement sexuel et refusait de continuer à l'employer, par dérogation aux art. 7 et 14 de la Loi canadienne sur les droits de la personne—La présente demande n'est pas fondée et doit être rejetée—La question de l'à-propos d'un (des) affidavit(s) au soutien d'une demande de contrôle judiciaire doit être tranchée par le juge qui préside l'audition du contrôle judiciaire de la demande puisque l'(les) affidavit(s) fait (font) partie intégrante de la demande de contrôle judiciaire—La demanderesse a tenté, lors d'une demande de contrôle judiciaire, d'introduire au moyen d'affidavits des éléments de preuve «nouveaux» dont la

**DROITS DE LA PERSONNE—Suite**

CCDP n'était pas saisie—L'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale et les art. 43, 44 et 49 de la Loi canadienne sur les droits de la personne fournissent le cadre légal applicable en l'espèce—Si, de fait, la plainte porte sur la rigueur dans la préparation du rapport d'enquête, la présente demande de contrôle judiciaire doit être rejetée—Le contrôle judiciaire n'est pas la procédure appropriée pour contester la «rigueur» du travail d'enquête d'un enquêteur sur une plainte—La demanderesse n'a jamais présenté d'observations à la CCDP relativement au bien-fondé du rapport et de ses conclusions—Au stade de l'examen préalable de l'enquête, à la suite de la réception d'une plainte de discrimination, la Commission a un «degré remarquable de latitude» en ce qui a trait au type d'enquête qui doit être tenue avant qu'elle puisse conclure que la plainte ne devrait pas être déferée à un tribunal pour instruction—Le seul élément de preuve dont disposait la Commission était le rapport d'enquête; elle ne disposait pas d'observations de la demanderesse faisant état de lacunes dans le rapport d'enquête—La Commission n'a pas commis d'erreur en décidant de rejeter les plaintes de la demanderesse—La demande est rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édité par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 7, 14, 43 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 63), 44 (mod., *idem*, art. 64; L.C. 1998, ch. 9, art. 24), 49 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 66; L.C. 1998, ch. 9, art. 27).

WALKER C. RANDALL (T-1103-98, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 24-8-99, 29 p.)

Contrôle judiciaire du rejet par la CCDP des plaintes portées par les demandeurs contre les défendeurs et de sa décision de ne pas constituer un tribunal des droits de la personne—En 1994, les syndicats défendeurs ont signé une convention collective fixant l'âge de la retraite obligatoire à 65 ans, sous réserve de certaines exceptions—Au moment de la signature de la convention collective, le demandeur McAllister avait 65 ans et le demandeur Lawson, 77 ans—En application de la convention collective, leur emploi a pris fin le 31 décembre 1994 en raison de leur âge—Ils ont déposé des plaintes de discrimination fondée sur l'âge—La Commission a rejeté leur plainte en se fondant sur les conclusions d'un rapport d'enquête suivant lequel les demandeurs avaient atteint l'âge de la retraite en vigueur au sens de l'art. 15(1)c) de la LCDP, qui prévoit que ne constitue pas un acte discriminatoire le fait de mettre fin à l'emploi d'une personne en appliquant la règle de l'âge de la retraite en vigueur pour ce genre d'emploi—La demande de contrôle judiciaire est accueillie au motif que les documents sur lesquels l'enquêteur a dû se fonder pour formuler ses déclarations concernant l'âge de la retraite et la mise en œuvre de pratiques en cette matière dans d'autres ports auraient dû être communiqués aux demandeurs—La Cour ordonne de donner accès aux parties au dossier de la Commission, et leur accorde le droit de présenter toute autre

**DROITS DE LA PERSONNE—Suite**

preuve qu'elles considèrent nécessaire—En juin 1998, les plaintes portées par les demandeurs ont été rejetées au motif qu'ils avaient atteint l'âge de 65 ans, c'est-à-dire l'âge de la retraite en vigueur—Le débat tourne autour des deux questions suivantes: 1) La CCDP a-t-elle outrepassé sa compétence et commis une erreur de droit en ne tenant pas compte des éléments de preuve portés à sa connaissance ou en appréciant de façon erronée les éléments de preuve portés à sa connaissance? 2) La Commission a-t-elle omis d'observer les principes fondamentaux de justice naturelle en refusant d'accorder aux demandeurs l'occasion de contre-interroger les défendeurs au sujet des éléments de preuve soumis par ces derniers en réponse aux plaintes des demandeurs?—La demande est rejetée—1) Comme l'art. 15(1)c) de la LCDP est l'exception à la règle générale interdisant la discrimination fondée sur l'âge, la CCDP doit être entièrement convaincue, après un examen approfondi, que les demandeurs ont atteint l'âge de la retraite en vigueur pour ce genre d'emploi—Il ressort de l'analyse de ces documents que les deux parties ont clairement exprimé leur point de vue devant la CCDP avant que celle-ci ne rende sa décision—Les demandeurs soutiennent que la convention collective, qui représente un nombre important de sections locales, prévoit le droit de travailler après l'âge de 65 ans—Néanmoins, suivant certains autres documents, l'âge de 65 ans est l'âge de la retraite en vigueur pour les contrôleurs et les débardeurs des ports de Terre-Neuve—Avant la convention collective de 1994, il n'y avait pas d'âge de retraite obligatoire de 65 ans et les employés avaient le droit de continuer à travailler après l'âge de 65 ans, mais il ne s'ensuit pas pour autant que l'âge de la retraite en vigueur n'est pas celui de 65 ans—Il ressort des documents dont la CCDP disposait au moment où elle a rendu sa décision qu'en règle générale, l'âge de la retraite était souvent fixé à 65 ans—La CCDP n'a pas commis d'erreur de fait ou de droit, compte tenu de l'arrêt *Holmes c. Canada (Procureur général)* (1999), 242 N.R. 148 (C.A.F.), dans lequel la Cour a statué que la Commission est investie d'un large pouvoir d'appréciation souveraine en matière d'instruction préliminaire, et compte tenu des éléments de preuve portés à la connaissance de la Cour—Suivant le libellé de l'art. 15(1)c), l'exception prévue vise l'«âge de la retraite en vigueur» (en anglais «*normal age of retirement*») pour le genre d'emploi qu'exerce l'intéressé—Il existe une différence marquée entre l'«âge de la retraite en vigueur» et l'âge «obligatoire» de la retraite—Le fait qu'il ne soit pas interdit aux employés de continuer à travailler après 65 ans ne rend pas déraisonnable la conclusion de la CCDP suivant laquelle l'âge de la retraite en vigueur a été fixé à 65 ans—La CCDP est l'organisme qui est le mieux placé pour apprécier les faits et les circonstances entourant une plainte avant de la déférer au TDP—La CCDP n'a commis aucune erreur donnant ouverture à un contrôle judiciaire en rendant sa décision—2) Les demandeurs soutiennent que la CCDP était tenue de tenir une audition et de leur accorder la possibilité de contre-interroger le représentant des défendeurs—Les

**DROITS DE LA PERSONNE—Fin**

demandeurs ont pris connaissance du rapport de l'enquêteur et ont eu l'occasion d'y répondre—En ce qui concerne l'art. 44(3)b) (qui oblige la Commission à rejeter la plainte si, eu égard aux circonstances de l'espèce, elle estime que son examen n'est pas justifié), la CCDP a respecté la norme d'équité procédurale applicable—La CCDP n'était nullement tenue de permettre le contre-interrogatoire du représentant des défendeurs—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 15c), 44(3)b) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 64).

MCALLISTER C. MARITIME EMPLOYERS ASSN.  
(T-1357-98, T-1383-98, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 15-7-99, 28 p.)

**ENVIRONNEMENT**

Demande de contrôle judiciaire formée contre la décision du ministre du Patrimoine canadien d'interdire dès 1999 toute activité liée à la navigation de plaisance sur la rivière Maligne, dans le parc national Jasper, en vue de protéger l'habitat du harlequin plongeur—Les demandeurs y offrent des excursions commerciales de descente de rivière—Une évaluation environnementale effectuée en 1991 a indiqué que la descente de rivière avait des répercussions néfastes à l'égard du harlequin plongeur le long de la rivière—Des recherches scientifiques au sujet du harlequin plongeur ont été menées entre 1991 et 1996—La décision relative à l'exploitation de la rivière a été différée jusqu'à ce que des consultations publiques soient tenues au sujet des options—Les demandeurs ont obtenu une prorogation de délai pour participer aux consultations; ont obtenu des renseignements précis; ont présenté des observations écrites—Parcs Canada a analysé ces observations et a préparé une recommandation à l'intention du ministre—Le ministre a accepté les recommandations—Les demandeurs soutiennent que le ministre, de par un engagement clair de sa part et de par sa ligne de conduite, a créé une expectative légitime quant à un processus de consultation publique des groupes d'intérêt et quant à un processus décisionnel fondé sur des motifs raisonnables et équitables; que le défaut de rendre une décision équitable a pour effet de l'invalider—Demande rejetée—L'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 174 D.L.R. (4th) 193 (C.S.C.) énumère les facteurs dont la cour doit tenir compte lorsqu'elle examine la décision du ministre—La Loi sur les parcs nationaux ne contient pas de clause privative; le ministre en charge et son délégué possèdent une certaine expertise quant à la gestion des parcs; la Loi sur les parcs nationaux confère au ministre un pouvoir discrétionnaire considérable relativement à l'administration, à la gestion et à la surveillance des parcs nationaux; l'on a apparemment voulu faire du pouvoir discrétionnaire un élément central dans la gestion des parcs nationaux, vu l'importance de soupeser les questions liées aux activités humaines et les questions environnementales—Les questions soulevées dans l'argumentation des

## ENVIRONNEMENT—Suite

demandeurs sont fondées sur l'examen qu'a fait le ministre de la preuve—La nature du problème se rapporte à une question de fait—La décision raisonnable est la norme de contrôle applicable—L'expectative légitime ne peut servir à créer des droits fondamentaux—Le ministre a suivi la procédure dont les demandeurs auraient pu raisonnablement prévoir qu'elle serait suivie—Il n'y a aucune preuve que le ministre n'a pas consulté les groupes d'intérêt antérieurement à la présentation des options—Le fait que les opinions des demandeurs n'aient pas été acceptées par Parcs Canada ne signifie pas qu'elles n'ont pas été examinées—La décision du ministre représente l'aboutissement de la pondération des questions liées aux activités humaines et des questions environnementales—Le ministre a donné la possibilité aux demandeurs de déplacer leurs services de descente commerciale de rivière vers d'autres rivières à l'intérieur du parc—La relocalisation des activités de descente de rivière d'une région à une autre, en fonction de préoccupations écologiques valables, paraît être un geste prudent, non pas une mesure visant l'incidence écologique nulle—Le ministre n'a pas créé d'expectative selon laquelle les renseignements obtenus lors de la période de consultation feraient l'objet d'une ronde supplémentaire de consultation—Ce qu'exigent les demandeurs, soit une solide preuve scientifique démontrant un lien causal entre l'activité de descente de rivière et le déclin de la population d'oiseaux dans la rivière, est impossible—Il n'existe aucune certitude absolue en science, seulement des probabilités—Il était raisonnable pour le ministre de conclure que, vu l'ensemble de la preuve, les harlequins plongeurs étaient sensibles aux perturbations—L'équité procédurale a trait à la procédure et à la pratique dans le cours du processus décisionnel, et non aux résultats de ce processus—La plupart des questions soulevées par les demandeurs concernent la question de fond relative à la validité et au bien-fondé de la décision du ministre—Loi sur les parcs nationaux, L.R.C. (1985), ch. N-14.

YOUNG C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1557-98, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 25-8-99, 19 p.)

Requêtes visant à faire radier deux demandes de contrôle judiciaire présentées par Rocky Mountain Ecosystem Coalition (Rocky Mountain) à l'égard du projet relatif au système de canalisation d'Alliance (le projet) (projet d'une grande envergure devant être réalisé par le Canada et les E.-U. comportant la construction d'un pipeline de gaz naturel sur une distance de plus de 13 000 kilomètres, au coût de 3,7 milliards de dollars, et pouvant livrer 37,5 millions de mètres cubes de gaz naturel par jour)—La première demande visait à l'obtention d'une ordonnance infirmant ou annulant la décision rendue par l'Office national de l'énergie (ONE) le 26-11-98 à l'égard du projet pour le motif que l'ONE avait utilisé les renseignements fournis par le ministère des Pêches et des Océans (MPO) et par l'Administration du rétablissement agricole des Prairies

## ENVIRONNEMENT—Suite

(ARAP), qui sont des entités qui n'auraient apparemment pas participé à l'audience publique qui a été tenue à l'égard du projet—La deuxième demande visait à l'obtention d'un *mandamus* enjoignant au MPO et à l'ARAP d'effectuer un examen du projet pour le motif que ceux-ci ne s'étaient pas acquittés des présumées obligations qui leur incombaient en leur qualité d'autorités responsables en vertu de l'art. 12(3) et (4) de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (la LCEE) (c.-à-d. fournir les renseignements pertinents importants à la commission qui effectue l'évaluation environnementale d'un projet) et pour le motif que le MPO et l'ARAP, en leur qualité d'autorités responsables, auraient dû participer à l'audience qui a été tenue à l'égard du pipeline—Le MPO et l'ARAP n'étaient pas nécessairement les autorités responsables, mais ils étaient peut-être des autorités fédérales ayant des renseignements utiles à l'ONE, qui était l'autorité responsable—Motifs invoqués aux fins de la radiation de la première demande: 1) la C.F. 1<sup>re</sup> inst. n'a pas compétence; 2) compte tenu de l'art. 18.5 de la Loi sur la Cour fédérale et de l'art. 22 de la Loi sur l'ONE, la demanderesse Rocky Mountain a recours à une procédure inappropriée pour demander l'examen de la décision de l'ONE; 3) subsidiairement, si la décision de l'ONE est susceptible de révision, seule la C.A.F. a la compétence voulue pour entendre la demande—La première demande ne relève pas de la compétence de la C.F. 1<sup>re</sup> inst., mais il serait possible de présenter une autre requête devant un juge en vue du transfert de l'instance à la C.A.F. en vertu de la règle 49 des Règles de la Cour fédérale (1998); la deuxième demande, visant à l'obtention d'un *mandamus*, se rapporte à une réparation que la Cour ne peut pas accorder; elle est radiée sans qu'un autre recours puisse être exercé—La Cour a toujours hésité à radier une demande introductive d'instance étant donné que le contrôle judiciaire vise déjà à accélérer le processus—Toutefois, les demandes sont radiées lorsqu'elles sont manifestement irrégulières au point de n'avoir aucune chance d'être accueillies: *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (C.A.)—L'art. 28(3) de la Loi sur la Cour fédérale prévoit expressément que la Section de première instance n'a pas compétence à l'égard des contrôles judiciaires visant les offices fédéraux sur lesquels la C.A.F. a compétence (et entre autres sur l'ONE: art. 28(1)f) de la Loi sur la Cour fédérale)—La première demande n'a donc aucune chance d'être accueillie—Autre motif pour lequel la Section de première instance n'a pas compétence: la Loi sur l'ONE prévoit qu'il est possible d'interjeter appel devant la C.A.F. d'une décision de l'Office sur une question de droit ou de compétence; l'art. 18.5 de la Loi sur la Cour fédérale interdit le contrôle judiciaire d'une décision dans la mesure où un droit d'appel existe, et Rocky Mountain ne s'est pas prévalu de ce recours—Quant à la deuxième demande, le *mandamus* ne peut pas être accordé—Le *mandamus* vise à assurer l'exécution d'une obligation légale publique—Critères fondamentaux: 1) il doit exister un droit clair de faire accomplir une chose; 2) l'obligation doit être née;

**ENVIRONNEMENT—Fin**

3) l'obligation doit être de nature purement ministérielle; 4) il doit y avoir une demande et un refus d'accomplir l'acte: *Karavos v. Toronto (City)*, [1948] 3 D.L.R. 294 (C.A. Ont.)—Aucune disposition de la LCEE ne prévoit que le MPO et l'ARAP, que ce soit en leur qualité d'autorités responsables ou d'autorités fédérales pourvues des connaissances voulues, doivent coopérer d'une façon précise à la tenue d'audiences ou fournir à la commission des renseignements précis à moins qu'on ne leur demande de le faire—La portée du *mandamus* ne va pas jusqu'à permettre l'octroi de pareille réparation en l'absence d'un droit et d'une obligation—L'ONE n'a pas demandé de renseignements au MPO et à l'ARAP—Si Rocky Mountain ne souscrit pas à cet avis, elle devrait soulever la question dans le cadre d'un examen de la décision de l'ONE et non dans le cadre d'une procédure visant à l'obtention d'un *mandamus* contre le MPO et l'ARAP—En outre, la façon dont les renseignements doivent être fournis à l'ONE est de nature purement discrétionnaire, de sorte qu'aucun *mandamus* ne peut être accordé—Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37, art. 12(3),(4)—Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. (1985), ch. N-7, art. 22 (mod. par L.C. 1990, ch. 7, art. 11)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.5 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), 28(1),(3) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8)—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 49.

ROCKY MOUNTAIN ECOSYSTEM COALITION C. CANADA (OFFICE NATIONAL DE L'ÉNERGIE) (T-8-99, T-9-99, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 3-8-99, 24 p.)

**FONCTION PUBLIQUE****APPELS**

Appel fondé sur l'art. 21 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique contre la nomination consécutive à un concours interne—Le demandeur n'avait pas obtenu le nombre minimum de points à l'égard d'un test standardisé, l'exercice de la corbeille 820, l'un des outils de sélection—La Commission de la fonction publique (CFP) avait refusé de donner accès aux documents du test, si ce n'est à des conditions que le demandeur jugeait inacceptables, pour le motif que cela nuirait à l'utilisation continue du test standardisé et conférerait au demandeur un avantage lorsqu'il se présenterait subséquemment au test—1) La présidente avait rendu une ordonnance de divulgation dans laquelle elle refusait l'accès au guide de notation, si ce n'est à une personne désignée par l'appelant qui avait les compétences voulues pour examiner et évaluer le test et le guide de notation—Pareille personne ne sera pas celle qui sera chargée de contre-interroger les témoins au sujet du test et de son application—L'ordonnance de la présidente équivalait

**FONCTION PUBLIQUE—Suite**

à fournir au demandeur une évaluation indépendante du test, mais limite sa capacité d'utiliser cette information dans le cadre d'un processus accusatoire visant à permettre de déterminer ses droits—Compte tenu du raisonnement qui a été fait dans *Barton c. Canada (Procureur général)* (1993), 66 F.T.R. 54 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), où il a été statué que l'on avait eu tort de refuser aux requérants le droit de faire connaître à leur représentant, qui était chargé d'organiser la preuve, les renseignements connus du témoin éventuel, le guide de notation devait être communiqué au représentant du demandeur—*Hasan c. Canada (Procureur général)* (1996), 111 F.T.R. 217 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), où il a été statué qu'un guide de notation ne renfermait pas de renseignements concernant l'appelant ou le candidat reçu et qu'il n'avait donc pas à être communiqué, est limité aux circonstances de cette affaire—Dans cette affaire, il s'agissait principalement de savoir si, aux fins de la divulgation, le comité d'appel pouvait faire une distinction entre l'appelant et son représentant—Le juge Richard a conclu que rien ne permettait de faire pareille distinction de sorte que si le guide de notation était assujéti à la divulgation, il devait être remis à l'appelant lui-même—Cela ne change rien à la nature du guide, mais cela change les conséquences de la divulgation—Rien ne permet de ne pas donner accès au guide de notation en vertu de l'art. 24(1) du Règlement—Il s'agit de savoir si le document contient des renseignements concernant l'appelant et le candidat reçu et s'il «est susceptible d'être communiqué au comité d'appel»—La communication à un psychologue vise probablement à apaiser les craintes existant à cet égard—Toutefois, le fait de chercher à atténuer les craintes du demandeur ne l'aide pas à convaincre le comité d'appel dans le cadre de ce processus accusatoire—Le guide de notation contient des renseignements concernant le demandeur et le candidat reçu, de sorte qu'il faut y avoir recours pour apprécier les résultats obtenus par les candidats; cela satisfait donc au premier volet du critère prévu à l'art. 24(1)—L'expression «susceptible d'être communiqué au comité d'appel» est curieuse parce que, habituellement, on ne parle pas des documents communiqués au tribunal—La divulgation se fait habituellement au stade préalable à l'audience, lorsque les parties échangent les documents pertinents de façon à circonscrire les questions en litige—Cette expression doit être interprétée dans le contexte d'une disposition qui vise à désigner les documents qui doivent être mis à la disposition de l'appelant—Les documents doivent contenir des renseignements «concernant» les candidats—Cela ne veut pas nécessairement dire que les renseignements sont pertinents—La deuxième exigence, à savoir que le document est susceptible d'être communiqué au comité d'appel, devrait être interprétée comme se rapportant à la question de la pertinence, étant donné que c'est la pertinence qui permet de déterminer si un document sera admis en preuve devant le tribunal—L'expression «susceptible d'être communiqué au comité d'appel» devrait donc être interprétée comme signifiant «en raison de sa

**FONCTION PUBLIQUE—Suite**

pertinence, peut être présenté en preuve devant le comité d'appel»—2) Le Procureur général conteste l'ordonnance de la présidente par laquelle le représentant du demandeur est autorisé à prendre des notes et à faire des photocopies du guide de notation et du matériel d'examen—L'art. 24(3) et (4) prévoit que l'on peut refuser de donner accès à des documents ou de fournir copie de documents pour des raisons précises—Le Procureur général soutient qu'étant donné que l'art. 24(5) du Règlement autorise uniquement une demande d'accès et que l'art. 24(6) se rapporte uniquement à une ordonnance accordant l'accès, le président n'a pas compétence pour ordonner que des copies soient fournies lorsque l'administrateur général ou la Commission invoque l'art. 24(3) ou (4)—Le demandeur soutient qu'il va de soi que l'avocat ne peut pas préparer adéquatement les interrogatoires et les contre-interrogatoires relatifs à des documents complexes sans avoir des copies de ces documents—En l'absence d'une autorité obligeant la Cour à le faire, il n'existe aucun motif évident de s'écarter du sens ordinaire des mots employés dans le Règlement—Cela oblige la Cour à respecter la distinction qui est faite entre le fait de donner accès aux documents et le fait de fournir copie des documents—Si l'objection formulée à l'égard de la divulgation est fondée sur l'art. 24(3) ou (4), le pouvoir conféré au comité d'appel en vertu du Règlement est limité au pouvoir d'ordonner d'accorder l'accès à ces documents—Le comité d'appel n'est pas autorisé à ordonner que des copies soient fournies—Dans cette mesure, le comité d'appel a commis une erreur en autorisant sans restriction aucune que des notes personnelles soient prises et que les documents à l'égard desquels l'accès est accordé soient photocopiés—3) L'ordonnance excluait les noms de candidats qui avaient été nommés à des postes par suite d'un concours interne antérieur ou qui avaient refusé un poste pour le motif qu'aucune de ces personnes ne pouvait être nommée au poste visé par le concours et qu'aucune d'elles ne pouvait être considérée comme un candidat reçu—L'art. 24(1) du Règlement définit l'objet de la divulgation en mentionnant l'information concernant «lui-même [l'appelant] ou le candidat reçu»—Si la divulgation vise à permettre à un candidat de confirmer que le principe de la sélection au mérite a été observé, le moment pertinent aux fins de la divulgation devrait être celui où le principe de la sélection au mérite devait être appliqué, c'est-à-dire le moment où la liste a été créée—Le demandeur a le droit d'avoir accès aux résultats obtenus par tous les candidats dont le nom figurait sur la liste d'admissibilité—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 21 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 16; 1996, ch. 18, art. 15)—Règlement sur l'emploi dans la fonction publique de 1993, DORS/93-286, art. 24 (mod. par DORS/96-482, art. 4; 97-142, art. 8).

KACZMAR C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)  
(T-1551-98, T-1557-98, juge Pelletier, ordonnance en date du 30-7-99, 19 p.)

**FONCTION PUBLIQUE—Fin**

## PROCESSUS DE SÉLECTION

*Concours*

Demande de contrôle judiciaire de la décision interlocutoire par laquelle la présidente du comité d'appel a refusé aux demandeurs la permission de consulter le guide de l'examineur par suite de son interprétation de l'art. 24 du Règlement sur l'emploi dans la fonction publique (1993)—Les demandeurs, candidats non reçus à un concours restreint tenu par Revenu Canada, ont contesté la nomination des candidats reçus en interjetant appel devant le comité d'appel de la fonction publique—Le Règlement oblige le comité d'appel à examiner trois questions pour appliquer l'art. 24—Le comité d'appel devrait adopter une méthode téléologique pour examiner ces questions pour «limiter les motifs pour lesquels un administrateur général peut refuser de fournir un document», ainsi qu'il est précisé dans le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation accompagnant le texte du règlement de 1996—La présidente du comité d'appel a conclu que la divulgation du guide de l'examineur compromettrait l'intégrité et l'utilisation future du test standardisé—Elle n'a pas établi de distinction entre la divulgation aux appelants et à leurs représentants et la divulgation aux représentants seulement—L'art. 24(6) du Règlement prévoit la possibilité d'une «divulgation sélective»—Le fait que la présidente du comité d'appel a vraisemblablement omis d'examiner la possibilité d'accorder une divulgation conditionnelle avant de conclure que l'accès ne pouvait être accordé constitue une erreur qui donne ouverture à un contrôle judiciaire et qui justifie l'intervention de la Cour—Une interprétation téléologique de l'art. 24(6) exigerait que le comité d'appel accorde aux demandeurs la possibilité de remplacer Lai et Tucci par un autre représentant, dont la situation personnelle ne compromettrait pas l'utilisation continue du test et ne conférerait pas un avantage indu à une personne—L'art. 24(6) permet au comité d'appel d'imposer les conditions auxquelles la divulgation est accordée au représentant mais pas aux demandeurs—Cette divulgation sélective devrait se limiter à des documents comme le guide de l'examineur ou d'autres renseignements délicats analogues, auquel cas l'accès ne sera accordé à personne d'autre—Demande accueillie—Règlement sur l'emploi dans la fonction publique (1993), DORS/93-286, art. 24, (mod. par DORS/96-482, art. 4).

JAIN C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1588-98, juge Lutfy, ordonnance en date du 30-7-99, 14 p.)

**GRC**

Requête en vue d'obtenir une ordonnance radiant une déclaration—Dans le cas d'une requête en radiation de la

**GRC—Fin**

déclaration au motif qu'elle ne révèle aucune cause d'action, il doit être évident et manifeste que la réclamation n'aboutira pas malgré le fait que les prétentions à l'appui de la déclaration doivent être réputées vraies—Le demandeur, Riabko, a été membre de la GRC du 6 novembre 1978 au 14 septembre 1994—En mai 1994, un comité d'arbitrage a tenu une audience et a reconnu Riabko coupable d'avoir enfreint le code de déontologie de la GRC—Demandeur renvoyé de la GRC suite à l'écoulement du délai dans lequel il pouvait interjeter appel de la décision du comité—Le membre de la GRC doit avoir été renvoyé en conformité avec la Loi sur la GRC, ses règlements et son code de déontologie—Il ne doit y avoir aucun abus de la part de la Couronne lors du congédiement du membre de la GRC—Le demandeur soutient qu'il y a eu abus du pouvoir de congédier ou que celui-ci a été outrepassé, créant en conséquence une question litigieuse pouvant donner lieu à procès—La déclaration révèle-t-elle une question litigieuse pouvant donner lieu à un procès?—Aucun témoignage ne peut être présenté par aucune des parties en cause parce que la demande de radiation est présentée en vertu de la règle 221(1)a—En promulguant la Loi sur la GRC, le législateur a créé une procédure réglementaire pour traiter des plaintes officielles—La Loi prévoit une procédure interne de règlement des griefs—Si les articles de la Loi et des règlements sont respectés, un membre peut être congédié ou renvoyé sans que celui-ci ne puisse porter l'affaire devant les tribunaux au moyen d'une déclaration n'alléguant que d'un congédiement injustifié—Vu l'allégation de violation du code de déontologie de la GRC, une audience relative aux mesures disciplinaires graves à prendre a eu lieu en vertu de l'art. 43 de la Loi sur la GRC—En vertu de l'art. 45.14 de la Loi, il était permis au demandeur d'interjeter appel de la décision du comité devant le commissaire de la GRC dans les 14 jours—Riabko n'a pas interjeté appel de la décision du comité mais a intenté une action contre Sa Majesté devant la Cour fédérale—Le demandeur n'a pas suivi la procédure prévue par la Loi sur la GRC—Aucune cause d'action n'existe relativement à la procédure de règlement des griefs prévue par la Loi sur la GRC, il n'y a eu aucun abus de pouvoir et aucun pouvoir n'a été outrepassé—Le demandeur avait un droit d'appel de la décision devant le commissaire mais n'a pas interjeté appel—Aucun intérêt pour le législateur de mettre en place une procédure de règlement des griefs si une des parties pouvait, après avoir pris part à la procédure, décider d'éluder la procédure qu'il a établie—Demande accueillie—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 221(1)a—Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), ch. R-10, art. 43 (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch-8, art. 16), 45.14 (édicte, *idem*)—Règlement de la Gendarmerie royale du Canada (1988), DORS/88-361.

RIABKO C. CANADA (T-979-96, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 24-8-99, 14 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU**

## CALCUL DU REVENU

*Gains en capital*

Appel d'une décision par laquelle la Cour de l'impôt avait accueilli l'appel que l'appelante avait interjeté contre une nouvelle cotisation d'impôt établie pour l'année d'imposition 1990—Le contribuable possédait une part de 50 p. 100 dans un terrain non bâti de 25,89 acres situé à Halifax; il était décédé en 1990—Le juge de la Cour de l'impôt avait conclu, aux fins de la détermination du gain en capital imposable réalisé par suite de la disposition réputée, que la valeur du bien-fonds était de 246 000 \$ au 31 décembre 1971 (le jour de l'évaluation) et de 1 426 000 \$ au moment du décès—La propriété était initialement composée de 31 acres, mais 5,084 acres avaient été expropriés en 1975—En 1975, les terrains expropriés valaient 18 000 \$ l'acre—En établissant la valeur du bien-fonds en 1971, la Cour de l'impôt a commis une erreur en omettant de tenir compte du montant accordé lors de l'expropriation—Selon la jurisprudence, il aurait fallu tenir compte de ce montant eu égard à toutes les circonstances de l'affaire et il aurait fallu le retenir, sous réserve de l'importance à lui accorder—Parmi ces circonstances: le nombre peu élevé de propriétés comparables avaient été vendues au cours des années contemporaines du jour de l'évaluation; le montant accordé lors de l'expropriation se rapportait à une ancienne partie du bien-fonds ici en cause—La Cour de l'impôt aurait dû vérifier si le montant accordé lors de l'expropriation comportait les caractéristiques établies lorsqu'il s'agit d'accorder moins d'importance à ce genre d'évaluation et s'il existait des éléments étrangers qui avaient pour effet de falsifier le chiffre normalement obtenu dans le cas d'une vente sur le marché libre, qui est réputée représenter la juste valeur marchande de la propriété—Elle aurait dû tenir compte du fait que le montant accordé lors de l'expropriation avait été fixé par un tribunal spécialisé à la suite d'un long litige destiné précisément à établir la juste valeur marchande d'une partie du bien-fonds—En rejetant carrément pareil montant, la Cour de l'impôt n'a pas tenu compte de la preuve pertinente provenant d'un tribunal spécialisé et elle a appliqué le droit d'une façon erronée—Affaire renvoyée à la Cour de l'impôt sur cette question—Il existait une certaine confusion au sujet de la question de savoir si la Cour de l'impôt avait tenu compte de ce qu'il en avait coûté pour amener la conduite d'égout jusqu'à la propriété en déterminant la valeur du bien-fonds—Pour plus de clarté, l'affaire a été renvoyée à la Cour de l'impôt, en ce qui concerne le second motif d'appel, de façon qu'il soit certain qu'il a bien été tenu compte de pareils frais—Appel accueilli avec dépens.

REISS, SUCCESSION C. CANADA (A-205-98, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 17-6-99, 9 p.)

## PÊCHES

Permis—Requête de la Couronne visant à faire radier la déclaration, à obtenir une suspension d'instance ou de plus amples précisions—Action en jugement déclaratoire et en dommages-intérêts découlant du transfert d'un permis de pêche au chalut du navire de pêche *Seacrest* de la demanderesse au navire de pêche *Pacific Eagle*, et du transfert réciproque d'un bloc de permis composé d'un permis de pêche au saumon A et d'un permis de pêche au chalut du *Pacific Eagle* au *Seacrest*—Au moment de l'échange de permis, les intéressés étaient au courant de l'imposition probable de quotas de pêche calculés en fonction du dossier de prises de chaque pêcheur—Malgré le fait que la demanderesse a bien pris soin de préciser que son dossier de prises ne devait pas être transféré avec le permis et en dépit des assurances du directeur des licences du ministère des Pêches et Océans (le Ministère) suivant lesquelles le transfert n'aurait aucune incidence sur le dossier de prises, le ministre des Pêches (le ministre) s'est servi du dossier de prises du navire pour calculer le quota à attribuer—Les permis de pêche existent en nombre limité; ils ont une grande valeur marchande, qui dépasse de beaucoup les droits annuels quasi symboliques qui s'y rattachent—Un permis ne confère aucun droit et est toujours révoquant—Les permis expirent chaque année et le ministre compétent délivre dans chaque cas un nouveau permis—Quiconque peut acheter un nouveau permis et le revendre immédiatement à très grand profit—Le ministre fait en conséquence valoir que la demanderesse n'a juridiquement aucun contrôle sur le permis qu'elle a aliéné et que, comme elle n'a aucun droit de recours, la déclaration devrait être radiée—La requête est rejetée—Le Ministère affirme que la Cour n'est pas compétente pour entendre une action, par opposition à une demande, visant à obtenir un jugement déclaratoire contre un «office fédéral»—Récemment, dans l'affaire *Johnson c. Ramsay Fishing Co.* (1987), 47 D.L.R. (4th) 544 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Joyal a recouru au jugement déclaratoire comme outil flexible dans une action portant sur un permis de pêche—Il est impossible à la Cour d'affirmer que le jugement déclaratoire sollicité en l'espèce n'a nettement, manifestement et indubitablement pas la moindre chance de succès—De plus, la réparation demandée est discrétionnaire et, lorsque des questions de droit sérieuses sont soulevées, elles ne devraient pas être radiées dans le cadre d'une requête interlocutoire et il est préférable de laisser au juge du procès le soin de les trancher—Le Ministère affirme également que la Loi sur les pêches confère au ministre un pouvoir discrétionnaire absolu en matière de délivrance de permis de pêche et que la Cour ne devrait pas «décider à la place» du ministre—Or, le ministre ne s'est pas seulement prononcé sur un permis de pêche, mais également sur la production d'un pêcheur, en l'occurrence le tonnage de poissons capturés—La demanderesse peut soutenir que la décision est fondée sur des considérations non pertinentes ou erronées, car il se peut fort bien que le calcul du quota ne soit pas fondé sur le bon dossier de prises—La Cour hésite à radier la demande au motif qu'elle n'a nettement, manifestement et indubitable-

## PÊCHES—Fin

ment aucune chance d'être accueillie—Qui plus est, une déclaration ne devrait pas être radiée sans que le demandeur ait eu l'occasion de la modifier s'il existe une parcelle de cause d'action (*Kiely c. La Reine* (1987), 10 F.T.R. 10 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.))—La Cour autorise la demanderesse à déposer une déclaration modifiée pour y invoquer plus clairement des motifs permettant de contester la décision discrétionnaire du ministre—La suspension demandée est refusée, étant donné que les deux instances introduites devant la Cour fédérale portent sur des réparations complètement différentes, bien que fondées sur des circonstances factuelles identiques—Les circonstances entourant l'introduction de l'action portée devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique ne font pas tomber les plaideurs sous le coup de l'art. 50 de la Loi de manière à exiger la suspension de l'instance—Quant aux précisions demandées, il incombe à la partie qui les réclame de démontrer qu'elles sont nécessaires—Elle peut s'acquitter de ce fardeau en présentant un affidavit à condition toutefois que la nécessité des précisions réclamées ressorte à l'évidence au vu de l'acte de procédure, ce qui n'est pas le cas en l'espèce—La demande de précisions est rejetée, mais le délai imparti pour déposer une défense est prorogé—La seconde instance et la première instance, l'instance en contrôle judiciaire qui a été convertie en action, ont fait l'objet d'une série de requêtes, dont certaines semblent avoir le même objet mais qui émanent de requérants différents—Il y a lieu d'espérer que les parties aborderont bientôt le fond de la demande, car les faits et les questions en litige sont importants—De plus, même si le montant en jeu est élevé, il y a des limites à ce que les plaideurs et les contribuables, qui appuient matériellement la Couronne, devraient avoir à payer pour faire trancher ces questions—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50—Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14.

RADIL BROS. FISHING CO. C. CANADA (MINISTÈRE DES PÊCHES ET OCÉANS, DIRECTEUR GÉNÉRAL RÉGIONAL POUR LA RÉGION DU PACIFIQUE) (T-382-99, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 12-7-99, 19 p.)

## PÉNITENCIERS

Demandeur détenu cherchant à obtenir des dommages-intérêts pour détention illégale—En octobre 1991, le demandeur a été transféré au pénitencier de Donnacona, qui est un établissement à sécurité maximale—Le 21 janvier 1992, le demandeur a été placé en isolement préventif pour refus de participer aux programmes de réhabilitation de l'institution—Son refus était fondé sur le fait que la plupart des programmes de réhabilitation ne fonctionnent pas et qu'ils constituent une perte de temps et d'argent pour le détenu et pour l'État—Lorsque le demandeur a indiqué qu'il n'avait pas changé d'idée, une équipe de gestion de cas a décidé qu'il serait sorti de l'isolement pour être intégré à la

**PÉNITENCIERS—Suite**

population générale de la section de l'institution qui est réservée pour les détenus «incompatibles»—Le demandeur a refusé d'aller dans cette aile, insistant pour être renvoyé dans son ancienne aile—Il a été accusé en raison de son refus et a été condamné à 14 jours de détention—Il a été maintenu en isolement préventif jusqu'au 7 avril 1992, date à laquelle il a été réintégré à la population générale de son ancienne section en raison du fait que sa plainte avait été accueillie au deuxième niveau et d'une note de service envoyée par le sous-commissaire de la région—L'institution avait été choisie par le Service correctionnel du Canada pour mettre en œuvre le plan correctionnel stratégique en tant que projet expérimental à l'automne 1991—Le plan prévoyait que les détenus qui refusaient de participer aux programmes de réhabilitation étaient placés en isolement préventif et que, s'ils maintenaient leur refus, ils étaient envoyés dans la section réservée pour les détenus «incompatibles»—Le demandeur doit convaincre la Cour, selon la prépondérance des probabilités, que la décision de le placer en détention préventive qui a été prise le 21 janvier 1992 et la décision de le détenir jusqu'au 4 avril 1992 constituaient de la négligence de la part des fonctionnaires de la défenderesse—La Cour doit décider si les décisions prises par les autorités relèvent du pouvoir discrétionnaire qui leur est conféré par l'art. 40(1)a) du Règlement sur le service des pénitenciers, qui permet au chef de l'institution d'interdire à un détenu de se joindre aux autres s'il est convaincu que cela est nécessaire ou opportun pour le maintien du bon ordre dans l'institution ou que cela est dans le meilleur intérêt du détenu—Dans *Brandon c. Canada (Service correctionnel)* (1996), 131 D.L.R. (4th) 761 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Gibson a dû se prononcer sur l'action en dommages-intérêts pour détention arbitraire qu'avait intentée un détenu—Il a conclu qu'aucune preuve ne menait à la conclusion que le directeur était convaincu que, pour le maintien du bon ordre et de la discipline au sein de l'établissement, il était nécessaire ou opportun d'interdire au demandeur de se joindre aux autres détenus—Mais il y avait suffisamment d'éléments de preuve en l'espèce pour convaincre le directeur qu'il était nécessaire ou opportun d'interdire au demandeur de se joindre aux autres détenus—Le demandeur a refusé de faire quoi que ce soit en ce qui concerne les programmes de réhabilitation—L'institution avait reçu mandat du Service correctionnel du Canada de mettre en œuvre la stratégie correctionnelle dès que possible—Beaucoup d'efforts avaient été consacrés pour élaborer et mettre en œuvre la stratégie correctionnelle, dont le but ultime était la réinsertion sociale des détenus—Lorsque les agents de cas ont tenté de rencontrer le demandeur pour aborder et mettre en œuvre un éventuel plan correctionnel conçu en fonction de ses besoins, le demandeur n'a même pas daigné les rencontrer—Il n'était tout simplement pas intéressé à la réhabilitation—Face au refus total du demandeur, les autorités ont décidé que, pour le maintien du bon ordre et de la discipline dans l'institution, des mesures devaient être prises—C'est ce qu'elles ont fait en plaçant le

**PÉNITENCIERS—Fin**

demandeur en isolement—Le maintien du bon ordre et de la discipline dans l'institution comporte la bonne administration et la mise en œuvre du plan correctionnel stratégique—Permettre à un détenu de faire ce qu'il veut n'est pas acceptable—Le demandeur n'avait pas d'autre choix que celui de participer aux programmes de réhabilitation et, à tout le moins, de rencontrer les agents de cas pour discuter d'un programme de réhabilitation éventuel conçu en fonction de ses besoins—Les autorités n'ont pas été négligentes lorsqu'elles ont pris leur décision—Le plan correctionnel prévoyait clairement qu'un détenu qui refusait de participer aux programmes de réhabilitation était envoyé dans la section réservée pour les détenus «incompatibles»—Le demandeur ne voulait pas y aller parce qu'elle était conçue pour les détenus qui avaient fait quelque chose qui nécessitait qu'ils soient protégés contre la population générale—Il craignait que les détenus de son ancienne section soient méfiants à son endroit et tentent de s'en prendre à lui s'il était envoyé là—Le fait que la plainte du demandeur ait été accueillie n'aide pas ce dernier—Sa plainte a été accueillie parce que des personnes en situation d'autorité, à un niveau supérieur à celui du chef de l'institution, ont décidé que le plan et la stratégie correctionnels devaient être modifiés, et que, vu les circonstances, le demandeur avait droit au paiement du salaire perdu pendant la durée de l'isolement—On a également décidé d'annuler l'infraction dont il avait été accusé en raison de son refus d'aller dans la section réservée pour les détenus «incompatibles»—Suivant la preuve, le directeur et les personnes en situation d'autorité dans la section du demandeur n'ont pas agi de façon négligente lorsqu'ils ont décidé d'interdire au demandeur de se joindre aux autres et de l'envoyer dans la section réservée pour les détenus «incompatibles»—Ces décisions étaient justifiées aux termes de l'art. 40(1)a) du Règlement sur le service des pénitenciers—Action rejetée—Règlement sur le service des pénitenciers, C.R.C., ch. 1251, art. 40(1)a).

CARON C. CANADA (T-1484-94, juge Nadon, jugement en date du 15-7-99, 25 p.)

**PENSIONS**

Demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un membre de la Commission d'appel des pensions refusant au demandeur l'autorisation d'en appeler d'une décision du tribunal de révision des pensions devant la Commission d'appel des pensions—La décision du tribunal lui refusait une pension d'invalidité au motif qu'il ne correspondait pas à la définition d'invalidité donnée dans le Régime de pensions du Canada, parce qu'il était toujours considéré comme employable—Le demandeur est un homme de 61 ans qui a travaillé comme conducteur de camion pendant 40 ans—En 1996, il n'était plus en mesure de conduire son camion à cause d'incapacités physiques, c'est-à-dire de douleurs aiguës dans le dos et dans le cou—La demande de presta-

**PENSIONS—Fin**

tions d'invalidité qu'il a présentée a été refusée par le tribunal de révision—Le tribunal a conclu que le demandeur était en mesure d'accomplir des travaux légers pas trop exigeants—Le demandeur a sollicité l'autorisation d'appeler de la décision du tribunal de révision devant la Commission d'appel des pensions—La preuve déposée devant la Commission d'appel des pensions en vue d'appuyer la demande d'autorisation d'appel du demandeur était beaucoup plus substantielle que celle qui a été présentée au tribunal—La question est de savoir si le demandeur est invalide au sens de l'art. 42(2) du Régime de pensions—L'invalidité doit être grave et prolongée—La norme de contrôle en l'espèce n'oblige pas à faire preuve d'un niveau élevé de retenue judiciaire—Lorsque le motif d'une demande d'autorisation d'interjeter appel se fonde principalement sur l'existence d'une preuve additionnelle, la question qu'il faut se poser, c'est de savoir si la nouvelle preuve déposée à l'appui de la demande d'autorisation soulève un doute véritable quant à savoir si le tribunal serait parvenu à la décision qu'il a prise s'il avait été saisi de la preuve additionnelle—Le commissaire, en prenant la décision qui fait l'objet du contrôle, s'est posé la mauvaise question (a examiné la demande au fond) et a imposé un fardeau trop lourd au demandeur dans son évaluation de la demande d'autorisation d'appel—La demande est accueillie—Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 42(2) (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 12; L.C. 1992, ch. 1, art. 23).

KERTH C. CANADA (MINISTRE DU DÉVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES) (T-1801-98, juge Reed, ordonnance en date du 13-8-99, 14 p.)

**PEUPLES AUTOCHTONES****INSCRIPTION**

Appel de la décision de la Section de première instance ([1996] 3 C.F. 907) d'accueillir l'action dans laquelle des enfants indiens adoptés réclament de la bande et du Conseil de bande le paiement des sommes qui ont été versées à chacun des membres de la bande lors du partage par tête qui a eu lieu de 1979 à 1992 et en 1995—Le juge de première instance a correctement interprété les art. 10 et 13 de la Loi sur les Indiens—L'art. 10 est devenu nécessaire en 1951, lorsque la condition d'Indien inscrit a cessé d'être automatiquement liée à l'appartenance à une bande—Cette disposition a pour objet de maintenir la règle coutumière voulant que le mari, en tant que chef de famille, intègre à sa bande sa femme et ses enfants—Les intimés adoptés, à partir de 1978, et les autres intimés, à partir de l'année où ils sont nés, étaient, en droit, membres à part entière de la bande de Campbell River, et avaient droit aux allocations de Noël versées, par décision du Conseil de bande avec l'aval du ministre, à tout membre de la bande—Véritable rapport fiduciaire entre le Conseil de bande et les membres de la bande en ce qui concerne le versement des allocations—Le

**PEUPLES AUTOCHTONES—Fin**

fait que l'art. 36(6) de la Loi sur la Cour fédérale prévoit, en fin de paragraphe, que «aucun intérêt ne peut être accordé à l'égard d'une période antérieure au 1<sup>er</sup> février 1992» soulève une difficulté—Le législateur n'a pas, par le biais d'une disposition indirecte et accessoire, voulu supprimer un pouvoir que la Cour exerce depuis son origine—Cela signifiait que les nouvelles dispositions de l'art. 36 s'appliquent à partir de la date d'entrée en vigueur de la modification législative intervenue—Appel rejeté—Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, ch. I-6, art. 10, 13—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 36(6) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 9).

MOON C. BANDE INDIENNE DE CAMPBELL RIVER (A-679-96, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 7-6-99, 5 p.)

**PRATIQUE****COMMUNICATION DE DOCUMENTS  
ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE***Ordonnances Anton Piller*

Requêtes visant le prononcé d'ordonnances contre des défendeurs inconnus en application d'ordonnances Anton Piller—Les ordonnances Anton Piller ont pour fonction de permettre au demandeur de saisir des marchandises et du matériel connexe devant servir de preuve dans une poursuite intentée contre le défendeur, lorsque le demandeur craint que les éléments de preuve soient détruits s'ils ne sont pas placés sous la garde de la Cour—Il existe deux types d'ordonnance Anton Piller—Dans le deuxième type, qualifié d'ordonnance renouvelable, l'identité des défendeurs n'est pas connue au moment où l'ordonnance est accordée—Ne sont pas connus non plus les détails des contrefaçons qu'auraient commises les défendeurs dont l'identité reste à établir—Toutes les ordonnances Anton Piller dont l'exécution a été soumise à l'examen de la Cour le 7 juin 1999 sont du type «renouvelable»—Aucun des dossiers des requêtes demandant l'approbation de l'exécution visées par les présents motifs ne renferme une liste des articles saisis, et aucun défendeur n'a reçu signification d'une telle liste—On n'a présenté aucun élément de preuve quant à la raison pour laquelle la police avait saisi les articles en question—Ni les demandereses ni la Cour n'ont les articles sous leur garde—Il ne convient pas de prononcer les ordonnances demandées—La Cour d'appel ne s'est pas prononcée sur le bien-fondé de cette mesure et n'a pas donné de directives quant à son application—Ce recours permet à un demandeur de saisir des biens appartenant à autrui sur la seule affirmation que ces biens portent atteinte à ses droits de propriété intellectuelle—La Cour peut évaluer après coup cette affirmation, mais de nombreux facteurs, le plus important étant le coût élevé des services d'avocats, peuvent décourager la contestation des revendications du demandeur après

**PRATIQUE—Suite**

la saisie, en particulier si quelques articles seulement ont été saisis—La prolifération de la contrefaçon constitue un grave problème pour des titulaires de droits de propriété intellectuelle comme les demanderesse—C'est en raison de la gravité du problème que la Cour a élaboré les ordonnances Anton Piller renouvelables—Il n'y a pas suffisamment de mesures de contrôle pour garantir l'absence d'abus—Tous les défendeurs ayant fait l'objet de perquisitions et de saisies ne se livraient pas à un commerce «évanescent et subreptice»—Les ordonnances Anton Piller ne devraient être accordées qu'à la condition que le demandeur prenne à sa charge la supervision de leur exécution par un avocat ou un *amicus curiae* choisi par la Cour et sans lien avec les intérêts du demandeur—La Cour n'est pas disposée à approuver l'exécution d'une ordonnance Anton Piller qui paraît s'attacher à une perquisition et une saisie de marchandises par la police dans le cadre d'une instance criminelle, alors que l'ordonnance même prévoit expressément que la saisie pratiquée sous son régime ne doit viser que des fins civiles—La Cour n'est pas disposée à approuver l'exécution car aucune liste ou description des biens saisis n'a été fournie aux défendeurs ou à la Cour, ainsi que le prescrit l'ordonnance—Les requêtes visant le prononcé d'ordonnances contre les personnes désignées sont rejetées.

NIKE CANADA LTD. C. PERSONNE INCONNUE (T-2027-97, T-945-98, T-1058-98, T-1064-98, T-2295-98, T-550-99, T-551-99, T-646-99, T-823-99, juge Reed, ordonnances en date du 27-7-99, 20 p.)

*Production de documents*

Les parties ont conclu une convention prévoyant une évaluation indépendante anticipée et une médiation par un juge à la retraite de la Cour supérieure de l'Ontario—La clause 5.1 stipule que tout renseignement fourni et tout document préparé en vue de l'évaluation indépendante sont confidentiels et privilégiés—Conformément à cette convention, la demanderesse a remis à la défenderesse des projets de rapports d'experts—La défenderesse a révélé le texte de ces rapports à ses propres experts pour que ces derniers préparent leur rapport en vue du litige—Il s'agit là d'une violation évidente et très importante des conditions de la convention d'évaluation indépendante anticipée—Les documents échangés devaient être confidentiels et privilégiés—La demanderesse a communiqué par la suite à la défenderesse des rapports définitifs des mêmes experts qui ne diffèrent que légèrement des projets de rapports—Les experts de la défenderesse ont simplement eu plus de temps pour réfléchir à ce qu'ils diraient en réponse aux positions de la demanderesse—Est jugée appropriée une ordonnance portant que les projets de rapports seront traités comme des rapports de réponse, de sorte que la défenderesse n'aura plus le droit de déposer d'autres rapports en réponse aux rapports d'experts de la demanderesse, et portant que la demanderesse sera autorisée à déposer ses propres rapports en

**PRATIQUE—Suite**

réponse aux rapports d'experts de la défenderesse—La violation commise par la défenderesse étant très importante, bien qu'il ne s'agisse pas d'un acte de mauvaise foi, une ordonnance de dépens sur la base avocat-client est appropriée—Une ordonnance relative aux dépens d'un montant de 20 000 \$ payable sans délai et quelle que soit l'issue de la cause est rendue.

ANDERSEN CONSULTING C. CANADA (T-1096-95, juge Hugessen, J.C.A., ordonnance en date du 11-8-99, 5 p.)

Dépôt de documents confidentiels—Dans le contexte d'une action en contrefaçon d'une marque de commerce, un appel avait été interjeté contre une ordonnance de confidentialité rendue par le protonotaire à la suite d'une requête présentée par la défenderesse en vertu de la règle 151 des Règles de la Cour fédérale (1998) à l'égard de certains documents (renfermant des renseignements commerciaux confidentiels) inclus dans l'affidavit de la défenderesse—La demanderesse s'était opposée à l'ordonnance pour le motif que l'ordonnance s'appliquait uniquement aux documents que la défenderesse avait inclus dans son dossier de requête; que l'ordonnance était de nature unilatérale: elle ne s'appliquait pas aux documents de la demanderesse; que l'ordonnance ne correspondait pas quant à la forme aux ordonnances de confidentialité habituellement rendues par la Cour—Le protonotaire avait rendu l'ordonnance de confidentialité «habituelle» conformément au libellé du projet d'ordonnance que la demanderesse lui avait soumis—La défenderesse a soutenu que selon le sens ordinaire de la règle 151(2), les documents ou éléments matériels qui seront déposés devant la Cour ne peuvent pas être assujettis à une ordonnance de confidentialité tant que la Cour n'est pas convaincue que la demande de confidentialité l'emporte sur l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires, lequel prévaut généralement—Elle a maintenu qu'il serait contraire au sens ordinaire de la règle 151(2) de rendre, comme c'est ici le cas, une ordonnance possible autorisant les parties, en se fondant simplement sur leurs dires, à demander la confidentialité d'un document ou élément matériel, et ce, peu importe qu'il soit déposé, sous réserve uniquement de toute contestation possible de la demande par une autre partie—Elle a également soutenu que le consentement des parties ne peut pas avoir pour effet de rendre la Cour compétente pour rendre une ordonnance non conforme à la règle 151(2)—La demanderesse a axé son argument sur les avantages de ce qui est devenu l'ordonnance de confidentialité habituelle accordée par cette Cour et sur les problèmes pratiques que pourrait occasionner l'interprétation de la règle 151 préconisée par l'avocat de la défenderesse—Appel accueilli—La règle 151 s'applique uniquement aux «documents ou éléments matériels qui seront déposés»—On ne peut pas dire qu'une ordonnance rendue sans qu'il soit fait mention de documents précis, ou de catégories de documents, a été rendue une fois que la Cour est convaincue «de la nécessité de considérer les documents ou éléments matériels comme confidentiels étant donné l'intérêt du public à la publicité

## PRATIQUE—Suite

des débats judiciaires»—Donner effet à ce qui semblerait être le sens ordinaire de la règle n'est pas non plus nécessairement contraire aux valeurs fondamentales sous-tendant les Règles—Les Règles actuelles sont fondées sur des considérations d'efficacité et de célérité dont il faudrait toujours tenir compte en les interprétant et en les appliquant—Toutefois, cela ne devrait pas se faire aux dépens du principe encore plus important voulant que dans une société démocratique qui s'est engagée à assurer la primauté du droit, il convient d'apporter le moins de restrictions possible au caractère public des tribunaux et du processus judiciaire—Toutefois, rien n'empêche une ordonnance de confidentialité d'autoriser une partie à solliciter à une date ultérieure qu'un document ne soit plus visé par l'ordonnance—La solution consiste peut-être à décourager les parties de demander une ordonnance de confidentialité en vertu de la règle 151 tant qu'elles ne sont pas prêtes à déposer devant la Cour les documents ou éléments matériels à l'égard desquels l'ordonnance est demandée—À ce stade, la partie adverse devrait normalement être en mesure de prendre une décision éclairée au sujet de la question de savoir si elle doit contester la chose et de le faire—La Cour déterminera ensuite si la demande de confidentialité est subjectivement et objectivement fondée—Dans la mesure où l'ordonnance ici en cause s'applique aux documents ou éléments matériels autres que ceux qui seront déposés, la règle 151 et l'intérêt exigeant que les dossiers de la Cour soient accessibles ne s'appliquent pas—Par conséquent, il n'y a pas lieu d'exiger que l'on s'écarte de la pratique passée à l'égard de ces documents ou éléments matériels, de sorte que les ordonnances de confidentialité «de portée générale» puissent continuer à être rendues sur une base bilatérale, et aux mêmes conditions—L'engagement de confidentialité qui est implicitement pris à l'égard des documents ou éléments matériels communiqués dans le cours des interrogatoires préalables et ailleurs pendant le litige suffit pour autoriser la Cour à rendre des ordonnances de confidentialité s'appliquant aux documents ou éléments matériels non visés par la règle 151—Il semblerait ici opportun d'invoquer la règle 4, la disposition relative aux «cas non prévus»—Par conséquent, la règle 151(2) peut avoir en pratique pour effet d'obliger la partie qui veut maintenant la confidentialité d'un document ou élément matériel particulier qu'elle a l'intention de déposer à présenter une deuxième requête avant de le déposer—À ce stade, cette partie devra convaincre la Cour, en invoquant des motifs tant subjectifs qu'objectifs, du caractère confidentiel des documents ou éléments matériels—Il serait préférable en l'espèce d'infirmier simplement l'ordonnance et de renvoyer l'affaire au protonotaire de façon que les parties puissent réexaminer à la lumière de ces motifs les conditions de l'ordonnance de confidentialité qui est accordée et toute autre ordonnance qu'elles veulent demander—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 151(2).

LEVIS STRAUSS & CO. C. ERA CLOTHING INC.  
(T-1096-98, juge Evans, ordonnance en date du 23-7-99, 13 p.)

## PRATIQUE—Suite

## FRAIS ET DÉPENS

Demande de la Commission des droits de la personne pour la taxation de ses dépens suite à une ordonnance de la Cour rejetant avec dépens la requête interlocutoire du demandeur—Le demandeur soutient que comme les dépens de la requête n'ont pas été octroyés «quelle que soit l'issue de la cause» et qu'il a eu gain de cause dans l'affaire (contrôle judiciaire), les dépens devraient maintenant lui être accordés—Le demandeur soutient aussi qu'on ne devrait pas procéder à la taxation alors qu'on n'a pas encore disposé des appels—L'objection du demandeur est accueillie—La pratique générale ne consiste pas à attendre le résultat d'un appel avant de trancher la question des dépens engagés devant la Section de première instance—Par ailleurs, en temps normal les parties devraient éviter de multiplier les taxations et attendre le jugement sur le fond du litige, sauf si la Cour déclare que les dépens doivent être payés sans délai: *Banke Electronics Ltd. v. Olvan Tool & Die Inc.* (1981), 32 O.R. (2d) 630 (H.C.); *Nature's Path Foods Inc. c. Country Fresh Enterprises Inc.*, [1999] A.C.F. n° 827 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)—Ceci ne fait pas seulement faciliter la recherche d'une conclusion finale, mais évite d'imposer aux parties et à la Cour des coûts additionnels résultant de taxations qui peuvent être modifiées, ou même infirmées, par des décisions ultérieures de la Cour quant aux dépens entre les parties—L'ordonnance en cette affaire ne porte pas que les dépens soient payés sans délai—L'existence d'un appel n'est pas en soi de mauvaise augure pour la décision contestée ou pour les procédures devant le tribunal d'instance—En l'instance, la Cour a jugé bon d'accorder les dépens à la Commission en rejetant la requête du demandeur et, contrairement à l'argument présenté qui veut que ces dépens reviennent maintenant au demandeur, la taxation ne peut changer cette décision: *IBM Canada c. Xerox of Canada*, [1997] 1 C.F. 181 (1<sup>re</sup> inst.)—Dans les circonstances de l'affaire, la taxation ne doit pas avoir lieu car il est plus pratique d'attendre qu'on ait tranché les appels au fond pour procéder.

ZÜNDEL C. CITRON (T-1411-98, officier taxateur Smith, taxation en date du 11-8-99, 7 p.)

## JUGEMENTS ET ORDONNANCES

*Exécution*

Interrogatoire après jugement pour l'exécution d'un jugement de la Division du Banc de la Reine de la Haute Cour de Justice de l'Angleterre rendu le 30 octobre 1997, prononçant sur la demande de remboursement des dépenses engagées par la demanderesse en qualité de mandataire pour le compte de la défenderesse relativement aux navires affrétés par cette dernière—La demanderesse a fait signifier à M. Karathanos, président d'Amican Navigation Inc., en qualité de représentant du mandataire de Pegasus Lines

## PRATIQUE—Suite

Limited S.A. à Montréal, une assignation à comparaître à un interrogatoire après jugement lui enjoignant d'y produire certains documents—Les parties ne s'entendent pas sur la relation existant entre Amican et la défenderesse Pegasus Lines Limited S.A.—Elles diffèrent également d'avis quant à savoir si M. Karathanos est une personne visée par la règle 426 des Règles de la Cour fédérale, relativement à l'interrogatoire après jugement de la débitrice judiciaire Pegasus—La demanderesse demande maintenant à la Cour d'enjoindre à M. Karathanos de se soumettre à l'interrogatoire prévu à la règle 426—Il s'agit de déterminer si M. Karathanos est un dirigeant de la défenderesse au sens de la règle 426—Demande accueillie—La Cour conclut que M. Karathanos a personnellement retenu le cabinet américain pour donner des directives aux avocats panaméens concernant la constitution en société de Pegasus, avant même qu'Amican agisse comme mandataire général de la société—Il est établi que M. Karathanos, par l'intermédiaire d'Amican, a agi comme mandataire général ou gérant de Pegasus, à tout le moins pour les fins de l'action intentée en Angleterre—Il semble qu'Amican continue à agir comme mandataire de Pegasus—Si quelqu'un d'autre qu'Amican et M. Karathanos représentait Pegasus pour ses activités commerciales et financières, son identité n'a pas été divulguée—Le mot «dirigeant» ne désigne pas que les principaux dirigeants d'une personne morale: *Control Data Canada, Ltd. c. Senstar Corp.*, [1986] 3 C.F. 516 (1<sup>re</sup> inst.)—Dans une société ne disposant pas, comme en l'espèce, de personnel actif, les «dirigeants», pour les fins de la règle 426, pourraient bien être ses mandataires généraux ou gérants externes, ou des personnes analogues prenant des décisions pour la société—L'issue de l'instance dépend des faits—Comme M. Karathanos n'a pas encore été interrogé, il est impossible de statuer définitivement sur ses liens avec Pegasus—Il ne conviendrait pas de rendre une décision finale dans le contexte de la présente requête, alors que beaucoup des renseignements pertinents n'ont pas encore été communiqués—Dans l'état actuel du dossier, le témoignage de M. Karathanos est nécessaire—D'après la preuve, M. Karathanos, par l'intermédiaire d'Amican et à titre personnel, est la personne ayant autorité, le mandataire général, le gérant de Pegasus ou la personne qui prend des décisions à son sujet—À ce stade-ci, la Cour est d'avis que M. Karathanos est un «dirigeant» de Pegasus au sens de la règle 426—Il sera interrogé à ce titre en vertu de ladite règle—La Cour rendra une ordonnance enjoignant à M. Karathanos de se soumettre, à titre personnel et en sa qualité de président d'Amican, à l'interrogatoire prévu par la règle 426 et à produire pour inspection, sous le régime de

## PRATIQUE—Fin

la règle 91, les documents sollicités par la demanderesse—Il sera notamment possible de poser à ce dernier des questions: a) concernant l'identité de la personne de qui le cabinet d'avocats américain a reçu des instructions relativement à la constitution de Pegasus en société; b) concernant l'identité de la personne, chez Pegasus, qui a donné des instructions à Amican lorsque cette dernière a agi comme mandataire de la société, et celle de la personne, s'il en est une, qui a donné des instructions à Amican en juin 1999, au sujet d'un règlement possible du litige; c) relativement aux sujets a) et b); d) relativement aux documents énumérés dans l'ordonnance—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 91, 426.

JAMES FISHER & SONS PLC C. PEGASUS LINES LTD.  
S.A. (T-2161-98, juge Lutfy, ordonnance en date du  
13-8-99, 16 p.)

## MODIFICATION DES DÉLAIS

Requête visant à obtenir, en application des règles 8(1), 8(2) et 385(1)b) des Règles de la Cour fédérale (1998), une ordonnance portant prorogation indéfinie ou jusqu'à la date fixée par la Cour, du délai prévu pour la signification et le dépôt de la défense—Les motifs invoqués sont la quantité de documents et autres éléments que les défendeurs doivent repérer et examiner pour répondre à la revendication des demandeurs et la diversité des endroits où se trouve ce matériel—L'affidavit au soutien de la requête indique qu'il faudra attendre jusqu'en décembre 2000 pour terminer l'examen—Les demandeurs contestent la requête parce qu'il y a déjà eu un retard excessif—La Cour n'estime pas opportun d'accorder l'ajournement indéfini demandé—La Cour n'est pas convaincue que la recherche nécessaire soit aussi étendue et difficile que les défendeurs le laissent entendre—Elle n'est pas persuadée que les défendeurs ne disposent pas de renseignements suffisants pour déposer maintenant une défense raisonnable—La Cour ne peut s'empêcher de remarquer que, lorsqu'il est dans leur intérêt que les choses soient réglées sans délai devant les tribunaux, les défendeurs sont en mesure de mobiliser les ressources nécessaires—Il est normal de s'attendre à ce qu'ils agissent de même lorsqu'ils assument le rôle de défendeurs—Ils devront déposer leur défense au plus tard le 31 août 1999—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 8(1),(2), 385(1)b).

MAURICE C. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN) (T-1057-96, juge Reed, ordonnance en date du 8-7-99, 5 p.)



*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Public Works and Government  
Services Canada — Publishing  
45 Sacré-Cœur Boulevard,  
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*  
Travaux publics et Services  
gouvernementaux Canada — Édition  
45 boulevard Sacré-Cœur,  
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9