



**Canada
Federal Court
Reports**

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

2000, Vol. 3, Part 2

2000, Vol. 3, 2^e fascicule

Cited as [2000] 3 F.C., 225-431

Renvoi [2000] 3 C.F., 225-431

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF
WILLIAM J. RANKIN, B.A., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

MARTIN W. MASON, Gowling Lafleur Henderson LLP
DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons, Tax Lawyers
A. DAVID MORROW, Smart & Biggar
SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r., Heenan Blaikie
LORNE WALDMAN, Jackman, Waldman & Associates

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 and Advisory Committee 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, 2000.

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.

ARRÊTISTES

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

Arrêtistes
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 arrêtiste en chef et le comité consultatif nommés 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, 2000.

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

Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil des arrêts de la Cour fédérale doivent être adressées à: L'arrêtiste 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.

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.

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.

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>

CONTENTS

| | |
|---------------------|------|
| Digests | D-19 |
| Appeals Noted | I |

| | |
|---|------------|
| AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare) (C.A.) | 360 |
|---|------------|

Patents — Practice — Appeal from order allowing appeal from Prothonotary's order affidavit filed by generic drug manufacturer in NOC proceedings not confidential — Protective orders in NOC proceedings do not imperil principle of open justice — Issuance of protective order creating rebuttable presumption any information of type described in order subsequently filed will be kept confidential — Only in clearest cases, where obvious document not within terms of protective order should motion challenging confidential nature of document be granted — Once *prima facie* evidence document within class of documents contemplated by order, treated as confidential, heavy burden on challenging party to demonstrate otherwise — Information at issue *prima facie* within protective order — As Prothonotary applied improper test, Motions Judge right to interfere — Latter not applying test set out herein, but would have reached same conclusion had she had benefit of these reasons.

Continued on next page

Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada doivent être adressées à l'arrêviste 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.

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.

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>

SOMMAIRE

| | |
|--------------------------|------|
| Fiches analytiques | F-23 |
| Appels notés | I |

| | |
|---|------------|
| AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social) (C.A.) | 360 |
|---|------------|

Brevets — Pratique — Appel d'une ordonnance accueillant l'appel interjeté contre une ordonnance du protonotaire selon laquelle un affidavit déposé par le fabricant de médicaments génériques dans une instance relative à un avis de conformité n'était pas confidentiel — Le prononcé d'ordonnances de non-divulgation dans une instance relative à un avis de conformité ne met pas en danger le principe de la transparence de la justice — Le prononcé d'une ordonnance de non-divulgation crée une présomption réfutable selon laquelle tout renseignement déposé subséquemment et participant de la même nature que celle décrite dans l'ordonnance sera tenu confidentiel — Ce n'est que dans les cas les plus manifestes, lorsqu'il est évident que les clauses de l'ordonnance de non-divulgation ne visent pas le document attaqué, qu'il y a lieu d'accueillir la requête contestant le caractère confidentiel du document — Une fois qu'est présentée une preuve établissant à première vue que le document appartient à la catégorie de documents envisagée par l'ordonnance et que la partie le considère comme confidentiel, un lourd fardeau incombe à la partie qui conteste cette confidentialité de prouver le contraire — Les renseignements en cause sont, à première vue, visés par

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Canada (Minister of Human Resources Development) v. Skoric (C.A.) 265

Pensions — Surviving spouse's benefit denied on ground deceased not contributing for minimum qualifying period under CPP — Law, as amended, governing spouse's claim — Pension Appeals Board holding spouse entitled to benefit — Standard of review of Board decisions correctness — Board right in holding new law applicable — Words "within his contributory period" serving only to define number of years for which contributions must be made, not to prescribe when they must be made — Deceased's contributions satisfying minimum qualifying period.

Administrative law — Judicial review — *Certiorari* — Minister seeking to set aside decision by Pension Appeals Board allowing surviving spouse's benefit under Canada Pension Plan — Standard of review of Board decision correctness — Curial deference not appropriate for several reasons: no privative clause; Board having adjudicative function, no broad regulatory responsibilities; Board composed of judges; legal issues having application beyond facts of instant case; legal rights at issue — Only factor favouring curial deference that Parliament entrusted Board with appellate functions for benefits of economical, expeditious decision-making.

Dee v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) 345

Administrative law — Judicial review — *Certiorari* — Judicial review of denial of applications for rehabilitation, landing — Applicant, Convention refugee, applied for landing in 1995 — In 1998 Minister requesting evidence of rehabilitation — Refusing to provide copy of affidavit from Philippines giving details of charges laid there against applicant, particulars of allegations — Court ordering Minister to decide landing application — Applicant

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

l'ordonnance de non-divulgence — Le protonotaire n'avait pas appliqué le bon critère, le juge des requêtes a eu raison d'intervenir — Cette dernière n'a pas appliqué le critère défini en l'espèce, mais elle aurait tiré la même conclusion si elle avait pu prendre connaissance des présents motifs.

Canada (Ministre du Développement des Ressources humaines) c. Skoric (C.A.) 265

Pensions — Demande de prestation de survivant refusée au motif que le cotisant décédé n'avait pas contribué à la période minimale d'admissibilité prévue par le RPC — La Loi, telle que modifiée, s'applique à la demande présentée par l'épouse du cotisant décédé — La Commission d'appel des pensions a conclu que l'épouse avait droit à la prestation — La norme de contrôle applicable aux décisions de la Commission est celle de la décision correcte — La Commission avait raison de statuer que le nouveau régime juridique s'appliquait — Les termes «dans sa période cotisable» permettent seulement de déterminer le nombre d'années pendant lesquelles les cotisations doivent être versées, et ne prescrivent pas quand elles doivent l'être — Les cotisations versées par le cotisant décédé satisfont à la période minimale d'admissibilité.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — Le ministre cherchait à obtenir l'annulation de la décision rendue par la Commission d'appel des pensions, par laquelle cette dernière a fait droit à une demande de prestation de survivant en vertu du Régime de pensions du Canada — La norme de contrôle applicable à la décision de la Commission est celle de la décision correcte — La présente affaire n'appelle pas un haut degré de retenue judiciaire pour plusieurs motifs: absence de clause privative; la Commission assume des fonctions judiciaires et n'est pas investie d'importants pouvoirs réglementaires; la Commission est formée de juges; la portée des questions en litige ne se limite pas aux faits particuliers de l'espèce; la détermination des droits d'une personne est en jeu — Le seul facteur qui milite en faveur de la retenue judiciaire est le fait que le législateur a attribué des fonctions d'appel à la Commission par souci d'économie et pour assurer la rapidité du processus décisionnel.

Dee c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1^{re} inst.) 345

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — Contrôle judiciaire du rejet des demandes de réadaptation et d'établissement — Le demandeur, un réfugié au sens de la Convention, a demandé le droit d'établissement en 1995 — En 1998, le ministre a demandé une preuve de réadaptation — Refus de fournir une copie de l'affidavit philippin donnant les détails des chefs d'accusation formulés contre le demandeur ou des précisions sur les allégations — La Cour

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

informed by letter dated February 23, 1999 landing refused — Actual written decision dated February 24, 1999 — Rehabilitation decision set aside — Denial of natural justice, procedural fairness — Applicant denied opportunity to review, rebut allegations against him — Minister not having complete record before her as information referred to in Philippines affidavit not part of record — Manner of communicating decision raising question of whether made at all — Landing decision set aside as rehabilitation decision on which based erroneous, and as unexplained discrepancy between date of letter informing applicant of decision, actual decision raising serious question of fairness, whether decision properly made, communicated.

Citizenship and Immigration — Judicial review — Federal Court jurisdiction — Muldoon J. ordering Minister to decide landing application — Landing subsequently refused — Applicant's wife, sponsor, appealing refusal — Court having jurisdiction to hear application for judicial review of refusal under jurisdiction to oversee, supervise execution of orders — Court issuing specific directions for Minister's guidance, previous Court order not having been complied with.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent residents — Application to set aside refusal of landing because Minister not satisfied applicant rehabilitated — Application allowed — Refusal based on ancillary decision as to rehabilitation which was set aside because of denial of natural justice, procedural fairness — Also serious questions as to whether landing decision properly made, communicated.

Practice — *Res judicata* — Removal order issued against applicant but set aside by IRB, Appeal Division — Charges against applicant originating in Philippines considered — Charges may be considered again for different reason — Issue before Appeal Division whether humanitarian, compassionate grounds to set aside applicant's removal from Canada — Issue before decision maker in considering rehabilitation application whether charges make applicant person excluded under s. 19(1)(c.1)(ii), whether rehabilitated — Issue not decided elsewhere — *Res judicata* not applicable.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

a ordonné au ministre de se prononcer sur la demande de droit d'établissement — Le demandeur a été avisé par une lettre en date du 23 février 1999 du rejet de la demande de droit d'établissement — La décision écrite date en fait du 24 février 1999 — La décision relative à la réadaptation a été annulée — Dénî de justice naturelle, d'équité procédurale — Le demandeur s'est vu dénier la possibilité d'examiner les chefs d'accusation formulés à son égard et de les réfuter — Le ministre ne disposait pas d'un dossier complet, car les renseignements mentionnés dans l'affidavit philippin ne faisaient pas partie du dossier — La façon dont la décision a été notifiée soulève la question de savoir si elle a été de fait rendue — La décision relative au droit d'établissement a été annulée car la décision relative à la réadaptation sur laquelle elle était fondée était erronée, et que la divergence inexplicée entre la date de la lettre informant le demandeur de la décision et la date à laquelle la décision a été effectivement rendue soulève des doutes sérieux d'équité, à savoir si la décision a été rendue et notifiée en bonne et due forme.

Citoyenneté et Immigration — Contrôle judiciaire — Compétence de la Cour fédérale — Le juge Muldoon a ordonné au ministre de se prononcer sur la demande de droit d'établissement — Le droit d'établissement a par la suite été refusé — L'épouse du demandeur, répondante, a porté en appel le rejet — La Cour a compétence pour entendre la demande de contrôle judiciaire du rejet en vertu de sa compétence pour veiller à l'exécution de ses ordonnances — La Cour a donné des directives précises au ministre, étant donné que l'ordonnance antérieure de la Cour n'avait pas été respectée.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Demande d'annulation du refus d'accorder le droit d'établissement parce que le ministre n'était pas convaincu de la réadaptation du demandeur — Demande accueillie — Refus fondé sur la décision antérieure relative à la réadaptation qui a été annulée en raison d'un déni de justice naturelle et d'équité procédurale — Il existe également des doutes sérieux à savoir si la décision relative au droit d'établissement a été rendue et notifiée en bonne et due forme.

Pratique — *Res judicata* — Ordonnance de renvoi rendue contre le demandeur mais annulée par la section d'appel de la CISR — Les chefs d'accusation formulés contre le demandeur en provenance des Philippines ont été examinés — Les chefs d'accusation peuvent être réexaminés pour d'autres raisons — La section d'appel était saisi de la question de savoir s'il y avait des considérations humanitaires propres à ordonner l'annulation du renvoi du demandeur hors du Canada — L'instance décisionnaire en ce qui concerne la demande relative à la réadaptation devait examiner si les chefs d'accusation faisaient que le demandeur n'était pas admissible en application de l'art.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Kaloti v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (C.A.) 390

Citizenship and Immigration — Immigration practice — Appeal from dismissal of application for judicial review of IRB, Appeal Division's dismissal of appeal — Appellant applying for permanent residence of wife in 1993, again in 1995 — Both applications refused on ground spouse excluded from family class by Immigration Regulations, 1978, s. 4(3) as marriage not *bona fide* — IRB,AD confirming visa officer's decision, dismissing first appeal — Dismissing second appeal on basis of *res judicata* — No new evidence — Under Immigration Act, s. 69.4(1), (3) IRB,AD "court of record" having "as regards matters necessary or proper for due exercise of jurisdiction all such powers, rights, privileges as are vested in a superior court of record" — Thus having jurisdiction to control process, prevent abuse — Second appeal abusive attempt to relitigate matter litigated in previous appeal — IRB,AD having jurisdiction to summarily dispose of such appeal.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent residents — F.C.T.D. dismissing application for judicial review, certifying question as to whether sponsor can re-apply for admission to Canada of spouse as member of family class under Immigration Regulations, 1978, s. 4(3) on ground of change of circumstances where previous application denied on ground immigrant entered into marriage primarily to gain admission to Canada — Question going beyond circumstances — Inviting opinion as to right to even re-apply to visa officer — Inappropriate to speak of change of circumstances in s. 4(3) proceedings — Intent of sponsored spouse at time of marriage fixed in time, cannot change.

Practice — *Res judicata* — Appeal from dismissal of application for judicial review of IRB,AD's dismissal of appeal — Appellant applying for permanent residence of wife in 1993, 1995 — Applications refused on ground spouse excluded from family class by Immigration Regulations, 1978, s. 4(3) as marriage not *bona fide* — IRB,AD dismissing second appeal on basis of *res judicata* — Not necessary to resort to *res judicata* — Within IRB,AD's jurisdiction to summarily dismiss appeal to prevent abuse of process.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

19(1)c.1(ii) et s'il avait réussi sa réadaptation — Cette question n'a pas été tranchée par une autre autorité — Le principe de l'autorité de la chose jugée ne s'applique pas.

Kaloti c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.A.) 390

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Appel du rejet d'une demande de contrôle judiciaire de la décision de la section d'appel de la CISR de rejeter un appel — L'appellant a demandé la résidence permanente pour son épouse en 1993, et à nouveau en 1995 — Les deux demandes ont été rejetées étant donné qu'elle n'appartenait pas à la catégorie des parents en vertu de l'art. 4(3) du Règlement sur l'immigration de 1978 au motif que le mariage n'était pas authentique — La SACISR a confirmé la décision de l'agent des visas et rejeté le premier appel — Elle a rejeté le deuxième appel en raison du principe de *res judicata* — Pas de nouvelle preuve — En vertu de l'art. 69.4 (1) et (3) de la Loi sur l'immigration, la SACISR est une «cour d'archives» qui a «pour toutes questions relevant de sa compétence les attributions d'une cour supérieure d'archives» — Elle a donc compétence pour contrôler ses procédures et pour en prévenir l'abus — Le deuxième appel est un abus de procédure visant le réexamen de ce qui a déjà été tranché dans un appel précédent — La SACISR a compétence pour rejeter un tel appel sans formalités.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — La C.F. 1^{re} inst. a rejeté la demande de contrôle judiciaire, certifiant la question suivante: la personne assurant le parrainage peut-elle demander de nouveau l'admission au Canada de sa conjointe en tant que membre de la catégorie des parents en vertu de l'art. 4(3) du Règlement sur l'immigration de 1978 au motif que la situation a changé, lorsque la première demande a été rejetée sur le fondement que l'immigrante s'était mariée principalement pour obtenir l'admission au Canada — La question dépasse les circonstances — Elle sollicite un avis sur le droit de présenter une nouvelle demande à l'agent des visas — Il est inapproprié de dire que la situation a changé dans une procédure en vertu de l'art. 4(3) — L'intention de la conjointe faisant l'objet du parrainage est fixée dans le temps et elle est immuable.

Pratique — *Res judicata* — Appel du rejet d'une demande de contrôle judiciaire du rejet d'un appel par la SACISR — L'appellant a demandé la résidence permanente pour son épouse en 1993 et en 1995 — Les demandes ont été rejetées étant donné que la conjointe n'appartenait pas à la catégorie des parents en vertu de l'art. 4(3) du Règlement sur l'immigration de 1978 au motif que le mariage n'était pas authentique — La SACISR a rejeté le deuxième appel en raison du principe de *res judicata* — Il n'est pas nécessaire d'avoir recours à la doctrine de *res judicata* — La SACISR a compétence pour rejeter l'appel afin de prévenir l'abus des procédures.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Klinko v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) 327

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Principal applicant, five others filing complaint with regional governing authority in Ukraine about widespread corruption of government officials — Suffering retaliation thereafter — Claimed Convention refugee status based on political opinion — IRB relying upon S.C.C. decision in *Ward*, defining political opinion as opinion on any matter in which machinery of state, government, policy may be engaged, and on F.C.T.D. decision in *Femenia v. Canada (MCI)*, specifying for matter to be so “engaged”, must be sanctioned, condoned, supported by state — Motions Judge erred in accepting *Femenia* interpretation of *Ward* — Meaning given to “engaged” in *Femenia* inconsistent with *Ward* — In *Ward*, S.C.C. holding opinion “political” for purposes of s. 2(1) definition of Convention refugee whether or not accorded with official government position — Application of *Femenia* test also creating inconsistency among grounds of persecution — Under *Femenia*, only those persecuted for political opinion at hands of third parties who disobey official government policy, not other enumerated grounds, not qualifying for Convention refugee status — Inconsistency resulting from confusion between nature of political opinion, state’s willingness to protect victims of persecution — Opinion not ceasing to be political because government agreeing with it — Widespread government corruption matter in which machinery of state “may be engaged”.

Administrative law — Judicial review — *Certiorari* — Appeal from dismissal of application for judicial review of denial of Convention refugee claims — Motions Judge certifying question of general importance as to whether opinion in context political — In view of importance of certified question, precedential value of Court’s decision, standard of review correctness.

Judges and Courts — Court not considering moot question — Appeal pending in another case in which issue material — Inappropriate to pre-empt discussion of material point by way of *obiter*, particularly as not fully canvassed as not central focus of appeal.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Klinko c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (1^{re} inst.) 327

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Le demandeur principal et cinq autres personnes ont déposé une plainte à l’autorité gouvernementale régionale au sujet d’agissements corrompus largement répandus de fonctionnaires — Par la suite, ils ont subi des représailles — Revendication du statut de réfugié au sens de la Convention sur le fondement d’opinions politiques — La CISR s’est fondée sur l’arrêt *Ward*, dans lequel la C.S.C. a défini l’opinion politique comme étant toute opinion sur une question dans laquelle l’appareil étatique, gouvernemental et politique peut être engagé, et sur la décision *Femenia c. Canada (MCI)* (C.F. 1^{re} inst.), selon laquelle pour que l’appareil étatique soit «engagé» dans une question, il doit sanctionner, tolérer ou appuyer celle-ci — Le juge des requêtes a commis une erreur lorsqu’il a accepté l’interprétation de l’arrêt *Ward* que propose *Femenia* — Le sens que *Femenia* confère à «engagé» est incompatible avec *Ward* — Dans l’arrêt *Ward*, la C.S.C. a accepté qu’une opinion puisse être de nature «politique» pour les fins de la définition de réfugié au sens de la Convention prévue à l’art. 2(1), que cette opinion s’accorde ou non avec la position officielle du gouvernement — L’application du critère de *Femenia* crée une incohérence des motifs de persécution — En vertu de *Femenia*, seul les individus persécutés en raison de leurs opinions politiques, et non en raison d’autres motifs prévus dans la Convention, par des tiers qui désobéissent à une politique gouvernementale officielle ne seraient pas admissibles à obtenir le statut de réfugié au sens de la Convention — L’incohérence découle d’une confusion entre la nature de l’opinion politique et celle de la volonté ou de la capacité de l’État de protéger un individu persécuté — Une opinion politique ne perd pas sa nature politique parce que le gouvernement y souscrit — Les agissements corrompus largement répandus au sein du gouvernement constituent une question dans laquelle l’appareil étatique «peut être engagé».

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — Appel contre le rejet de la demande de contrôle judiciaire de la décision dans laquelle des revendications du statut de réfugié au sens de la Convention ont été rejetées — Le juge des requêtes a certifié une question de portée générale, savoir si, vu le contexte, il s’agissait d’une opinion politique — Compte tenu de l’importance de la question certifiée et du fait que la décision de la Cour à cet égard établira un précédent, la norme de contrôle qu’il convenait d’appliquer était celle de la décision correcte.

Juges et tribunaux — Tribunal n’examinant pas une question théorique — Appel en instance dans une autre affaire dans laquelle la question est importante — Il serait inconvenant d’influer sur une discussion à venir d’un point si important, en particulier vu que la question n’était pas l’objet principal de l’appel.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Michelin North America (Canada) Inc. v. Canada (T.D.) 418

Customs and Excise — Excise Tax Act — Refund under Excise Tax Act, s. 68.2 — Legally effective sale — General Anti-Avoidance Rule under ETA, s. 274 applied — Circumstances surrounding transactions fail to establish any *bona fide* purpose other than to obtain tax benefit — Transaction devoid of commercial objective.

Mohammadian v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) 371

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Quality of interpretation — In proceedings before CRDD, refugee claimants have Charter-guaranteed right to interpretation which is continuous, precise, competent, impartial and contemporaneous — Proof of prejudice not required — However, complaints about quality of interpretation must be made at first opportunity.

Constitutional law — Charter of rights — Criminal process — Right to assistance of interpreter under s. 14 — Whether extending to proceedings before CRDD — Quality of interpretation — S.C.C. decision in *R. v. Tran* applied — In proceedings before CRDD, interpretation provided to refugee claimants must be continuous, precise, competent, impartial and contemporaneous — Proof of prejudice not required — Failure to complain about quality of interpretation at first opportunity fatal to judicial review application.

Nicholson v. Canada (T.D.) 225

Maritime law — Torts — Self-propelled barge struck rock in river, capsized, sank — Allegation Coast Guard breached statutory duties in failing to set standards, approving of construction sketch — Limitation of actions — Action commenced three days short of two years after death of Master who was plaintiffs' husband/father — Canada Shipping Act, s. 649 one-year limitation period applicable to bar all claims save estate's claim by means of survival action — Two-year period under Ontario Trustees Act would apply to survival action through incorporation by reference under Federal Court Act, s. 39 and Crown Liability and Proceedings Act, s. 32.

SOMMAIRE (Suite)

Michelin North America (Canada) Inc. c. Canada (1^{re} inst.) 418

Douanes et accise — Loi sur la taxe d'accise — Remboursement conformément à l'art. 68.2 de la Loi sur la taxe d'accise — Vente légalement valable — Règle générale anti-évitement prévue à l'art. 274 de la LTA appliquée — Les circonstances dans lesquelles les opérations ont été faites n'établissent pas l'existence d'un objectif véritable autre que l'obtention d'un avantage fiscal — L'opération ne visait aucun objectif commercial.

Mohammadian c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1^{re} inst.) 371

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Qualité de l'interprétation — Dans les procédures devant la SSR, les revendicateurs du statut de réfugié ont un droit garanti par la Charte à une interprétation qui répond aux critères de continuité, de fidélité, de compétence, d'impartialité et de concomitance — Il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'un préjudice — Toutefois, les plaintes portant sur la qualité de l'interprétation doivent être présentées aussitôt que possible.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédure criminelle — Droit à l'assistance d'un interprète en vertu de l'art. 14 — S'applique-t-il aux procédures devant la SSR? — Qualité de l'interprétation — Application de la décision de la C.S.C. dans *R. c. Tran* — Dans les procédures devant la SSR, l'interprétation fournie aux revendicateurs du statut de réfugié doit être continue, fidèle, compétente, impartiale et concomitante — Il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'un préjudice — Le défaut de présenter une plainte quant à la qualité de l'interprétation dès que possible fait que la demande de contrôle judiciaire ne peut avoir aucune suite.

Nicholson c. Canada (1^{re} inst.) 225

Droit maritime — Responsabilité délictuelle — Un chaland automoteur a heurté un rocher dans la rivière, et a chaviré et coulé — Il est allégué que la Garde côtière a manqué à ses fonctions de réglementation en n'établissant pas des normes appropriées et en approuvant les plans de construction — Prescription des actions — L'action a été intentée trois jours avant le deuxième anniversaire du décès du patron de l'embarcation qui était l'époux et le père des demandeurs — Le délai de prescription d'un an prévu à l'art. 649 de la Loi sur la marine marchande s'applique de sorte que toutes les demandes doivent être rejetées, sauf celle de la succession qui a été intentée sous la forme de «*survival action*» — Le délai de prescription de deux ans prévu dans la Loi sur les fiduciaires de l'Ontario s'applique à la «*survival action*» du fait de l'incorporation par renvoi en vertu de l'art. 39 de la Loi sur la Cour fédérale et de

CONTENTS (Continued)

Practice — Limitation of actions — Fatality resulting from sinking of self-propelled barge after striking rock in river — Widow suing Crown in personal capacity, as executrix, litigation guardian under maritime law, statute for failure to set standards, breach of statutory duty in approving of vessel's construction sketch — Whether action time-barred by Canada Shipping Act, s. 649 — Whether limitation periods in provincial legislation applicable herein — Whether Federal Court having inherent jurisdiction to extend statutory limitation period in exceptional circumstances — Whether certain claims tolled as to limitation period under non-statutory maritime law principles.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — No inherent jurisdiction in Federal Court to extend limitation period in Canada Shipping Act, s. 649 with respect to fatal maritime accidents.

Crown — Torts — Fatal maritime accident involving self-propelled barge — Action against Crown for failure to set proper standards for such vessels, approval by Coast Guard of construction sketch in breach of statutory duties — All claims statute-barred, except estate's claim by means of survival action.

Saini v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) 253

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Judicial review seeking declaration 1995 deportation order should not be executed — Applicant convicted in Pakistan of hijacking plane — Original death sentence commuted to life imprisonment — Later, applicant granted parole, ordered to leave Pakistan — President of Pakistan exercising powers under Art. 45 of Constitution of Islamic Republic of Pakistan, granting pardon in 1998 "on conviction/term of imprisonment already undergone" — Valid pardon in another country with similar justice system cannot be ignored — According to experts, President's pardon means remission of all legal consequences of conviction — Pakistani judicial system somewhat similar to ours — Grave assault on Canadian sense of justice if Canadian immigration department deeming person convicted of offence if deemed not convicted in jurisdiction where offence allegedly committed — Applicant not exempted from deportation on other grounds — Questions certified:

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

l'art. 32 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif.

Pratique — Prescription — Le patron d'un chaland automoteur est mort après que son embarcation eut heurté un rocher dans la rivière — La veuve poursuit Sa Majesté en son nom, en sa qualité d'exécutrice et de tutrice à l'instance en vertu du droit maritime, et de la loi pour avoir omis d'établir des normes et avoir manqué à ses fonctions de réglementation en approuvant les plans de construction du bateau — La question est de savoir si l'action est prescrite en vertu de l'art. 649 de la Loi sur la marine marchande du Canada — Il faut aussi déterminer si les délais de prescription prévus dans la loi provinciale sont applicables en l'espèce — La Cour fédérale a-t-elle compétence inhérente pour proroger le délai de prescription réglementaire dans des circonstances exceptionnelles? — Y a-t-il eu suspension de certaines demandes pour ce qui est du délai de prescription en vertu des principes non législatifs du droit maritime?

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — La Cour fédérale n'a pas compétence inhérente pour proroger le délai de prescription prévu à l'art. 649 de la Loi sur la marine marchande dans le cas des accidents de navigation mortels.

Couronne — Responsabilité délictuelle — Accident de navigation mortel mettant en cause un chaland automoteur — Action contre la Couronne pour avoir omis d'établir des normes appropriées pour de tels bateaux et pour le fait que la Garde côtière a manqué à ses fonctions de réglementation en approuvant les plans de construction — Toutes les demandes sont prescrites, à l'exception de la demande de la succession intentée par voie de «*survival action*».

Saini c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1^{re} inst.) 253

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Contrôle judiciaire visant l'obtention d'un jugement déclaratoire portant que la mesure d'expulsion prise en 1995 ne devait pas être exécutée — Le demandeur a été déclaré coupable de détournement d'avion au Pakistan — Peine de mort initiale commuée en peine de prison à perpétuité — Par la suite, le demandeur a été mis en liberté conditionnelle et a reçu l'ordre de quitter le Pakistan — Le président du Pakistan a exercé les pouvoirs que lui confère l'art. 45 de la Constitution de la République islamique du Pakistan pour lui accorder une réhabilitation en 1998 «à l'égard de la condamnation/peine d'emprisonnement déjà purgée» — On ne peut faire fi d'une réhabilitation valide accordée dans un autre pays dont le système de justice est semblable au nôtre — Selon les experts, la réhabilitation accordée par le président emporte la suppression de toutes les conséquences juridiques de la condamnation — Le système judiciaire du Pakistan est assez sembla-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

(1) absent evidence as to motivating considerations leading to grant of pardon by another jurisdiction, is Canadian court bound by pardon; (2) does pardon “on conviction/term of imprisonment already undergone” erase conviction and consequences; (3) does nature of offence of hijacking provide solid rationale to depart from principle pardon granted by another jurisdiction whose laws based on similar foundation as Canadian laws, recognized in Canada?

Stelco Inc. v. British Steel Canada Inc. (C.A.) 282

Administrative law — Judicial review — *Certiorari* — Judicial review of 1998 CITT decision rescinding 1993 decision dumping in Canada of steel plates from eight named countries causing, likely to cause material injury to production of like goods in Canada — Where federal administrative tribunal’s decision impugned on ground findings of fact not supported by evidence, question whether finding made in perverse, capricious manner or without regard for material before it under Federal Court Act, s. 18.1(4)(d) — Unimportant whether “patently unreasonable” or “unreasonable *simpliciter*” — To establish reviewable error, must be shown, on balance of probabilities, CITT’s decision not supported by any material before it.

Anti-dumping — Judicial review of 1998 CITT decision rescinding 1993 decision dumping in Canada of steel plates from eight named countries causing, likely to cause material injury to production of like goods in Canada — Court reluctant to intervene in CITT’s decision because (i) made in exercise of discretion under Special Import Measures Act, s. 76(4) to make order as circumstances require; (ii) facts in dispute manifestly within CITT’s expertise; (iii) important role played by CITT research, extensive submissions in response thereto in fact-finding — Burden on applicant to demonstrate on balance of probabilities Tribunal’s finding not rationally supported by any material — As some of Tribunal’s findings not challenged, could not say no rational basis for decision — Discretionary nature of decision, relevance of Tribunal’s expertise reducing detail with which

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

ble au nôtre — On porterait gravement atteinte au sens canadien de la justice si le ministère canadien de l’Immigration présumait qu’une personne a été déclarée coupable d’une infraction alors que cette personne est réputée ne pas avoir été déclarée coupable dans le territoire où l’infraction aurait été commise — Le demandeur n’est pas à l’abri d’une expulsion fondée sur d’autres motifs — Questions certifiées: 1) Un tribunal canadien est-il lié par la réhabilitation accordée par un État étranger en l’absence d’éléments de preuve concernant les facteurs qui ont motivé l’octroi de cette réhabilitation? 2) Une réhabilitation accordée «à l’égard de la condamnation/peine d’emprisonnement déjà purgée» efface-t-elle à la fois la condamnation et ses conséquences? 3) La nature de l’infraction de détournement d’avion constitue-t-elle une raison solide de s’écarter du principe voulant qu’une réhabilitation accordée par un État étranger, dont les lois reposent sur des fondements analogues à ceux des lois canadiennes, soit reconnue au Canada?

Stelco Inc. c. British Steel Canada Inc. (C.A.) 282

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — Contrôle judiciaire d’une décision de 1998 du TCCE annulant une décision de 1993 qui avait conclu que le dumping au Canada de tôles d’acier en provenance des huit pays désignés avait causé et était susceptible de causer un préjudice sensible à la production au Canada de marchandises similaires — Lorsque la décision d’un tribunal administratif fédéral est contestée pour le motif qu’elle est fondée sur des conclusions de fait qui ne sont pas étayées par la preuve, on doit déterminer si, suivant l’art. 18.1(4)d) de la Loi sur la Cour fédérale, la conclusion du Tribunal a été tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il disposait — Inutile de savoir si cela équivaut à la norme du caractère «manifestement déraisonnable» ou simplement à la norme du caractère «déraisonnable» — Afin d’établir l’existence d’une erreur susceptible de révision, on doit démontrer, selon la prépondérance des probabilités que la décision du TCCE n’était pas étayée par les éléments dont il disposait.

Antidumping — Contrôle judiciaire d’une décision de 1998 du TCCE annulant une décision de 1993 qui avait conclu que le dumping au Canada de tôles d’acier en provenance des huit pays désignés avait causé et était susceptible de causer un préjudice sensible à la production au Canada de marchandises similaires — La Cour hésite à intervenir dans la décision du TCCE (i) parce qu’elle a été rendue dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire, conféré par l’art. 76(4) de la Loi sur les mesures spéciales d’importation, de rendre une ordonnance selon le cas; (ii) étant donné que les faits en litige relèvent manifestement de l’expertise du TCCE; (iii) en raison du rôle important joué par les recherches et les longues observations écrites du TCCE en réponse à celles-ci dans l’appréciation des faits — La demanderesse doit démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Tribunal required to deal in its reasons with every factor raised — Not discussing factor on which evidence heard in reasons not meaning not considered — Tribunal must decide significance of any given factor — Applicant not demonstrating any factor on which reasoned finding not made of such manifest importance that Tribunal bound in law to deal with it expressly.

Taylor v. Canada (Attorney General) (C.A.) 298

Judges and Courts — Judicial immunity from suit — Appeal from dismissal of application for judicial review of CHRC's decision not having jurisdiction to deal with complaint about Ontario Court, General Division Judge's ruling regarding wearing of religious head coverings by spectators at criminal trial — CHRC holding Judge protected by absolute immunity of judges — Appeal dismissed — If judges could be sued for decisions, would be no certain end to disputes, cases would take longer to be heard, resolved, judicial independence would be severely compromised — Need to protect public, not judges, basis for judicial immunity — Judicial immunity not applicable where judge knowingly acting beyond jurisdiction — Impugned order not within exception because Judge not only had jurisdiction under Criminal Code, s. 486 to make order, even if erred in exercise of discretion, thought had jurisdiction — Because order within inherent jurisdiction of court, not administrative act not protected by judicial immunity — Exception to judicial immunity not opening floodgates to vexatious claims as system (motion to strike, summary judgment award of costs) guarding against vexatious claims.

Constitutional law — Fundamental principles — Judicial immunity not inconsistent with Charter equality rights as itself fundamental constitutional principle — In light of constitutional importance of judicial immunity, "bad faith" exception to judicial immunity narrow — Not engaged merely where error in exercise of judicial discretion, as herein — Recognition of exception to judicial immunity not opening floodgates to vexatious claims — Legal system

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

conclusion du Tribunal n'est rationnellement étayée par aucun élément — Comme les conclusions du Tribunal ne sont pas contestées, on ne peut pas dire que la décision n'est pas rationnellement fondée — La nature discrétionnaire de la décision, la pertinence de l'expertise du Tribunal ont pour effet de réduire l'importance que le Tribunal est tenu d'accorder dans ses motifs à chacun des facteurs soulevé — Ne pas tenir compte d'un facteur sur lequel une preuve a été présentée ne signifie pas qu'il n'a pas été examiné — Le Tribunal doit déterminer l'importance d'un facteur donné — La demanderesse n'a pas démontré qu'il existait un facteur, à l'égard duquel n'a pas été rendue de conclusion motivée d'une importance si manifeste que le Tribunal était en droit d'en parler expressément.

Taylor c. Canada (Procureur général) (C.A.) 298

Juges et tribunaux — Immunité judiciaire face à toute poursuite — Appel du rejet d'une demande de contrôle judiciaire de la décision de la CCDP qu'elle n'avait pas compétence pour enquêter sur la plainte portant sur la décision d'un juge de la Cour de l'Ontario (Division générale) au sujet du port d'un couvre-chef pour des motifs religieux par des membres du public assistant à un procès criminel — La CCDP a conclu que le juge était protégé par l'immunité absolue reconnue aux juges — Appel rejeté — Si on pouvait poursuivre les juges pour leurs décisions, il n'y aurait pas de finalité aux décisions réglant les différends, les affaires mettraient encore plus de temps à se rendre à l'audience et au jugement, et l'indépendance judiciaire serait sérieusement battue en brèche — L'immunité judiciaire est fondée sur le besoin de protéger le public et non les juges — L'immunité judiciaire n'est pas acquise à un juge qui savait ne pas agir dans les limites de sa compétence — L'ordonnance contestée n'est pas visée par l'exception, parce que le juge avait la compétence requise de rendre l'ordonnance en cause en vertu de l'art. 486 du Code criminel, même s'il a commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, et il croyait avoir compétence — Comme l'ordonnance se situe dans le cadre du pouvoir inhérent de la Cour, il ne peut s'agir d'un acte administratif non couvert par l'immunité judiciaire — L'exception à l'immunité judiciaire ne donnera pas lieu à une avalanche de réclamations vexatoires, notre système (requête en radiation, jugement sommaire, octroi des dépens) fournissant une protection contre les réclamations vexatoires.

Droit constitutionnel — Principes fondamentaux — L'immunité judiciaire n'est pas incompatible avec les droits à l'égalité garantis par la Charte, puisqu'elle est un principe constitutionnel fondamental — Au vu de l'importance constitutionnelle de l'immunité judiciaire, l'exception de «mauvaise foi» à l'immunité judiciaire est d'application très limitée — Elle ne peut être invoquée simplement par suite d'une erreur dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

providing sufficient protection against totally unmeritorious claims.

Human rights — Appeal from dismissal of application for judicial review of CHRC's decision not having jurisdiction to deal with complaint concerning Ontario Court, General Division Judge's ruling regarding wearing of religious head coverings in Court — O.C.A. holding Judge may have created impression of insensitivity to minority rights, erred in suggesting only certain religious groups protected by Charter — CHRC holding Judge protected by absolute immunity of judges — Neither CHRC nor CHRT providing sufficient safeguards to protect integrity of principle of judicial independence — To afford Commission power to investigate whether Judge acting in judicial capacity would completely destroy judicial immunity, independence — Remedies under CHRA, s. 53(2) if complaint substantiated harmful to unwritten principle of judicial independence — CHRA, s. 41(1)(c), requiring Commission to deal with complaints except those beyond its jurisdiction, preventing Commission from dealing with complaint.

Thyssen Canada Ltd. v. Mariana (The) (C.A.) 398

Maritime law — Practice — Appeal from stay of action for damage to cargo in favour of London arbitration — Bills of lading for two shipments of steel coils incorporating terms and conditions of charter party, including law and arbitration clauses — Both relevant charter parties, time and voyage, providing for arbitration at London, English law governing — (1) Arbitration clauses not required to expressly extend ambit to disputes under bill of lading — Deemed incorporated into bill of lading as three conditions precedent met: (i) bill of lading specifically referring to incorporation of arbitration clause in charter party; (ii) arbitration clause so worded as to make sense in context of bill; (iii) arbitration clause not conflicting with express terms of bill — (2) Voyage charter party not unenforceable because shipowner not party thereto — (3) Once arbitration clause in another document incorporated into bill of lading, consignee bound — Since arbitration clauses essentially same, unnecessary to decide which charter party relevant document — Arbitration clauses not unenforceable on ground of uncertainty because bills of lading not specifically identifying in which charter party arbitration clause found — Appellant bound by provision in charter party even if no knowledge thereof when accepted bills of lading — Parties, sophisticated, familiar with exigencies of marketplace — Appellant not informing itself of terms — Hamburg Rules, in force in

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

juge, comme en l'instance — La reconnaissance d'une exception à l'immunité judiciaire ne donnera pas lieu à une avalanche de réclamations vexatoires — Notre système judiciaire fournit un niveau suffisant de protection face aux revendications totalement injustifiées.

Droits de la personne — Appel du rejet d'une demande de contrôle judiciaire de la décision de la CCDP qu'elle n'avait pas compétence pour enquêter sur la plainte portant sur la décision d'un juge de la Cour de l'Ontario (Division générale) au sujet du port au tribunal d'un couvre-chef pour des motifs religieux — La C.A.O. a conclu que le juge avait pu donner l'impression qu'il ne s'intéressait pas aux droits des minorités en laissant entendre, par erreur, que seules certaines communautés religieuses sont protégées par la Charte — La CCDP a conclu que le juge était protégé par l'immunité absolue reconnue aux juges — Ni la CCDP, ni le TCDP n'offrent de garanties suffisantes pour protéger le principe de l'indépendance judiciaire — Le fait d'accorder à la Commission le pouvoir d'enquêter pour déterminer si le juge a agi en tant que juge détruirait complètement l'immunité judiciaire et l'indépendance de la magistrature — Les réparations prévues à l'art. 53(2) de la LCDP si la plainte est justifiée seraient néfastes pour le principe non écrit de l'indépendance de la magistrature — L'art. 41(1)(c) de la LCDP, qui exige que la Commission enquête sur toute plainte sauf celles qui ne sont pas de sa compétence, exclut toute enquête de la Commission sur la plainte.

Thyssen Canada Ltd. c. Mariana (Le) (C.A.) 398

Droit maritime — Pratique — Appel d'une décision suspendant une action relative aux avaries subies par la cargaison d'un navire en faveur de la tenue d'un arbitrage à Londres — Connaissements portant sur deux cargaisons de rouleaux d'acier et incorporant toutes les modalités d'une charte-partie, y compris la clause concernant le droit applicable et la clause compromissoire — Les deux contrats d'affrètement, à temps et au voyage, prévoyaient le renvoi de tout différend à l'arbitrage à Londres et précisaient que le droit applicable était le droit anglais — 1) Il n'est pas nécessaire que la clause compromissoire étende expressément sa portée aux différends découlant des connaissances — La clause compromissoire est réputée avoir été incorporée dans le connaissance parce que trois conditions préalables sont réunies: (i) le connaissance incorpore expressément par renvoi la clause compromissoire stipulée à la charte-partie; (ii) la clause compromissoire est libellée de telle manière qu'elle s'applique logiquement au connaissance; (iii) la clause compromissoire ne contredit pas les modalités expresses du connaissance — 2) Le fait que le propriétaire du navire intimé ne soit pas partie au contrat d'affrètement au voyage ne rend pas celui-ci inexécutable — (3) Une fois incorporée par renvoi au connaissance, la clause compromissoire contenue dans un autre contrat lie le destinataire — Comme les clauses compromissoires sont essentiellement les

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Romania, not applicable to provide choice of forum for arbitration as contrary to choice of law provisions in both charter parties, irrelevant to whether stay should be granted — Under Commercial Arbitration Code, once court finds arbitration clause effectively incorporated into bills of lading, not unenforceable, must grant stay in favour of arbitration.

SOMMAIRE (Fin)

mêmes, il n'est pas nécessaire de décider si quel contrat d'affrètement constitue le document applicable — Les clauses compromissoires ne sont pas inexécutables pour cause d'imprécision parce que les connaissements ne précisent pas la charte-partie qui s'applique — L'appelante est liée par ces dispositions du contrat d'affrètement même si elle en ignorait l'existence au moment où elle a accepté les connaissements — Parties expérimentées connaissant bien les exigences de ce domaine particulier — L'appelante a omis de s'informer des modalités du contrat — Les Règles de Hambourg, qui ont force de loi en Roumanie, n'ont pas pour effet de conférer à l'appelante le droit de choisir le lieu de l'arbitrage parce que cet argument contredit les dispositions relatives au choix du droit applicable qui sont stipulées dans les deux contrats d'affrètement et n'a aucun rapport avec la question de l'opportunité de suspendre l'instance — Suivant le Code d'arbitrage commercial, lorsqu'elle conclut que la clause compromissoire a effectivement été incorporée aux connaissements et qu'elle est exécutable, la Cour doit accorder la suspension demandée en faveur de la tenue d'un arbitrage.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Archibald v. Canada, [1997] 3 F.C. 335 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-364-97). The reasons for judgment, handed down 12/6/00, will be published in the *Federal Court Reports*.

Jaworski v. Canada (Attorney General), [1998] 4 F.C. 154 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-508-98), reasons for judgment handed down 9/5/00.

Johns Manville International, Inc. v. Deputy M.N.R., Customs and Excise, [1999] 3 F.C. 95 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-226-99). The reasons for judgment, handed down 13/6/00, will be published in the *Federal Court Reports*.

President and Fellows of Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents), [1998] 3 F.C. 510 (T.D.), has been reversed on appeal (A-334-98). The reasons for judgment, handed down 3/8/00, will be published in the *Federal Court Reports*.

Ziyadah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 4 F.C. 152 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-384-99), reasons for judgment handed down 29/6/00.

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for Leave to Appeal

Groupe Tremca Inc. v. Techno-Bloc Inc., [2000] 1 F.C. D-33 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 10/8/00.

Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer), [2000] 2 F.C. 117 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. granted, 10/8/00.

Singh v. Canada (Attorney General), [2000] 3 F.C. 185 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 10/8/00.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Archibald c. Canada*, [1997] 3 C.F. 335 (1^{re} inst.), a été confirmée en appel (A-364-97). Les motifs du jugement, prononcés le 12-6-00, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

La décision *Jaworski c. Canada (Procureur général)*, [1998] 4 C.F. 154 (1^{re} inst.), a été confirmée en appel (A-508-98), les motifs du jugement ayant été prononcés le 9-5-00.

La décision *Johns Manville International, Inc. c. Sous-ministre M.R.N., Douanes et accise*, [1999] 3 C.F. 95 (1^{re} inst.), a été confirmée en appel (A-226-99). Les motifs du jugement, prononcés le 13-6-00, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

La décision *President and Fellows of Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [1998] 3 C.F. 510 (1^{re} inst.), a été infirmée en appel (A-334-98). Les motifs du jugement, prononcés le 3-8-00, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

La décision *Ziyadah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 4 C.F. 152 (1^{re} inst.), a été confirmée en appel (A-384-99), les motifs du jugement ayant été prononcés le 29-6-00.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Groupe Tremca Inc. c. Techno-Bloc Inc., [2000] 1 C.F. F-43 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 10-8-00.

Sauvé c. Canada (Directeur général des élections), [2000] 2 C.F. 117 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, 10-8-00.

Singh c. Canada (Procureur général), [2000] 3 C.F. 185 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 10-8-00.

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

**Canada
Federal Court
Reports**

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

2000, Vol. 3, Part 2

2000, Vol. 3, 2^e fascicule

T-748-94

Susan Anne Nicholson, for herself and as the widow of Michael Douglas Nicholson deceased, and as Executrix of the Estate of the said deceased, Caely Frances Nicholson and Andrew Michael Nicholson, a Minor, by his Litigation Guardian, Susan Anne Nicholson (*Plaintiffs*)

v.

Her Majesty the Queen in right of Canada (*Defendant*)

INDEXED AS: NICHOLSON v. CANADA (T.D.)

Trial Division, Lemieux J.—Toronto, June 30, 1999; Ottawa, February 17, 2000.

Maritime law — Torts — Self-propelled barge struck rock in river, capsized, sank — Allegation Coast Guard breached statutory duties in failing to set standards, approving of construction sketch — Limitation of actions — Action commenced three days short of two years after death of Master who was plaintiffs' husband/father — Canada Shipping Act, s. 649 one-year limitation period applicable to bar all claims save estate's claim by means of survival action — Two-year period under Ontario Trustees Act would apply to survival action through incorporation by reference under Federal Court Act, s. 39 and Crown Liability and Proceedings Act, s. 32.

Practice — Limitation of actions — Fatality resulting from sinking of self-propelled barge after striking rock in river — Widow suing Crown in personal capacity, as executrix, litigation guardian under maritime law, statute for failure to set standards, breach of statutory duty in approving of vessel's construction sketch — Whether action time-barred by Canada Shipping Act, s. 649 — Whether limitation periods in provincial legislation applicable herein — Whether Federal Court having inherent jurisdiction to extend statutory limitation period in exceptional circumstances — Whether certain claims tolled as to limitation period under non-statutory maritime law principles.

T-748-94

Susan Anne Nicholson, en son nom et en sa qualité de veuve de feu Michael Douglas Nicholson, et en sa qualité d'exécutrice de la succession de Michael Douglas Nicholson, Caely Frances Nicholson et Andrew Michael Nicholson, mineur représenté par sa tutrice à l'instance, Susan Anne Nicholson (*demandeurs*)

c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada (*défendresse*)

RÉPERTORIÉ: NICHOLSON c. CANADA (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Lemieux—Toronto, 30 juin 1999; Ottawa, 17 février 2000.

Droit maritime — Responsabilité délictuelle — Un chaland automoteur a heurté un rocher dans la rivière, et a chaviré et coulé — Il est allégué que la Garde côtière a manqué à ses fonctions de réglementation en n'établissant pas des normes appropriées et en approuvant les plans de construction — Prescription des actions — L'action a été intentée trois jours avant le deuxième anniversaire du décès du patron de l'embarcation qui était l'époux et le père des demandeurs — Le délai de prescription d'un an prévu à l'art. 649 de la Loi sur la marine marchande s'applique de sorte que toutes les demandes doivent être rejetées, sauf celle de la succession qui a été intentée sous la forme de «survival action» — Le délai de prescription de deux ans prévu dans la Loi sur les fiduciaires de l'Ontario s'applique à la «survival action» du fait de l'incorporation par renvoi en vertu de l'art. 39 de la Loi sur la Cour fédérale et de l'art. 32 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif.

Pratique — Prescription — Le patron d'un chaland automoteur est mort après que son embarcation eut heurté un rocher dans la rivière — La veuve poursuit Sa Majesté en son nom, en sa qualité d'exécutrice et de tutrice à l'instance en vertu du droit maritime, et de la loi pour avoir omis d'établir des normes et avoir manqué à ses fonctions de réglementation en approuvant les plans de construction du bateau — La question est de savoir si l'action est prescrite en vertu de l'art. 649 de la Loi sur la marine marchande du Canada — Il faut aussi déterminer si les délais de prescription prévus dans la loi provinciale sont applicables en l'espèce — La Cour fédérale a-t-elle compétence inhérente pour proroger le délai de prescription réglementaire dans des circonstances exceptionnelles? — Y a-t-il eu suspension de certaines demandes pour ce qui est du délai de prescription en vertu des principes non législatifs du droit maritime?

Federal Court jurisdiction — Trial Division — No inherent jurisdiction in Federal Court to extend limitation period in Canada Shipping Act, s. 649 with respect to fatal maritime accidents.

Crown — Torts — Fatal maritime accident involving self-propelled barge — Action against Crown for failure to set proper standards for such vessels, approval by Coast Guard of construction sketch in breach of statutory duties — All claims statute-barred, except estate's claim by means of survival action.

Michael Douglas Nicholson, the husband and father of the plaintiffs, died in a maritime accident in Ontario on April 2, 1992 when the self-propelled barge he was operating as Master glanced off a rock, rolled over and sank. The action was commenced on March 30, 1994 by Susan Nicholson, in her personal capacity and as executrix of her late husband's estate, Caely Nicholson and Andrew Nicholson, then a minor, through his mother, as litigation guardian. The plaintiffs alleged that, in the absence of proper standards, the vessel had been constructed without a centerline bulkhead, bilge alarm and fitted pumping system and that, in approving the construction sketch, the Coast Guard was in breach of statutory duties under the Act and Regulations.

The action was commenced within the two-year limitation period prescribed by the Ontario *Family Law Act* (OFLA), but outside the one-year limitation period provided by section 649 of the *Canada Shipping Act* (the Act). The action was brought pursuant to the provisions of Part XIV of the Act, the OFLA and the English *Fatal Accidents Act, 1846* as received into Canadian maritime law and pursuant to Canadian maritime law. Also claimed by Susan Nicholson, in her capacity as executrix, were damages for her late husband's pain and suffering prior to death, pursuant to Canadian maritime law and section 38 of the Ontario *Trustee Act* (OTA). In seeking relief, Andrew Nicholson pleaded section 39 of the *Federal Court Act* (FCA) and section 47 of the Ontario *Limitations Act* (OLA).

This was a motion for summary judgment dismissing the action, essentially on the grounds that the cause of action pleaded was barred by section 649 of the Act.

Held, the motion should be allowed in part: the section 649 one-year limitation period applied to bar all claims save the estate's claim by means of a survival action.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — La Cour fédérale n'a pas compétence inhérente pour proroger le délai de prescription prévu à l'art. 649 de la Loi sur la marine marchande dans le cas des accidents de navigation mortels.

Couronne — Responsabilité délictuelle — Accident de navigation mortel mettant en cause un chaland automoteur — Action contre la Couronne pour avoir omis d'établir des normes appropriées pour de tels bateaux et pour le fait que la Garde côtière a manqué à ses fonctions de réglementation en approuvant les plans de construction — Toutes les demandes sont prescrites, à l'exception de la demande de la succession intentée par voie de «survival action».

Michael Douglas Nicholson, époux et père des demandeurs, est mort dans un accident maritime en Ontario le 2 avril 1992, quand le chaland automoteur qu'il pilotait comme patron d'embarcation a dévié sur un rocher, a chaviré et coulé. L'action a été intentée le 30 mars 1994 par Susan Nicholson, en sa qualité personnelle et en sa qualité d'exécutrice de la succession de son époux, par Caely Nicholson et par Andrew Nicholson, qui était alors mineur et représenté par sa mère à titre de tutrice à l'instance. Les demandeurs allèguent qu'en raison de l'absence de normes appropriées le bateau avait été construit sans cloison centrale, sans alarme de cale et sans circuit de pompage fixe et qu'en approuvant les plans de construction la Garde côtière a manqué à ses obligations prescrites par la Loi et les règlements.

L'action a été intentée à l'intérieur du délai de prescription de deux ans prévu par la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario (LDFO), mais après l'expiration du délai d'un an fixé par l'article 649 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* (la Loi). L'action était fondée sur les dispositions de la Partie XIV de la Loi, de la LDFO et de la *Fatal Accidents Act, 1846*, une loi anglaise incorporée au droit maritime canadien, et sur le droit maritime canadien. En sa qualité d'exécutrice, Susan Nicholson a également réclamé des dommages-intérêts pour les souffrances et douleurs de son époux avant son décès, conformément au droit maritime canadien et à l'article 38 de la *Loi sur les fiduciaires* de l'Ontario (LFO). Andrew Nicholson a demandé réparation en invoquant l'article 39 de la *Loi sur la Cour fédérale* (LCF) et l'article 47 de la *Loi sur la prescription des actions* de l'Ontario (LPAO).

Il s'agit d'une requête en jugement sommaire ayant essentiellement pour but de faire rejeter l'action au motif que la cause d'action plaidée est prescrite par l'article 649 de la Loi.

Jugement: la requête est accueillie en partie: le délai de prescription d'un an fixé à l'article 649 s'applique de sorte que toutes les demandes sont prescrites, à l'exception de la demande de la succession intentée par voie de «survival action».

In light of the Supreme Court of Canada decision in *Ordon Estate v. Grail*, it was clear that the applicable limitation period for the bringing of the action was the one-year period calculated from Mr. Nicholson's death provided for in section 649 of the *Canada Shipping Act* unless the other legal principles argued by the plaintiffs could be invoked to qualify or delay the operation of that one-year period.

The discoverability principle did apply herein, so that the time did not begin to run until November 18, 1992. The plaintiffs' cause of action was based on statutory negligence related to the regulatory duties and approval by the Canadian Coast Guard, of which the plaintiffs learned at the inquest on November 18, 1992. This did not, however, help the plaintiffs because the statement of claim was not filed until March 30, 1994, more than one year later.

This Court did not have inherent jurisdiction to extend the limitation period for reasons of fairness and justice as did the Ontario Court of Appeal in *Ordon Estate v. Grail*. Case law made it clear that a limitation period cannot be waived or extended in the absence of a clear statutory authority. Far from providing for such authority, Parliament has indicated that the Federal Court should not have the power to extend the limitation period under section 649 of the Act.

The plaintiffs were not entitled to a claim for maritime wrongful death under non-statutory principles of Canadian maritime law. Such a claim does not exist. A dependant's fatal accident claim is a creature of statute, whose very purpose was to cure the defect in the common law. When Parliament legislates, as it has, it occupies the field.

Section 39 of the FCA provides for the incorporation of provincial limitation laws "except as expressly provided by any other Act". Parliament's statutory prescription in section 649, in the context of Part XIV dealing with dependants' fatal accident claims in relation to boating accidents, precludes the application of section 47 of the OLA. The nature of the claim, a dependant's claim, which requires the inclusion of minors in that claim, can only lead to the conclusion that incorporation of the tolling provisions of section 47 of the OLA in the case of minors is inconsistent with the statutory scheme set out in Part XIV. The rationale behind section 47 preventing a minor under legal disability from having a remedy is contrary to the purpose of a dependant's fatal accident claim.

Compte tenu de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Succession Ordon c. Grail*, il est clair que le délai de prescription applicable pour l'introduction d'une action est le délai d'un an calculé à compter du décès de M. Nicholson, et dont il est question à l'article 649 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, à moins que les autres principes juridiques débattus par les demandeurs puissent être invoqués pour apporter des réserves concernant ce délai de prescription d'un an ou en retarder l'application.

Le principe de la possibilité de découvrir le dommage s'applique en l'espèce de sorte que le délai n'a pas commencé à courir avant le 18 novembre 1992. La cause d'action des demandeurs était fondée sur une négligence ayant trait aux fonctions de réglementation et à l'approbation des plans par la Garde côtière canadienne, dont les demandeurs ont été informés à l'enquête le 18 novembre 1992. Toutefois, cela ne les a pas aidés parce qu'ils n'ont déposé leur déclaration que le 30 mars 1994, soit plus d'un an plus tard.

La Cour n'a pas compétence inhérente pour proroger le délai de prescription pour des motifs d'équité et de justice comme l'a fait la Cour d'appel de l'Ontario dans *Ordon Estate v. Grail*. La jurisprudence indique clairement qu'un délai de prescription ne peut être supprimé ou prorogé en l'absence d'un pouvoir législatif clair. Loin de conférer un tel pouvoir législatif, le législateur a indiqué que la Cour fédérale ne devait pas avoir le pouvoir de proroger le délai de prescription en vertu de l'article 649 de la Loi.

Les demandeurs n'avaient pas le droit de présenter une demande en réparation du préjudice résultant d'un accident de navigation mortel causé par la faute d'autrui en vertu des principes non législatifs du droit maritime canadien. Une telle cause d'action n'existe pas. Une demande en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel formulée par une personne à charge est une création de la loi, dont le but est précisément de remédier à la lacune de la common law. Lorsque le législateur légifère, comme il l'a fait, c'est la disposition qu'il a adoptée qui s'applique.

L'article 39 de la LCF pose une condition à l'incorporation des lois provinciales en matière de prescription en utilisant les mots suivants: «sauf disposition contraire d'une autre loi». La prescription imposée par le législateur à l'article 649, dans le contexte de la partie XIV, qui traite des demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident de navigation mortel formulées par des personnes à charge, empêche l'application de l'article 47 de la LPAO. La nature de la demande, celle d'une personne à charge, qui exige l'inclusion des mineurs dans cette demande, ne peut mener qu'à la conclusion que l'incorporation des dispositions suspensives de l'article 47 de la LPAO dans le cas des mineurs est incompatible avec le régime législatif établi à la partie XIV. La raison d'être de l'article 47, qui empêche un mineur frappé d'incapacité juridique de demander réparation, est contraire à l'objectif d'une demande en réparation du

In *Ordon Estate v. Grail*, Canadian maritime law was reformed by removing the common law bar to the survival of an action thus permitting the estate of the deceased to maintain an action. This common law action, known as a survival action, is by its very nature different than a dependant's fatal accident claim to which Part XIV of the Act applies. Because of this distinction, section 649 of the Act, which relates to a dependant's fatal accident claim, cannot apply to bar this newly created cause of action which is not a dependant's claim. The two-year period under the OTA would apply through the incorporation by reference under section 39 of the FCA and section 32 of the Crown Liability and Proceedings Act.

préjudice résultant d'un accident mortel présentée par une personne à charge.

Dans l'arrêt *Succession Ordon c. Grail*, le droit maritime canadien a été réformé par la suppression de la fin de non-recevoir de la common law à la survie d'une action, autorisant ainsi la succession du défunt à poursuivre une action. Cette action de common law, connue sous le nom de «*survival action*», est par sa nature même différente d'une demande en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel présentée par une personne à charge à laquelle la partie XIV de la Loi s'applique. En raison de cette distinction, l'article 649 de la Loi, qui traite des demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel formulées par les personnes à charge, ne peut s'appliquer pour faire échec à cette nouvelle cause d'action, qui n'est pas une demande formulée par une personne à charge. Le délai de prescription de deux ans prévu dans la LFO s'appliquerait en raison du principe de l'incorporation par renvoi prévu à l'article 39 de la LCF et à l'article 32 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9, ss. 572, 645, 646, 647, 648, 649 (as am. by S.C. 1998, c. 16, s. 17), 650, 651, 652, 653.
- Canada Shipping Act, 1934*, S.C. 1934, c. 44.
- Convention for the Unification of certain Rules of Law with respect to Collisions between Vessels*, September 23, 1910, [1913] B.T.S. No. 4.
- Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), s. 32 (as am. *idem*, s. 31).
- Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3.
- Fatal Accidents Act, 1846* (U.K.), 9 & 10 Vict., c. 93.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 39 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 10).
- Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, rr. 213(2), 216.
- Highway Traffic Act*, R.S.O. 1980, c. 198.
- Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5.
- Limitation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 236.
- Limitations Act*, R.S.O. 1990, c. L.15.
- Trustee Act*, R.S.O. 1990, c. T.23.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; (1998), 40 O.R. (3d) 639; 166 D.L.R. (4th) 193; 232 N.R. 201;

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Code de la route*, L.R.O. 1980, ch. 198.
- Convention pour l'unification de certaines règles en matière d'abordage*, 23 septembre 1910, [1913] B.T.S. n° 4.
- Fatal Accidents Act, 1846* (R.-U.), 9 & 10 Vict, ch. 93.
- Limitation Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 236.
- Loi de la marine marchande du Canada, 1934*, S.C. 1934, ch. 44.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 39 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 10).
- Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 572, 645, 646, 647, 648, 649 (mod. par L.C. 1998, ch. 16, art. 17), 650, 651, 652, 653.
- Loi sur la prescription des actions*, L.R.O. 1990, ch. L.15.
- Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), art. 32 (mod. *idem*, art. 31).
- Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3.
- Loi sur les fiduciaires*, L.R.O. 1990, ch. T.23.
- Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.
- Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règles 213(2), 216.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; (1998), 40 O.R. (3d) 639; 166 D.L.R. (4th) 193; 232 N.R. 201;

115 O.A.C. 1; affg *Ordon Estate v. Grail* (1996), 30 O.R. (3d) 643; 140 D.L.R. (4th) 52; 94 O.A.C. 241 (C.A.); affg *Ordon Estate v. Grail*, [1993] O.J. No. 1357 (Gen. Div.) (QL); *Peixeiro v. Haberman*, [1997] 3 S.C.R. 549; (1997), 151 D.L.R. (4th) 429; 46 C.C.L.J. (2d) 147; 12 C.P.C. (4th) 255; 30 M.V.R. (3d) 41; 217 N.R. 371; 103 O.A.C. 161; *Dawe v. Minister of National Revenue (Customs and Excise)* (1994), 174 N.R. 1 (F.C.A.); *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; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626; (1998), 157 D.L.R. (4th) 385; 6 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.C. (4th) 1; 224 N.R. 241; *Baxter Student Housing Ltd. et al. v. College Housing Co-operative Ltd. et al.*, [1976] 2 S.C.R. 475; (1975), 57 D.L.R. (3d) 1; [1976] 1 W.W.R. 1; 20 C.B.R. (N.S.) 240; 5 N.R. 515; *Monaghan v. Horn* (1882), 7 S.C.R. 409; *Murphy v. Welsh; Stoddard v. Watson*, [1993] 2 S.C.R. 1069; (1993), 106 D.L.R. (4th) 404; 18 C.C.L.T. (2d) 101; 18 C.P.C. (3d) 137; 47 M.V.R. (2d) 1; *Wewayakum Indian Band v. Canada and Wewayakai Indian Band* (1995), 99 F.T.R. 1 (F.C.T.D.).

DISTINGUISHED:

Basarsky v. Quinlan, [1972] S.C.R. 380; (1971), 24 D.L.R. (3d) 720; [1972] 1 W.W.R. 303.

CONSIDERED:

Fehr v. Jacob, [1993] 5 W.W.R. 1; (1993), 85 Man. R. (2d) 63; 14 C.C.L.T. (2d) 200; 14 C.P.C. (3d) 364 (C.A.).

REFERRED TO:

Novak v. Bond, [1999] 1 S.C.R. 808; (1999), 172 D.L.R. (4th) 385; [1999] 8 W.W.R. 499; 122 B.C.A.C. 161; 63 B.C.L.R. (3d) 41; 45 C.C.L.T. (2d) 1; 32 C.P.C. (4th) 197; 239 N.R. 134; *Shulman (Guardian Ad Litem of) v. McCallum* (1993), 105 D.L.R. (4th) 325; [1993] 7 W.W.R. 567; 28 B.C.A.C. 292; 79 B.C.L.R. (2d) 393 (C.A.); *Meherally v. M.N.R.*, [1987] 3 F.C. 525; (1987), 37 D.L.R. (4th) 609; 74 N.R. 260 (C.A.).

MOTION for summary judgment in action for maritime wrongful death. Motion allowed in part.

APPEARANCES:

Nigel H. Frawley for plaintiffs.
David Sgayias, Q.C. for defendant.

115 O.A.C. 1; conf. *Ordon Estate v. Grail* (1996), 30 O.R. (3d) 643; 140 D.L.R. (4th) 52; 94 O.A.C. 241 (C.A.); conf. *Ordon Estate v. Grail*, [1993] O.J. n° 1357 (Div. gén.) (QL); *Peixeiro c. Haberman*, [1997] 3 R.C.S. 549; (1997), 151 D.L.R. (4th) 429; 46 C.C.L.J. (2d) 147; 12 C.P.C. (4th) 255; 30 M.V.R. (3d) 41; 217 N.R. 371; 103 O.A.C. 161; *Dawe c. Ministre du Revenu national (Douanes et Accise)* (1994), 174 N.R. 1 (C.A.F.); *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; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; (1998), 157 D.L.R. (4th) 385; 6 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.C. (4th) 1; 224 N.R. 241; *Baxter Student Housing Ltd. et al. c. College Housing Co-operative Ltd. et al.*, [1976] 2 R.C.S. 475; (1975), 57 D.L.R. (3d) 1; [1976] 1 W.W.R. 1; 20 C.B.R. (N.-S.) 240; 5 N.R. 515; *Monaghan v. Horn* (1882), 7 R.C.S. 409; *Murphy c. Welsh; Stoddard c. Watson*, [1993] 2 R.C.S. 1069; (1993), 106 D.L.R. (4th) 404; 18 C.C.L.T. (2d) 101; 18 C.P.C. (3d) 137; 47 M.V.R. (2d) 1; *Bande indienne Wewayakum c. Canada et Bande indienne Wewayakai* (1995), 99 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Basarsky c. Quinlan, [1972] R.C.S. 380; (1971), 24 D.L.R. (3d) 720; [1972] 1 W.W.R. 303.

DÉCISION EXAMINÉE:

Fehr v. Jacob, [1993] 5 W.W.R. 1; (1993), 85 Man. R. (2d) 63; 14 C.C.L.T. (2d) 200; 14 C.P.C. (3d) 364 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Novak c. Bond, [1999] 1 R.C.S. 808; (1999), 172 D.L.R. (4th) 385; [1999] 8 W.W.R. 499; 122 B.C.A.C. 161; 63 B.C.L.R. (3d) 41; 45 C.C.L.T. (2d) 1; 32 C.P.C. (4th) 197; 239 N.R. 134; *Shulman (Guardian Ad Litem of) v. McCallum* (1993), 105 D.L.R. (4th) 325; [1993] 7 W.W.R. 567; 28 B.C.A.C. 292; 79 B.C.L.R. (2d) 393 (C.A.); *Meherally c. M.N.R.*, [1987] 3 C.F. 525; (1987), 37 D.L.R. (4th) 609; 74 N.R. 260 (C.A.).

REQUÊTE en jugement sommaire concernant une action relative à une demande en réparation du préjudice résultant d'un accident de navigation mortel. Requête accueillie en partie.

ONT COMPARU:

Nigel H. Frawley pour les demandeurs.
David Sgayias, c.r., pour la défenderesse.

SOLICITORS OF RECORD:

Borden & Elliot, Toronto, for plaintiffs.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.

The following are the reasons for order rendered in English by

LEMIEUX J.:

INTRODUCTION

[1] On April 2, 1992, Michael Douglas Nicholson was operating on the Severn River in Ontario, as Master, the self-propelled barge (the *Sandman*), fully loaded with stone and mud, debris from a construction site. That night, the *Sandman* glanced off a rock on the port bow and immediately took a heavy list to starboard; 30 seconds after, the barge rolled over and sank with Mr. Nicholson who drowned.

[2] Mr. Nicholson is survived by his wife Susan and two children. Caely Francis Nicholson was 17 years old at the time of her father's death and reached the age of majority on September 22, 1992. Andrew Michael Nicholson was 14 years old at the time and reached the age of majority on January 28, 1996.

[3] On March 30, 1994, Susan Nicholson, in her personal capacity and as executrix of her late husband's estate, Caely Nicholson and Andrew Nicholson, a minor, through his mother, as Litigation Guardian, commenced this action in the Federal Court, Trial Division.

[4] The action was commenced within the two-year limitation period prescribed by the Ontario *Family Law Act* [R.S.O. 1990, c. F.3] (OFLA) but more than one year after Mr. Nicholson's death as provided by section 649 of the *Canada Shipping Act* [R.S.C., 1985, c. S-9] (the Act). The action was brought pursuant to the provisions of Part XIV [sections 645-653] of the Act, the OFLA and the English *Fatal Accidents Act, 1846* [9 & 10 Vict., c. 93] as received into Canadian maritime law and pursuant to Canadian maritime law.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Borden & Elliot, Toronto, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada, pour la défenderesse.

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

LE JUGE LEMIEUX:

INTRODUCTION

[1] Le 2 avril 1992, Michael Douglas Nicholson, patron d'embarcation, pilotait sur la rivière Severn en Ontario, un chaland automoteur (le *Sandman*), chargé de pierres et de boue provenant d'un chantier de construction. Cette nuit-là, le *Sandman* a dévié en heurtant un rocher à bâbord et a immédiatement gité dangereusement à tribord; 30 secondes plus tard, le remorqueur a chaviré et coulé entraînant avec lui M. Nicholson, qui s'est noyé.

[2] M. Nicholson laissait dans le deuil son épouse Susan et deux enfants. Caely Francis Nicholson avait 17 ans à la mort de son père et elle est devenue majeure le 22 septembre 1992. Andrew Michael Nicholson avait 14 ans à cette époque et il est devenu majeur le 28 janvier 1996.

[3] Le 30 mars 1994, Susan Nicholson, en sa qualité personnelle et en sa qualité d'exécutrice de la succession de son époux, Caely Nicholson et Andrew Nicholson, mineur représenté par sa mère à titre de tutrice à l'instance, ont intenté la présente action devant la Section de première instance de la Cour fédérale.

[4] L'action a été intentée à l'intérieur du délai de prescription de deux ans prévu par la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario [L.R.O. 1990, ch. F.3] (LDFO), mais plus d'un an après le décès de M. Nicholson, soit après l'expiration du délai fixé à l'article 649 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* [L.R.C. (1985), ch. S-9] (la Loi). L'action était fondée sur les dispositions de la partie XIV [articles 645 à 653] de la Loi, de la LDFO et de la *Fatal Accidents Act, 1846* [9 & 10 Vict., ch. 93] de l'Angleterre

[5] Also invoked by Susan Nicholson in her capacity as executrix were damages for his pain and suffering prior to death, pursuant to Canadian maritime law and section 38 of the Ontario *Trustee Act* [R.S.O. 1990, c. T.23] (OTA). Andrew Nicholson pleaded relief relying upon section 39 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 10)] (FCA) and section 47 of the Ontario *Limitations Act* [R.S.O. 1990, c. L.15] (OLA).

[6] The plaintiffs, in their action, allege that in failing to have proper standards for self-propelled barges, the *Sandman* was constructed without a centerline bulkhead, bilge alarm and fitted pumping system. The *Sandman's* construction sketch was approved by the Canadian Coast Guard. Plaintiffs say the Canadian Coast Guard, in doing so, was in breach of statutory duties under the Act and regulations made under that Act.

[7] The defendant, in her statement of defence, said the OFLA, the OTA and the OLA do not apply to the action and asserted the action was time-barred by section 649 of the Act.

[8] In reply to the defence, the plaintiffs said this Court may apply and enforce some or all of the provisions of the OFLA and the OTA as they are "incidentally necessary" to resolve the issues which arise from a cause of action founded in Canadian maritime law and, in the case of the OLA, incorporated by reference through section 39 of the FCA.

[9] Discoveries were held but the parties agreed to hold further proceedings in abeyance because of Court of Appeal rulings in British Columbia and Ontario, holding certain provisions of the provincial statutes pleaded did not apply to maritime fatal accidents.

incorporée au droit maritime canadien, et sur le droit maritime canadien.

[5] En sa qualité d'exécutrice, Susan Nicholson a également réclamé des dommages-intérêts pour les souffrances et douleurs de son époux avant son décès, conformément au droit maritime canadien et à l'article 38 de la *Loi sur les fiduciaires* de l'Ontario [L.R.O. 1990, ch. T.23] (LFO). Andrew Nicholson a demandé réparation en invoquant l'article 39 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 10)] (LCF) et l'article 47 de la *Loi sur la prescription des actions* de l'Ontario [L.R.O. 1990, ch. L.15] (LPAO).

[6] Dans leur action, les demandeurs allèguent qu'en raison de l'absence de normes appropriées pour la construction des chalands automoteurs, le *Sandman* avait été construit sans cloison centrale, sans alarme de cale et sans circuit de pompage fixe. Les plans de construction du *Sandman* avaient été approuvés par la Garde côtière canadienne. Les demandeurs prétendent qu'en agissant ainsi, la Garde côtière a manqué à ses obligations prescrites par la Loi et les règlements établis en application de celle-ci.

[7] Dans sa défense, la défenderesse prétend que la LDFO, la LFO et la LPAO ne s'appliquent pas à l'action et que l'action est prescrite du fait de l'article 649 de la Loi.

[8] En réponse à la défense, les demandeurs soutiennent que la Cour peut appliquer et faire respecter une partie ou la totalité des dispositions de la LDFO et de la LFO, étant donné qu'elles sont «accessoirement nécessaires» au règlement des questions qui découlent d'une cause d'action fondée sur le droit maritime canadien et, dans le cas de la LPAO, qu'elle est incorporée par renvoi en vertu de l'article 39 de la LCF.

[9] Les interrogatoires préalables ont eu lieu, mais les parties ont convenu de suspendre toutes les autres procédures en raison des décisions rendues par les cours d'appel de la Colombie-Britannique et de l'Ontario, qui ont statué que certaines dispositions des lois provinciales invoquées ne s'appliquaient pas aux accidents de navigation mortels.

[10] On June 22, 1998, the Supreme Court of Canada issued its reasons for judgment in *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437 on appeal from the Court of Appeal of Ontario [(1996), 30 O.R. (3d) 643] which judgment resolved, in a manner unfavourable to the plaintiffs, many of the issues in their action.

THE DEFENDANT'S MOTION FOR SUMMARY JUDGMENT

[11] The defendant, pursuant to subsection 213(2) and rule 216 of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106] (the Rules), moved the Court for summary judgment dismissing the plaintiffs' action on the following grounds:

- (a) the cause of action pleaded is barred by section 649 of the Act;
- (b) there is no genuine issue for trial; and
- (c) if there is an issue for trial, this Court is able on the whole of the evidence to find the facts necessary to decide the questions of law.

[12] The plaintiffs oppose the defendant's motion for summary judgment. They agree that the central issue is whether the plaintiffs' action is time-barred by section 649 of the Act but say there are additional issues which are these:

- (a) Is there a non-statutory cause of action for maritime wrongful death under Canadian Maritime Law applicable to the Plaintiffs in addition to any statutory rights granted by Part XIV of the *Canada Shipping Act*? If so, is the within claim time-barred thereunder?
- (b) Do any of the limitation periods prescribed by s. 649 of the *Canada Shipping Act* or s. 38 (3) *Trustee Act* or s. 45 of the *Limitations Act* (Ontario) as incorporated into Canadian law by s. 39 of the *Federal Court Act*, apply to the Plaintiffs?

[10] Le 22 juin 1998, la Cour suprême du Canada a fait connaître ses motifs dans l'affaire *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, en appel de la Cour d'appel de l'Ontario [(1996), 30 O.R. (3d) 643], jugement qui a tranché bon nombre des questions soulevées dans l'action des demandeurs, mais non en leur faveur.

LA REQUÊTE EN JUGEMENT SOMMAIRE DE LA DÉFENDERESSE

[11] En application du paragraphe 213(2) et de la règle 216 des *Règles de la Cour fédérale, 1998* [DORS/98-106] (les Règles), la défenderesse a présenté une requête en jugement sommaire à la Cour afin que celle-ci rejette l'action des demandeurs pour les motifs suivants:

- a) la cause d'action plaidée est prescrite par l'article 649 de la Loi;
- b) il n'y a pas de véritable question litigieuse; et
- c) s'il y a une question litigieuse, la Cour est en mesure, à partir de l'ensemble de la preuve, d'établir les faits nécessaires pour trancher les questions de droit.

[12] Les demandeurs s'opposent à la requête de la défenderesse en jugement sommaire. Ils conviennent que la question principale est de savoir si leur action est prescrite par l'article 649 de la Loi, mais ils prétendent qu'il y a d'autres questions litigieuses, savoir:

- a) Y a-t-il une cause d'action d'origine non législative pour le préjudice résultant d'un décès causé par la faute d'autrui en vertu du droit maritime canadien que les demandeurs puissent faire valoir en plus des droits d'origine législative conférés par la partie XIV de la *Loi sur la marine marchande du Canada*? Dans l'affirmative, la demande en l'espèce est-elle prescrite en vertu des règles applicables à cette cause d'action?
- b) Les délais de prescription prévus à l'article 649 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, ou au paragraphe 38 (3) de la *Loi sur les fiduciaires* ou à l'article 45 de la *Loi sur la prescription des actions* (Ontario), incorporés dans le droit canadien en vertu de l'article 39 de la *Loi sur la Cour fédérale*, s'appliquent-ils aux demandeurs?

- (c) Does this Honourable Court have the inherent jurisdiction to extend a statutory limitation period under exceptional circumstances?
- (d) Do the tolling provisions of s. 47 of the *Limitations Act* of Ontario apply to the claims of Caely Francis Nicholson and Andrew Michael Nicholson directly or as incorporated into Canadian Maritime Law by s. 39 of the *Federal Court Act*?
- (e) Should the claims of Caely Francis Nicholson and Andrew Michael Nicholson be tolled for the purposes of the application of any limitation period under non-statutory principles of Canadian Maritime Law?
- c) La Cour a-t-elle compétence inhérente pour proroger un délai de prescription d'origine législative dans des circonstances exceptionnelles?
- d) Les dispositions suspensives de l'article 47 de la *Loi sur la prescription des actions* de l'Ontario s'appliquent-elles aux demandes de Caely Francis Nicholson et d'Andrew Michael Nicholson directement ou du fait qu'elles ont été incorporées au droit maritime canadien en vertu de l'article 39 de la *Loi sur la Cour fédérale*?
- e) Les demandes de Caely Francis Nicholson et d'Andrew Michael Nicholson devraient-elles être suspendues aux fins de l'application de tout délai de prescription en vertu des principes non législatifs du droit maritime canadien?

THE LEGISLATION

[13] Part XIV of the *Canada Shipping Act*, as it stood at the time the action was launched, read:

645. In this Part,

“child” includes a son, daughter, grandson, grand-daughter, stepson, stepdaughter, adopted child and a person to whom a deceased person stood *in loco parentis*;

“dependants” means the wife, husband, parents and children of a deceased person;

“parent” includes a father, mother, grandfather, grandmother, stepfather, stepmother, a person who adopted a child, and a person who stood *in loco parentis* to a deceased person.

646. Where the death of a person has been caused by a wrongful act, neglect or default that, if death had not ensued, would have entitled the person injured to maintain an action in the Admiralty Court and recover damages in respect thereof, the dependants of the deceased may, notwithstanding his death, and although the death was caused under circumstances amounting in law to culpable homicide, maintain an action for damages in the Admiralty Court against the same defendants against whom the deceased would have been entitled to maintain an action in the Admiralty Court in respect of the wrongful act, neglect or default if death had not ensued.

647. (1) Every action under this Part shall be for the benefit of the dependants of a deceased person, and except as provided in this Part shall be brought by and in the name of the executor or administrator of the deceased.

LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES

[13] Voici la partie XIV de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, qui était en vigueur au moment où l'action a été intentée:

645. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

«enfant» Fils, fille, petit-fils, petite-fille, beau-fils par remariage, belle-fille par remariage, enfant adopté et personne à qui le défunt tenait lieu de parent.

«parent» Le père, la mère, le grand-père, la grand-mère, le beau-père par remariage, la belle-mère par remariage, une personne qui a adopté un enfant, et une personne qui a tenu lieu de parent au défunt.

«personnes à charge» L'épouse, le mari, les parents et les enfants du défunt.

646. Si la mort d'une personne a été occasionnée par une faute, une négligence ou une prévarication qui, si la mort n'en était pas résultée, aurait donné droit à la personne blessée de soutenir une action devant la Cour d'Amirauté et de recouvrer des dommages-intérêts à cet égard, les personnes à charge du défunt peuvent, nonobstant son décès, et bien que sa mort ait été occasionnée dans des circonstances équivalant en droit à un homicide coupable, soutenir une action pour dommages-intérêts devant la Cour d'Amirauté contre les mêmes défendeurs à l'égard desquels le défunt aurait eu droit de soutenir une action devant la Cour d'Amirauté en ce qui concerne cette faute, cette négligence ou cette prévarication, si la mort n'en était pas résultée.

647. (1) Toute action sous l'autorité de la présente partie doit être à l'avantage des personnes à charge du défunt et doit, sous réserve des autres dispositions de la présente partie, être intentée par l'exécuteur testamentaire ou l'administrateur du défunt et en son nom.

(2) In every action described in subsection (1), damages may be awarded as are proportioned to the injury resulting from the death to the dependants respectively for whom and for whose benefit the action is brought, and the amount so recovered, after deducting the costs not recovered from the defendant, shall be divided among the dependants in such shares as may be determined at the trial.

(3) In assessing the damages in any action there shall not be taken into account any sum paid or payable on the death of the deceased or any future premiums payable under any contract of assurance or insurance.

648. A defendant may pay into Court one sum of money as compensation for the wrongful act, neglect or default, to all persons entitled to compensation without specifying the shares into which it is to be divided.

649. Not more than one action lies for and in respect of the same subject-matter of complaint, and every action must be commenced not later than twelve months after the death of a deceased.

650. (1) A plaintiff in an action shall, in his statement of claim, set forth the persons for whom and on whose behalf the action is brought.

(2) There shall be filed with the statement of claim an affidavit by the plaintiff in which he shall state that to the best of his knowledge, information and belief the persons on whose behalf the action is brought as set forth in the statement of claim are the only persons entitled or who claim to be entitled to the benefit thereof.

(3) The Admiralty Court or a judge thereof, if of opinion that there is a sufficient reason for doing so, may dispense with the filing of the affidavit.

651. (1) When there is no executor or administrator of a deceased person, or there being an executor or administrator, no action referred to in section 650 is, within six months after the death of the deceased, brought by the executor or administrator, the action may be brought by all or any of the persons for whose benefit the action would have been if it had been brought by the executor or administrator.

(2) Every action brought shall be for the benefit of the same persons, and shall be subject to the same regulations and procedure, as nearly as may be, as if it were brought by an executor or administrator.

652. (1) Where compensation has not been otherwise apportioned, the Court may apportion it among the persons entitled.

(2) The Court may in its discretion postpone the distribution of money to which infants are entitled and may direct

(2) Dans une telle action, des dommages-intérêts proportionnés au dommage résultant du décès doivent être accordés aux personnes à charge respectivement pour lesquelles et à l'avantage desquelles l'action est intentée. Le montant ainsi recouvré, déduction faite des frais non recouverts du défendeur, doit être divisé entre les personnes à charge en telles parts qui peuvent être déterminées au procès.

(3) En fixant les dommages-intérêts dans une action, il ne peut être tenu compte d'aucune somme versée ou à verser au décès du défunt, ni d'aucune prime à venir en vertu d'un contrat d'assurance.

648. Le défendeur peut verser au tribunal une somme d'argent, à titre d'indemnité, pour la faute, la négligence ou la prévarication, à toutes personnes y ayant droit sans spécifier les parts en lesquelles cette indemnité doit être divisée.

649. Une seule action est recevable à l'égard de la même plainte, et toute action de ce genre doit être intentée dans les douze mois qui suivent le décès du défunt.

650. (1) Dans son exposé de réclamation, le demandeur doit mentionner les personnes pour lesquelles et au nom desquelles l'action est intentée.

(2) Le demandeur doit produire, avec l'exposé de réclamation, un affidavit dans lequel il déclare qu'au mieux de ses connaissances et croyance, les personnes au nom de qui l'action est intentée, comme en fait mention l'exposé de réclamation, sont les seules qui ont droit ou prétendent avoir droit à bénéficier en l'espèce.

(3) La Cour d'Amirauté ou un juge de ce tribunal, s'ils sont d'avis qu'il existe un motif suffisant d'agir ainsi, peuvent dispenser de la production de l'affidavit.

651. (1) Lorsqu'il n'existe pas d'exécuteur testamentaire ni d'administrateur pour le défunt, ou lorsqu'il y a un exécuteur testamentaire ou un administrateur et qu'aucune action visée à l'article 650 n'est intentée, dans les six mois qui suivent le décès du défunt, par l'exécuteur testamentaire ou l'administrateur, cette action peut être intentée par toutes les personnes ou par l'une quelconque des personnes qui auraient bénéficié de l'action si elle avait été intentée par l'exécuteur testamentaire ou l'administrateur.

(2) Toute action ainsi intentée doit être à l'avantage des mêmes personnes et est, autant que possible, soumise aux mêmes règlements et à la même procédure que si elle était intentée par l'exécuteur testamentaire ou l'administrateur.

652. (1) Lorsque l'indemnité n'a pas été autrement répartie, le tribunal peut la partager entre les personnes y ayant droit.

(2) Le tribunal, à sa discrétion, peut différer la répartition de la somme à laquelle les mineurs ont droit et peut ordon-

the payment from the undivided fund. [Emphasis mine.]

[14] Section 572 of that same Act dealing with boating collisions had the following limitation clause which is different than the one contained in section 649 under Part XIV dealing with boating accidents:

572. (1) No action is maintainable to enforce any claim or lien against a vessel or its owners in respect of any damage or loss to another vessel, its cargo or freight, or any property on board that vessel, or for damages for loss of life or personal injuries suffered by any person on board that vessel, caused by the fault of the former vessel, whether that vessel is wholly or partly at fault, unless proceedings therein are commenced within two years from the date when the damage or loss or injury was caused.

(2) An action is not maintainable under this Part to enforce any contribution in respect of an overpaid proportion of any damages for loss of life or personal injuries unless proceedings therein are commenced within one year from the date of payment.

(3) Any court having jurisdiction to deal with an action to which this section relates may, in accordance with the rules of court, extend any period described in subsection (1) or (2) to such extent and on such conditions as it thinks fit, and shall, if satisfied that there has not during such period been any reasonable opportunity of arresting the defendant vessel within the jurisdiction of the court, or within the territorial waters of the country to which the plaintiff's ship belongs or in which the plaintiff resides or has his principal place of business, extend any period to an extent sufficient to give that reasonable opportunity. [Emphasis mine.]

[15] Section 649 was amended by S.C. 1998, c. 16, section 17 to read:

649. Not more than one action lies for and in respect of the same subject-matter of complaint, and every action shall be commenced not later than two years after the death of a deceased. [Emphasis mine.]

[16] The parties agree, for the purposes of this motion, the 1998 amendment is not retroactive to the time when the plaintiffs commenced their action.

[17] Section 39 of the FCA incorporating provincial limitation laws in some circumstances reads:

ner le paiement sur le fonds non réparti. [Non souligné dans l'original.]

[14] L'article 572 de la même Loi traitant des abordages énonce la clause de prescription suivante, qui est différente de celle qui se trouve à l'article 649, sous la partie XIV traitant des accidents de navigation:

572. (1) Nulle action n'est soutenable aux fins d'exercer une réclamation ou un privilège contre un bâtiment ou contre ses propriétaires relativement à toute avarie ou perte causée à un autre bâtiment, sa cargaison ou son fret, ou à des biens à bord de ce bâtiment, ou relativement à des dommages-intérêts pour mort ou blessures d'une personne à bord du bâtiment, occasionnées par la faute du premier bâtiment, que ce bâtiment soit entièrement ou partiellement en faute, à moins que les procédures ne soient intentées dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle l'avarie ou la perte ou la mort ou les blessures ont été causées.

(2) Une action n'est pas soutenable en vertu de la présente partie aux fins de recouvrer quelque contribution en raison du paiement d'une part excessive de dommages-intérêts pour mort ou blessures, à moins que les procédures ne soient intentées dans l'année qui suit la date du paiement.

(3) Tout tribunal compétent pour connaître d'une action à laquelle se rapporte le présent article peut, conformément aux règles du tribunal, proroger les délais prévus aux paragraphes (1) ou (2) dans la mesure et aux conditions qu'il juge convenables, et s'il est convaincu qu'il ne s'est présenté, au cours de ce délai, aucune occasion raisonnable de saisir le navire du défendeur dans les limites de la juridiction qui lui est attribuée ou dans les limites des eaux territoriales du pays auquel appartient le navire du demandeur ou dans lequel le demandeur réside ou a son principal lieu d'affaires, il doit proroger les délais d'une période suffisante pour procurer cette occasion raisonnable. [Non souligné dans l'original.]

[15] L'article 649 a été modifié par l'article 17 des L.C. 1998, ch. 16, de la façon suivante:

649. Une seule action est recevable à l'égard de la même plainte, et toute action de ce genre doit être intentée dans les deux ans qui suivent le décès du défunt. [Non souligné dans l'original.]

[16] Les parties conviennent, pour les fins de la présente requête, que la modification de 1998 n'est pas rétroactive à la date à laquelle les demandeurs ont intenté leur action.

[17] L'article 39 de la LCF incorporant les lois provinciales en matière de prescription dans certaines circonstances est rédigé dans les termes suivants:

39. (1) Except as expressly provided by any other Act, the laws relating to prescription and the limitation of actions in force in any province between subject and subject apply to any proceedings in the Court in respect of any cause of action arising in that province.

(2) A proceeding in the Court in respect of a cause of action arising otherwise than in a province shall be taken within six years after the cause of action arose. [Emphasis mine.]

[18] Section 32 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 31] of the *Crown Liability and Proceedings Act* [R.S.C., 1985, c. C-50 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21)] (CLPA) to the same effect reads:

32. Except as otherwise provided in this Act or in any other Act of Parliament, the laws relating to prescription and the limitation of actions in force in a province between subject and subject apply to any proceedings by or against the Crown in respect of any cause of action arising in that province, and proceedings by or against the Crown in respect of a cause of action arising otherwise than in a province shall be taken within six years after the cause of action arose. [Emphasis mine.]

OVERVIEW OF *ORDON ESTATE v. GRAIL*

[19] The Supreme Court of Canada's reasons for judgment cover a number of appeals in two actions commenced in the Ontario Court (General Division) [[1993] O.J. No. 1357 (QL)] arising out of two boating incidents on navigable waters in Ontario. One action concerned a maritime fatal accident claim by the wife and children of Bernard Ordon who drowned when a pleasure boat he was in and owned and operated by Larry Grail sank in Lake Erie (the Lake Erie action). The other actions arose out of a collision of two pleasure boats on Lake Joseph which caused two fatalities and several serious personal injuries (the Lake Joseph actions).

[20] As in this case, the statements of claim in those appeals covered personal claims and separate executor claims for damages under the OTA; an OFLA claim covering lost income and support, lost services, out-of-

39. (1) Sauf disposition contraire d'une autre loi, les règles de droit en matière de prescription qui, dans une province, régissent les rapports entre particuliers s'appliquent à toute instance devant la Cour dont le fait générateur est survenu dans cette province.

(2) Le délai de prescription est de six ans à compter du fait générateur lorsque celui-ci n'est pas survenu dans une province. [Non souligné dans l'original.]

[18] L'article 32 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 31] de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* [L.R.C. (1985), ch. C-50 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21)] (LRECA) au même effet est rédigé dans les termes suivants:

32. Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, les règles de droit en matière de prescription qui, dans une province, régissent les rapports entre particuliers s'appliquent lors des poursuites auxquelles l'État est partie pour tout fait générateur survenu dans la province. Lorsque ce dernier survient ailleurs que dans une province, la procédure se prescrit par six ans. [Non souligné dans l'original.]

APERÇU DU JUGEMENT *SUCCESSION ORDON c. GRAIL*

[19] Les motifs du jugement de la Cour suprême du Canada portent sur un certain nombre d'appels se rapportant à deux actions intentées devant la Cour de l'Ontario (Division générale) [[1993] O.J. n° 1357 (QL)] par suite de deux accidents de bateau survenus dans les eaux navigables de l'Ontario. L'une de ces actions concernait une demande présentée par suite d'un accident de navigation mortel par l'épouse et les enfants de Bernard Ordon, qui s'est noyé quand l'embarcation de plaisance dans laquelle il prenait place et qui était pilotée par son propriétaire Larry Grail a coulé sur le lac Érié (l'action du lac Érié). Les autres actions découlent d'une collision entre deux embarcations de plaisance sur le lac Joseph qui a fait deux morts et plusieurs blessés graves (les actions du lac Joseph).

[20] Comme en l'espèce, les déclarations dans ces appels comprenaient plusieurs demandes à titre personnel et d'autres demandes distinctes en dommages-intérêts présentées par l'exécuteur testamentaire en

pocket expenses, personal trauma and nervous shock caused by the death of the spouse as well as a claim for compensation for loss of guidance, care and companionship (the GCC claims). The children also made GCC claims under the OFLA. The Lake Erie action was filed less than one year after the accident.

[21] The Lake Joseph actions had a number of added features: First, all actions were commenced after the one-year period prescribed under section 649 of the Act but within the two-year period under section 572 of the Act and the two-year period under the OFLA. Second, in one of the Lake Joseph actions, the plaintiffs included as dependants the siblings of the deceased which is wider than the listed dependants in the definition of dependants in Part XIV of the Act. Third, the Act was pleaded as an alternative. Also, they were commenced exclusively in the Ontario Court (General Division).

[22] The judgment of the Court and its reasons written by Justices Iacobucci and Major illustrate certain features of Canadian maritime law which deals with all claims in respect of maritime and admiralty matters and is of federal legislative competence. First, its scope is not frozen at the time of the adoption of English admiralty law into Canadian law in 1934 [*Canada Shipping Act, 1934*, S.C. 1934, c. 44]; Canadian maritime law is to be interpreted in the modern context of commerce and shipping. Second, Canadian maritime law has a number of varied sources which are statutory and non-statutory, national and international common law and civilian. Third, the substantive content of this law is not limited to English law (largely common law) in 1934 or statute law enacted by Parliament but includes laws as developed by judicial precedent. If Parliament has not passed legislation, the inherited non-statutory law remains applicable. Fourth, Canadian maritime law is not static or frozen but is subject to judicial reform allowing its development where appropriate criteria are met.

vertu de la LFO; une demande fondée sur la LDFO visait le manque à gagner, la perte de soutien, la perte de services, les débours, le traumatisme personnel et le choc nerveux causés par le décès du conjoint, ainsi que la perte de conseils, de soins et de compagnie. Les enfants ont également présenté une demande en réparation au titre de la perte de conseils, de soins et de compagnie sous le régime de la LDFO. L'action du lac Érié a été déposée moins d'un an après l'accident.

[21] Les actions du lac Joseph présentaient un certain nombre d'autres caractéristiques: tout d'abord, toutes les actions ont été intentées après le délai d'un an prévu à l'article 649 de la Loi, mais dans le délai de deux ans prévu à l'article 572 de la Loi et dans le délai de deux ans prévu dans la LDFO. Deuxièmement, dans l'une des actions du lac Joseph, les demandeurs incluaient dans les personnes à charge les frères et sœurs du défunt, qui ne sont pas visés par la définition de personnes à charge donnée à la partie XIV de la Loi. Troisièmement, la Loi a été plaidée de façon subsidiaire. Enfin, les actions ont été intentées exclusivement devant la Cour de l'Ontario (Division générale).

[22] Le jugement de la Cour et les motifs rédigés par les juges Iacobucci et Major illustrent certaines caractéristiques du droit maritime canadien, qui traite de toutes les demandes concernant des questions maritimes et d'amirauté et qui ressortit à la compétence législative fédérale. Tout d'abord, le droit maritime canadien ne se restreint pas au droit anglais applicable en matière d'amirauté au moment où celui-ci a été incorporé au droit canadien en 1934 [*Loi de la marine marchande du Canada, 1934*, S.C. 1934, ch. 44]; le droit maritime canadien doit être interprété dans le contexte moderne du commerce et des expéditions par eau. Deuxièmement, les sources du droit maritime canadien sont variées: elles sont à la fois législatives et non législatives, nationales et internationales, de common law et civilistes. Troisièmement, le contenu du droit maritime canadien sur le fond n'est limité ni au droit anglais (en grande partie de common law) qui existait en 1934, ni aux lois qui ont été adoptées par le Parlement; il englobe aussi les règles de droit qui se sont développées au gré des précédents judiciaires. Si le Parlement n'a pas adopté de disposi-

[23] The Supreme Court of Canada in *Ordon Estate v. Grail*, *supra*, held the OFLA and the OTA, laws of general application, were not relevant in the determination of the appeals before it since the main features of those laws could be recognized and accommodated under a reformed federal Canadian maritime law dealing with a maritime fatal accident claim springing from its non-statutory sources, where judicial reform could operate.

[24] In particular, the Supreme Court of Canada:

(a) recognized a dependant's fatal accident claim could include a claim for loss of guidance, care and companionship because Parliament had not defined, in section 646 of the Act, the scope of recognized heads of damages and a change was necessary "to keep non-statutory maritime law in step with modern understandings of fairness and justice, as well as with the dynamic and evolving fabric of our society" (at page 509);

(b) refused to expand the list of dependants in maritime fatal accident claims under the Act to include siblings because Parliament had provided a definition of dependants which excluded siblings. The Court reasoned as follows at page 511:

Through the *Canada Shipping Act*, Parliament has spoken as to the class of eligible plaintiffs in the case of a fatal accident. For this Court to reform the law to expand the class would be to effect a legislative and not a judicial change in the law.

tions législatives, les principes non législatifs qui ont été incorporés au droit maritime canadien restent applicables. Quatrièmement, le droit maritime canadien n'est ni statique ni figé; il peut être réformé par les tribunaux, ce qui en permet l'évolution quand les critères applicables sont respectés.

[23] Dans l'arrêt *Succession Ordon c. Grail*, précité, la Cour suprême du Canada a statué que la LDFO et la LFO, qui sont des lois de portée générale, n'étaient pas pertinentes pour le règlement des appels dont elle était saisie puisque les principales caractéristiques de ces lois pouvaient être reconnues et adaptées dans le droit maritime canadien réformé, ressortissant à la compétence fédérale, applicable à une demande en réparation du préjudice résultant d'un accident de navigation mortel formulée en application de ses sources non législatives, dans la mesure où il était possible de procéder à la réforme judiciaire.

[24] En particulier, la Cour suprême du Canada:

a) a reconnu qu'une demande en réparation du préjudice résultant d'un accident de navigation mortel présentée par une personne à charge pouvait inclure une demande pour perte de conseils, de soins et de compagnie parce que le Parlement n'avait pas défini, à l'article 646 de la Loi, la portée des chefs reconnus de dommages-intérêts et qu'un changement était nécessaire «pour que les règles non législatives du droit maritime concordent avec les conceptions modernes d'équité et de justice et suivent en outre "l'évolution et le dynamisme de la société"» (à la page 509);

b) a refusé d'étendre la liste des personnes à charge admises à présenter une demande en réparation du préjudice résultant d'un accident de navigation mortel qui figure dans la Loi pour y inclure les frères et sœurs de la victime parce que le Parlement avait donné une définition des personnes à charge qui excluait les frères et sœurs. La Cour en donne la raison à la page 511:

Le Parlement a prévu dans la *Loi sur la marine marchande du Canada* qui peut demander réparation dans le cas d'un accident mortel. En modifiant la loi pour élargir la catégorie des personnes admises à agir, notre Cour effectuerait une modification législative et non une modification judiciaire.

(c) expanded Canadian maritime law to a negligence action by an executor of a deceased's estate for negligence to the person of the deceased in the same manner and with the same rights as the deceased would have been entitled to do so had he or she lived. The Court completed this reform noting there was no counterpart to section 38 of the OTA in Canadian maritime law and reform should be accomplished by removing the common law bar against the survival of actions in the maritime context (at page 515); and

(d) held the Act contained two different limitation periods, each of which could apply to a dependant's fatal accident claim arising out of a boating collision: section 649 contained in Part XIV of the Act providing a one-year limitation period and section 572 in Part IX of the Act providing a two-year limitation period. The Court resolved the issue in favour of the two-year limitation period reasoning Part XIV of the Act was not a complete code, the policy and logic behind the two-year limitation period was anchored on the international *Convention for the Unification of certain Rules of Law with respect to Collisions between Vessels* [September 23, 1910, [1913] B.T.S. No. 4], the clear wording of section 572 and the rule of the strict construction of limitation periods. As a result, none of the actions were time-barred in the Lake Joseph actions in terms of federal statute law, namely section 572 of the Act.

[25] Having so found, the Court did not deal with certain issues decided by the Ontario Court of Appeal. Iacobucci and Major JJ. said this at paragraph 139 [page 527]:

Having found that the limitation period applicable to the Lake Joseph actions is the two-year period established by statute, it is not necessary to address the issue raised in the court of Appeal judgment of whether the decision of this Court in *Basarsky v. Quinlan*, *supra*, may be applied to justify extending a statutory limitation period at the discretion of the court. It is also unnecessary to address the argument raised by the plaintiffs that the "discoverability principle" would apply on the facts of this case, to the effect that, given recent changes in the law regarding the applic-

c) a élargi le droit maritime canadien pour y inclure les actions en négligence intentées par l'exécuteur testamentaire par suite de la négligence commise à l'égard du défunt de la même manière que le défunt aurait pu le faire de son vivant et avec les mêmes droits. La Cour a complété cette réforme en notant qu'il n'y avait pas de disposition analogue à l'article 38 de la LFO en droit maritime canadien et que la réforme devait se faire en supprimant la fin de non-recevoir prévue par la common law qui empêche la survie des actions en justice dans le domaine maritime (à la page 515); et

d) a statué que la Loi renfermait deux délais de prescription différents, chacun pouvant s'appliquer à une demande en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel présentée par une personne à charge à la suite d'une collision maritime: l'article 649 énoncé à la partie XIV de la Loi prévoyant un délai de prescription d'un an, et l'article 572 de la partie IX de la Loi, prévoyant un délai de prescription de deux ans. La Cour a tranché en faveur du délai de deux ans, en déclarant que la partie XIV de la Loi n'était pas un code complet, que la logique et le fondement du délai de prescription de deux ans se trouvaient dans la *Convention pour l'unification de certaines règles en matière d'abordage* [23 septembre 1910, [1913] B.T.S. n° 4], dans le libellé clair de l'article 572 et dans la règle d'interprétation stricte des dispositions concernant les délais de prescription. Par conséquent, aucune des actions du lac Joseph n'était prescrite, aux termes de la loi fédérale, c'est-à-dire l'article 572 de la Loi.

[25] Ayant ainsi tranché l'affaire, la Cour n'a pas traité de certaines questions sur lesquelles la Cour d'appel de l'Ontario s'était prononcée. Les juges Iacobucci et Major déclarent ceci au paragraphe 139 [page 527]:

Comme nous avons conclu que le délai de prescription applicable aux actions du lac Joseph est celui de deux ans prévu par la loi, il n'est pas nécessaire d'examiner la question soulevée dans le jugement de la Cour d'appel quant à savoir si l'arrêt de notre Cour *Basarsky c. Quinlan*, précité, peut s'appliquer pour justifier que le tribunal proroge à sa discrétion le délai de prescription légal. Il est également inutile d'examiner l'argument avancé par les demandeurs à l'effet que le principe de connaissance du dommage doit s'appliquer aux faits de la présente espèce de

ability of provincial law in a maritime claim, the plaintiffs should be permitted to rely upon the one-year limitation period even though their claims were brought more than one year after the accident.

[26] On the issue of the court's ability or its inherent jurisdiction to extend a limitation period, the Ontario Court of Appeal had expressed itself in the following manner in *Ordon Estate v. Grail* (1996), 30 O.R. (3d) 643, at page 676:

Although we feel logically compelled to conclude that only the limitation period in Part XIV can apply to the fatal injury cases before us, we believe strongly that to deny the plaintiffs their remedies under the circumstances would be extremely unfair. The plaintiffs' alternative argument is that the court should rely on its inherent jurisdiction to extend the limitation period where required: see *Basarsky v. Quinlan*, [1972] S.C.R. 380, 24 D.L.R. (3d) 720. In our view, the special circumstances which would warrant such an extension exist here. Until the British Columbia Court of Appeal's judgment in *Shulman*, which we note was after the commencement of the three Lake Joseph actions, it was thought that wrongful death claims in the maritime context could be pursued under provincial legislation (in Ontario, Part V of the *Family Law Act*): see *Palleschi v. Romita*, a judgment of the Ontario District Court, released March 4, 1988, [1988] O.J. 822; *Le Vae Estate v. The "Giovanni Amendola"* (1955), 1 D.L.R. (2d) 117 (Ex. Ct.). Further, the defendants were aware of the claims in all of the actions. There is no suggestion that extending the limitation period, where required, to give effect to the plaintiffs' claims would result in prejudice to the defendants.

It would, in our view, result in a gross injustice if the plaintiffs in the Lake Joseph actions were denied a right to proceed on account of the one-year limitation period contained in s. 649 of the *Canada Shipping Act*. We would, therefore, extend that period for the time necessary, in accordance with the rationale in *Basarsky*. [Emphasis mine.]

ANALYSIS

(a) Preliminary observation

[27] In *Ordon Estate v. Grail*, *supra*, the Supreme Court of Canada emphasized the importance to be

manière que, vu les modifications récentes apportées au droit relativement à l'applicabilité des lois provinciales dans une affaire maritime, les demandeurs soient autorisés à se prévaloir du délai de prescription d'un an même s'ils ont présenté leurs demandes plus d'un an après l'accident.

[26] En ce qui concerne la capacité ou la compétence inhérente de la Cour de proroger un délai de prescription, la Cour d'appel de l'Ontario s'était exprimée de la manière suivante, à la page 676 de *Ordon Estate v. Grail* (1996), 30 O.R. (3d) 643:

[TRADUCTION] Bien que nous nous sentions logiquement tenus de conclure que seul le délai de prescription de la partie XIV peut s'appliquer dans les cas d'accidents mortels dont nous sommes saisis, nous croyons fermement qu'il serait extrêmement injuste de nier aux demandeurs les redressements qu'ils réclament dans les circonstances. Selon l'argument subsidiaire des demandeurs, la Cour devrait s'appuyer sur sa compétence inhérente pour proroger au besoin le délai: voir *Basarsky c. Quinlan*, [1972] R.C.S. 380, 24 D.L.R. (3d) 720. À notre avis, les circonstances spéciales qui justifieraient une telle prorogation existent en l'espèce. Avant que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique rende son jugement dans l'affaire *Shulman* qui, il convient de noter, a été prononcé après l'introduction des trois actions du lac Joseph, on croyait que les demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident de navigation mortel pouvaient se fonder sur des lois provinciales (en Ontario, la partie V de la *Loi sur le droit de la famille*): voir *Palleschi v. Romita*, jugement rendu par la Cour de district de l'Ontario, le 4 mars 1988, [1988] O.J. 822; *Le Vae Estate v. The «Giovanni Amendola»* (1955), 1 D.L.R. (2d) 117 (C.É.). En outre, les défendeurs étaient au courant des demandes formulées dans toutes les actions. Personne n'a laissé entendre que la prorogation du délai de prescription, en cas de besoin, pour permettre aux demandeurs de formuler leurs demandes aurait pour effet de causer préjudice aux défendeurs.

À notre avis, une grave injustice serait commise si on ne reconnaissait pas aux demandeurs dans les actions du lac Joseph le droit de poursuivre leurs actions en raison du délai de prescription d'un an énoncé à l'article 649 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*. Par conséquent, nous sommes d'avis de proroger ce délai pendant toute la période nécessaire, conformément au raisonnement énoncé dans l'arrêt *Basarsky*. [Non souligné dans l'original.]

ANALYSE

a) Observations préliminaires

[27] Dans l'arrêt *Succession Ordon c. Grail*, précité, la Cour suprême du Canada a insisté sur l'importance

clear regarding the specific claims which it is alleged are statute-barred (paragraph 122 [pages 518-519]). The nature of the claims in this action are dependants' fatal accidents claims which the Court held could fall within two different limitation periods in the same Act. In this case, however, section 572 is of no avail to the plaintiffs because their claims do not arise out of a boating collision. The Supreme Court of Canada said this about the matter of the two limitation periods at paragraph 135 [page 525]:

Both apply to fatal accident claims by dependants. The only substantive distinction between the two limitation periods is that s. 572(1) applies only in the context of boating collisions, whereas s. 649 applies to any fatal accident claim brought by a dependant. [Emphasis mine.]

[28] The Supreme Court of Canada also said this at paragraph 125 [page 521]:

Parliament, in enacting what is now Part XIV without removing other references to loss of life claims elsewhere in the statute, must be assumed to have intended that the various provisions should co-exist and be interpreted in light of one another. [Emphasis mine.]

[29] The parties have agreed the 1998 section 649 Act amendment now providing for a two-year limitation period is not retroactive to reach back to the time the plaintiffs brought their action. The result is the applicable limitation period for the bringing of the action is the one-year period calculated from Mr. Nicholson's death provided for in section 649 of the Act unless the other legal principles argued by the plaintiffs can be invoked to qualify or delay the operation of that one-year limitation period.

(b) The discoverability principle

[30] The purpose of this principle is to soften the harshness of limitation periods, particularly ones with

d'indiquer clairement quelles sont les demandes qui seraient prescrites (paragraphe 122 [pages 518 et 519]). Les demandes en l'espèce sont des demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel formulées par des personnes à charge qui, selon la conclusion de la Cour, peuvent être visées par deux délais de prescription différents prévus dans la même Loi. Toutefois, en l'espèce, l'article 572 n'est d'aucune utilité aux demandeurs parce que leurs demandes ne découlent pas d'une collision maritime. La Cour suprême du Canada s'exprime ainsi sur la question des deux délais de prescription, au paragraphe 135 [page 525]:

Les deux délais s'appliquent aux demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel formées par des personnes à charge. La seule différence de fond entre les deux est que le par. 572(1) ne s'applique que dans le cas de collisions tandis que l'art. 649 s'applique à toute demande en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel présentée par une personne à charge. [Non souligné dans l'original.]

[28] La Cour suprême du Canada a également déclaré ceci, au paragraphe 125 [page 521]:

Il faut présumer qu'en adoptant ce qui constitue aujourd'hui la partie XIV sans supprimer ailleurs dans la Loi les renvois aux demandes en réparation du préjudice consécutif à un décès, le Parlement voulait que ces diverses dispositions coexistent et soient interprétées en fonction les unes des autres. [Non souligné dans l'original.]

[29] Les parties ont convenu que la modification apportée en 1998 à l'article 649 de la Loi, qui prévoit maintenant un délai de prescription de deux ans, n'est pas rétroactive à la date à laquelle les demandeurs ont intenté leur action. Il en résulte donc que le délai de prescription applicable pour l'introduction de l'action est le délai d'un an calculé à compter du décès de M. Nicholson et dont il est question à l'article 649 de la Loi, à moins que les autres principes juridiques débattus par les demandeurs puissent être invoqués pour apporter des réserves concernant ce délai de prescription d'un an ou en retarder l'application.

b) Le principe de la possibilité de découvrir le dommage

[30] Ce principe a pour objet d'atténuer la rigueur des délais de prescription, particulièrement ceux qui

short time frames; its effect is to postpone the time a limitation period begins to run until the plaintiff could reasonably have discovered that he or she had a cause of action.

[31] The discoverability principle is grounded on the common law principle of fairness to a plaintiff when balanced against the traditional rationales of certainty, evidentiary value and diligence upon which limitation statutes rest, although now some provincial limitation statutes have been modernized to codify those common law principles (see *Novak v. Bond*, [1999] 1 S.C.R. 808).

[32] This principle has been recently applied by the Supreme Court of Canada in *Murphy v. Welsh; Stoddard v. Watson*, [1993] 2 S.C.R. 1069 and in *Peixeiro v. Haberman*, [1997] 3 S.C.R. 549 where Major J., on behalf of the Court, said at paragraph 36 [page 563]:

. . . discoverability is a general rule applied to avoid the injustice of precluding an action before the person is able to raise it.

[33] It is important to note the discoverability principle relates to the plaintiff's knowledge of the material facts giving rise to a cause of action and not ignorance or a mistake in applicable legal principles (*Peixeiro v. Haberman*, *supra*, at paragraph 18 [page 557]).

[34] Moreover, in that same case [at page 564], Major J. adopted Twaddle J.A.'s statement in *Fehr v. Jacob*, [1993] 5 W.W.R. 1 (Man. C.A.), at page 7 that "the discoverability rule is an interpretative tool for the construing of limitations statutes" and specifically:

But, when the time runs from an event which clearly occurs without regard to the injured party's knowledge, the judge-made discoverability rule may not extend the period the legislature has prescribed.

sont courts; son effet est de reporter le point de départ du délai de prescription jusqu'à ce que le demandeur ait pu raisonnablement découvrir qu'il avait une cause d'action.

[31] Ce principe est enraciné dans le principe de common law de l'équité à l'égard d'un demandeur qui doit être soupesé au regard des justifications traditionnelles en matière de certitude, de valeur probante de la preuve et de diligence sur lesquelles s'appuient les lois relatives à la prescription des actions, bien qu'à l'heure actuelle certaines lois provinciales en matière de prescription aient été modernisées afin de codifier ces principes de common law (voir *Novak c. Bond*, [1999] 1 R.C.S. 808).

[32] Ce principe a été récemment appliqué par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Murphy c. Welsh; Stoddard c. Watson*, [1993] 2 R.C.S. 1069 et *Peixeiro c. Haberman*, [1997] 3 R.C.S. 549, dans lequel le juge Major dit, au nom de la Cour, au paragraphe 36 [page 563]:

[. . .] la règle de la possibilité de découvrir le dommage est une règle générale, appliquée pour prévenir l'injustice qu'entraînerait le fait d'interdire à une personne d'intenter une action avant qu'elle ne soit en mesure de le faire.

[33] Il est important de noter que la règle de la possibilité de découvrir le dommage a trait à la connaissance qu'a le demandeur des faits déterminants donnant naissance à une cause d'action et non à l'ignorance des principes juridiques applicables ou à une erreur commise dans leur application (*Peixeiro c. Haberman*, précité, au paragraphe 18 [page 557]).

[34] Qui plus est, dans cette même affaire [à la page 564], le juge Major a adopté le raisonnement du juge Twaddle dans *Fehr v. Jacob*, [1993] 5 W.W.R. 1 (C.A. Man.), à la page 7, selon lequel «la règle de la possibilité de découvrir le dommage est un outil qui sert à interpréter les textes de loi établissant des délais de prescription» et plus précisément:

[TRADUCTION] Toutefois, si le délai court à compter de la date d'un événement qui survient clairement, et sans égard à la connaissance qu'en a la victime, cette règle ne peut prolonger le délai fixé par le législateur.

[35] Counsel, on behalf of Her Majesty, argued section 649 of the Act, when properly construed, triggered the plaintiff's obligation to initiate proceedings one year from the "death of the deceased" an event unconnected with the state of their knowledge as to whether they had a cause of action. This submission, in my view, is unrealistic and must be rejected because it fails to reflect the specific cause of action here based on statutory negligence related to regulatory duties and approvals by the Canadian Coast Guard of which the plaintiffs could have no knowledge. The plaintiffs had no knowledge of the material facts to their cause of action until the inquest at which time such facts related to construction defects and approvals were disclosed. That occurred on November 18, 1992. I agree with plaintiffs' submissions that time did not begin to run until November 18, 1992.

[36] However, accepting the plaintiffs' submissions on this point does not assist them. They knew they had a cause of action against Her Majesty on November 18, 1992, yet their statement of claim was only filed on March 30, 1994, beyond the one-year prescribed running period of November 18, 1993. To overcome this difficulty, the plaintiffs argue change in the law from what it was generally understood before the British Columbia's Court of Appeal judgment in *Shulman (Guardian Ad Litem of) v. McCallum* (1993), 105 D.L.R. (4th) 327 and the fact that under the OFLA the limitation period ran from the time that "the cause of action arose".

[37] The plaintiffs' submissions cannot be accepted. They run counter to what the Supreme Court of Canada said in *Ordon Estate v. Grail, supra*, as to the integrity and uniformity of Canadian maritime law, a matter of federal legislative jurisdiction and would extend the rationale of the discovery principle beyond its known limits confined to knowledge of material facts contrasted to the state of the law. The plaintiffs' submissions may be relevant, however, to the next issue as to the ability of this Court, in special circum-

[35] L'avocat de Sa Majesté a fait valoir que l'article 649 de la Loi, correctement interprété, obligeait les demandeurs à intenter leur poursuite dans un délai d'un an à compter du «décès du défunt», un événement sans aucun lien avec l'état de leur connaissance quant à savoir s'ils avaient une cause d'action. À mon avis, cet argument n'est pas réaliste et doit être rejeté parce qu'il ne tient pas compte de la cause d'action en l'espèce, qui est fondée sur la violation d'une obligation imposée par la loi relativement aux fonctions de réglementation et d'approbation qui incombent à la Garde côtière canadienne et que les demandeurs ne pouvaient pas connaître. Les demandeurs n'étaient pas au courant des faits déterminants relatifs à leur cause d'action avant que les faits ayant trait aux défauts de construction et aux approbations exigées ne soient révélés à l'enquête. Cette enquête a eu lieu le 18 novembre 1992. Je conviens avec les demandeurs que le délai n'a pas commencé à courir avant le 18 novembre 1992.

[36] Toutefois, l'acceptation de l'argument des demandeurs sur ce point ne les aide pas. Ils savaient qu'ils avaient une cause d'action contre Sa Majesté le 18 novembre 1992, et pourtant ils n'ont déposé leur déclaration que le 30 mars 1994, soit après que le délai de prescription d'un an a expiré, le 18 novembre 1993. Pour surmonter cette difficulté, les demandeurs font valoir le changement qui s'est opéré dans le droit par rapport à ce qui était généralement compris avant le jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Shulman (Guardian Ad Litem of) v. McCallum* (1993), 105 D.L.R. (4th) 327 et le fait qu'en vertu de la LDFO le délai de prescription commence à courir à compter de «la naissance de la cause d'action».

[37] Les arguments des demandeurs ne peuvent être acceptés. Ils vont à l'encontre de ce que la Cour suprême du Canada a statué dans l'arrêt *Succession Ordon c. Grail*, précité, concernant l'intégrité et l'uniformité du droit maritime canadien, qui ressortit à la compétence législative fédérale, et qui élargirait le fondement du principe de la possibilité de découvrir le dommage au-delà des limites reconnues et restreintes à la connaissance des faits matériels par opposition à l'état du droit. Toutefois, les arguments des deman-

stances, in the exercise of inherent jurisdiction, to waive the prescribed legislative statutory limits.

(c) The override jurisdiction

[38] Counsel for the plaintiffs, based on *Basarsky v. Quinlan*, [1972] S.C.R. 380, urged upon me that this Court had inherent jurisdiction to extend the limitation period for reasons of fairness and justice as did the Ontario Court of Appeal in *Ordon Estate v. Grail*, *supra*. Unfortunately, I cannot accept this submission; this Court simply does not have the inherent power to do what the plaintiffs request of it and this for several reasons.

[39] First, as submitted by counsel for Her Majesty, it is clear from *Dawe v. Minister of National Revenue (Customs and Excise)* (1994), 174 N.R. 1 (F.C.A.), a limitation period cannot be waived or extended in the absence of a clear statutory authority (paragraph 18, [page 4]). Far from providing for such statutory authority, Parliament has indicated this Court should not have the ability to extend the limitation period under section 649 of the Act. In this regard, section 572 of the Act is to be contrasted with section 649. By subsection 572(3), Parliament expressly conferred upon the Court the power to extend the limitation period contained there; in section 649, Parliament denied the Court this power. Moreover, Parliament confirmed its will when it amended section 649 in 1998 to provide for a two-year limitation period; Parliament did not confer upon the Court any extension power.

[40] Second, the need for an express grant of statutory authority to waive or extend a limitation period flows from the ample jurisprudence of the Supreme Court of Canada dealing with the general jurisdiction of the Federal Court and expressed in a series of decisions starting with *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752 and culminating in *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998]

deurs peuvent être pertinents à la question suivante concernant le pouvoir de la Cour, dans des circonstances spéciales et dans l'exercice de sa compétence inhérente, de déroger aux délais de prescription prévus par la loi.

c) Le pouvoir de dérogation

[38] L'avocat des demandeurs, s'appuyant sur *Basarsky c. Quinlan*, [1972] R.C.S. 380, fait instamment valoir que la Cour a la compétence inhérente de proroger le délai de prescription pour des motifs d'équité et de justice comme l'a fait la Cour d'appel de l'Ontario dans *Ordon Estate v. Grail*, précité. Malheureusement, je ne peux accepter cette prétention. La Cour n'a tout simplement pas le pouvoir inhérent de faire ce que les demandeurs lui suggèrent de faire et ce, pour plusieurs raisons.

[39] Tout d'abord, comme l'a fait valoir l'avocat de Sa Majesté, il ressort clairement de *Dawe c. Ministre du Revenu national (Douanes et accise)* (1994), 174 N.R. 1 (C.A.F.), qu'un délai de prescription ne peut être supprimé ou prorogé en l'absence d'un pouvoir législatif clair (paragraphe 18 [page 4]). Loin de conférer un tel pouvoir législatif, le Parlement a indiqué que notre Cour ne devait pas avoir le pouvoir de proroger le délai de prescription en vertu de l'article 649 de la Loi. À cet égard, il faut opposer l'article 572 à l'article 649 de la Loi. En vertu du paragraphe 572(3), le Parlement a expressément conféré à la Cour le pouvoir de proroger le délai de prescription qui y est prévu; à l'article 649, il lui a refusé ce pouvoir. Qui plus est, le Parlement a confirmé sa volonté quand il a modifié l'article 649 en 1998 pour porter à deux ans le délai de prescription; il n'a conféré à la Cour aucun pouvoir de prorogation.

[40] Deuxièmement, la nécessité de s'appuyer sur un pouvoir législatif exprès pour supprimer ou proroger un délai de prescription est confirmée par une abondante jurisprudence de la Cour suprême du Canada au sujet de la compétence générale de la Cour fédérale et a été exprimée dans une série de décisions commençant avec *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752 pour culminer dans *Canada (Commission des droits de*

1 S.C.R. 626. This case law makes it clear a statutory grant of jurisdiction by Parliament is one of the three requirements for the exercise of the Court's competence and, as between the Court and the provincial superior courts, it is the provincial superior courts who enjoy inherent jurisdiction. On this point, Bastarache J. said this at paragraph 35 [page 658] of the *Canadian Liberty Net*, *supra*, case:

In my view, the doctrine of inherent jurisdiction operates to ensure that, having once analysed the various statutory grants of jurisdiction, there will always be a court which has the power to vindicate a legal right independent of any statutory grant. The court which benefits from the inherent jurisdiction is the court of general jurisdiction, namely, the provincial superior court. The doctrine does not operate to narrowly confine a statutory grant of jurisdiction; indeed, it says nothing about the proper interpretation of such a grant. As noted by McLachlin J. in *Brotherhood*, *supra*, at para. 7, it is a "residual jurisdiction". In a federal system, the doctrine of inherent jurisdiction does not provide a rationale for narrowly reading federal legislation which confers jurisdiction on the Federal Court.

[41] In conclusion on this point, nowhere has Parliament in the Act conferred directly or by implication power on this Court to waive or extend the section 649 limitation period, it having been specifically denied in 1998, and this Court has no inherent jurisdiction to extend the limitation period, a notion which, if given recognition to, I find clashes with the general principle that a Court's inherent jurisdiction cannot be exercised so as to conflict with a statute (see *Baxter Student Housing Ltd., et al. v. College Housing Co-operative Ltd. et al.*, [1976] 2 S.C.R. 475, at page 480).

(d) A non statutory cause of action

[42] Counsel for the plaintiffs argues that they are entitled to a claim for maritime wrongful death under the non-statutory principles of Canadian maritime law, which either was not time-barred at the commencement of the action or which is not subject to any statutory prescriptions or limitations.

la personne) c. Canadian Liberty Net, [1998] 1 R.C.S. 626. Cette jurisprudence indique clairement que l'attribution législative de compétence est l'une des trois conditions permettant à la Cour d'exercer sa compétence et qu'entre la Cour et les cours supérieures des provinces, ce sont ces dernières qui jouissent de cette compétence inhérente. À ce sujet, le juge Bastarache déclare ceci au paragraphe 35 [page 658] de l'arrêt *Canadian Liberty Net*, précité:

À mon avis, la théorie de la compétence inhérente a pour effet de garantir que, une fois analysées les diverses attributions législatives de compétence, il y aura toujours un tribunal habilité à statuer sur un droit, indépendamment de toute attribution législative de compétence. Le tribunal qui jouit de cette compétence inhérente est la juridiction de droit commun, c'est-à-dire la cour supérieure de la province. Cette théorie n'a pas pour effet de limiter restrictivement une attribution législative de compétence; de fait, elle ne prévoit rien quant à la façon dont une telle attribution doit être interprétée. Comme l'a souligné le juge McLachlin dans l'arrêt *Fraternité*, précité, au par. 7, il s'agit d'une «compétence résiduelle». Dans un système fédéral, la théorie de la compétence inhérente ne justifie pas d'interpréter restrictivement les lois fédérales conférant compétence à la Cour fédérale.

[41] Pour conclure sur ce point, le Parlement n'a nulle part dans la Loi conféré directement ou implicitement à notre Cour le pouvoir de supprimer ou de proroger le délai de prescription prévu à l'article 649, et il le lui a expressément refusé en 1998; notre Cour n'a donc pas de compétence inhérente pour proroger le délai de prescription, une notion qui, si elle était acceptée, entrerait à mon avis en conflit avec le principe général selon lequel la compétence inhérente d'un tribunal ne peut être exercée de façon à aller à l'encontre d'une loi (voir *Baxter Student Housing Ltd., et al. c. College Housing Co-operative Ltd. et al.*, [1976] 2 R.C.S. 475, à la page 480).

d) Une cause d'action non prévue dans la loi

[42] L'avocat des demandeurs prétend que ceux-ci ont le droit de présenter une demande en réparation du préjudice résultant d'un accident de navigation mortel causé par la faute d'autrui en vertu des principes non législatifs du droit maritime canadien, demande qui soit n'était pas prescrite au moment d'intenter l'action, soit n'est assujettie à aucune restriction ou prescription législative.

[43] No explanation was given to the Court as to what was encompassed by a claim at common law for “maritime wrongful death” and what differences there were between such common law claims and the dependants’ fatal accident claims statutorily recognized.

[44] The authorities submitted by the plaintiffs confirmed that the English common law response to the problem posed by a wrongful death was to ignore it, that is, not recognize it. Ritchie C.J. in *Monaghan v. Horn* (1882), 7 S.C.R. 409, at page 420 said this:

No civil action can be maintained at common law for any injury which results in death . . . is not at common law the ground of an action for damages

[45] This view is confirmed in *Ordon Estate v. Grail, supra*, where Iacobucci and Major J.J. canvassed the history of fatal accidents claims under Canadian maritime law and said the following at paragraph 52 [page 477]:

Prior to the enactment of the *Fatal Accidents Act, 1846* (U.K.), 9 & 10 Vict., c. 93 (“*Lord Campbell’s Act*”), all claims which might have been brought by a person killed by the wrongful act or omission of another (whether in the maritime context or otherwise) died with the victim, in accordance with the common law maxim *actio personalis moritur cum persona*. *Lord Campbell’s Act* remedied this gap in the law by creating a statutory right in dependants of the deceased to bring an action against the person whose wrongful act or omission had caused the death.

[46] I agree with the submissions of counsel for Her Majesty on this point that a dependant’s fatal accident claim is a creature of statute, whose very purpose was to cure the defect in the common law and when Parliament legislates, as it has, it occupies the field.

[47] The creature of statute proposition is clearly justified at paragraph 105 [page 510] of *Ordon Estate*

[43] On n’a pas expliqué à la Cour ce que pouvait englober une demande en réparation «du préjudice résultant d’un accident de navigation mortel causé par la faute d’autrui», fondée sur la common law, et quelle différence il y avait entre ce type de demandes et les demandes formulées par les personnes à charge à la suite d’un accident mortel qui sont reconnues par la loi.

[44] Les arrêts cités par les demandeurs confirment que la common law anglaise a répondu au problème que pose le préjudice résultant d’un décès causé par la faute d’autrui en n’en tenant pas compte, c’est-à-dire en ne le reconnaissant pas. Dans *Monaghan v. Horn* (1882), 7 R.C.S. 409, à la page 420, le juge en chef Ritchie dit ceci:

[TRADUCTION] Aucune action civile ne peut être exercée en common law pour un préjudice qui a entraîné la mort [. . .] ce n’est pas en common law un motif qui peut fonder une action en dommages-intérêts [. . .]

[45] Cette opinion est confirmée dans *Succession Ordon c. Grail*, précité, où les juges Iacobucci et Major ont fait l’historique des demandes en réparation du préjudice résultant d’un accident mortel en droit maritime canadien et dit, au paragraphe 52 [page 477]:

Avant l’adoption de la *Fatal Accidents Act, 1846* (U.K.), 9 & 10 Vict., ch. 93 (la «*Lord Campbell’s Act*»), toutes les demandes qu’aurait pu former la victime dont le décès avait été causé par l’omission ou l’actif fautif d’autrui (en contexte maritime ou autre) s’éteignaient avec elle, conformément à la maxime de common law *actio personalis moritur cum persona*. La *Lord Campbell’s Act* remédiait à cette lacune en conférant aux personnes à charge de la victime décédée le droit de poursuivre l’auteur de l’omission ou de l’acte fautif ayant causé sa mort.

[46] J’accepte sur ce point les prétentions de l’avocat de Sa Majesté selon lesquelles une demande en réparation du préjudice résultant d’un accident mortel formulée par une personne à charge est une création de la loi, dont le but est précisément de remédier à la lacune de la common law et que, lorsque le Parlement légifère, comme il l’a fait, c’est la disposition qu’il a adoptée qui s’applique.

[47] La proposition concernant cette création de la loi est manifestement justifiée au paragraphe 105

v. *Grail*, *supra*:

Dependants' fatal accident claims are a creature of statute, beginning with *Lord Campbell's Act* and continuing in the maritime law context with the *Canada Shipping Act*. In the absence of a statutory enactment permitting the claims, the old common law bar to actions founded upon the death of a third party would apply: *Baker v. Bolton*, *supra*. As such, the class of eligible plaintiffs is to be found in the relevant statute and nowhere else.

[48] The legislation occupying the field proposition is stated at point 6, paragraph 71 [page 490] of the reported case:

6. In those instances where Parliament has not passed legislation dealing with a maritime matter, the inherited non-statutory principles embodied in Canadian maritime law as developed by Canadian courts remain applicable, and resort should be had to these principles before considering whether to apply provincial law to resolve an issue in a maritime action: *ITO*, *supra*, at pp. 781-82; *Bow Valley Husky*, *supra*, at p. 1260. [Emphasis mine.]

[49] Based on these factors, I fail to see a non-statutory source for the maintenance of the plaintiffs' claims.

(e) Tolling of the limitation periods

[50] The plaintiffs submit there is no authority as to whether section 39 of the FCA operates to incorporate the tolling of provincial limitation statutes as well as the limitation periods themselves.

[51] The plaintiffs argue that in the absence of explicit legislative provisions to the contrary, a gross injustice could occur if a maritime wrongful death litigant under a legal disability could rely on the tolling provisions in actions before the provincial superior courts but not in actions before this Court. This argument is misplaced because, if a dependant's fatal accident claim was initiated before a provincial superior court, it would apply federal law including any provincial limitation laws incorporated into federal

[page 510] de l'arrêt *Succession Ordon c. Grail*, précité:

La demande en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel formulée par une personne à charge est une création de la loi, qui trouve sa source dans la *Lord Campbell's Act* et qui continue à exister en droit maritime en vertu de la *Loi sur la marine marchande du Canada*. En l'absence d'un texte législatif autorisant cette demande, l'ancienne fin de non-recevoir prévue par la common law et empêchant les actions fondées sur le décès d'autrui s'appliquerait: *Baker c. Bolton*, précité. C'est donc dans la loi pertinente et nulle part ailleurs qu'il faut chercher qui sont les personnes admises à demander réparation.

[48] La proposition voulant que ce soit la disposition législative adoptée qui s'applique est énoncée au point 6 du paragraphe 71 [page 490] de l'arrêt précité:

6. Dans le cas où le Parlement n'a pas adopté de dispositions législatives pour régir une question de droit maritime, les principes non législatifs qui ont été incorporés au droit maritime canadien et formulés par les tribunaux canadiens restent applicables, et il faudrait recourir à ces principes avant d'examiner s'il y a lieu d'appliquer le droit provincial à la solution d'un point litigieux dans une action en matière maritime: *ITO*, précité, aux pp. 781 et 782; *Bow Valley Husky*, précité, à la p. 1260. [Non souligné dans l'original.]

[49] À partir de ces facteurs, je ne peux conclure à l'existence d'une source non législative pour la poursuite des demandes formulées par les demandeurs.

e) La suspension des délais de prescription

[50] Les demandeurs font valoir qu'il n'y a pas de précédents sur la question de savoir si l'article 39 de la LCF s'applique de façon à incorporer la suspension des lois provinciales en matière de prescription, de même que les délais de prescription eux-mêmes.

[51] Les demandeurs prétendent qu'en l'absence de dispositions législatives expresses à l'effet contraire, une grave injustice serait commise si une partie à un litige, frappée d'incapacité juridique, qui demande réparation du préjudice résultant d'un décès causé par la faute d'autrui en contexte de droit maritime pouvait faire valoir les dispositions suspensives dans des actions intentées devant les cours supérieures provinciales, mais non dans des actions intentées devant notre Cour. Cet argument est hors de propos parce

law. The question remains whether section 39 of the FCA or section 32 of the CLPA affect the incorporation of the tolling provision of section 47 of the OLA.

[52] As noted, their daughter Caely was born on September 22, 1974, was 17 on her father's death, and reached the age of majority under Ontario law or as argued in the alternative under Canadian maritime law, on September 22, 1992, when she turned 18; the commencement of this action being March 30, 1994. Their son Michael born on January 28, 1978, was only 14 years old when his father died and reached 18 on January 28, 1996 after the commencement of the action.

[53] Section 47 of the OLA reads:

47. Where a person entitled to bring an action mentioned in section 45 or 46 is at the time the cause of action accrues a minor . . . , the period within which the action may be brought shall be reckoned from the date when such person became of full age or

[54] I note that sections 45 and 46 of the OLA are contained in Part III of that Act headed "Personal actions" and deal with particular actions. Subsection 45(2) of the OLA provides that nothing in the section "extends to any action where the time for bringing the action is by any statute specially limited". The OFLA, in Part V [section 61], provides for a dependant's claim for damages and provides for a two-year limitation period.

[55] In the *Welsh/Stoddard* case, *supra*, Major J., on behalf of the Court, analyzed the interrelationship between subsection 180(1) of the Ontario *Highway Traffic Act* [R.S.O. 1980, c. 198] (OHTA) providing for a two-year period and section 47 of the OLA. Major J. said the purpose of section 47 is to "postpone the running of a limitation period while the plaintiff is under a legal disability". The central issue was

que, si une demande en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel formulée par une personne à charge était intentée devant une cour supérieure provinciale, celle-ci appliquerait le droit fédéral, y compris les lois provinciales en matière de prescription incorporées dans le droit fédéral. La question reste de savoir si l'article 39 de la LCF ou l'article 32 de la LRECA porte atteinte à l'incorporation de la disposition suspensive énoncée à l'article 47 de la LPAO.

[52] Comme nous l'avons déjà noté, la fille Caely est née le 22 septembre 1974, elle avait 17 ans au moment du décès de son père et elle est devenue majeure en vertu du droit ontarien ou, selon l'argument subsidiaire en vertu du droit maritime canadien, le 22 septembre 1992, quand elle a eu 18 ans; la présente action a été intentée le 30 mars 1994. Le fils Michael est né le 28 janvier 1978, il n'avait que 14 ans au décès de son père, et a eu 18 ans le 28 janvier 1996, soit après l'introduction de l'action.

[53] L'article 47 de la LPAO est rédigé dans les termes suivants:

47. Lorsqu'une personne ayant le droit d'intenter une action mentionnée à l'article 45 ou 46 est, à la date où la cause d'action prend naissance, mineure, [. . .] le délai de prescription se calcule à compter de la date à laquelle cette personne a atteint sa majorité [. . .]

[54] Je note que les articles 45 et 46 de la LPAO se trouvent à la partie III de cette Loi intitulée «Actions personnelles», et traitent d'actions particulières. Le paragraphe 45(2) de la LPAO dispose que l'article «ne vise pas l'action dont une loi précise expressément le délai de prescription». La partie V [article 61] de la LDFO porte sur les demandes en dommages-intérêts formulées par une personne à charge et impose un délai de prescription de deux ans.

[55] Dans l'affaire *Welsh/Stoddard*, précitée, le juge Major, s'exprimant au nom de la Cour, a analysé le rapport qui existe entre le paragraphe 180(1) du *Code de la route* de l'Ontario [L.R.O. 1980, ch. 198] (CRO) prévoyant un délai de prescription de deux ans et l'article 47 de la LPAO. Il déclare que l'article 47 a pour but de «[reporter] le moment où le délai de prescription commence à courir, lorsque la partie

whether section 47 of the OLA postpones the subsection 180(1) OHTA limitation period.

[56] The Court concluded the running of the limitation period was effectively postponed. Major J. reasoned as follows at page 1079:

In determining the legislator's intention there is a presumption of coherence between related statutes. Provisions are only deemed inconsistent where they cannot stand together. Sections 180(1) and 47 are not *prima facie* inconsistent. Section 180(1) sets the length of the limitation period. Section 47 states when the limitation period begins to run. Their co-existence does not lead to absurd results. Merely because s. 180(1) sets a short limitation period does not bar postponement for disability. Sections 45(1)(h) and (i) of the *Limitations Act* set two-year limitation periods, and s. 45(1)(m) sets a one-year limitation period, all of which are subject to s. 47. The co-existence of a short limitation period and a rule for its postponement is not an absurd result.

[57] At pages 1080 and 1081, Major J. added:

The s. 180(1) limitation period favours the defendant by serving both the certainty and evidentiary rationales. The diligence rationale cannot be used to support s. 180(1). Implicitly, diligence requires awareness of one's rights. Those under legal disability are presumed not to know their rights and remedies and it would be unfair to expect them to proceed diligently in such matters. Whatever interest a defendant may have in the universal application of the two-year motor vehicle limitation period must be balanced against the concerns of fairness to the plaintiff under legal disability. If s. 180(1) excludes s. 47, an individual under legal disability would be deprived of any remedy unless the disability ends within two years of the accident. Only infants over the age of 16 and individuals suffering from short term mental incompetence would be able to pursue their remedies. The prejudice to plaintiffs under legal disability outweighs the benefits of providing a procedural defence to liability.

demanderesse est frappée d'une incapacité juridique». La question principale était de savoir si l'article 47 de la LPAO reportait le point de départ du délai de prescription prévu au paragraphe 180(1) du CRO.

[56] La Cour a conclu que le point de départ du délai de prescription avait effectivement été reporté. Le juge Major expose, à la page 1079, son raisonnement dans les termes suivants:

Pour déterminer l'intention du législateur, une présomption de cohérence entre des lois connexes s'applique. Des dispositions ne sont présumées incompatibles que si elles ne peuvent coexister. Le paragraphe 180(1) et l'art. 47 ne sont pas incompatibles à première vue. Le paragraphe 180(1) fixe la durée du délai de prescription. L'article 47 précise le moment où le délai de prescription commence à courir. Leur coexistence n'entraîne pas de résultats absurdes. Le seul fait que le par. 180(1) établit un court délai de prescription n'empêche pas le report en cas d'incapacité. Les alinéas 45(1)(h) et i) de la *Loi sur la prescription des actions* fixent des délais de prescription de deux ans et l'al. 45(1)(m), un délai de prescription d'un an, lesquels sont tous assujettis à l'application de l'art. 47. La coexistence d'un court délai de prescription et d'une règle en prévoyant le report ne constitue pas un résultat absurde.

[57] Aux pages 1080 et 1081, le juge Major ajoute ceci:

Le délai de prescription établi au par. 180(1) favorise le défendeur parce qu'il répond aux justifications en matière de certitude et de preuve. L'élément de la diligence ne saurait servir à justifier le par. 180(1). Implicitement, la diligence suppose qu'une personne est au courant des droits qu'elle possède. Les personnes frappées d'une incapacité juridique sont présumées ignorer leurs droits et les recours dont elles disposent et il serait injuste de s'attendre à ce qu'elles fassent preuve de diligence en la matière. Quel que puisse être l'intérêt d'un défendeur dans l'application universelle du délai de prescription de deux ans relatif aux véhicules automobiles, cet intérêt doit être soupesé en fonction des soucis d'équité envers la partie demanderesse frappée d'une incapacité juridique. Si le par. 180(1) excluait l'application de l'art. 47, la personne frappée d'une incapacité juridique serait privée de tout recours à moins que l'incapacité ne prenne fin dans les deux années qui suivent l'accident. Seuls les mineurs de plus de 16 ans et les personnes frappées d'une incapacité mentale à court terme seraient en mesure de mettre à exécution leurs recours. Le préjudice subi par les parties demanderesse frappées d'une incapacité juridique l'emporte sur les avantages qu'il y a à offrir un moyen de défense procédural en matière de responsabilité.

[58] The result was that the infants Lorna Stoddard and Jamie Murphy could pursue their personal injury actions. However, Jamie Murphy's derivative claim under the *Family Law Act* failed because his mother's claim was statute-barred.

[59] In *Wewayakum Indian Band v. Canada and Wewayakai Indian Band* (1995), 99 F.T.R. 1 (F.C.T.D.), my colleague Teitelbaum J. dealt exhaustively at pages 57-79 with the interrelationship between section 39 of the FCA and the British Columbia *Limitation Act* [R.S.B.C. 1979, c. 236]. In that case, it is noted the *Indian Act* [R.S.C., 1985, c. I-5] contained no provisions dealing with limitation periods. I adopt his analysis for the purpose of the issue before me. Teitelbaum J. said at paragraph 164 [page 63] the "specific purpose of s. 39 of the **Federal Court Act** is to expand the application of provincial limitation laws by incorporating such laws by reference and directing this court to apply such limitation not as provincial law, but as valid federal law". Teitelbaum J. referred to many decisions of the courts on the concept of incorporation by reference including the comments by Urie J.A. in *Meherally v. M.N.R.*, [1987] 3 F.C. 525 (C.A.).

[60] Section 39 of the FCA conditions the incorporation of provincial limitation laws "Except as expressly provided by any other Act", in the French text "Sauf disposition contraire d'une autre loi" (emphasis mine). The purpose for the exception is clear: if Parliament has spoken about limitations in any Act of Parliament, that Act covers the matter so as to avoid any inconsistency in the application of federal laws through the incorporation of provincial laws; coherence of laws is the object.

[61] The question for resolution in this case is whether section 649 of the Act providing that "every action must be commenced not later than twelve months" limits the incorporation of the provisions of the OLA and specifically section 47 postponing the

[58] C'est ainsi que les enfants Lorna Stoddard et Jamie Murphy ont pu intenter leurs actions pour préjudice corporel. Cependant, l'action oblique de Jamie Murphy en vertu de la *Loi sur le droit de la famille* a été rejetée parce que l'action de sa mère était prescrite.

[59] Dans l'arrêt *Bande indienne Wewayakum c. Canada et Bande indienne Wewayakai* (1995), 99 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.), mon collègue le juge Teitelbaum a traité de façon exhaustive, aux pages 57 à 79, du lien qui existe entre l'article 39 de la LCF et la *Limitation Act* de la C.-B. [R.S.B.C. 1979, ch. 236]. Dans cette affaire, il a été noté que la *Loi sur les Indiens* [L.R.C. (1985), ch. I-5] ne contenait aucune disposition traitant des délais de prescription. J'adopte son analyse pour les fins de la question dont je suis saisi. Le juge Teitelbaum a déclaré au paragraphe 164 [page 63] que «l'article 39 de la **Loi sur la Cour fédérale** a pour objectif précis d'élargir l'application des lois provinciales en matière de prescription en incorporant ces lois par renvoi et en enjoignant à la Cour d'appliquer cette prescription non pas à titre de loi provinciale, mais à titre de loi fédérale valide». Le juge Teitelbaum a renvoyé à de nombreuses décisions judiciaires concernant la notion d'incorporation par renvoi, y compris aux observations du juge Urie dans *Meherally c. M.R.N.*, [1987] 3 C.F. 525 (C.A.).

[60] L'article 39 de la LCF pose une condition à l'incorporation des lois provinciales en matière de prescription en utilisant les mots suivants: «Sauf disposition contraire d'une autre loi», et, en anglais «Except as expressly provided by any other Act» (non souligné dans l'original). L'objet de cette exception est manifeste: si le Parlement a traité de prescription dans une loi fédérale, celle-ci traite du sujet de façon à éviter toute incompatibilité dans l'application des lois fédérales qui résulterait de l'incorporation des lois provinciales; la cohérence législative en est donc l'objet.

[61] La question qu'il faut se poser pour trancher l'espèce est de savoir si l'article 649 de la Loi, qui prévoit que «toute action de ce genre doit être intentée dans les douze mois» limite l'incorporation des dispositions de la LPAO, et plus précisément de

running of a limitation period in the case of minors. Can section 649 of the Act be read in harmony with section 47 of the OLA on the reasoning expressed by Major J. in *Welsh/Stoddard*, *supra*, particularly in the light that fairness is against depriving a person from pursuing an action if under legal disability.

[62] I have come to the conclusion that Parliament's statutory prescription in section 649, in the context of Part XIV dealing with dependants' fatal accidents claims in relation to boating accidents, precludes the application of section 47 of the OLA. As the Supreme Court of Canada said in *Ordon Estate v. Grail*, *supra*, the nature of the specific claim said to be statute-barred must be analyzed. What is covered by Part XIV of the Act, I repeat, are dependants' fatal accidents claims. Part XIV of the Act (1) defines dependants to include children regardless of age; (2) provides for an action for damages in the case of the death of a person by a wrongful act; (3) stipulates that every action under the Part is for the benefit of the dependants and except as provided shall be brought by and in the name of the executor or administrator of the deceased; (4) says no more than one action lies for and in respect of the same subject-matter of the complaint; (5) requires an affidavit to the effect that the persons on whose behalf the action is brought are the only persons entitled to benefit.

[63] The nature of the claim, a dependant's claim, which requires the inclusion of minors in that claim, can only lead to the conclusion the incorporation of tolling provisions of section 47 of the OLA in the case of minors is inconsistent with the statutory scheme set out in Part XIV. In my view, the rationale behind section 47 preventing a minor under legal disability from having a remedy is contrary to the purpose of a dependant's fatal accident claim.

l'article 47, qui reporte le point de départ du délai de prescription dans le cas de mineurs. L'article 649 de la Loi peut-il s'appliquer de concert avec les arrêts de l'article 47 de la LPAO d'après le raisonnement exposé par le juge Major dans *Welsh/Stoddard*, précité, particulièrement si l'on tient compte du fait que l'équité consiste à ne pas priver une personne d'intenter une action quand elle est frappée d'incapacité juridique?

[62] J'en suis venu à la conclusion que la prescription imposée par le Parlement à l'article 649, dans le contexte de la partie XIV, qui traite des demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident de navigation mortel formulées par des personnes à charge, empêche l'application de l'article 47 de la LPAO. Comme l'a déclaré la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Succession Ordon c. Grail*, précité, la nature de la demande que l'on dit prescrite doit être analysée. La partie XIV de la Loi traite, je le répète, des demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel présentées par des personnes à charge. La partie XIV de la Loi 1) définit les personnes à charge comme incluant les enfants, quel que soit leur âge; 2) autorise une action en dommages-intérêts dans le cas du décès d'une personne causé par un acte fautif; 3) stipule que toute action en vertu de cette partie doit être à l'avantage des personnes à charge et, sauf indication contraire, doit être intentée par l'exécuteur testamentaire ou l'administrateur du défunt ou en son nom; 4) limite le nombre d'actions à une et précise l'objet de la plainte; 5) exige le dépôt d'un affidavit indiquant que les personnes au nom desquelles l'action est intentée sont les seules personnes qui ont droit d'en bénéficier.

[63] La nature de la demande, celle d'une personne à charge, qui exige l'inclusion des mineurs dans cette demande, ne peut mener qu'à la conclusion que l'incorporation des dispositions suspensives de l'article 47 de la LPAO dans le cas des mineurs est incompatible avec le régime législatif établi à la partie XIV. À mon avis, la raison d'être de l'article 47, qui empêche un mineur, frappé d'incapacité juridique, de demander réparation, est contraire à l'objectif d'une demande en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel présentée par une personne à charge.

[64] A minor in a dependant's fatal accident claim has a remedy covered by the Act which should not be postponed until he or she reaches the age of majority to obtain the benefits Parliament intended.

(f) The estate claim

[65] As noted, in *Ordon Estate v. Grail, supra*, the Supreme Court of Canada reformed Canadian maritime law by removing the common law bar to the survival of an action thus permitting the estate of the deceased to maintain an action (which does not include damages to be claimed for the death or the loss of expectation of life (page 517)). This common law action, known as a survival action, is by its very nature different than a dependant's fatal accident claim to which Part XIV of the Act applies. Because of this distinction, section 649 of the Act, which relates to a dependant's fatal accident claim, cannot apply to bar this newly created cause of action which is not a dependant's claim. Counsel for Her Majesty conceded as much indicating there was a genuine issue for trial. The two-year period under the OTA would apply through the incorporation by reference under section 39 of the FCA and section 32 of the CLPA.

DISPOSITION

[66] All claims, with one exception, in this action are statute-barred under section 649 of the Act; the survival action commenced by the estate of Michael Nicholson can proceed as it is not affected by the prescribed limitation period.

[67] The motion for summary judgment is allowed in part. Success being substantially in favour of Her Majesty, costs are awarded to the defendant.

[64] La Loi prévoit pour un mineur qui formule une demande en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel une réparation qui ne devrait pas être reportée jusqu'à ce qu'il atteigne l'âge de la majorité pour obtenir les avantages prévus par le Parlement.

f) La demande de la succession

[65] Comme il a été noté, dans l'arrêt *Succession Ordon c. Grail*, précité, la Cour suprême du Canada a réformé le droit maritime canadien en supprimant la fin de non-recevoir de la common law à la survie d'une action, autorisant ainsi la succession du défunt à poursuivre une action (qui ne comprend pas les dommages-intérêts réclamés pour le décès ou la perte de l'espérance de vie (page 517)). Cette action de common law, connue sous le nom de «*survival action*», est par sa nature même différente d'une demande en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel présentée par une personne à charge à laquelle la partie XIV de la Loi s'applique. En raison de cette distinction, l'article 649 de la Loi, qui traite des demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel formulées par les personnes à charge, ne peut s'appliquer pour faire échec à cette nouvelle cause d'action, qui n'est pas une demande formulée par une personne à charge. L'avocat de Sa Majesté a reconnu cela en indiquant qu'il y avait une question sérieuse à instruire. Le délai de prescription de deux ans prévu dans la LPAO s'appliquerait en raison du principe de l'incorporation par renvoi prévu à l'article 39 de la LCF et à l'article 32 de la LRECA.

DISPOSITIF

[66] Toutes les demandes formulées dans la présente action, sauf une seule, sont prescrites en vertu de l'article 649 de la Loi; l'action intentée par la succession de Michael Nicholson peut être poursuivie, étant donné qu'elle n'est pas visée par le délai de prescription.

[67] La requête en jugement sommaire est accueillie en partie. Sa Majesté ayant eu gain de cause en grande partie, les dépens lui sont adjugés.

IMM-2372-98

IMM-2372-98

Parminder Singh Saini (*Applicant*)**Parminder Singh Saini** (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**
(*défendeur*)**INDEXED AS: SAINI v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP
AND IMMIGRATION) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: SAINI c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYEN-
NETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)**Trial Division, Dubé J.—Toronto, February 8; Ottawa,
February 17, 2000.Section de première instance, juge Dubé—Toronto,
8 février; Ottawa, 17 février 2000.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Judicial review seeking declaration 1995 deportation order should not be executed — Applicant convicted in Pakistan of hijacking plane — Original death sentence commuted to life imprisonment — Later, applicant granted parole, ordered to leave Pakistan — President of Pakistan exercising powers under Art. 45 of Constitution of Islamic Republic of Pakistan, granting pardon in 1998 “on conviction/term of imprisonment already undergone” — Valid pardon in another country with similar justice system cannot be ignored — According to experts, President’s pardon means remission of all legal consequences of conviction — Pakistani judicial system somewhat similar to ours — Grave assault on Canadian sense of justice if Canadian immigration department deeming person convicted of offence if deemed not convicted in jurisdiction where offence allegedly committed — Applicant not exempted from deportation on other grounds — Questions certified: (1) absent evidence as to motivating considerations leading to grant of pardon by another jurisdiction, is Canadian court bound by pardon; (2) does pardon “on conviction/term of imprisonment already undergone” erase conviction and consequences; (3) does nature of offence of hijacking provide solid rationale to depart from principle pardon granted by another jurisdiction whose laws based on similar foundation as Canadian laws, recognized in Canada?

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Contrôle judiciaire visant l’obtention d’un jugement déclaratoire portant que la mesure d’expulsion prise en 1995 ne devait pas être exécutée — Le demandeur a été déclaré coupable de détournement d’avion au Pakistan — Peine de mort initiale commuée en peine de prison à perpétuité — Par la suite, le demandeur a été mis en liberté conditionnelle et a reçu l’ordre de quitter le Pakistan — Le président du Pakistan a exercé les pouvoirs que lui confère l’art. 45 de la Constitution de la République islamique du Pakistan pour lui accorder une réhabilitation en 1998 «à l’égard de la condamnation/peine d’emprisonnement déjà purgée» — On ne peut faire fi d’une réhabilitation valide accordée dans un autre pays dont le système de justice est semblable au nôtre — Selon les experts, la réhabilitation accordée par le président emporte la suppression de toutes les conséquences juridiques de la condamnation — Le système judiciaire du Pakistan est assez semblable au nôtre — On porterait gravement atteinte au sens canadien de la justice si le ministère canadien de l’Immigration présumait qu’une personne a été déclarée coupable d’une infraction alors que cette personne est réputée ne pas avoir été déclarée coupable dans le territoire où l’infraction aurait été commise — Le demandeur n’est pas à l’abri d’une expulsion fondée sur d’autres motifs — Questions certifiées: 1) Un tribunal canadien est-il lié par la réhabilitation accordée par un État étranger en l’absence d’éléments de preuve concernant les facteurs qui ont motivé l’octroi de cette réhabilitation? 2) Une réhabilitation accordée «à l’égard de la condamnation/peine d’emprisonnement déjà purgée» efface-t-elle à la fois la condamnation et ses conséquences? 3) La nature de l’infraction de détournement d’avion constitue-t-elle une raison solide de s’écarter du principe voulant qu’une réhabilitation accordée par un État étranger, dont les lois reposent sur des fondements analogues à ceux des lois canadiennes, soit reconnue au Canada?

This was an application for judicial review seeking a declaration that the 1995 deportation order issued against the applicant should not be executed. The applicant is a citizen

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire visant à obtenir un jugement déclaratoire portant que la mesure d’expulsion prise en 1995 contre le demandeur ne devait pas

of India who was convicted in Pakistan of hijacking an airliner. He was originally sentenced to death, but his sentence was commuted to life imprisonment. He was granted parole in 1994 and ordered to leave Pakistan. In 1998 the President of Pakistan, exercising his powers under Article 45 of the *Constitution of Islamic Republic of Pakistan*, granted the applicant pardon "on conviction/term of imprisonment already undergone".

Held, the application should be allowed.

According to Canadian case law, a pardon cleanses the individual of any stain that a conviction has caused. A valid pardon given in another country with a similar justice system cannot be ignored in Canada, and more specifically, by an immigration officer. The Minister's expert's opinion, that the pardon could not be treated as an acquittal and therefore the applicant's conviction would remain, was based on a British decision which was not binding on Pakistan as the Pakistani Constitution was promulgated long before that decision. According to the opinion of the other two experts, the pardon meant remission of all legal consequences of the conviction. The Pakistani judicial system is somewhat similar to the Canadian judicial system and it would constitute "a grave assault on the Canadian sense of justice" if the Canadian immigration department were to deem a person convicted of an offence when that person is deemed not to be convicted of the same offence in the jurisdiction where the offence was allegedly committed. While hijacking a plane is a serious offence, the applicant had been cleansed of that conviction and he should not be deported on that ground. He is not, however, exempted from deportation on other grounds.

The following questions were certified: (1) in the absence of evidence as to the motivating considerations which led to the grant of a pardon by another jurisdiction, is a Canadian court bound by the pardon; (2) does a pardon "on conviction/term of imprisonment already undergone" erase the conviction and consequences; and (3) does the nature of the offence of hijacking provide a solid rationale to depart from the principle that a pardon granted by another jurisdiction, whose laws are based on a similar foundation as Canadian laws, should be recognized in Canada?

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Constitution of Islamic Republic of Pakistan, Art. 45.
Criminal Records Act, R.S.C., 1985, c. C-47.

être exécutée. Le demandeur est un citoyen de l'Inde qui a été déclaré coupable, au Pakistan, du détournement d'un avion de ligne. Il a initialement été condamné à mort, mais sa peine a été commuée en une peine d'emprisonnement à perpétuité. Il a été mis en liberté conditionnelle en 1994 et il a reçu l'ordre de quitter le Pakistan. En 1998, le président du Pakistan a exercé les pouvoirs que lui confère l'article 45 de la *Constitution de la République islamique du Pakistan* et il a réhabilité le demandeur «à l'égard de la condamnation/peine d'emprisonnement déjà purgée».

Jugement: la demande est accueillie.

Selon la jurisprudence canadienne, la réhabilitation a pour effet de laver la personne visée de toute souillure causée par la déclaration de culpabilité. Personne ne peut faire fi, au Canada, d'une réhabilitation valide accordée dans un autre pays dont le système de justice est semblable au nôtre, et cela vaut plus particulièrement d'un responsable de l'immigration. L'opinion de l'expert du ministre portant qu'une réhabilitation ne peut être considérée comme un acquittement et que la déclaration de culpabilité du demandeur subsiste, s'appuyait sur une décision britannique qui n'avait pas force exécutoire au Pakistan, parce que la Constitution du Pakistan avait été promulguée longtemps avant qu'elle soit prononcée. De l'avis des deux autres experts, la réhabilitation emporte la suppression de toutes les conséquences juridiques de la condamnation. Le système judiciaire pakistanais est assez semblable au système judiciaire canadien et on «porterait gravement atteinte au sens canadien de la justice» si le ministère canadien de l'Immigration présumait qu'une personne a été déclarée coupable d'une infraction alors qu'elle est réputée ne pas avoir été déclarée coupable de cette même infraction dans le territoire où l'infraction aurait été commise. Bien qu'un détournement d'avion constitue une infraction grave, le demandeur a été lavé de cette déclaration de culpabilité et ne doit pas être expulsé pour cette raison. Il n'est toutefois pas à l'abri d'une expulsion fondée sur d'autres motifs.

Les questions suivantes ont été certifiées: 1) Un tribunal canadien est-il lié par la réhabilitation accordée par un État étranger en l'absence d'éléments de preuve concernant les facteurs qui ont motivé l'octroi de cette réhabilitation? 2) Une réhabilitation accordée «à l'égard de la condamnation/peine d'emprisonnement déjà purgée» efface-t-elle à la fois la condamnation et ses conséquences? 3) La nature de l'infraction de détournement d'avion constitue-t-elle une raison solide de s'écarter du principe voulant qu'une réhabilitation accordée par un État étranger, dont les lois reposent sur des fondements analogues à ceux des lois canadiennes, soit reconnue au Canada?

LOIS ET RÈGLEMENTS

Constitution of Islamic Republic of Pakistan, Art. 45.
Loi sur le casier judiciaire, L.R.C. (1985), ch. C-47.

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1)(c.1)(i) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11).
Rehabilitation of Offenders Act 1974 (U.K.), 1974, c. 53.

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)c.1(i) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11).
Rehabilitation of Offenders Act 1974 (R.-U.), 1974, ch. 53.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Burgon, [1991] 3 F.C. 44; (1991), 78 D.L.R. (4th) 103; 13 Imm. L.R. (2d) 102; 122 N.R. 228 (C.A.); *Smith v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 3 F.C. 144 (T.D.); *Lui v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 134 F.T.R. 308; 39 Imm. L.R. (2d) 60 (F.C.T.D.); *Barnett v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 109 F.T.R. 154; 33 Imm. L.R. (2d) 1 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

R. v. Foster, [1984] 2 All ER 679 (C.A.); *R. v. Cosgrove*, [1949] Tas. S.R. 99; *R. v. Secretary of State for the Home Dept., ex p. Bentley*, [1993] 4 All ER 442 (Q.B.D.).

AUTHORS CITED

Halsbury's Laws of England, vol. 8(2), 4th ed. (Reissue). London: Butterworths, 1996.

APPLICATION for judicial review seeking a declaration that the 1995 deportation order issued against the applicant should not be executed on the ground that the applicant was granted a pardon by the President of Pakistan in 1998. Application allowed.

COUNSEL:

Barbara L. Jackman for applicant.
David W. Tyndale for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Jackman, Waldman & Associates, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] DUBÉ J.: This application for judicial review seeks a declaration that the deportation order issued

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Burgon, [1991] 3 C.F. 44; (1991), 78 D.L.R. (4th) 103; 13 Imm. L.R. (2d) 102; 122 N.R. 228 (C.A.); *Smith c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 3 C.F. 144 (1^{re} inst.); *Lui c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1997), 134 F.T.R. 308; 39 Imm. L.R. (2d) 60 (C.F. 1^{re} inst.); *Barnett c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 109 F.T.R. 154; 33 Imm. L.R. (2d) 1 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

R. v. Foster, [1984] 2 All ER 679 (C.A.); *R. v. Cosgrove*, [1949] Tas. S.R. 99; *R. v. Secretary of State for the Home Dept., ex p. Bentley*, [1993] 4 All ER 442 (Q.B.D.).

DOCTRINE

Halsbury's Laws of England, vol. 8(2), 4th ed. (Reissue). London: Butterworths, 1996.

DEMANDE de contrôle judiciaire visant à obtenir un jugement déclaratoire portant que la mesure d'expulsion prise contre le demandeur ne devait pas être exécutée pour le motif que le président du Pakistan a réhabilité le demandeur en 1998. Demande accueillie.

ONT COMPARU:

Barbara L. Jackman pour le demandeur.
David W. Tyndale pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Jackman, Waldman & Associates, 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

[1] LE JUGE DUBÉ: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire visant à obtenir un jugement

against the applicant on October 27, 1995, should not be executed on the ground that the applicant was granted a pardon by the President of Pakistan in 1998.

1. Facts

[2] The applicant is a citizen of India who was convicted in Pakistan of hijacking an airliner travelling from India to Pakistan. He was originally sentenced to death but his sentence was commuted to life imprisonment. He was granted parole in 1994 and ordered to leave Pakistan. In 1998, he was granted a pardon by the President of Pakistan.

2. The Pardon of the President

[3] The pardon in question reads as follows:

SUBJECT+ PARDON ON CONVICTION OF
PARMINDER SINGH SAINI S/O ARJAN
SINGH SAINI.

I am directed to refer to your appeal addressed to the President of Pakistan, requesting therein to grant pardon on the conviction/term of imprisonment already undergone by Mr. Parminder Singh Saini, awarded by Special Court at Lahore, on the charges of hijacking an Indian Airline's plane from Srinagar to Pakistan.

2. The matter was considered by the Government of Pakistan and the President of Pakistan, in exercise of the powers vested in him under Article 45 of the Constitution of the Islamic Republic of Pakistan has been pleased to grant pardon on conviction/term of imprisonment already undergone by Parminder Singh Saini, S/O Arjan Singh Saini, awarded by the Special Court at Lahore, on the charges of hijacking of an Indian Airline's plane from Srinagar to Pakistan.

Yours truly,

(Muhammad Zafeer Abbasi)
Deputy Secretary

3. Expert Opinions

[4] Three experts filed an opinion on the effect of the pardon. The first opinion obtained by the applicant is from Khwaja Law Associates. It consists of only

déclaratoire portant que la mesure d'expulsion prise contre le demandeur le 27 octobre 1995 ne doit pas être exécutée parce que le demandeur a obtenu sa réhabilitation du président du Pakistan en 1998.

1. Les faits

[2] Le demandeur est un citoyen de l'Inde qui a été déclaré coupable, au Pakistan, du détournement d'un avion de ligne effectuant un vol entre l'Inde et le Pakistan. Il a initialement été condamné à mort, mais sa peine a été commuée en une peine d'emprisonnement à perpétuité. Il a été mis en liberté conditionnelle en 1994 et il a reçu l'ordre de quitter le Pakistan. En 1998, il a été réhabilité par le président du Pakistan.

2. La réhabilitation accordée par le président

[3] Voici les termes dans lesquels la réhabilitation a été accordée:

[TRADUCTION]
SUJET+ RÉHABILITATION À L'ÉGARD DE LA
CONDAMNATION DE PARMINDER SINGH
SAINI FILS DE ARJAN SINGH SAINI.

Je dois me reporter à l'appel que vous avez adressé au président du Pakistan pour lui demander une réhabilitation à l'égard de la condamnation/peine d'emprisonnement déjà purgée par M. Parminder Singh Saini, prononcée par la Cour spéciale de Lahore, relativement à l'accusation d'avoir détourné un avion d'Indian Airlines effectuant un vol entre Srinagar et le Pakistan.

2. L'affaire a été examinée par le gouvernement du Pakistan et le président du Pakistan a décidé, en vertu des pouvoirs que lui confère l'article 45 de la Constitution de la République islamique du Pakistan, d'accorder une réhabilitation à l'égard de la condamnation/peine d'emprisonnement déjà purgée par Parminder Singh Saini, fils de Arjan Singh Saini, prononcée par la Cour spéciale de Lahore, relativement à l'accusation d'avoir détourné un avion d'Indian Airlines effectuant un vol entre Srinagar et le Pakistan.

Sincèrement vôtre,

(Muhammad Zafeer Abbasi)
Secrétaire adjoint

3. Les opinions d'expert

[4] Trois experts ont déposé une opinion concernant l'effet de la réhabilitation. La première opinion obtenue par le demandeur émane du cabinet Khwaja

one paragraph which reads as follows:

The President of Pakistan has granted Pardon on conviction to Mr. Parminder Singh Saini which means remission of all legal consequences of his conviction.

[5] A more substantial opinion in support of the applicant's position was provided by S. M. Zafar, Senior Advocate, Supreme Court of Pakistan. Mr. Zafar states that the father of the applicant appealed from India to the President of Pakistan invoking his prerogative powers under Article 45 of the *Constitution of Islamic Republic of Pakistan*. On due consideration of the plea of pardon, the President of Pakistan granted "pardon on conviction/term of imprisonment already undergone".

[6] Mr. Zafar also notes that the pardon "has come after Parminder Singh Saini had served his sentence and had been released from the prison". The pardon of April 17, 1998, "indicates that the President of Pakistan proceeded to exercise his power under Article 45 to release Parminder Singh Saini "not from the prison but from the guilt". Article 45 reads as follows:

45. The President shall have power to grant pardon, reprieve and respite, and to remit, suspend or commute any sentence passed by any court, tribunal or other authority.

[7] Mr. Zafar goes on to state that the pardon "operates to remove the penalties as well as disability attached to a conviction. Pardon nullifies the same for all purposes". According to learned jurists of his country "unconditional pardon wipes out the offence and rescinds the sentence as well as the conviction". He concludes that "the pardon granted to the prisoner is full, absolute and unconditional in nature, therefore, it mitigates the guilt and absolves the prisoner from the penal consequences and is therefore entitled to restoration of his civil rights".

[8] The Minister's expert, Munawar Akhtar, Advocate Supreme Court of Pakistan, is not of the same

Law Associates. Elle ne comporte qu'un paragraphe, que voici:

[TRADUCTION] Le président du Pakistan a accordé, à l'égard de la condamnation de M. Parminder Singh Saini, une réhabilitation qui emporte la suppression de toutes les conséquences juridiques de sa condamnation.

[5] S. M. Zafar, avocat principal à la Cour suprême du Pakistan, a fourni une opinion plus étoffée pour étayer les prétentions du demandeur. M^e Zafar explique que le père du demandeur a formé un appel, à partir de l'Inde, auprès du président du Pakistan, en invoquant les pouvoirs en vertu de la prerogative que lui confère l'article 45 de la *Constitution of Islamic Republic of Pakistan*. Après avoir dûment examiné la demande de réhabilitation, le président du Pakistan a accordé une «réhabilitation à l'égard de la condamnation/peine d'emprisonnement déjà purgée».

[6] M^e Zafar souligne en outre que la réhabilitation [TRADUCTION] «est survenue après que Parminder Singh Saini a purgé sa peine et a été libéré». La réhabilitation accordée le 17 avril 1998 [TRADUCTION] «indique que le président du Pakistan a exercé le pouvoir que lui confère l'article 45 pour libérer Parminder Singh Saini non de la prison, mais de sa déclaration de culpabilité». L'article 45 prévoit:

[TRADUCTION] 45. Le président a le pouvoir d'accorder une réhabilitation, un sursis et une remise, et de suspendre ou commuer toute peine infligée par une cour, un tribunal ou une autre autorité.

[7] M^e Zafar ajoute que la réhabilitation [TRADUCTION] «a pour effet de supprimer toutes les peines ainsi que l'incapacité liées à une déclaration de culpabilité. La réhabilitation les annule à tous égards». Selon d'éminents juristes de son pays, [TRADUCTION] «la réhabilitation inconditionnelle efface l'infraction et annule tant la peine que la déclaration de culpabilité». Il conclut que [TRADUCTION] «la réhabilitation accordée au prisonnier est complète, absolue et inconditionnelle par nature, de sorte qu'elle remédie à la culpabilité et absout le prisonnier des conséquences pénales, ce qui emporte le rétablissement de ses droits civils».

[8] L'expert du ministre, Munawar Akhtar, avocat à la Cour suprême du Pakistan, n'est pas du même avis.

view. Although he agrees with Mr. Zafar that the power of pardon, as interpreted by the courts in Pakistan, is in the nature of prerogative of the Sovereign and this jurisdiction is traceable to the exercise of such power by the Crown in Britain, he does not concur with his colleague's conclusion. With reference to the English view point on this issue, he quotes *Halsbury's Laws of England*, Vol. 8(2), 4th ed. (Reissue), paragraph 826:

Pardons may be free, conditional or in the form of a remission or partial remission of sentence. The effect of a free pardon is to clear the person from all consequences of the offence for which it is granted, and from all statutory or other disqualifications following upon conviction, but not to remove the conviction. [Emphasis added by the expert.]

[9] Mr. Akhtar then refers to the case of *R. v. Foster*¹ wherein the English Court of Appeal dealt with the effect of a pardon and of a judgment of the Supreme Court of Tasmania entitled *R. v. Cosgrove*² wherein it was held that a pardon granted was not the equivalent of an acquittal. The following relevant excerpt was reproduced:

. . . the effect of such pardon by the King, is to make the offender a new man; to acquit him of all corporal penalties and forfeitures annexed to that offence for which he obtains his pardon; and not so much to restore his former, as to give him a new, credit and capacity . . . Accordingly, a pardon is in no sense equivalent to an acquittal.

[10] Mr. Akhtar goes on to say that "the English Court of Appeal agreed with the proposition that the Crown no longer has a prerogative of justice but only a prerogative of mercy: it cannot remove a conviction but only pardon its effects. The only body which can quash a conviction is the Court of Appeal, Criminal Division, and not the Crown". In a subsequent case of the English High Court, reported as *R. v. Secretary of State for the Home Dept., ex p. Bentley*,³ the above-mentioned judgment of the English Court of Appeal was considered and the strength of the argument that a free pardon does not eliminate the conviction was acknowledged.

Bien qu'il soit d'accord avec M^c Zafar pour dire que le pouvoir d'accorder une réhabilitation, interprété par les tribunaux du Pakistan, est de la nature de la prérogative royale et que cette compétence remonte à l'exercice d'un tel pouvoir par la Couronne britannique, il ne souscrit pas à la conclusion tirée par son collègue. Il se reporte au point de vue anglais sur la question et cite le paragraphe 826 de la réédition de *Halsbury's Laws of England*, 4^e éd., vol. 8(2):

[TRADUCTION] La réhabilitation peut être totale, conditionnelle ou prendre la forme d'une remise intégrale ou partielle de la peine. La réhabilitation totale a pour effet de libérer la personne en cause de toutes les conséquences de l'infraction à l'égard de laquelle elle est accordée et de toutes les incapacités, notamment d'origine législative, découlant de la déclaration de culpabilité, mais elle ne supprime pas la déclaration de culpabilité. [Souligné par l'expert.]

[9] M^c Akhtar se reporte ensuite à l'arrêt *R. v. Foster*¹ de la Cour d'appel anglaise, portant sur l'effet d'une réhabilitation et d'un jugement de la Cour suprême de Tasmanie, intitulé *R. v. Cosgrove*², statuant qu'une réhabilitation n'équivalait pas à un acquittement. L'extrait pertinent suivant a été cité:

[TRADUCTION] [. . .] une telle réhabilitation accordée par le Roi a pour effet de faire un nouvel homme du contrevenant; de le libérer de toutes les peines et confiscations matérielles liées à l'infraction à l'égard de laquelle il obtient sa réhabilitation; et non vraiment de rétablir sa crédibilité et sa capacité initiales, de lui en conférer une nouvelle [. . .] Par conséquent, une réhabilitation n'équivaut d'aucune façon à un acquittement.

[10] M^c Akhtar enchaîne en affirmant que [TRADUCTION] «la Cour d'appel d'Angleterre a retenu la thèse selon laquelle la Couronne ne bénéficie plus de la prérogative de justice, mais uniquement de la prérogative de clémence: elle ne peut supprimer la déclaration de culpabilité, mais uniquement en annuler les effets. Le seul organisme habilité à annuler une déclaration de culpabilité est la section criminelle de la Cour d'appel, et non la Couronne». Dans une affaire ultérieure, *R. v. Secretary of State for the Home Dept., ex p. Bentley*³, la Haute Cour d'Angleterre a étudié l'arrêt susmentionné de la Cour d'appel d'Angleterre et [TRADUCTION] «reconnu la force de l'argument portant qu'une réhabilitation totale n'élimine pas la déclaration de culpabilité.

[11] Mr. Akhtar briefly reviewed the American jurisprudence in the matter and concluded that “the general trend of the U.S. courts appears to be that the power to pardon given to the President by the U.S. Constitution does not include power to wipe out guilt”. Mr. Akhtar concluded as follows:

It is accepted by the courts in Pakistan that the power to grant pardon is equivalent to the prerogative of the Crown as in England and is an act of grace. It is an executive function and is exercised by way of mercy. As stated earlier, there is no reported decision of the Pakistan courts on the issue involved. The courts in Pakistan would in our view follow the judgment of the Court of Appeal in R. v. Foster which is also quoted in Vol. 8(2) of Halsbury’s Laws of England. The effect of pardon granted to the convicted person is that while the unconditional pardon clears him of all the consequences of the offence of hijacking but pardon is not to be treated as an acquittal and therefore his conviction for the offence remains. As to what effect this will have in Canada may be seen in light of the applicable laws of Canada. [My emphasis.]

4. The Applicant’s Submission

[12] The applicant submits that the 1984 British decision in *Foster*, which forms the basis of Mr. Akhtar’s opinion, is not binding on Pakistan as it dates long after the Pakistani Constitution was promulgated. Article 45 of that Constitution stipulates clearly that the President has the power to grant pardon, reprieve and respite and to remit, suspend or commute any sentence passed by any court.

[13] As to the Canadian jurisprudence in the matter, the Federal Court of Appeal in *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Burgon*⁴ held that once a pardon was granted in the United Kingdom or in any other country with a similar legal system to that of Canada, the effect of the pardon would be to eliminate the restrictions against admissibility to Canada. Linden J.A. wrote as follows, at pages 62-63:

Unless there is some valid basis for deciding otherwise, therefore, the legislation of countries similar to ours,

[11] M^c Akhtar passe brièvement en revue la jurisprudence américaine en la matière et conclut que [TRADUCTION] «la tendance générale des tribunaux des États-Unis semble vouloir que le pouvoir de clémence attribué au président par la Constitution américaine n’englobe pas le pouvoir d’effacer la culpabilité.» M^c Akhtar conclut dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Au Pakistan, les tribunaux reconnaissent que le pouvoir d’accorder une réhabilitation équivaut à la prérogative de la Couronne comme en Angleterre et constitue un acte de clémence. Il s’agit d’une fonction exécutive, accomplie par l’attribution de la grâce. Comme nous l’avons déjà expliqué, il n’existe aucune décision publiée émanant des tribunaux du Pakistan qui porte sur cette question. Nous sommes d’avis que les tribunaux pakistanais suivraient le jugement rendu par la Cour d’appel dans l’affaire *R. v. Foster*, qui est aussi cité dans le vol. 8(2) de l’ouvrage intitulé *Halsbury’s Laws of England*. La réhabilitation inconditionnelle accordée à une personne déclarée coupable a pour effet de la libérer de toutes les conséquences de l’infraction de détournement d’avion, mais sa réhabilitation ne doit pas être considérée comme un acquittement, ce qui fait que la déclaration de culpabilité à l’égard de l’infraction subsiste. Quant à l’effet qu’aura cette réhabilitation au Canada, il faut tenir compte des lois applicables au Canada. [Non souligné dans l’original.]

4. L’argumentation du demandeur

[12] Le demandeur soutient que la décision britannique rendue en 1984 dans l’affaire *Foster*, sur laquelle s’appuie l’opinion de M^c Akhtar, n’a pas force exécutoire au Pakistan parce qu’elle a été prononcée longtemps après la promulgation de la Constitution du Pakistan. L’article 45 de la Constitution prévoit clairement que le président a le pouvoir d’accorder une réhabilitation, un sursis et une remise, et de suspendre ou commuer toute peine infligée par un tribunal.

[13] En ce qui concerne la jurisprudence canadienne en la matière, la Cour d’appel fédérale a statué, dans l’arrêt *Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) c. Burgon*⁴, qu’une réhabilitation accordée au Royaume-Uni ou dans un autre pays ayant un système juridique semblable à celui du Canada a pour effet d’éliminer les restrictions à l’admissibilité au Canada. Le juge Linden de la Cour d’appel a écrit ce qui suit, aux pages 62 et 63:

À moins qu’il existe un motif valable de rendre une autre décision, j’estime donc qu’il y a lieu de respecter les lois

especially when their aims are identical, ought to be accorded respect. While I certainly agree with Justice Bora Laskin that the law of another country cannot be “controlling in relation to an inquiry about criminal convictions to determine whether immigration to Canada should be permitted”, (See *Minister of Manpower and Immigration v. Brooks*, [1974] S.C.R. 850, at page 863) we should recognize the laws of other countries which are based on similar foundations to ours, unless there is a solid rationale for departing therefrom. In the words of the Appeal Division:

It would constitute a grave assault on the Canadian sense of justice if either the Canadian immigration department or the Canadian justice system would empower itself to deem a person convicted of an offence when the person is deemed not to be convicted of the same offence in the jurisdiction where the offence was allegedly committed.

While this Court is not required to go so far as to “attorn” to the law of all foreign jurisdictions, as argued by the respondent’s counsel, it is appropriate to do so in this case, because the laws and the legal system of the other country are similar to ours.

There being no “conviction” in the U.K., therefore, and there being no reason to refuse to grant recognition to the law of the U.K. which is similar to ours, Ms. Burgon was not “convicted” as that term is used in paragraph 19(1)(c) of the *Immigration Act* and she is not excluded.

[14] In *Smith v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,⁵ MacKay J. of this Court dealt with an applicant who was held to be inadmissible by an immigration officer because of previous convictions. He was ordered deported. The applicant was granted a pardon under the *Criminal Records Act*.⁶ One of the issues raised was the effect of the pardon on the deportation order and the exclusion order. He concluded that, while the Act cannot be said to erase the conviction in the sense that conviction is deemed not to have existed, nevertheless the pardon issued must be given effect.

[15] One of the authorities on which MacKay J. relied for his decision was the decision of Mr. Justice Rothstein (then of this Court, now with the Court of Appeal) in *Lui v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*⁷ who said, at page 310, that “Unless

des pays qui sont semblables aux nôtres, surtout lorsque leurs buts sont identiques. Bien que je sois certainement d’accord avec le juge Bora Laskin pour dire que le droit d’un autre pays «n’est pas déterminant en ce qui concerne une question relative aux condamnations criminelles posée aux fins de déterminer si l’immigration au Canada devrait être permise» (voir *Ministre de la Main-d’oeuvre et de l’Immigration c. Brooks*, [1974] R.C.S. 850, à la page 863), nous devons reconnaître les lois d’autres pays qui reposent sur les mêmes fondements que les nôtres, à moins qu’il existe une raison solide de s’en écarter. Pour reprendre les mots de la Section d’appel:

[TRADUCTION] On porterait gravement atteinte au sens canadien de la justice si le ministère canadien de l’Immigration ou le système judiciaire canadien s’autorisait lui-même à présumer qu’une personne est déclarée coupable d’une infraction alors que cette personne est réputée ne pas avoir été déclarée coupable de la même infraction dans le territoire où l’infraction aurait été commise.

Bien que notre Cour ne soit pas, comme le fait valoir l’avocat de l’intimé, tenue d’aller jusqu’à «reconnaître» les lois de tous les ressorts étrangers, il convient de le faire en l’espèce, parce que les lois et le système juridique de l’autre pays sont similaires aux nôtres.

Comme il n’y a pas de «déclaration de culpabilité» au Royaume-Uni et qu’il n’y a pas de raison de refuser de reconnaître le loi du Royaume-Uni qui est semblable à la nôtre, M^{me} Burgon n’a pas été «déclarée coupable» au sens de l’alinéa 19(1)(c) de la *Loi sur l’immigration* et elle n’est pas frappée d’exclusion.

[14] Dans l’affaire *Smith c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*⁵, le juge MacKay de notre Cour s’est prononcé sur le cas d’un demandeur qu’un agent d’immigration avait jugé non admissible en raison de condamnations antérieures. Une mesure d’expulsion avait été prise contre lui. Le demandeur a obtenu sa réhabilitation en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire*⁶. L’une des questions en litige était l’effet de la réhabilitation sur la mesure d’expulsion et la mesure d’exclusion. Il a conclu que, si on ne saurait affirmer que la Loi efface la condamnation, en ce sens que la condamnation est censée ne pas avoir existé, il faut néanmoins donner effet à la réhabilitation.

[15] L’une des sources sur lesquelles s’est appuyé le juge MacKay est la décision rendue par M. le juge Rothstein (siégeant alors en première instance, maintenant juge à la Cour d’appel) dans l’affaire *Lui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigra-*

there is some valid basis for deciding otherwise, therefore, the legislation of countries similar to ours, especially when their aims are identical, ought to be accorded respect". The learned Judge interpreted the scope of the *Criminal Records Act* and assessed whether a similar Hong Kong law at issue in the case would be said to have the same effect and concluded as follows, at page 311:

While a pardon may be revoked if a person is subsequently convicted or for other reasons, it would appear that except for those few **Criminal Code** exceptions to which I have referred, the pardon, in the words of Linden, J.A., in **Burgon**, has the effect of cleansing the individual "of any stain that the conviction caused".

[16] In *Barnett v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,⁸ Jerome A.C.J. of this Court (as he then was) applied the *Burgon* decision to the British *Rehabilitation of Offenders Act 1974* [(U.K.), 1974, c. 53] with the result that the applicant Barnett was held not to be excluded under subparagraph 19(1)(c.1)(i) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11)]. He said as follows, at page 158:

I cannot accept that argument. It is clear from the decision in **Burgon** that where another country, whose legal system is based on similar foundations and values as our own, has enacted legislation which reflects goals and objectives analogous to those encompassed within our own justice system, then that law should be accorded respect and recognized for the purposes of Canadian immigration law. The question is not whether Canada has identical legislation in place, but whether the underlying rationale of the foreign legislation is consistent with some fundamental principle of justice esteemed within our own society.

5. The Respondent's Submission

[17] On the other hand, the respondent submits that this applicant's case involves a conviction for hijacking in Pakistan and a pardon issued by the Government of Pakistan pursuant to Article 45 of the Constitution of that country. This is therefore clearly not a

tion)⁷ qui a dit, à la page 310: «À moins qu'il existe un motif valable de rendre une autre décision, j'estime donc qu'il y a lieu de respecter les lois des pays qui sont semblables aux nôtres, surtout lorsque leurs buts sont identiques.» Le juge Rothstein a interprété la portée de la *Loi sur le casier judiciaire* afin de décider s'il était possible d'affirmer qu'une loi similaire de Hong Kong, qui était en cause dans cette affaire, avait le même effet et il a tiré la conclusion suivante, à la page 311:

Bien que la réhabilitation soit susceptible d'être révoquée si la personne visée est condamnée pour une nouvelle infraction ou pour d'autres raisons, il semble que, hormis les quelques exceptions prévues au **Code criminel** que j'ai mentionnées, la réhabilitation, pour reprendre les paroles du juge Linden dans l'arrêt **Burgon**, a pour effet de laver la personne visée de «toute souillure causée par la déclaration de culpabilité».

[16] Dans l'arrêt *Barnett c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*⁸, le juge Jerome (alors juge en chef adjoint de la Cour) a appliqué la décision *Burgon* à la *Rehabilitation of Offenders Act 1974* [(R.-U.), 1974, ch. 53] du Royaume-Uni, statuant que le demandeur Barnett n'était pas exclu par application du sous-alinéa 19(1)c.1(i) de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11)]. Voici les propos qu'il a tenus, à la page 158:

Je ne puis accueillir cet argument. Il ressort clairement de l'arrêt **Burgon** que lorsqu'un autre pays, dont le système juridique repose sur des fondements analogues et partage des valeurs semblables aux nôtres, a adopté des lois qui reflètent des buts et des objectifs semblables à ceux que renferme notre propre système juridique, il y a lieu de respecter ces lois et de les reconnaître aux fins du droit canadien en matière d'immigration. La question n'est pas de savoir si le Canada possède une législation semblable, mais si le principe qui sous-tend la loi étrangère est conforme à un principe fondamental de justice respecté au sein de notre propre société.

5. L'argumentation du défendeur

[17] Pour sa part, le défendeur fait valoir que le demandeur a été déclaré coupable de détournement d'avion au Pakistan et qu'il a obtenu sa réhabilitation du gouvernement du Pakistan en vertu de l'article 45 de la Constitution de ce pays. Il ne s'agit donc

case of a pardon under the Canadian *Criminal Records Act*. There is no explicit statement in the Pakistani legislation to rely upon by the applicant (as there was in *Burton and Smith*) to suggest that the pardon in Pakistan is intended to have effects beyond the particular criminal proceedings involved. The absence of this type of express statement in a legislation was also crucial to the reasoning of the Court in *Lui*.

[18] The process involved in granting a pardon to the applicant in this case involved the reliance on information that has not been disclosed to the applicant. No evidence has been adduced to this Court to show why the pardon was granted. Was it merely for the purpose of assisting the applicant faced with deportation? The laws of another country cannot control an inquiry made by a Canadian immigration officer about criminal convictions for the purpose of deciding whether immigration to Canada should be permitted in a case. In the *Burton* decision, Mr. Justice Mahoney rendered a dissenting judgment and said as follows (at page 50):

Yet Parliament has made clear that it is the Canadian, not the foreign, standard of the seriousness of crimes, as measured in terms of potential length of sentence, that governs admissibility to Canada. The policy basis for exclusion under paragraph 19(1)(c) must surely be the perceived gravity, from a Canadian point of view, of the offence the person has been found to have committed and not the actual consequence of that finding as determined under foreign domestic law.

[19] This is specially so in the instant case where the applicant has been convicted of the very serious act of hijacking an airplane, an act of international terrorism, and, again, it is impossible to know what factors or reasons led to the decision of the President of Pakistan to grant him a pardon.

[20] As to the legal opinion of Mr. Zafar in support of the applicant's case, it is worthy of note that Mr. Zafar is the applicant's counsel who represented him at his hijacking trial in Pakistan. In contrast, Mr.

manifestement pas d'une réhabilitation accordée en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire* du Canada. Le demandeur ne peut s'appuyer sur aucune disposition expresse de la législation pakistanaise (comme c'était le cas dans les affaires *Burton et Smith*) pour prétendre que la réhabilitation au Pakistan est conçue pour que ses effets débordent la procédure criminelle particulière en cause. L'absence de ce type de disposition expresse dans une loi a aussi joué un rôle crucial dans l'affaire *Lui*.

[18] Le processus suivi pour accorder une réhabilitation au demandeur en l'espèce était fondé sur des renseignements qui n'ont pas été divulgués au demandeur. Aucune preuve n'a été produite devant la Cour afin de démontrer pourquoi il a obtenu sa réhabilitation. Était-ce simplement pour aider le demandeur qui risquait d'être expulsé? Les lois d'un autre pays ne peuvent régir une enquête menée par un responsable de l'immigration du Canada relativement à des condamnations criminelles afin de décider si l'immigration au Canada devrait être autorisée dans un cas donné. Dans l'affaire *Burton*, le juge Mahoney a rendu un jugement dissident, dans lequel il a déclaré (à la page 50):

Pourtant, le législateur fédéral a bien précisé que c'est la norme canadienne, et non la norme étrangère, de la gravité des crimes, mesurée en fonction de la durée possible de la peine, qui régit l'admissibilité au Canada. Le fondement logique de l'exclusion prévue à l'alinéa 19(1)c) doit certainement être la gravité relative—envisagée d'un point de vue canadien—de l'infraction dont la personne en cause a été déclarée coupable et non les conséquences réelles de cette conclusion en droit interne étranger.

[19] Cela vaut plus particulièrement en l'espèce, le demandeur ayant été déclaré coupable de l'infraction très grave de détournement d'avion, qui constitue un acte de terrorisme international, et, répétons-le, il est impossible de savoir quels facteurs ou motifs ont amené le président du Pakistan à lui accorder une réhabilitation.

[20] En ce qui a trait à l'opinion juridique de M^c Zafar, produite à l'appui de la thèse du demandeur, il faut souligner que M^c Zafar est l'avocat du demandeur et l'a représenté lors de son procès pour détour-

Akhtar, the Minister's expert, was not involved in the matter and his impartial opinion is to be treated with more deference.

6. Analysis

[21] In my view, the Canadian jurisprudence as expressed in *Burgon, Smith, Lui* and *Barnett* is to the effect that a pardon does clean the individual of any stain that a conviction has caused. A valid pardon given in another country with a similar justice system cannot be ignored in our country and, more specifically in this case, by an immigration officer. The validity of the pardon of the President of Pakistan is not at issue. According to Mr. Akhtar, the Minister's expert, the President's pardon cannot be treated as an acquittal and, therefore, the applicant's conviction for the offence would remain. However, Mr. Akhtar's opinion is largely based on the British decision in *Foster* which is not binding on Pakistan as the Pakistani Constitution was promulgated long before the *Foster* decision and not bound by it.

[22] According to the opinions of the other two experts, the President's pardon "means remission of all legal consequences of his conviction" (the opinion of Khwaja Law Associates). According to Mr. Zafar, the President's power to grant pardon emanates from Article 45 of the Constitution and it removes the penalties as well as the disability attached to a conviction: it is full, absolute and unconditional in nature. It is a prerogative of the President of that country to grant pardon. The Pakistani judicial system is somewhat similar to ours and as Linden J.A. said in *Burgon* it would constitute "a grave assault on the Canadian sense of justice" if the Canadian immigration department would deem a person convicted of an offence when the person is deemed not to be convicted of the same offence in the jurisdiction where the offence was allegedly committed.

nement d'avion au Pakistan. En revanche, l'expert du ministre, M^e Akhtar n'a pas participé à l'affaire et son opinion impartiale mérite un plus grand respect.

6. Analyse

[21] J'estime que la jurisprudence canadienne, exprimée dans les décisions *Burgon, Smith, Lui* et *Barnett*, établit qu'une réhabilitation lave une personne de toute souillure causée par la déclaration de culpabilité. Personne ne peut faire fi d'une réhabilitation valide accordée dans un autre pays dont le système de justice est semblable au nôtre, et cela vaut plus particulièrement, en l'occurrence, d'un responsable de l'immigration. La validité de la réhabilitation accordée par le président du Pakistan n'est pas contestée. De l'avis de M^e Akhtar, l'expert du ministre, la réhabilitation accordée par le président ne peut être traitée comme un acquittement et la condamnation du demandeur à l'égard de l'infraction subsiste. Toutefois, l'opinion de M^e Akhtar s'appuie en grande partie sur la décision britannique rendue dans l'affaire *Foster*, qui n'a pas force exécutoire au Pakistan parce que la Constitution pakistanaise a été promulguée longtemps avant le prononcé de la décision *Foster*, et n'y est donc pas assujettie.

[22] De l'avis des deux autres experts, la réhabilitation accordée par le président «emporte la suppression de toutes les conséquences juridiques de sa condamnation» (opinion du cabinet Khwaja Law Associates). Selon M^e Zafar, le pouvoir du président d'accorder une réhabilitation émane de l'article 45 de la Constitution et il supprime tant les peines que l'incapacité découlant d'une déclaration de culpabilité: la réhabilitation est totale, absolue et inconditionnelle par nature. Le pouvoir d'accorder une réhabilitation est une prerogative du président de ce pays. Le système judiciaire pakistanais est assez semblable au nôtre et, pour reprendre les termes employés par le juge Linden dans l'arrêt *Burgon*, on «porterait gravement atteinte au sens canadien de la justice» si le ministère canadien de l'Immigration présumait qu'une personne a été déclarée coupable d'une infraction alors qu'elle est réputée ne pas avoir été déclarée coupable de cette même infraction dans le territoire où l'infraction aurait été commise.

[23] While I appreciate that hijacking a plane is a serious offence, the applicant has been cleansed of that conviction and he should not be deported on that ground. Of course, if he has committed other crimes in India or Pakistan for which he has not been pardoned or if he has committed crimes in Canada since his arrival here, then, he would have to face the consequences. And, obviously, he is not exempted from deportation on other grounds.

[24] It follows that the application for judicial review is granted and the deportation order is not to be executed.

[25] Counsel for the applicant has submitted three questions of general importance to be certified. Counsel for the respondent is content with the wording of the questions. I also agree. The three questions are as follows:

1. In the absence of evidence as to the motivating considerations which led to the grant of a pardon by another state jurisdiction, is a Canadian Court bound by the pardon?
2. Where a pardon is "on conviction/term of imprisonment already undergone", is this considered to be a pardon which erases the conviction and consequences?
3. Does the nature of the offence of hijacking provide a solid rationale to depart from the principle that a pardon granted by another jurisdiction, whose laws are based on a similar foundation as in Canada, be recognized in Canada?

¹ [1984] 2 All ER 679 (C.A.), at p. 685.

² [1949] Tas. S.R. 99, at pp. 105-106.

³ [1993] 4 All ER 442 (Q.B.D.).

⁴ [1991] 3 F.C. 44 (C.A.).

⁵ [1998] 3 F.C. 144 (T.D.).

⁶ R.S.C., 1985, c. C-47.

⁷ (1997), 134 F.T.R. 308 (F.C.T.D.).

⁸ (1996), 109 F.T.R. 154 (F.C.T.D.).

[23] Bien que je sois conscient qu'un détournement d'avion constitue une infraction grave, le demandeur a été lavé de cette déclaration de culpabilité et ne doit pas être expulsé pour cette raison. Évidemment, s'il a commis d'autres infractions en Inde ou au Pakistan, à l'égard desquelles il n'a pas été réhabilité, ou s'il a commis des infractions au Canada depuis son arrivée, il doit en subir les conséquences. Il n'est évidemment pas non plus à l'abri d'une expulsion fondée sur d'autres motifs.

[24] Par conséquent, la demande de contrôle judiciaire est accueillie et la mesure d'expulsion ne doit pas être exécutée.

[25] L'avocate du demandeur a proposé la certification de trois questions graves de portée générale. L'avocat du défendeur ne s'oppose pas à l'énoncé de ces questions. Je suis également d'accord. Voici ces trois questions:

1. Un tribunal canadien est-il lié par la réhabilitation accordée par un État étranger en l'absence d'éléments de preuve concernant les facteurs qui ont motivé l'octroi de cette réhabilitation?
2. Une réhabilitation accordée «à l'égard de la condamnation/peine d'emprisonnement déjà purgée» doit-elle être tenue pour effacer à la fois la condamnation et ses conséquences?
3. La nature de l'infraction de détournement d'avion constitue-t-elle une raison solide de s'écarter du principe voulant qu'une réhabilitation accordée par un État étranger, dont les lois reposent sur des fondements analogues à ceux des lois canadiennes, soit reconnue au Canada?

¹ [1984] 2 All ER 679 (C.A.), à la p. 685.

² [1949] Tas. S.R. 99, aux p. 105 et 106.

³ [1993] 4 All ER 442 (Q.B.D.).

⁴ [1991] 3 C.F. 44 (C.A.).

⁵ [1998] 3 C.F. 144 (1^{re} inst.).

⁶ L.R.C. (1985), ch. C-47.

⁷ (1997), 134 F.T.R. 308 (C.F. 1^{re} inst.).

⁸ (1996), 109 F.T.R. 154 (C.F. 1^{re} inst.).

A-709-97

A-709-97

The Minister of Human Resources Development
(Applicant)

**Le ministre du Développement des Ressources
humaines (demandeur)**

v.

c.

Olivera Skoric (Respondent)

Olivera Skoric (défenderesse)

**INDEXED AS: CANADA (MINISTER OF HUMAN RESOURCES
DEVELOPMENT) v. SKORIC (C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: CANADA (MINISTRE DU DÉVELOPPEMENT DES
RESSOURCES HUMAINES) c. SKORIC (C.A.)**

Court of Appeal, Robertson, Sexton and Evans JJ.A.
—Toronto, January 28; Ottawa, February 4, 2000.

Cour d'appel, juges Robertson, Sexton et Evans,
J.C.A.—Toronto, 28 janvier; Ottawa, 4 février 2000.

Pensions — Surviving spouse's benefit denied on ground deceased not contributing for minimum qualifying period under CPP — Law, as amended, governing spouse's claim — Pension Appeals Board holding spouse entitled to benefit — Standard of review of Board decisions correctness — Board right in holding new law applicable — Words "within his contributory period" serving only to define number of years for which contributions must be made, not to prescribe when they must be made — Deceased's contributions satisfying minimum qualifying period.

Pensions — Demande de prestation de survivant refusée au motif que le cotisant décédé n'avait pas contribué à la période minimale d'admissibilité prévue par le RPC — La Loi, telle que modifiée, s'applique à la demande présentée par l'épouse du cotisant décédé — La Commission d'appel des pensions a conclu que l'épouse avait droit à la prestation — La norme de contrôle applicable aux décisions de la Commission est celle de la décision correcte — La Commission avait raison de statuer que le nouveau régime juridique s'appliquait — Les termes «dans sa période cotisable» permettent seulement de déterminer le nombre d'années pendant lesquelles les cotisations doivent être versées, et ne prescrivent pas quand elles doivent l'être — Les cotisations versées par le cotisant décédé satisfont à la période minimale d'admissibilité.

Administrative law — Judicial review — Certiorari — Minister seeking to set aside decision by Pension Appeals Board allowing surviving spouse's benefit under Canada Pension Plan — Standard of review of Board decision correctness — Curial deference not appropriate for several reasons: no privative clause; Board having adjudicative function, no broad regulatory responsibilities; Board composed of judges; legal issues having application beyond facts of instant case; legal rights at issue — Only factor favouring curial deference that Parliament entrusted Board with appellate functions for benefits of economical, expeditious decision-making.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Le ministre cherchait à obtenir l'annulation de la décision rendue par la Commission d'appel des pensions, par laquelle cette dernière a fait droit à une demande de prestation de survivant en vertu du Régime de pensions du Canada — La norme de contrôle applicable à la décision de la Commission est celle de la décision correcte — La présente affaire n'appelle pas un haut degré de retenue judiciaire pour plusieurs motifs: absence de clause privative; la Commission assume des fonctions judiciaires et n'est pas investie d'importants pouvoirs réglementaires; la Commission est formée de juges; la portée des questions en litige ne se limite pas aux faits particuliers de l'espèce; la détermination des droits d'une personne est en jeu — Le seul facteur qui milite en faveur de la retenue judiciaire est le fait que le législateur a attribué des fonctions d'appel à la Commission par souci d'économie et pour assurer la rapidité du processus décisionnel.

This was an application for judicial review of a decision by the Pension Appeals Board to allow an application for a surviving spouse's benefit under subsection 44(1) of the *Canada Pension Plan*. The respondent's husband, who was declared disabled since October 1986, was granted a disability pension payable four months from that date, that is in February 1987. He had made contributions to the Plan

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par la Commission d'appel des pensions, par laquelle cette dernière a fait droit à une demande de prestation de survivant présentée en vertu du paragraphe 44(1) du *Régime de pensions du Canada*. L'époux de la défenderesse, déclaré invalide depuis octobre 1986, s'est vu accorder le droit de recevoir une pension d'invalidité qui

in the years 1981 to 1986 inclusive, and in January 1987. Shortly after his death in January 1988, his wife made a first application for a surviving spouse's benefit which was refused on the ground that her deceased husband had not contributed for the minimum qualifying period prescribed by the Plan. She made a second application in 1993, also unsuccessfully. The Pension Appeals Board unanimously reversed the decision of the Review Tribunal and upheld her claim, which gave rise to the present application. Amendments to provisions of the *Canada Pension Plan*, which came into effect on January 1, 1987, were relevant herein. If the old law applies to the facts of this case, the contributory period would have started January 1, 1966 and ended January 1987, that is 22 years. If the new law applies, the contributory period ended at the close of 1986 when the contributor was "determined to have become disabled" under new subparagraph 44(2)(b)(ii), that is 21 years from January 1, 1966. The minimum qualifying period is defined as being "at least one third of the total number of years included either wholly or partly within his contributory period". Three main issues were raised: (1) the standard of review of the Pension Appeals Board's decisions; (2) whether the respondent's entitlement to a surviving spouse's benefit is governed by the law as it was before January 1987, or by the amendments to it; and (3) whether, if the new law is applicable, the contributions made by the deceased satisfied the minimum qualifying period.

Held, the application should be dismissed.

(1) The standard of review of Pension Appeals Board decision is correctness since a pragmatic or functional analysis indicates that this is not a situation in which curial deference is appropriate. There are a number of reasons for that. First, there is no privative clause restricting the scope of judicial review. Second, the Board has no broad regulatory responsibilities, but performs only the adjudicative function of hearing appeals from the Review Tribunal. Third, Board members must be judges of the Federal Court or of specified section 96 courts. Fourth, the issues herein involved the interpretation of the Board's enabling statute and had an application beyond the facts of this dispute. And finally, the subject-matter of the dispute was the adjudication of an individual's legal rights. On the other hand, a consideration favouring curial deference is the fact that Parliament probably entrusted the Board with appellate functions for the benefits of economical and expeditious decision-making. There was, however, no evidence in the record that the volume of appeals was such that Board members acquire considerable expertise regarding the *Canada Pension Plan*.

devait lui être versée quatre mois plus tard, soit en février 1987. Il a cotisé au Régime de 1981 à 1986 inclusivement, et en janvier 1987. Peu de temps après le décès de son époux en janvier 1988, la défenderesse a déposé une première demande de prestation de survivant qui a été refusée au motif que son époux n'avait pas cotisé pour la période minimale d'admissibilité prévue au Régime. Elle a présenté une deuxième demande en 1993, mais en vain. À l'unanimité, la Commission d'appel des pensions a annulé la décision du tribunal de révision et a fait droit à la demande de la défenderesse, ce qui a donné lieu à la présente demande. Les modifications apportées aux dispositions du *Régime de pensions du Canada* en date du 1^{er} janvier 1987 sont pertinentes en l'espèce. Si l'ancien régime s'appliquait aux faits de la présente affaire, la période cotisable aurait débuté le 1^{er} janvier 1966 pour prendre fin en janvier 1987, ce qui signifie qu'elle s'étendrait sur 22 ans. Si le nouveau régime s'appliquait, la période cotisable se serait terminée à la fin de l'année 1986, lorsque le cotisant «[a été] déclaré invalide» en vertu du nouveau sous-alinéa 44(2)(b)(ii), soit 21 ans après le 1^{er} janvier 1966. La période minimale d'admissibilité est définie comme comportant «au moins trois années, représentant au moins le tiers du nombre total d'années entièrement ou partiellement comprises dans sa période cotisable». Trois principales questions en litige ont été soulevées: (1) quelle est la norme de contrôle applicable aux décisions de la Commission d'appel des pensions? (2) le droit de la défenderesse de recevoir une prestation de survivant est-il assujéti au régime d'avant janvier 1987 ou à celui qui comporte des modifications? (3) si le nouveau régime est applicable, les cotisations versées par le cotisant décédé satisfaisaient-elles à la période minimale d'admissibilité?

Arrêt: la demande est rejetée.

1) La norme de la décision correcte constitue la norme de contrôle applicable à la décision de la Commission d'appel des pensions, puisque selon la méthode pragmatique ou fonctionnelle, il ne s'agit pas d'une situation qui appelle une retenue judiciaire. Un certain nombre de motifs viennent appuyer cette conclusion. Premièrement, il n'existe aucune clause privative qui restreigne la portée du contrôle judiciaire. Deuxièmement, la Commission n'est pas investie d'importants pouvoirs réglementaires, mais assume seulement des fonctions judiciaires consistant à entendre les appels interjetés contre des décisions du tribunal de révision. Troisièmement, les membres de la Commission doivent tous être juges de la Cour fédérale, ou d'une cour particulière visée à l'article 96. Quatrièmement, les questions en litige qui sont soulevées dans la présente affaire portent sur l'interprétation de la loi habilitante de la Commission, et leur portée ne se limite pas aux faits particuliers de l'espèce. Finalement, l'objet du litige concerne la détermination des droits d'une personne. D'un autre côté, le fait que le législateur a attribué des fonctions d'appel à la Commission, probablement par souci d'économie et pour assurer la rapidité du processus décisionnel, constitue un facteur qui

(2) The second issue was whether a person is “determined to be disabled” for the purpose of subsection 13(5) of the Act at the date assigned on the onset of the disability, or at the date of the determination that the person is disabled. The juxtaposition of subsections 13(5) and 13(4) suggests that subsection 13(5) refers to the date of the decision, not the onset of disability. A determination that a person is disabled is not the same as approving the application, because the applicant, although determined to be disabled, may not have satisfied other statutory requirements, such as the minimum qualifying period. The Board did not err when it held that the new law applied to the respondent’s claim.

(3) If the phrase “within his contributory period” qualifies only the immediately preceding words, “one third of the total number of years. . . wholly or partly” in paragraph 44(3)(a) of the *Canada Pension Plan*, there is no reason why a contribution made after the expiry of that period should not count in calculating the minimum qualifying period. If this is the correct interpretation, the respondent’s claim succeeds because her husband’s 1987 contribution would be included, thus bringing the period of contribution to seven years, which is one third of the 21 years’ contributory period. Paragraph 44(3)(b) provides that a person shall be considered to have made contributions for the minimum period “only if he has made contributions. . . for at least ten years”. There is no requirement that only contributions made within the contributory period count towards the ten years. To deprive a person of the benefit of a contribution that he has in fact made, simply because it was made outside the contributory period, would seem unfair and inconsistent with a statutory scheme in which eligibility is based on the contributions made. Accordingly, the words “within his contributory period” serve only to define the number of years for which contributions must be made, and not also to prescribe when they must be made. As to whether the minimum qualifying period of 7.3 years should be “rounded down” to seven years, the statute does not permit a part of a year of a minimum qualifying period to be “rounded down” to the nearest whole number if that would result in a period that was less than the statutorily required one third of the contributory period.

milite en faveur de la retenue judiciaire. La preuve au dossier n’indique cependant pas que les membres de la Commission ont acquis une vaste expertise du *Régime de pensions du Canada* en raison du nombre volumineux des appels qu’ils entendent.

2) La seconde question consiste à savoir si une personne est «déclaré[e] invalide» aux fins du paragraphe 13(5) de la Loi à la date même où commence l’invalidité, ou plutôt à la date de la détermination de ce statut. La juxtaposition des paragraphes 13(5) et 13(4) donne à penser que le paragraphe 13(5) renvoie à la date de la détermination de l’invalidité plutôt qu’à la date du début de l’invalidité. La détermination selon laquelle une personne est invalide n’équivaut pas à l’approbation de la demande, car en dépit de la détermination d’invalidité, le demandeur peut ne pas avoir satisfait aux autres critères prescrits par la loi, notamment à la période minimale d’admissibilité. La Commission n’a pas commis d’erreur lorsqu’elle a statué que le nouveau régime s’appliquait à la demande de la défenderesse.

3) Si l’expression «dans sa période cotisable» à l’alinéa 44(3)a) du *Régime de pensions du Canada* ne se rattache qu’aux mots qui la précèdent immédiatement, soit «trois années, représentant au moins le tiers du nombre total d’années entièrement ou partiellement comprises», il n’y a alors aucun motif pour lequel une cotisation versée après l’expiration de cette période ne devrait pas être comptabilisée au titre de la période minimale d’admissibilité. Si cela s’avère être l’interprétation correcte, la demande de la défenderesse doit être accueillie étant donné que la cotisation versée en 1987 par son époux serait alors comptabilisée, de sorte que la période cotisable serait ramenée à sept ans, ce qui constitue le tiers de la période cotisable de 21 ans. L’alinéa 44(3)b) prévoit qu’un cotisant n’est réputé avoir versé des cotisations pendant la période minimale d’admissibilité «que s’il a versé des cotisations [. . .] pendant au moins dix années». Il n’y a là aucune exigence indiquant que seules les cotisations versées pendant la période cotisable peuvent être comptabilisées aux fins de la période des dix années. Il semblerait inéquitable et incohérent, dans le cadre d’un régime législatif où les cotisations versées déterminent le statut d’admissibilité, de priver une personne du bénéfice des cotisations qu’elle a effectivement versées pour la simple raison qu’elles l’ont été hors de la période cotisable. Par conséquent, les termes «dans sa période cotisable» permettent seulement de déterminer le nombre d’années pendant lesquelles les cotisations doivent être versées, et ne prescrivent pas quand elles doivent l’être. Quant à savoir si la période minimale d’admissibilité de 7,3 ans devrait être «arrondie» à 7 ans, la loi ne permet pas qu’une partie d’une année comprise dans la période minimale d’admissibilité soit «arrondie» au nombre entier le plus près si cela a pour conséquence que la durée de cette période soit moindre que le tiers de la durée de la période cotisable prévue par la loi.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

An Act to amend the Canada Pension Plan and the Federal Court Act, S.C. 1986, c. 38, s. 13.
Canada Pension Plan, R.S.C. 1970, c. C-5, s. 44(1) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 4, s. 25; 1986, c. 38, s. 13), (2) (as am. *idem*).
Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, ss. 19 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 11), 44(1) (as am. *idem*, s. 13), (2) (as am. *idem*), (3) (as am. by S.C. 1991, c. 44, s. 4), 53 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 20), 69 (as am. *idem*, s. 38), 83(1) (as am. by S.C. 1995, c. 33, s. 36), (5) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 45), (5.1) (as enacted by S.C. 1995, c. 33, s. 36), 84(1) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 45; S.C. 1990, c. 8, s. 46), (2) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 45).
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. 96
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.1(4)(e) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), 28(1)(d) (as am. *idem*, s. 8), (4) (as am. *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Kerth v. Canada (Minister of Human Resources Development), [1999] F.C.J. No. 1252 (T.D.) (QL).

REFERRED TO:

Chandler v. Alberta Association of Architects, [1989] 2 S.C.R. 848; (1989), 101 A.R. 321; 62 D.L.R. (4th) 577; [1989] 6 W.W.R. 521; 70 Alta. L.R. (2d) 193; 40 Admin. L.R. 128; 36 C.L.R. 1; 99 N.R. 277; *Minister of National Health and Welfare v. Zimmer*, Appeal CP 2109; 11-4-91; *Canada (Attorney General) v. Storto* (1994), 174 N.R. 221 (F.C.A.).

APPLICATION for judicial review of a decision by the Pension Appeals Board allowing the respondent's application for a surviving spouse's benefit under subsection 44(1) of the *Canada Pension Plan*. Application dismissed.

APPEARANCES:

John Vassi-Nagy for applicant.
Zoran Samac for respondent.

LOIS ET RÈGLEMENTS

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. 96.
Loi modifiant le Régime de pensions du Canada et la Loi sur la Cour fédérale, S.C. 1986, ch. 38, art. 13.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(4)e) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), 28(1)d) (mod., *idem*, art. 8), (4) (mod., *idem*).
Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 19 (mod par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 11), 44(1) (mod., *idem*, art. 13), (2) (mod., *idem*), (3) (mod. par L.C. 1991, ch. 44, art. 4), 53 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 20), 69 (mod. *idem*, art. 38), 83(1) (mod. par L.C. 1995, ch. 33, art. 36), (5) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 45), (5.1) (édicte par L.C. 1995, ch. 33, art. 36), 84(1) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 45; L.C. 1990, ch. 8, art. 46), (2) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 45).
Régime de pensions du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-5, art. 44(1) (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 4, art. 25; 1986, ch. 38, art. 13), (2) (mod., *idem*).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Kerth c. Canada (Ministre du Développement des Ressources humaines), [1999] A.C.F. n° 1252 (1^{re} inst.) (QL).

DÉCISIONS CITÉES:

Chandler c. Alberta Association of Architects, [1989] 2 R.C.S. 848; (1989), 101 A.R. 321; 62 D.L.R. (4th) 577; [1989] 6 W.W.R. 521; 70 Alta. L.R. (2d) 193; 40 Admin. L.R. 128; 36 C.L.R. 1; 99 N.R. 277; *Minister of National Health and Welfare v. Zimmer*, Appeal CP 2109; 11-4-91; *Canada (Procureur général) c. Storto* (1994), 174 N.R. 221 (C.A.F.).

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision rendue par la Commission d'appel des pensions faisant droit à la demande de prestation de survivant présentée par la défenderesse en vertu du paragraphe 44(1) du *Régime de pensions du Canada*. Demande rejetée.

ONT COMPARU:

John Vassi-Nagy pour le demandeur.
Zoran Samac pour la défenderesse.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.

McPhadden, Samac, Merner, Darling, Toronto, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

EVANS J.A.:

A. INTRODUCTION

[1] Olivera Skoric's husband had been in receipt of a disability pension since February 1987. He died in January 1988 and later that month Ms. Skoric made her first application for a surviving spouse's benefit under subsection 44(1) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1970, c. C-5 as amended [by S.C. 1986, c. 38, s. 13].

[2] The application was refused in April 1988 on the ground that Mr. Skoric had not contributed for the minimum qualifying period prescribed by the *Canada Pension Plan*. She made a second application for a surviving spouse's benefit in 1993, but with no more success.

[3] However, in a decision of March 7, 1997 the Pension Appeals Board unanimously reversed the decision of the Review Tribunal and upheld her claim. The Minister of Human Resources Development has brought an application for judicial review under paragraph 28(1)(d) of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8] to review and set aside the Board's decision.

[4] The Minister alleges that the Board misinterpreted the relevant provisions of the *Canada Pension Plan* and thereby committed an error of law for which the decision may be set aside under paragraph 18.1(4)(c) [as enacted *idem*, s. 5] and subsection 28(4) [as am. *idem*, s. 8] of the *Federal Court Act*.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.

McPhadden, Samac, Merner, Darling, Toronto, pour la défenderesse.

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

LE JUGE EVANS, J.C.A.:

A. INTRODUCTION

[1] L'époux de Olivera Skoric recevait des prestations de pension d'invalidité depuis février 1987. Il est décédé en janvier 1988 et, plus tard au cours de ce même mois, M^{me} Skoric a déposé une première demande de prestation de survivant en vertu du paragraphe 44(1) du *Régime de pensions du Canada*, S.R.C. 1970, ch. C-5, sous sa forme modifiée [par S.C. 1986, ch. 38, art. 13].

[2] Sa demande a été refusée en avril 1988, au motif que M. Skoric n'avait pas cotisé pour la période minimale d'admissibilité prévue au *Régime de pensions du Canada*. M^{me} Skoric a présenté une deuxième demande relative à la prestation de survivant en 1993, mais en vain.

[3] Cependant, dans une décision unanime rendue le 7 mars 1997, la Commission d'appel des pensions a annulé la décision du Tribunal de révision et a fait droit à la demande de M^{me} Skoric. Le ministre du Développement des ressources humaines a alors déposé une demande de contrôle judiciaire en vertu de l'alinéa 28(1)d) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8], pour obtenir l'examen et l'annulation de la décision de la Commission.

[4] Le ministre soutient que la Commission a erronément interprété les dispositions pertinentes du *Régime de pensions du Canada* et, ce faisant, a commis une erreur de droit donnant lieu à l'annulation de la décision en application de l'alinéa 18.1(4)c) [édicte, *idem*, art. 5] et du paragraphe 28(4) [mod., *idem*, art. 8] de la *Loi sur la Cour fédérale*.

B. BACKGROUND

[5] The facts of this case are simple and not in dispute. Mr. Skoric had successfully applied for a disability pension in May 1987 and was determined to have been disabled from October 1986. His pension was payable four months from this latter date, that is in February 1987. He had made contributions to the Plan in the years 1981 to 1986 inclusive, and in January 1987.

[6] The law, unfortunately, is both contested and anything but simple. The case is complicated by the fact that in January 1987 amendments to provisions of the Plan came into effect [S.C. 1986, c. 38, s. 13] that are relevant to this case. The first issue to be decided is whether Ms. Skoric's entitlement to a surviving spouse's benefit is governed by the law as it was before January 1987 (the old law), or by the amendments to it.

[7] The Pension Appeals Board held that the amendments to the *Canada Pension Plan* that came into effect on January 1, 1987 [now R.S.C., 1985, c. C-8 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 45)] (the new law) applied to Ms. Skoric's claim. The Minister takes the position that the Board erred in law in so concluding and that Ms. Skoric is not entitled under the old law. And, in the alternative, even if the new law applies, Ms. Skoric does not qualify under it.

C. THE STATUTORY FRAMEWORK

[8] Determining eligibility for a disability pension or a surviving spouse's benefit depends first on calculating the contributor's "contributory period". If the old law applies to the facts of this case, it is conceded that the contributory period would have started January 1, 1966 and ended January 1987, which was "the third month following the month in which [the contributor, that is, Mr. Skoric] is determined to have become disabled": subparagraph 44(2)(b)(ii) [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 4, s. 25].

B. LES FAITS

[5] Les faits de la présente affaire, qui ne sont pas contestés, sont simples. M. Skoric s'est vu accorder le droit de recevoir une pension d'invalidité en mai 1987 et a été déclaré invalide depuis le mois d'octobre 1986. Sa pension devait lui être versée quatre mois à partir de cette dernière date, soit en février 1987. M. Skoric avait versé des cotisations au Régime de 1981 à 1986 inclusivement, et en janvier 1987.

[6] Malheureusement, le droit applicable est à la fois contesté et complexe. L'entrée en vigueur des modifications apportées en janvier 1987 [S.C. 1986, ch. 38, art. 13] aux dispositions du Régime complique d'autant plus les choses, vu que ces modifications sont pertinentes en l'espèce. La première question dont la Cour est saisie consiste à savoir si l'admissibilité de M^mc Skoric à une prestation de survivant est assujettie au régime juridique qui prévalait avant janvier 1987 (l'ancien régime) ou aux modifications qui y ont été apportées depuis.

[7] La Commission d'appel des pensions a statué que les modifications apportées au *Régime de pensions du Canada*, qui sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 1987 [maintenant L.R.C. (1985), ch. C-8 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 45)] (le nouveau régime), s'appliquaient à la demande de M^mc Skoric. Le ministre fait valoir que la Commission a commis une erreur de droit en arrivant à cette conclusion et que M^mc Skoric n'était pas admissible à la prestation de survivant sous l'ancien régime. Subsidiairement, le ministre plaide que, même sous le nouveau régime, M^mc Skoric n'y a toujours pas droit.

C. LE CADRE LÉGISLATIF

[8] La question de l'admissibilité à une pension d'invalidité ou à une prestation de survivant dépend d'abord du calcul de la durée de la «période cotisable» du cotisant. Si l'ancien régime s'applique effectivement aux faits de la présente affaire, il est entendu que la période cotisable a débuté le 1^{er} janvier 1966 et qu'elle a pris fin en janvier 1987, ce qui se trouve à être «le troisième mois qui suit le mois depuis lequel [le cotisant, soit M. Skoric] est déclaré invalide»: sous-alinéa 44(2)b)(ii) [mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 4, art. 25].

[9] Further, because the statute deals in whole years and not parts of years, the contributory period is deemed to include the whole of 1987. Accordingly, if the old law applies to this case, the contributory period is 22 years.

[10] On the other hand, if the new law applies, the contributory period ended when the contributor was “determined to have become disabled”: new subparagraph 44(2)(b)(ii) [R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 30]. In Mr. Skoric’s case, this was in October 1986. Thus, if the new law applies to this case, the contributory period ended at the close of 1986, that is, 21 years from January 1, 1966.

[11] The legal significance of the length of the contributory period is that it serves as a basis for calculating the number of years in which the contributor must have made contributions to the Plan (the minimum qualifying period) for a surviving spouse’s benefit to be payable. For present purposes the minimum qualifying period is defined as being “at least one third of the total number of years included either wholly or partly within his contributory period”: paragraph 44(3)(a) [as am. by S.C. 1991, c. 44, s. 4].

[12] Finally, eligibility depends on the length of time that the contributor has made payments into the *Canada Pension Plan*. It is agreed that Mr. Skoric made payments in the years 1981 to 1986 inclusive, that is, six years, and in January 1987. Again, since the Plan does not deal in part years, and his earnings in January were above the prorated yearly basic exemption, he could be deemed to have contributed for the year 1987: sections 19 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 11] and 53 [as am. *idem*, s. 20]. However, whether Mr. Skoric is able to be so deemed on the facts of this case is disputed.

[13] Ms. Skoric’s argument before the Pension Appeals Board was that the new law applied to the claim and that the contributory period was therefore 21 years. Accordingly, by making contributions in

[9] De plus, comme la loi prévoit que le calcul doit s’effectuer à partir d’années complètes et non de parties d’années, la période cotisable est réputée comprendre l’année 1987 au complet. Par conséquent, en supposant que l’ancien régime s’applique en l’espèce, la période cotisable est de 22 ans.

[10] D’autre part, si c’est le nouveau régime qui s’applique, la période cotisable a pris fin lorsque le cotisant «[a été] déclaré invalide»: nouveau sous-alinéa 44(2)b)(ii) [L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 30]. Dans le cas de M. Skoric, on l’a déclaré invalide en octobre 1986. Ainsi, en supposant que le nouveau régime s’applique en l’espèce, la période cotisable s’est terminée à la fin de l’année 1986, soit 21 ans après le 1^{er} janvier 1966.

[11] L’importance que revêt, en matière juridique, la question de la durée de la période cotisable s’explique par le fait qu’elle sert de base pour calculer le nombre d’années durant lesquelles le cotisant doit avoir versé des cotisations au Régime (la période minimale d’admissibilité) avant que la prestation de survivant soit payable. Pour les fins de l’espèce, la période minimale d’admissibilité est définie comme comportant «au moins trois années, représentant au moins le tiers du nombre total d’années entièrement ou partiellement comprises dans sa période cotisable»: alinéa 44(3)a) [mod. par L.C. 1991, ch. 44, art. 4].

[12] Finalement, l’admissibilité dépend de la durée pendant laquelle le cotisant a versé des cotisations au *Régime de pensions du Canada*. Les parties conviennent que M. Skoric a cotisé au Régime de 1981 à 1986 inclusivement, soit pendant six ans, et en janvier 1987. Une fois de plus, le Régime n’établissant pas le calcul à partir de parties d’années, et les revenus de M. Skoric en janvier excédant en proportion le montant de l’exemption annuelle de base, M. Skoric pourrait être réputé avoir cotisé pour l’année 1987: articles 19 [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 11] et 53 [mod., *idem*, art. 20]. Cependant, la question de savoir si M. Skoric peut, dans les faits, bénéficier d’une telle présomption est mise en doute.

[13] Devant la Commission d’appel des pensions, M^{me} Skoric a fait valoir que l’examen de sa demande était assujéti au nouveau régime et que la période cotisable s’établissait donc à 21 ans. Par conséquent,

seven years, Mr. Skoric had satisfied the minimum qualifying period of “at least one third of the contributory period”. The Board accepted this submission and held that Ms. Skoric was entitled to a surviving spouse’s benefit.

[14] I set out below the statutory provisions of most relevance to this application.

Canada Pension Plan, R.S.C. 1970, c. C-5 [sections 44(1)(b), (d) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 4, s. 25), (2)(b)(ii) (as am. *idem*)] (in force prior to January 1987)

44. (1) Subject to this Part,

...

(b) a disability pension shall be paid to a contributor who has made contributions for not less than the minimum qualifying period and is disabled;

...

(d) a survivor’s pension shall be paid to the surviving spouse, as determined pursuant to section 63, of a deceased contributor who has made contributions for not less than the minimum qualifying period, . . .

...

(2) . . .

(b) the contributory period of a contributor shall be the period

...

(ii) ending with the third month following the month in which he is determined to have become disabled,

An Act to amend the Canada Pension Plan and the Federal Court Act, S.C. 1986, c. 38, s. 13 (effective January 1, 1987)

13. . . .

(4) Subsection 44(2) of the said Act is repealed and the following substituted therefor:

...

“(2) For the purposes of paragraphs (1)(b) and (f),

...

(b) the contributory period of a contributor shall be the period:

ayant cotisé au régime pendant sept ans, M. Skoric avait effectivement satisfait à la période minimale d’admissibilité [TRADUCTION] d’«au moins un tiers de la durée de la période cotisable». La Commission a accepté cet argument et a conclu que M^{me} Skoric était admissible à une prestation de survivant.

[14] Les dispositions législatives les plus pertinentes pour les fins de la présente demande sont reproduites ci-dessous:

Régime de pensions du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-5 [articles 44(1)(b), (d) (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 4, art. 25), (2)(b)(ii) (mod., *idem*)] (en vigueur avant janvier 1987)

44. (1) Sous réserve de la présente Partie,

[. . .]

b) une pension d’invalidité doit être payée à un cotisant qui a versé des cotisations pendant au moins la période minimum d’admissibilité et qui est invalide;

[. . .]

d) une pension de survivant doit être payée à la personne qui, d’après l’article 63, a la qualité de conjoint survivant d’un cotisant qui a versé des contributions pendant au moins la période minimum d’admissibilité. [. . .]

[. . .]

(2) [. . .]

b) la période cotisable d’un cotisant doit

[. . .]

(ii) se terminer le troisième mois qui suit le mois depuis lequel il est déclaré invalide,

Loi modifiant le Régime de pensions du Canada et la Loi sur la Cour fédérale, S.C. 1986, ch. 38, art. 13 (en vigueur à partir du 1^{er} janvier 1987)

13. [. . .]

4) Le paragraphe 44(2) de la même loi est abrogé et remplacé par ce qui suit:

[. . .]

«(2) Aux fins des alinéas (1)(b) et (f):

[. . .]

b) la période cotisable d’un cotisant est la période qui:

(i) commencing January 1, 1966 or when he reaches 18 years of age, whichever is the later, and

(ii) ending with the month in which he is determined to have become disabled for the purpose of paragraph (1)(b),

...

(5) Subsection (4) applies only in respect of contributors who are determined to be disabled for the purpose of paragraph 44(1)(b) of the *Canada Pension Plan* on or after January 1, 1987.

Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8 [sections 44(3)a) (as am. by S.C. 1991, c. 44, s. 4), (b), 83(5) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 45), (a) (as am. *idem*), (b) (as am. *idem*) (5.1) (as enacted by S.C. 1995, c. 33, s. 36), 84(1) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 45; S.C. 1990, c. 8, s. 46), (a) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 45), (2) (as am. *idem*)]

44. . . .

(3) For the purposes of paragraphs (1)(c), (d) and (f), a contributor shall be considered to have made contributions for not less than the minimum qualifying period only if he has made contributions:

(a) for at least one third of the total number of years included either wholly or partly within his contributory period, excluding from the calculation of that contributory period any month in a year after the year in which he reaches sixty-five years of age and for which his unadjusted pensionable earnings were equal to or less than his basic exemption for that year, but in no case for less than three years; or

(b) for at least ten years.

...

83. . . .

(5) The Pension Appeals Board shall consist of the following members to be appointed by the Governor in Council:

(a) a Chairman and a Vice-Chairman, each of whom shall be a judge of the Federal Court or of a superior court of a province; and

(b) not less than one and not more than ten other persons, each of whom shall be a judge of the Federal Court or of a superior, district or county court of a province.

(i) commence le 1^{er} janvier 1966 ou au moment où celui-ci atteint l'âge de 18 ans, en choisissant celle de ces deux dates qui est postérieure à l'autre, et

(ii) se termine avec le mois au cours duquel il est déclaré invalide aux fins de l'alinéa (1)b),

[. . .]

(5) Le paragraphe (4) s'applique exclusivement aux cotisants qui sont déclarés invalides aux fins de l'alinéa 44(1)b) du *Régime de pensions du Canada* le 1^{er} janvier 1987 ou après.

Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8 [articles 44(3)a) (mod. par L.C. 1991, ch. 44, art. 4), b), 83(5) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 45), a) (mod., *idem*), b) (mod., *idem*), (5.1) (édicte par L.C. 1995, ch. 33, art. 36), 84(1) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 45; L.C. 1990, ch. 8, art. 46), a) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 45), (2) (mod., *idem*)]

44. [. . .]

(3) Pour l'application des alinéas (1)c), d), et f), un cotisant n'est réputé avoir versé des cotisations pendant au moins la période minimale d'admissibilité que s'il a versé des cotisations:

a) soit pendant au moins trois années, représentant au moins le tiers du nombre total d'années entièrement ou partiellement comprises dans sa période cotisable, celle-ci ne comprenant pas tout mois dans une année qui suit l'année où il atteint l'âge de soixante-cinq ans et à l'égard de laquelle ses gains non ajustés ouvrant droit à pension étaient égaux ou inférieurs à son exemption de base pour cette année; ou

b) soit pendant au moins dix années.

[. . .]

83. [. . .]

(5) La Commission d'appel des pensions se compose des membres suivants que nomme le gouverneur en conseil:

a) un président et un vice-président qui doivent tous deux être juges de la Cour fédérale ou d'une cour supérieure d'une province; et

b) de une à dix autres personnes, chacune de celles-ci étant soit juge de la Cour fédérale, soit juge d'une cour supérieure, d'une cour de district ou d'une cour de comté d'une province.

(5.1) Subject to subsections (5.2) and (5.3), in addition to the members of the Pension Appeals Board for whom provision is made by subsection (5), any judge or former judge of the Federal Court or of a superior or district court of a province may, on the request of the Chairman of the Board made with the approval of the Governor in Council, act as a temporary member of the Board.

...

84. (1) A Review Tribunal and the Pension Appeals Board have authority to determine any question of law or fact as to:

(a) whether any benefit is payable to a person,

...

... the decision of the Pension Appeals Board, except for judicial review under the *Federal Court Act*, as the case may be, is final and binding for all purposes of this Act.

(2) The Minister, a Review Tribunal or the Pension Appeals Board may, notwithstanding subsection (1), on new facts, rescind or amend a decision under this Act given by him, the Tribunal or the Board, as the case may be.

D. ISSUES AND ANALYSIS

Issue 1: The standard of review

[15] It was more or less common ground between the parties that the standard of review applicable in this case is at the correctness end of the spectrum. I agree. A pragmatic or functional analysis clearly indicates that this is not a situation in which curial deference is appropriate.

[16] First, there is no privative clause restricting the scope of judicial review. Subsection 84(1) of the Plan provides that, “except for judicial review under the *Federal Court Act*”, the Board’s decisions are “final and binding for all purposes of this Act”. Since this provision expressly exempts judicial review from its scope, the effect of the finality clause can only be to restrict the jurisdiction that the Board would otherwise have had to reconsider its decisions pursuant to *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848. However, subsection 84(2) expressly permits the Board to reconsider its decisions “on new facts”.

(5.1) Sous réserve des paragraphes (5.2) et (5.3), en plus des membres de la Commission d’appel des pensions prévus au paragraphe (5), tout juge de la Cour fédérale ou d’une cour supérieure ou de district d’une province, et toute personne qui a occupé le poste de juge d’un tel tribunal peut, sur demande du président de la Commission assortie de l’autorisation du gouverneur en conseil, agir à titre de membre suppléant de la Commission.

[. . .]

84. (1) Un tribunal de révision et la Commission d’appel des pensions ont autorité pour décider des questions de droit ou de fait concernant:

a) la question de savoir si une prestation est payable à une personne;

[. . .]

La décision [. . .] de la Commission d’appel des pensions, sauf contrôle judiciaire dont elle peut faire l’objet aux termes de la *Loi sur la Cour fédérale*, est définitive et obligatoire pour l’application de la présente loi.

(2) Indépendamment du paragraphe (1), le ministre, un tribunal de révision ou la Commission d’appel des pensions peut, en se fondant sur des faits nouveaux, annuler ou modifier une décision qu’il a lui-même rendue ou qu’elle a elle-même rendue conformément à la présente loi.

D. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

Première question: La norme de contrôle

[15] Les parties ont plus ou moins convenu que la norme de la décision correcte constituait la norme de contrôle appropriée en l’espèce. Je suis de cet avis. Selon la méthode pragmatique ou fonctionnelle, il ne s’agit clairement pas en l’espèce d’une situation qui appelle une retenue judiciaire.

[16] Premièrement, il n’existe aucune clause privative qui restreigne la portée du contrôle judiciaire. Le paragraphe 84(1) du Régime prévoit que, «sauf contrôle judiciaire dont elle[s] peu[ven]t faire l’objet aux termes de la *Loi sur la Cour fédérale*», les décisions rendues par la Commission sont «définitive[s] et obligatoire[s] pour l’application de la présente loi». Vu que cette disposition soustrait expressément le contrôle judiciaire de la portée de son application, son caractère définitif ne peut avoir pour effet que de limiter la compétence dont la Commission aurait par ailleurs été investie pour réexaminer ses décisions, suivant l’arrêt *Chandler c. Alberta Associa-*

[17] Second, the Board has no broad regulatory responsibilities, but performs only the adjudicative function of hearing appeals from the Review Tribunal: subsection 83(1) [as am. by S.C. 1995, c. 33, s. 36]. Third, the Chair, Vice-Chair and other members of the Board must be judges of the Federal Court or of specified section 96 [*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]] courts: subsection 83(5); retired judges of these courts are eligible to be appointed as additional “temporary members”: subsection 83(5.1). Fourth, the questions in dispute in this case involve the interpretation of the Board’s enabling statute and have an application beyond the facts of this dispute. Fifth, the subject-matter of the dispute is the adjudication of an individual’s legal rights.

[18] On the other hand, a consideration pointing to curial deference is the fact that Parliament probably entrusted appellate functions to an administrative tribunal, the Pension Appeals Board, rather than to the Federal Court, to take advantage of the benefits of economical and expeditious decision-making, and more accessible process, normally offered by tribunals.

[19] In my view, the balance of the factors in the pragmatic or functional mix favours affording little deference to the Board’s interpretation of its constitutive legislation, especially in the absence of any evidence in the record indicating that members of the Board acquire considerable expertise in the *Canada Pension Plan* as a result of the volume of appeals that they hear and decide.

tion of Architects, [1989] 2 R.C.S. 848. Cependant, le paragraphe 84(2) prévoit expressément que la Commission peut réexaminer ses décisions «en se fondant sur des faits nouveaux».

[17] Deuxièmement, la Commission n’est pas investie d’importants pouvoirs réglementaires, mais assume seulement des fonctions judiciaires consistant à entendre les appels interjetés contre des décisions du tribunal de révision: paragraphe 83(1) [mod. par L.C. 1995, ch. 33, art. 36]. Troisièmement, le président, le vice-président et les autres membres de la Commission doivent tous être juges de la Cour fédérale, ou juges d’une cour particulière visée à l’article 96 [*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]]: paragraphe 83(5). Les juges retraités ayant occupé de tels postes peuvent également être nommés à titre de «membre[s] suppléant[s]»: paragraphe 83(5.1). Quatrièmement, les questions en litige qui sont soulevées dans la présente affaire portent sur l’interprétation de la loi habilitante de la Commission, et leur portée ne se limite pas aux faits particuliers de l’espèce. Cinquièmement, l’objet du litige concerne la détermination des droits d’une personne.

[18] D’un autre côté, le fait que le législateur ait attribué des fonctions d’appel à un tribunal administratif, à savoir la Commission d’appel des pensions, plutôt qu’à la Cour fédérale, probablement par souci d’assurer l’économie, la rapidité et l’accessibilité du processus décisionnel qu’offrent normalement les tribunaux administratifs, constitue un facteur qui milite en faveur de la retenue judiciaire.

[19] Je suis d’avis que l’ensemble des facteurs de la méthode pragmatique et fonctionnelle favorise la thèse selon laquelle l’interprétation par la Commission de sa loi constitutive appelle peu de retenue judiciaire, en particulier en l’absence de preuve au dossier indiquant que les membres de la Commission ont acquis une vaste expertise du *Régime de pensions du Canada* en raison du nombre volumineux des appels qu’ils entendent et sur lesquels ils sont appelés à statuer.

[20] This conclusion is consistent with that reached by Reed J. in *Kerth v. Canada (Minister of Human Resources Development)*, [1999] F.C.J. No. 1252 (T.D.) (QL) where, at paragraphs 18-23, she concluded on the basis of a pragmatic or functional analysis that the standard applicable to reviewing the propriety of the test used by a member of the Board when determining a request for leave to appeal to the Board “is closer to the non-deferential end of the spectrum”.

Issue 2: Is the pre-1987 or post-1986 law applicable?

[21] The transitional provision of the 1987 amendments to the *Canada Pension Plan* states:

13. . . .

(4) Subsection 44(2) of the said Act is repealed and the following substituted therefor:

. . .

(2) For the purposes of paragraphs (1)(b) and (f),

. . .

(b) the contributory period of a contributor shall be the period:

(i) commencing January 1, 1966 or when he reaches 18 years of age, whichever is the later, and

(ii) ending with the month in which he is determined to have become disabled for the purpose of paragraph (1)(b),

. . .

(5) Subsection (4) applies only in respect of contributors who are determined to be disabled for the purpose of paragraph 44(1)(b) of the *Canada Pension Plan* on or after January 1, 1987. [Underlining added.]

[22] The question is whether a person is “determined to be disabled” for the purpose of subsection 13(5) at the date assigned to the onset of the disability, or at the date of the determination that the person is disabled. If the former interpretation is correct, then the new law does not apply to Ms. Skoric’s claim because

[20] Cette conclusion est compatible avec celle qu’a tirée le juge Reed dans l’affaire *Kerth c. Canada (Ministre du Développement des Ressources humaines)*, [1999] A.C.F. n° 1252 (1^{re} inst.) (QL). Dans cette affaire, aux paragraphes 18 à 23, elle a conclu, en se fondant sur la méthode pragmatique ou fonctionnelle, que la norme de contrôle applicable à l’examen du bien-fondé du critère dont s’est servi un membre de la Commission pour statuer sur une demande d’autorisation d’interjeter appel devant la Commission «n’oblige pas à faire preuve d’un niveau élevé de retenue judiciaire».

Deuxième question: Quel régime, entre celui d’avant 1987 et celui d’après 1986, est applicable?

[21] Les dispositions transitoires des modifications apportées en 1987 au *Régime de pensions du Canada* prévoient:

13. [. . .]

(4) Le paragraphe 44(2) de la même loi est abrogé et remplacé par ce qui suit:

[. . .]

(2) Aux fins des alinéas (1)b) et f),

[. . .]

b) la période cotisable d’un cotisant est la période qui:

(i) commence le 1^{er} janvier 1966 ou au moment où celui-ci atteint l’âge de 18 ans, en choisissant celle de ces deux dates qui est postérieure à l’autre, et

(ii) se termine avec le mois au cours duquel il est déclaré invalide aux fins de l’alinéa (1)b),

[. . .]

(5) Le paragraphe (4) s’applique exclusivement aux cotisants qui sont déclarés invalides aux fins de l’alinéa 44(1)b) du *Régime de pensions du Canada* le 1^{er} janvier 1987 ou après. [Soulignements ajoutés.]

[22] Il s’agit de savoir si une personne est «déclaré[e] invalide» aux fins du paragraphe 13(5) à la date même où commence l’invalidité, ou plutôt à la date de la détermination de ce statut. Si la première interprétation est correcte, le nouveau régime ne s’applique alors pas à la demande de M^{me} Skoric, étant donné que

the onset of her late husband's disability was October 1986. However, if the latter is correct it does, because the decision that Mr. Skoric was disabled was not made until 1987.

[23] While the words "determined to be disabled" may be capable of referring to either date, the juxtaposition of subsections 13(5) and 13(4) suggests that subsection 13(5) refers to the date of the decision, not the onset of disability. This is because subsection 13(4) amended the contributory period by providing that it ends "with the month in which [the contributor] is determined to have become disabled". This would seem quite clearly to refer to the date of the onset of disability as determined by the Minister, and not the determination itself.

[24] In the absence of some compelling reason to the contrary, it is normally not consonant with good interpretative practice to attribute the same meaning to different words used in adjacent subsections of an elaborate statutory scheme, even though the French version of the statutory text does not use different tenses.

[25] I was not persuaded to overlook the different tenses used in the English version of the two subsections by counsel's submissions that in other, non-proximate provisions of the Act the onset of disability, and not the date of its determination, is the relevant date.

[26] Nor was I persuaded by the argument that when Parliament intends to refer to a positive determination it uses the word "approval" as, for example, in section 69 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 38]. However, a determination that a person is disabled is not the same as approving the application, because the applicant, although determined to be disabled, may not have satisfied other statutory requirements, such as the minimum qualifying period.

l'état d'invalidité de son défunt époux a commencé en octobre 1986. Cependant, si la seconde interprétation est correcte, le nouveau régime s'applique, car la décision selon laquelle M. Skoric était effectivement invalide n'a pas été rendue avant 1987.

[23] Malgré le fait que les termes «déclarés invalides» puissent renvoyer à l'une ou à l'autre des deux dates, la juxtaposition des paragraphes 13(5) et 13(4) donne à penser que le paragraphe 13(5) renvoie à la date de la détermination de l'invalidité plutôt qu'à la date du début de l'invalidité. Cela s'explique par le fait que le paragraphe 13(4) a modifié les paramètres de la période cotisable en établissant qu'elle prenait fin «avec le mois au cours duquel [le cotisant] est déclaré invalide». Il semble clairement ressortir de ce passage qu'il s'agit de la date à laquelle le ministre a décidé que le cotisant a commencé à être invalide, et non pas la décision même.

[24] En l'absence d'un motif convaincant établissant le contraire, le fait d'attribuer un même sens à des termes différents utilisés dans des paragraphes rapprochés, dans un cadre législatif détaillé, ne participe normalement pas d'un exercice d'interprétation judiciaire, même lorsque la version française de la disposition législative emploie le même temps.

[25] Je ne suis pas convaincu par les observations de l'avocat du demandeur qu'il y a lieu de ne pas tenir compte des variations de temps dans la version anglaise des deux paragraphes, vu qu'il ressort des diverses autres dispositions de la Loi que c'est la date du commencement de l'invalidité, et non la date de la détermination de l'invalidité, qui constitue la date pertinente.

[26] Je ne suis pas non plus convaincu par la thèse selon laquelle le législateur emploie le terme «approuvé», comme à l'article 69 [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 38], dans l'intention d'indiquer l'issue favorable d'une décision. Cependant, la détermination selon laquelle une personne est invalide n'équivaut pas à l'approbation de la demande, car en dépit de la détermination d'invalidité, le demandeur peut ne pas avoir satisfait aux autres critères prescrits par la loi, notamment à la période minimale d'admissibilité.

[27] Another objection to the Board's interpretation of subsection 13(5) is that the date of determination is arbitrary because it depends on the purely fortuitous circumstance of when the decision happens to be made. While this is true, it is also the case that the date of onset is equally fortuitous and not a matter within the control of the claimant. A statutory scheme that draws hard and fast temporal lines is inevitably apt to produce anomalies and a degree of arbitrariness.

[28] Further, the amendment to the ending date of the contributory period introduced in 1987 did not necessarily work to the benefit of claimants although, subject to the resolution of the next issue, that would be the effect in this case because of its unique circumstances: the onset of Mr. Skoric's disability in one of the last three months of 1986 and the years in which he had made contributions to the Plan.

[29] For these reasons, it is my opinion that the Board did not err in law when it held that the new law applied to Ms. Skoric's claim.

Issue 3: If the new law is applicable, did the contributions made by Mr. Skoric satisfy the minimum qualifying period?

[30] If the new law applies, the contributory period ended in 1986 and was 21 years in length. However, counsel for the Minister contended, only contributions made by the contributor within the contributory period can be counted towards the minimum qualifying period of one third of the length of that period. Accordingly, the contribution made by Mr. Skoric in 1987 must be ignored, with the result that he only made contributions in six years, that is in 1981 to 1986, which is less than one third of his contributory period of 21 years.

[31] Counsel relied for this proposition on a provision in the *Canada Pension Plan* that was not

[27] Une autre objection à l'encontre de l'interprétation que fait la Commission du paragraphe 13(5) consiste à dire que la date de la détermination de l'invalidité est de nature arbitraire, puisqu'elle ne dépend que de circonstances purement fortuites liées au moment où la décision se trouve à être prise. Bien que cet argument soit valable, il est non moins vrai que la date du début de l'invalidité est tout aussi fortuite et qu'elle échappe au contrôle du demandeur. Un régime législatif qui impose des règles temporelles absolues entraîne, de façon incontournable, certaines incohérences et un certain degré d'arbitraire.

[28] En outre, la modification apportée en 1987 quant à la date de la fin de la période cotisable ne fonctionne pas forcément au bénéfice des demandeurs, malgré que ce soit le cas en l'espèce (sous réserve de la détermination de la prochaine question) en raison de circonstances uniques: l'invalidité de M. Skoric est survenue au cours de l'un des derniers trois mois de l'année 1986 et des années pendant lesquelles il a versé des cotisations au Régime.

[29] Pour ces motifs, je suis d'avis que la Commission n'a pas commis d'erreur de droit lorsqu'elle a statué que le nouveau régime s'appliquait à la demande de M^{me} Skoric.

Troisième question: Si le nouveau régime est applicable, les cotisations versées par M. Skoric satisfont-elles à la période minimale d'admissibilité?

[30] Si le nouveau régime est applicable, la période cotisable s'est terminée en 1986 et s'est échelonnée sur 21 ans. Cependant, comme l'a fait valoir l'avocat du ministre, seules les cotisations versées par le cotisant au cours de la période cotisable peuvent être comptabilisées au titre de la période minimale d'admissibilité, soit le tiers de la durée de la période cotisable. Par conséquent, la cotisation versée par M. Skoric en 1987 doit être écartée, de sorte que ce dernier n'a versé des cotisations que pendant six ans, soit de 1981 à 1986, ce qui constitue moins d'un tiers de la durée de sa période cotisable de 21 ans.

[31] Pour étayer cette proposition, l'avocat du ministre s'appuie sur une disposition du *Régime de*

materially changed by the amendments that came into effect in 1987.

44. . . .

(3) For the purposes of paragraphs (1)(c), (d) and (f), a contributor shall be considered to have made contributions for not less than the minimum qualifying period only if he has made contributions

(a) for at least one third of the total number of years included either wholly or partly within his contributory period . . . ; or

(b) for at least ten years. [Underlining added.]

[32] If the phrase “within his contributory period” qualifies only the immediately preceding words, “one third of the total number of years wholly . . . or partly”, then there is no reason why a contribution made after the expiry of that period should not count towards meeting the minimum qualifying period. If this is the correct interpretation, then Ms. Skoric’s claim succeeds because her husband’s 1987 contribution would be included, thus bringing the period of contribution to seven years, which is, of course, one third of the 21 years’ contributory period.

[33] The alternative interpretation is that the phrase “within his contributory period” also qualifies the words “made his contributions”, so that the contribution that Mr. Skoric made in 1987 must be disregarded because it was made after the end of the contributory period in 1986. On this basis, Ms. Skoric’s claim fails because Mr. Skoric only made eligible contributions in six years: that is, less than the minimum qualifying period of one third of the contribution period of 21 years.

[34] The Board concluded without reasons that Mr. Skoric had made contributions in seven years, and there were no representations to the contrary in the Minister’s written submissions to it.

pensions du Canada qui n’a pas été changée de façon significative par l’entrée en vigueur des modifications de 1987.

44. [. . .]

(3) Pour l’application des alinéas (1)c), d) et f), un cotisant n’est réputé avoir versé des cotisations pendant au moins la période minimale d’admissibilité que s’il a versé des cotisations:

a) soit pendant au moins trois années, représentant au moins le tiers du nombre total d’années entièrement ou partiellement comprises dans sa période cotisable [. . .];

b) soit pendant au moins dix années. [Soulignements ajoutés.]

[32] Si l’expression «dans sa période cotisable» ne se rattache qu’aux mots qui la précède immédiatement, soit «trois années, représentant au moins le tiers du nombre total d’années entièrement ou partiellement comprises», il n’y a alors aucun motif pour lequel une cotisation versée après l’expiration de cette période ne devrait pas être comptabilisée au titre de la période minimale d’admissibilité. Si cela s’avère être l’interprétation correcte, la demande de M^{me} Skoric doit être accueillie étant donné que la cotisation versée en 1987 par son époux serait alors comptabilisée, de sorte que la période cotisable serait ramenée à sept ans, ce qui constitue bien sûr le tiers de la période cotisable de 21 ans.

[33] L’interprétation subsidiaire consiste à dire que l’expression «dans sa période cotisable» se rattache également aux termes «versé des cotisations», de sorte que la cotisation versée par M. Skoric en 1987 doit être écartée puisqu’elle a été effectuée après la fin de la période cotisable en 1986. Selon cette interprétation, la demande de M^{me} Skoric doit être rejetée parce que M. Skoric n’a versé des cotisations admissibles que pendant six ans, soit pendant moins que le tiers de la période cotisable de 21 ans, ce qui ne suffit pas aux fins de la période minimale d’admissibilité.

[34] La Commission a conclu, sans donner des motifs à l’appui de sa décision, que M. Skoric avait versé des cotisations pendant sept ans, et le ministre n’a présenté aucune observation écrite à l’effet contraire.

[35] At the hearing of the application for judicial review, counsel for the Minister advanced no explanation in terms of the statutory scheme for interpreting the phrase “within his contributory period” as prescribing when contributions must be made if they are to count towards the minimum qualifying period. Rather, he was content to rely on the “plain meaning” of the statutory text.

[36] In my view it is relevant that the following paragraph, 44(3)(b), provides that a person shall be considered to have made contributions for the minimum period “only if he has made contributions . . . for at least ten years.” There is no requirement here that only contributions made within the contributory period count towards the ten years.

[37] Counsel did not suggest that anything in the scheme of the Act explained why contributions made for less than ten years had to be within the contributory period, but those made for ten years (or more, presumably) did not. Indeed, to deprive a person of the benefit of a contribution that he has in fact made, simply because it was made outside the contributory period, would seem unfair and inconsistent with a statutory scheme in which eligibility is based on the contributions made.

[38] Accordingly, in my view the words “within his contributory period” serve only to define the number of years for which contributions must be made, and not also to prescribe when they must be made. Hence, the Board did not err in law when it concluded that Mr. Skoric had made contributions for not less than the minimum qualifying period under the new law.

Issue 4: Should the minimum qualifying period of 7.3 years be “rounded down” to seven years?

[39] In view of my conclusions on Issues 2 and 3, I need not express a firm conclusion on what the

[35] Lors de l’audition de la demande de contrôle judiciaire, l’avocat du ministre n’a avancé aucune explication sur la base de la structure du régime législatif pour interpréter l’expression «dans sa période cotisable» comme indiquant le moment où ces cotisations doivent être versées pour être comptabilisées au titre de la période minimale d’admissibilité. L’avocat du ministre s’est plutôt contenté d’une [TRADUCTION] «interprétation littérale» de la disposition législative.

[36] À mon avis, il est révélateur que l’alinéa 44(3)b) prévoit qu’un cotisant n’est réputé avoir versé des cotisations pendant la période minimale d’admissibilité «que s’il a versé des cotisations [. . .] pendant au moins dix années». Il n’y a là aucune exigence indiquant que seules les cotisations versées pendant la période cotisable peuvent être comptabilisées aux fins de la période des dix années.

[37] L’avocat du ministre n’a pas plaidé qu’un élément quelconque dans la Loi pouvait justifier que les cotisations versées pendant moins de 10 ans devaient être comprises dans la période cotisable, mais que celles qui ont été versées pendant 10 ans (ou peut-être davantage) faisaient exception. En effet, il semblerait inéquitable et incohérent, dans le cadre d’un régime législatif où les cotisations versées déterminent le statut d’admissibilité, de priver une personne du bénéfice des cotisations qu’elle a effectivement versées pour la simple raison qu’elles l’ont été hors de la période cotisable.

[38] Par conséquent, je suis d’avis que les termes «dans sa période cotisable» permettent seulement de déterminer le nombre d’années pendant lesquelles les cotisations doivent être versées, et ne prescrivent pas quand elles doivent l’être. La Commission n’a donc pas commis d’erreur en droit lorsqu’elle a statué que M. Skoric avait versé des cotisations pendant au moins la durée de la période minimale d’admissibilité prévue dans le nouveau régime.

Quatrième question: La période minimale d’admissibilité de 7,3 ans devrait-elle être «arrondie» à 7 ans?

[39] Vu les conclusions que j’ai tirées relativement à la deuxième et à la troisième question, il n’est pas

position would have been if the old law had applied to the facts of this case. However, I would be inclined to accept the view advanced on behalf of the Minister. That is to say, the statute does not permit a part of a year of a minimum qualifying period to be “rounded down” to the nearest whole number if that would result in a period that was less than the statutorily required one third of the contributory period. Whether the part year is more or less than half seems irrelevant for this purpose.

[40] “Rounding up” is consistent not only with the plain meaning of subparagraph 44(2)(b)(ii), but also with the “rounding up” of part years that occurs in the calculation of the contributory period and the number of years in which contributions were made.

[41] It is also consistent with the conclusion reached by the Pension Appeals Board in *Minister of National Health and Welfare v. Zimmer* (Appeal CP 2109; April 11, 1991) and with *obiter dicta* by this Court in *Canada (Attorney General) v. Storto* (1994), 174 N.R. 221 (F.C.A.). I see no reason for taking a different view.

[42] For these reasons the application should be dismissed with costs.

ROBERTSON J.A.: I agree.

SEXTON J.A.: I agree.

nécessaire que je me prononce expressément sur ce qui se serait passé si l’ancien régime était appliqué aux faits de la présente affaire. Je serais toutefois enclin à accepter la thèse avancée par le ministre. Selon cette thèse, la loi ne permettrait pas qu’une partie d’une année comprise dans la période minimale d’admissibilité soit «arrondie» au nombre entier le plus près si cela avait pour conséquence que la durée de cette période serait moindre que le tiers de la durée de la période cotisable prévue par la loi. La question de savoir si la partie de l’année que l’on cherche à arrondir dépasse ou non la moitié de l’année semble dénuée de pertinence en l’espèce.

[40] La pratique consistant à «arrondir» est compatible non seulement avec une interprétation littérale du sous-alinéa 44(2)(b)(ii), mais également avec la pratique d’«arrondir» des périodes de l’année lors du calcul de la période cotisable et du nombre d’années pendant lesquelles les cotisations ont été versées.

[41] Elle est également compatible avec la conclusion qu’a tirée la Commission d’appel des pensions dans *Minister of National Health and Welfare v. Zimmer* (Appeal CP 2109; 11 avril 1991) et avec les remarques incidentes de la Cour dans *Canada (Procureur général) c. Storto* (1994), 174 N.R. 221 (C.A.F.). Je ne vois aucune raison de m’écarter de ces décisions.

[42] Pour ces motifs, la présente demande est rejetée avec dépens.

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Je souscris aux motifs.

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

A-365-98

A-365-98

Stelco Inc. (Applicant)**Stelco Inc. (demanderesse)**

v.

c.

British Steel Canada Inc., Aciers Francosteel Canada Inc., A.G. Der Dillinger Huttenwerke, Charleroi (USA) Inc., Thyssen Canada Limited, Metalexportimport, S.A., Usiminas, Vitkovice, a.s. and Attorney General of Canada (Respondents)

British Steel Canada Inc., Aciers Francosteel Canada Inc., A.G. Der Dillinger Huttenwerke, Charleroi (USA) Inc., Thyssen Canada Limited, Metalexportimport, S.A., Usiminas, Vitkovice, a.s. et Le procureur général du Canada (défendeurs)

and

et

Algoma Steel Inc., Ipsco Inc. and Canadian International Trade Tribunal (Intervenors)

Algoma Steel Inc., Ipsco Inc. et Le Tribunal canadien du commerce extérieur (intervenants)

INDEXED AS: STELCO INC. v. BRITISH STEEL CANADA INC. (C.A.)

RÉPERTORIÉ: STELCO INC. c. BRITISH STEEL CANADA INC. (C.A.)

Court of Appeal, Desjardins, Rothstein and Evans JJ.A.—Ottawa, January 25, 2000.

Cour d'appel, juges Desjardins, Rothstein et Evans, J.C.A.—Ottawa, 25 janvier 2000.

Administrative law — Judicial review — Certiorari — Judicial review of 1998 CITT decision rescinding 1993 decision dumping in Canada of steel plates from eight named countries causing, likely to cause material injury to production of like goods in Canada — Where federal administrative tribunal's decision impugned on ground findings of fact not supported by evidence, question whether finding made in perverse, capricious manner or without regard for material before it under Federal Court Act, s. 18.1(4)(d) — Unimportant whether "patently unreasonable" or "unreasonable simpliciter" — To establish reviewable error, must be shown, on balance of probabilities, CITT's decision not supported by any material before it.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Contrôle judiciaire d'une décision de 1998 du TCCE annulant une décision de 1993 qui avait conclu que le dumping au Canada de tôles d'acier en provenance des huit pays désignés avait causé et était susceptible de causer un préjudice sensible à la production au Canada de marchandises similaires — Lorsque la décision d'un tribunal administratif fédéral est contestée pour le motif qu'elle est fondée sur des conclusions de fait qui ne sont pas étayées par la preuve, on doit déterminer si, suivant l'art. 18.1(4)d de la Loi sur la Cour fédérale, la conclusion du Tribunal a été tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il disposait — Inutile de savoir si cela équivaut à la norme du caractère «manifestement déraisonnable» ou simplement à la norme du caractère «déraisonnable» — Afin d'établir l'existence d'une erreur susceptible de révision, on doit démontrer, selon la prépondérance des probabilités que la décision du TCCE n'était pas étayée par les éléments dont il disposait.

Anti-dumping — Judicial review of 1998 CITT decision rescinding 1993 decision dumping in Canada of steel plates from eight named countries causing, likely to cause material injury to production of like goods in Canada — Court reluctant to intervene in CITT's decision because (i) made in exercise of discretion under Special Import Measures Act, s. 76(4) to make order as circumstances require; (ii) facts in dispute manifestly within CITT's expertise; (iii) important role played by CITT research, extensive submissions in response thereto in fact-finding — Burden on applicant to demonstrate on balance of probabilities Tribunal's finding not rationally supported by any material — As some of

Antidumping — Contrôle judiciaire d'une décision de 1998 du TCCE annulant une décision de 1993 qui avait conclu que le dumping au Canada de tôles d'acier en provenance des huit pays désignés avait causé et était susceptible de causer un préjudice sensible à la production au Canada de marchandises similaires — La Cour hésite à intervenir dans la décision du TCCE (i) parce qu'elle a été rendue dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire, conféré par l'art. 76(4) de la Loi sur les mesures spéciales d'importation, de rendre une ordonnance selon le cas; (ii) étant donné que les faits en litige relèvent manifestement de l'expertise du TCCE; (iii) en raison du rôle important joué

Tribunal's findings not challenged, could not say no rational basis for decision — Discretionary nature of decision, relevance of Tribunal's expertise reducing detail with which Tribunal required to deal in its reasons with every factor raised — Not discussing factor on which evidence heard in reasons not meaning not considered — Tribunal must decide significance of any given factor — Applicant not demonstrating any factor on which reasoned finding not made of such manifest importance that Tribunal bound in law to deal with it expressly.

This was an application for judicial review of a 1998 decision of the Canadian International Trade Tribunal rescinding its 1993 decision that the dumping in Canada of certain steel plates from eight named countries had caused and was likely to cause material injury to the production of like goods in Canada. In concluding that, if the duties imposed in 1993 were lifted, the respondents were not likely to resume dumping, the Tribunal particularly relied on the existence of buoyant home markets for the subject goods. The Tribunal also found that there had been an overall reduction in steel production in the European Union in accordance with its policy. The Tribunal concluded that these factors had resulted in a high capacity utilization rate for steel mills in the relevant countries, which made it unlikely that they would resume dumping in Canada.

The Tribunal's power to review a decision is found in *Special Import Measures Act*, subsection 76(2). Subsection 76(4) provides that the Tribunal may continue or rescind a previous finding "as the circumstances require". The applicant relied upon *Federal Court Act*, subsection 18.1(4)(d), alleging that the Tribunal's decision was based on findings of fact that were insupportable on the evidence before it. In particular, the applicant and the interveners challenged the Tribunal's findings about the reduction in steel production capacity in the named countries of the European Union. They also submitted that the Tribunal's reasons did not refer to facts on which the applicant and interveners relied to support their position, particularly the respondents' propensity to export the subject goods to Canada.

The issues were: (1) what was the standard of review to be applied to the Tribunal's findings; and (2) whether the

par les recherches et les longues observations écrites du TCCE en réponse à celles-ci dans l'appréciation des faits — La demanderesse doit démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que la conclusion du Tribunal n'est rationnellement étayée par aucun élément — Comme les conclusions du Tribunal ne sont pas contestées, on ne peut pas dire que la décision n'est pas rationnellement fondée — La nature discrétionnaire de la décision, la pertinence de l'expertise du Tribunal ont pour effet de réduire l'importance que le Tribunal est tenu d'accorder dans ses motifs à chacun des facteurs soulevé — Ne pas tenir compte d'un facteur sur lequel une preuve a été présentée ne signifie pas qu'il n'a pas été examiné — Le Tribunal doit déterminer l'importance d'un facteur donné — La demanderesse n'a pas démontré qu'il existait un facteur, à l'égard duquel n'a pas été rendue de conclusion motivée d'une importance si manifeste que le Tribunal était en droit d'en parler expressément.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de 1998 du Tribunal canadien du commerce extérieur annulant sa décision de 1993 qui avait conclu que le dumping au Canada de certaines tôles d'acier en provenance des huit pays désignés avait causé et était susceptible de causer un préjudice sensible à la production au Canada de marchandises similaires. En concluant que, si les droits imposés en 1993 étaient levés, les défenderesses ne reprendraient probablement pas le dumping, le Tribunal s'était fondé en particulier sur l'existence de marchés nationaux dynamiques pour les marchandises en question. De plus, le Tribunal a estimé qu'il y avait eu une réduction générale de la production d'acier au sein de l'Union européenne, conformément à sa politique. Le Tribunal a conclu que tous ces facteurs avaient donné lieu à un taux élevé d'utilisation de la capacité pour les aciéries dans les pays concernés, de sorte qu'il était peu probable que ces pays reprennent le dumping au Canada.

En vertu du paragraphe 76(2) de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, le Tribunal peut réexaminer une décision. Le paragraphe 76(4) prévoit que le Tribunal peut proroger ou annuler une conclusion antérieure, «selon le cas». La demanderesse s'est fondée sur l'alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur la Cour fédérale*, alléguant que la décision du Tribunal était fondée sur des conclusions de fait qui ne pouvaient pas être étayées par la preuve dont il disposait. En particulier, la demanderesse et les intervenantes contestent les conclusions que le Tribunal a tirées au sujet de la réduction de la capacité de production d'acier dans les pays désignés de l'Union européenne. Elles soutiennent également que le Tribunal, dans ses motifs, ne mentionne pas les faits sur lesquels la demanderesse et les intervenantes se sont fondées à l'appui de leur position, particulièrement la propension des défenderesses à exporter les marchandises en question au Canada.

Il échet d'examiner: 1) la norme de révision qui devait s'appliquer aux conclusions rendues par le Tribunal; et 2) si

Tribunal erred in fact or law by not considering certain evidence.

Held, the application should be dismissed.

Where a federal administrative tribunal's decision is impugned on the ground that it is based on findings of fact that are not supported by the evidence, the starting point of the analysis is the standard of review prescribed in *Federal Court Act*, paragraph 18.1(4)(d). That is, the question is whether the Tribunal's finding was "made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it". It does not advance matters to try to determine whether this equates to a "patently unreasonable" or an "unreasonable *simpliciter*" standard.

The Court was reluctant to intervene in the Tribunal's decision because it was made in the exercise of the subjective discretion conferred by subsection 76(4), which permits the Tribunal to make an order "as the circumstances require". When a tribunal bases a discretionary decision on findings of fact, a reviewing court must examine those findings to ensure that they are rationally based on the material before the tribunal. But the tribunal's underlying discretion inevitably increases its authority to determine what weight to assign to the various factors and may make it easier to satisfy a reviewing court that, even if one or other of its specific findings of fact were vulnerable, the Tribunal's ultimate decision would still be supportable on the basis of other material before it. Also, as the facts in dispute are manifestly within the expertise of the CITT, the Court risks second-guessing the conclusions reached by the specialized Tribunal. Finally, the Court should be deferential towards the Tribunal's findings because of the important role played in the fact-finding process by staff research and by the extensive written submissions made in response thereto. Finding facts on issues of a specialist nature, or making predictions, inevitably involves the exercise of judgment or discretion.

In order to establish that the Tribunal committed a reviewable error, the applicant and the interveners had to demonstrate on the balance of probabilities that the Tribunal's finding was not rationally supported by any material before it. Thus, even if the Tribunal committed a reviewable error on some of its findings of fact, its decision would still be upheld if there were other facts on which it could reasonably base its ultimate conclusion. Moreover, the discretionary nature of the decision and the relevance of the Tribunal's expertise reduce the detail with which the Tribunal is required to deal in its reasons with each and every factor on which the domestic industry relied in its representations. The Tribunal is neither legally obliged to be

le Tribunal a commis une erreur de fait ou de droit en omettant de tenir compte de certains éléments de preuve.

Jugement: il faut rejeter la demande.

Lorsque la décision d'un tribunal administratif fédéral est contestée pour le motif qu'elle est fondée sur des conclusions de fait qui ne sont pas étayées par la preuve, le point de départ de l'analyse doit être la norme de révision prescrite à l'alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur la Cour fédérale*, c'est-à-dire qu'il s'agit de savoir si la conclusion du Tribunal a été «tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispos[ait]. Essayer de déterminer si cela équivaut à la norme du caractère «manifestement déraisonnable» ou simplement à la norme du caractère «déraisonnable» ne nous avance pas beaucoup.

La Cour a hésité à intervenir dans la décision du Tribunal parce qu'elle a été rendue dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire subjectif conféré par le paragraphe 76(4), qui permet au Tribunal de rendre une ordonnance «selon le cas». Lorsqu'un tribunal fonde une décision discrétionnaire sur des conclusions de fait, la cour de révision doit examiner ces conclusions de façon à s'assurer qu'elles sont rationnellement fondées sur les éléments dont disposait le tribunal. Néanmoins, le pouvoir discrétionnaire sous-jacent du tribunal a inévitablement pour effet d'accroître son pouvoir lorsqu'il s'agit de déterminer l'importance à attribuer aux divers facteurs, et peut convaincre plus facilement une cour de révision que, même si l'une ou l'autre des conclusions de fait précises qu'il a tirées était vulnérable, la décision finale du tribunal pourrait encore être étayée compte tenu des autres éléments mis à sa disposition. De même, comme les faits en litige en l'espèce relèvent manifestement de l'expertise du TCCE, la Cour risque de reconsidérer les conclusions tirées par le tribunal spécialisé. Finalement, la Cour devrait faire preuve d'une retenue particulière à l'égard des conclusions du Tribunal parce que les recherches du personnel et les longues observations écrites qui ont été présentées en réponse ont eu un rôle important dans le processus d'appréciation des faits. Apprécier des faits portant sur des questions spéciales ou faire des prédictions fait inévitablement appel au jugement ou à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

Afin d'établir que le Tribunal a commis une erreur susceptible de révision, la demanderesse et les intervenantes devaient démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que la conclusion du Tribunal n'était pas rationnellement étayée par les éléments dont le Tribunal disposait. Par conséquent, même si le Tribunal a commis une erreur susceptible de révision à l'égard de certaines conclusions de fait, sa décision serait néanmoins confirmée s'il y avait d'autres faits sur lesquels il pouvait raisonnablement fonder sa conclusion finale. En outre, la nature discrétionnaire de la décision et la pertinence de l'expertise du Tribunal ont pour effet de réduire l'importance que le Tribunal est tenu d'accorder dans ses motifs à l'égard de chaque facteur sur

satisfied on each of the factors that it typically considers when making a finding on the likelihood of dumping, nor to explain the reasons for its conclusion on a given factor simply because the parties have presented evidence on it. It could not be inferred from the fact that the reasons do not discuss a factor on which the Tribunal heard evidence that it did not consider it. A tribunal that is subject to a duty to give reasons, as is the CITT by virtue of subsection 76(4), must provide adequate reasons, but does not have to deal with every issue raised. Given the discretionary nature of the Tribunal's decision-making power, no one factor typically considered by the Tribunal is so intrinsically important that it must always be dealt with in the Tribunal's reasons. The Tribunal must decide the significance of any given factor. The burden is on the applicant to demonstrate that any factor on which the Tribunal did not make a reasoned finding was of such manifest importance that the Tribunal was bound in law to deal with it expressly in its reasons for decision. The applicant did not satisfy the Court that the Tribunal had committed such an error.

It could not be concluded that the Tribunal's decision regarding reduction of steel production capacity had no rational basis on the evidence since the Tribunal's findings as to increased demand for the goods, high capacity utilization and decreased competition were not challenged. In any event, the Tribunal's findings on reductions of production capacity were not so clearly contrary to the evidence or contradictory as to constitute reviewable error, given the very high measure of deference that must be afforded to findings of fact within the Tribunal's expertise.

In light of the Tribunal's finding that dumping was unlikely, the Tribunal could properly have regarded other factors raised, but not dealt with in its reasons, in all the circumstances, as of marginal importance.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

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

Special Import Measures Act, R.S.C., 1985, c. S-15, ss. 42 (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 169), 76(2) (as am.

lequel la branche de production nationale s'est fondée dans ses observations. Le Tribunal n'est pas légalement tenu d'être convaincu à l'égard de chacun des facteurs qu'il examine normalement lorsqu'il rend une conclusion sur la probabilité du dumping, et il n'est pas tenu non plus d'expliquer les motifs sur lesquels est fondée sa conclusion au sujet d'un facteur donné simplement parce que les parties ont présenté des éléments de preuve à ce sujet. On ne saurait inférer que le Tribunal n'a pas tenu compte d'un facteur en se fondant sur le fait qu'il ne l'a pas examiné dans ses motifs, et ce, même si une preuve lui a été présentée à cet égard. Un tribunal qui est tenu de motiver ses décisions, comme le TCCE est tenu de le faire en vertu du paragraphe 76(4), doit bien sûr fournir des motifs adéquats, mais cela ne veut pas pour autant dire qu'il doit examiner toutes les questions qui ont été soulevées devant lui. Étant donné la nature discrétionnaire du pouvoir décisionnel conféré au Tribunal, aucun des facteurs dont le Tribunal tient normalement compte a en soi une si grande importance que le Tribunal doit toujours en parler dans ses motifs. Il appartient au Tribunal de déterminer l'importance d'un facteur donné. Il incombe à la demanderesse de démontrer que tout facteur à l'égard duquel le Tribunal n'a pas rendu une conclusion motivée avait une importance si manifeste que le Tribunal était tenu en droit d'en parler expressément dans les motifs de sa décision. La demanderesse n'a pas réussi à convaincre la Cour que le Tribunal a commis une telle erreur.

Nous ne pouvons conclure que la décision du Tribunal au sujet de la réduction de la capacité de production n'était pas rationnellement fondée eu égard à l'ensemble de la preuve, étant donné que les conclusions rendues par le Tribunal quant à l'augmentation de la demande pour les marchandises, l'utilisation élevée de la capacité et la diminution de la concurrence n'ont pas été contestées. De toute façon, les conclusions du Tribunal rendues au sujet de la réduction de la capacité de production n'étaient pas si clairement contraires à la preuve ou si contradictoires qu'elles constituent une erreur susceptible de révision, étant donné en particulier la grande retenue dont il faut faire preuve à l'égard des conclusions de fait relevant de l'expertise du Tribunal.

Compte tenu de la conclusion que le Tribunal a rendue, à savoir que le dumping était peu probable, le Tribunal a, à juste titre, peut-être considéré qu'eu égard aux circonstances de l'affaire, ces autres facteurs avaient une importance minime.

LOIS ET RÉGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(4)c) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), d) (édicte, *idem*).

Loi sur les mesures spéciales d'importation, L.R.C. (1985), ch. S-15, art. 42 (mod. par L.C. 1994, ch. 47,

by S.C. 1999, c. 17, s. 183), (4) (as am. by S.C. 1988, c. 65, s. 41).

art. 169), 76(2) (mod. par L.C. 1999, ch. 17, art. 183), (4) (mod. par L.C. 1988, ch. 65, art. 41).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159; (1994), 112 D.L.R. (4th) 129; 20 Admin. L.R. (2d) 79; 14 C.E.L.R. (N.S.) 1; 3 C.N.L.R. 49; 163 N.R. 241.

CONSIDERED:

Canadian Pasta Manufacturers' Assn. v. Aurora Importing & Distributing Ltd., [1997] F.C.J. No. 115 (C.A.) (QL).

REFERRED TO:

Re Rohm & Haas Canada Ltd. and Anti-dumping Tribunal (1978), 91 D.L.R. (3d) 212; 22 N.R. 175 (F.C.A.); *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; (1990), 74 D.L.R. (4th) 449; 45 Admin. L.R. 161; 114 N.R. 81; 3 T.C.T. 5303; 4 T.T.R. 267.

APPLICATION for judicial review of the Canadian International Trade Tribunal's decision (*Certain Hot-Rolled Carbon Steel Plate (Re)*, [1998] C.I.T.T. No. 29 (QL)) rescinding a previous decision (*Hot-Rolled Carbon Steel Plate (Re)*, [1993] C.I.T.T. No. 70 (QL)) that the dumping in Canada of steel plates from eight named countries had caused and was likely to cause material injury to the production of like goods in Canada. Application dismissed.

APPEARANCES:

Lawrence L. Herman for applicant.
Paul M. Lalonde for respondents British Steel Canada Inc. and Unisimas.
Denis Gascon for respondents Aciers Francosteel Canada Inc. and A.G. Der Dillinger Huttenwerke.
Jesse I. Goldman for respondent Vitkovice.
Ronald C. Cheng and *Paul D. Conlin* for intervenor Algoma Steel Inc.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159; (1994), 112 D.L.R. (4th) 129; 20 Admin. L.R. (2d) 79; 14 C.E.L.R. (N.S.) 1; 3 C.N.L.R. 49; 163 N.R. 241.

DÉCISION EXAMINÉE:

Association canadienne des fabricants de pâtes alimentaires c. Aurora Importing & Distributing Ltd., [1997] A.C.F. n° 115 (C.A.) (QL).

DÉCISIONS CITÉES:

Re Rohm & Haas Canada Ltd. et Tribunal antidumping (1978), 91 D.L.R. (3d) 212; 22 N.R. 175 (C.A.F.); *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal canadien des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; (1990), 74 D.L.R. (4th) 449; 45 Admin. L.R. 161; 114 N.R. 81; 3 T.C.T. 5303; 4 T.T.R. 267.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision rendue par le Tribunal canadien du commerce extérieur (*Certaines tôles d'acier au carbone laminées à chaud (Re)*, [1998] T.C.C.E. n° 29 (QL)) annulant une décision antérieure (*Tôle d'acier au carbone laminée à chaud (Re)*, [1993] T.C.C.E. n° 70 (QL)) où le Tribunal avait conclu que le dumping au Canada de certaines tôles d'acier en provenance des huit pays désignés avait causé et était susceptible de causer un préjudice sensible à la production au Canada de marchandises similaires. Demande rejetée.

ONT COMPARU:

Lawrence L. Herman pour la demanderesse.
Paul M. Lalonde pour les défenderesses British Steel Canada Inc. et Unisimas.
Denis Gascon pour les défenderesses Aciers Francosteel Canada Inc. et A.G. Der Dillinger Huttenwerke.
Jesse I. Goldman pour la défenderesse Vitkovice.
Ronald C. Cheng et *Paul D. Conlin* pour l'intervenante Algoma Steel Inc.

Dalton J. Albrecht for intervener Ipsco Inc.
Gilles B. Legault and *Marie-France Dagenais* for
 intervener Canadian International Trade Tribunal.

Dalton J. Albrecht pour l'intervenante Ipsco Inc.
Gilles B. Legault et *Marie-France Dagenais* pour
 l'intervenant Le Tribunal canadien du commerce
 extérieur.

SOLICITORS OF RECORD:

Cassels Brock & Blackwell, Toronto, for appli-
 cant.

Flavell Kubrick & Lalonde, Ottawa, for respon-
 dents British Steel Canada Inc. and Unisimas.

Ogilvy Renault, Montréal, for respondents Aciers
 Francosteel Canada Inc. and A.G. Der Dillinger
 Huttenwerke.

Gottlieb & Pearson, Montréal for respondent
 Vitkovice.

Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa for intervener
 Algoma Steel Inc.

McMillan Binch, Toronto, for intervener Ipsco
 Inc.

Canadian International Trade Tribunal, Ottawa,
 for intervener Canadian International Trade
 Tribunal.

*The following are the reasons for judgment of the
 Court delivered orally in English by*

EVANS J.A.:

A. INTRODUCTION

[1] In this application for judicial review the appli-
 cant, Stelco Inc., and the interveners, Ipsco Inc. and
 Algoma Steel Ltd., domestic producers of steel,
 request the Court to set aside a decision by the Cana-
 dian International Trade Tribunal, dated May 5, 1998
 [*Certain Hot-Rolled Carbon Steel Plate (Re)*, [1998]
 C.I.T.T. No. 29 (QL)], which rescinded a previous
 decision by the Tribunal, dated May 6, 1993 [*Hot-
 Rolled Carbon Steel Plate (Re)*, [1993] C.I.T.T. No.
 70 (QL)]. The respondents are steel exporters in the
 named countries and Canadian-based importers of the
 subject goods. The Tribunal participated in this
 application for judicial review as an intervener to
 defend its jurisdiction.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Cassels Brock & Blackwell, Toronto, pour la
 demanderesse.

Flavell Kubrick & Lalonde, Ottawa, pour les
 défenderesses British Steel Canada Inc. et
 Unisimas.

Ogilvy Renault, Montréal, pour les défenderesses
 Aciers Francosteel Canada Inc. et A.G. Der
 Dillinger Huttenwerke.

Gottlieb & Pearson, Montréal, pour la défende-
 resse Vitkovice.

Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa, pour l'interve-
 nante Algoma Steel Inc.

McMillan Binch, Toronto, pour l'intervenante
 Ipsco Inc.

Le Tribunal canadien du commerce extérieur,
 Ottawa, pour l'intervenant Le Tribunal canadien
 du commerce extérieur.

*Ce qui suit est la version française des motifs du
 jugement de la Cour prononcés à l'audience par*

LE JUGE EVANS, J.C.A.:

A. INTRODUCTION

[1] Dans cette demande de contrôle judiciaire, la
 demanderesse, Stelco Inc., et les intervenantes, Ipsco
 Inc. et Algoma Steel Ltd., des producteurs nationaux
 d'acier, demandent à la Cour d'infirmer la décision
 par laquelle le Tribunal canadien du commerce exté-
 rieur a annulé, le 5 mai 1998 [*Certaines tôles d'acier
 au carbone laminées à chaud (Re)*, [1998] T.C.C.E. n°
 29 (QL)], une décision qu'il avait rendue le 6 mai
 1993 [*Tôle d'acier au carbone laminée à chaud (Re)*,
 [1993] T.C.C.E. n° 70 (QL)]. Les défenderesses sont
 des exportateurs d'acier dans les pays désignés et des
 importateurs établis au Canada des marchandises en
 cause. Le Tribunal a participé à la présente demande
 de contrôle judiciaire à titre d'intervenant en vue de
 défendre sa compétence.

[2] In its first decision, made after conducting an inquiry under section 42 of the *Special Import Measures Act* [hereinafter SIMA], R.S.C., 1985, c. S-15 as amended [by S.C. 1994, c. 47, s. 169], the Tribunal had found that the dumping in Canada of certain hot-rolled carbon steel plate and high-strength low-alloy plate from eight named countries had caused and was likely to cause material injury to the production of like goods in Canada.

[3] The Tribunal has a power under subsection 76(2) [as am. by S.C. 1999, c. 17, s. 183] of the SIMA to review a decision that it has made as a result of a section 42 inquiry. Subsection 76(4) [as am. by S.C. 1988, c. 65, s. 41] provides that, when it has completed the review, the Tribunal shall make an order to continue or to rescind a previous finding, with or without amendment, “as the circumstances require, and give reasons for the decision”.

[4] The domestic producers primarily rely on the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, paragraph 18.1(4)(d) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] for their ground of review, alleging that the Tribunal’s decision was based on findings of fact that were insupportable on the evidence before it. In particular, the applicant and the interveners challenge the Tribunal’s findings about the reduction in steel production capacity in the named countries of the European Union.

[5] Second, they also submit that the Tribunal’s reasons do not refer to facts on which the applicant and interveners relied to support their position that the Tribunal’s 1993 finding should be continued. In particular, they contend that the Tribunal’s reasons do not consider the propensity of the respondents to export the subject goods to Canada that is suggested directly by evidence of the respondents’ witnesses and inferentially by anti-dumping findings against some of the respondents in other jurisdictions, the growth in the volume of exports of the subject goods from the named countries, the close connections between exporters and importers, and past trading patterns.

[2] Dans sa première décision, qu’il a rendue après avoir fait enquête en vertu de l’article 42 [mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 169] de la *Loi sur les mesures spéciales d’importation*, L.R.C. (1985), ch. S-15 [ci-après LMSI], dans sa forme modifiée, le Tribunal avait conclu que le dumping au Canada de certaines tôles d’acier au carbone laminées à chaud et de certaines tôles d’acier allié résistant à faible teneur en provenance des huit pays désignés avait causé et était susceptible de causer un préjudice sensible à la production au Canada de marchandises similaires.

[3] En vertu du paragraphe 76(2) [mod. par L.C. 1999, ch. 17, art. 183] de la LMSI, le Tribunal peut réexaminer une décision qu’il a rendue par suite d’une enquête menée en vertu de l’article 42. Le paragraphe 76(4) [mod. par L.C. 1988, ch. 65, art. 41] prévoit qu’à la fin d’un réexamen, le Tribunal rend une ordonnance «motivée» prorogeant ou annulant une conclusion antérieure, avec ou sans modification, «selon le cas».

[4] Les producteurs nationaux se fondent principalement sur l’alinéa 18.1(4)d) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, à l’appui des motifs de révision, en alléguant que la décision du Tribunal était fondée sur des conclusions de fait qui ne pouvaient pas être étayées par la preuve dont il disposait. En particulier, la demanderesse et les intervenantes contestent les conclusions que le Tribunal a tirées au sujet de la réduction de la capacité de production d’acier dans les pays désignés de l’Union européenne.

[5] Deuxièmement, la demanderesse et les intervenantes soutiennent également que dans ses motifs, le Tribunal ne mentionne pas les faits sur lesquels elles se sont fondées à l’appui de la position selon laquelle la conclusion rendue par le Tribunal en 1993 devrait être prorogée. En particulier, elles soutiennent que, dans ses motifs, le Tribunal ne tient pas compte de la propension des défenderesses à exporter les marchandises en question au Canada, comme le laisse directement entendre la preuve présentée par les témoins des défenderesses et comme il est possible de l’inférer par suite des conclusions de dumping rendues contre certaines défenderesses par d’autres administrations, de

[6] In so far as the applicant's challenge to the Tribunal's decision rests on omissions from its reasons, the Tribunal can be said to have committed an error of law reviewable under paragraph 18.1(4)(c) [as enacted *idem*], on the ground that it had failed to discharge the duty imposed by subsection 76(4) to provide reasons for its decisions and had not taken into account facts that it was required to consider.

B. THE TRIBUNAL'S DECISION

[7] Subsection 76(4) does not specify the facts that must be proved before the Tribunal renders a decision to continue or rescind an earlier finding. Its direction to the Tribunal to make an order "as the circumstances require" clearly leaves it a substantial measure of discretion. Nonetheless, following its previous decisions the Tribunal stated in this case that, in exercising its discretion it had had regard to two questions: first, was it likely that, if its earlier order were rescinded, dumping would resume; second, if it was, was it likely to cause material injury to domestic producers of like goods?

[8] In the instant case the Tribunal was not satisfied that, if the duties imposed in 1993 were lifted, the respondents were likely to resume dumping, thus making it unnecessary to proceed to the second question. In reaching this conclusion the Tribunal particularly relied on the existence of buoyant home markets for the subject goods. Thus, it found that in both the European Union, of which four of the named exporting countries were members, and in South America, where one exporter was located, economic growth had strengthened demand for the subject goods and pushed up prices. Further, the European Union exporters faced diminished low-price competition from Eastern European producers as a result of bilateral agreements negotiated by the European Union.

l'augmentation du volume d'exportation des marchandises en question provenant des pays désignés, des liens étroits qui existent entre les exportateurs et les importateurs et de la structure commerciale passée.

[6] Dans la mesure où la demanderesse conteste la décision du Tribunal en se fondant sur les questions qui ont été omises dans ses motifs, il est possible de dire que le Tribunal a commis une erreur de droit susceptible de révision en vertu de l'alinéa 18.1(4)c) [édicte, *idem*] parce qu'il ne s'est pas acquitté de l'obligation qui lui était imposée par le paragraphe 76(4) de rendre une décision motivée et qu'il n'a pas tenu compte de faits qu'il devait examiner.

B. LA DÉCISION DU TRIBUNAL

[7] Le paragraphe 76(4) ne précise pas les faits qui doivent être établis pour que le Tribunal décide de proroger ou d'annuler une décision antérieure. Cette disposition prévoit que le Tribunal doit rendre une ordonnance «selon le cas», mais elle laisse clairement au Tribunal un pouvoir discrétionnaire étendu à cet égard. Néanmoins, suivant ses décisions antérieures, le Tribunal a dit en l'espèce qu'en exerçant son pouvoir discrétionnaire, il avait tenu compte de deux questions: à savoir s'il était probable, advenant l'annulation de son ordonnance antérieure, que le dumping reprenne et, dans l'affirmative, si cela était susceptible de causer un dommage sensible aux producteurs nationaux de marchandises similaires.

[8] En l'espèce, le Tribunal n'était pas convaincu que, si les droits imposés en 1993 étaient levés, les défenderesses reprendraient probablement le dumping, de sorte qu'il était inutile d'examiner la seconde question. En rendant cette conclusion, le Tribunal s'est fondé en particulier sur l'existence de marchés nationaux dynamiques pour les marchandises en question. Il a donc conclu qu'au sein de l'Union européenne, dont étaient membres quatre des pays exportateurs désignés, et en Amérique du Sud, où un exportateur était établi, la croissance économique avait eu pour effet d'affermir la demande des marchandises en question et de faire monter les prix. En outre, les exportateurs de l'Union européenne faisaient face à une concurrence à prix réduit moins forte de la part

[9] In addition, the Tribunal made findings that there had been an overall reduction in steel production in the European Union in accordance with its policy. As far as the four named countries and producers were concerned, some had reduced their capacity, others' capacity had remained stable, while in one instance there was an increased capacity.

[10] On the basis of global and country specific analyses, the Tribunal concluded that all of these factors had resulted in a high capacity utilization rate for steel mills in the relevant countries, which made it unlikely that they would resume dumping in Canada.

[11] In contrast to these conditions, during the economic recession in the early 1990s there had been an oversupply of the subject goods on the world market and falling prices, which must have been important factors in the Tribunal's 1993 finding that dumping had caused injury to the domestic producers.

C. ISSUES AND ANALYSIS

[12] An initial issue is the standard of review to be applied by the Court to the findings made by the Tribunal. The applicant, and the other domestic producers who have intervened in support of the applicant's position, submit that the standard applicable here requires closer scrutiny by the Court than "patent unreasonableness", because the SIMA no longer contains the finality clause that protected the decisions of the Tribunal's predecessor when the Supreme Court of Canada in *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324 pronounced this to be the standard.

[13] On the other hand, the respondents allege that the existence of a finality, or any other kind of preclusive clause, is but one of the factors to be

des producteurs de l'Europe de l'Est par suite d'accords bilatéraux négociés par l'Union européenne.

[9] De plus, le Tribunal a conclu qu'il y avait eu une réduction générale de la production d'acier au sein de l'Union européenne, conformément à sa politique. En ce qui concerne les quatre pays désignés et les producteurs, certains avaient réduit leur capacité, la capacité d'autres était demeurée stable, alors que dans un cas, il y avait eu une augmentation de la capacité.

[10] En se fondant sur des analyses globales et sur des analyses de pays individuels, le Tribunal a conclu que tous ces facteurs avaient donné lieu à un taux élevé d'utilisation de la capacité pour les aciéries dans les pays concernés, de sorte qu'il était peu probable que ces pays reprennent le dumping au Canada.

[11] Par contre, pendant la récession économique du début des années 1990, il y avait une offre excédentaire des marchandises en question sur le marché international et une chute des prix, ce qui devait constituer des facteurs importants dans la conclusion rendue par le Tribunal en 1993, à savoir que le dumping avait causé un préjudice aux producteurs nationaux.

C. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

[12] Il faut au départ déterminer la norme de révision que la Cour doit appliquer aux conclusions rendues par le Tribunal. La demanderesse et les autres producteurs nationaux qui sont intervenus à l'appui de la position de la demanderesse soutiennent que la norme qui s'applique en l'espèce exige de la part de la Cour un examen plus approfondi que dans le cas de la décision «manifestement déraisonnable», parce que la LMSI ne renferme plus la clause d'irrévocabilité qui protégeait les décisions du prédécesseur du Tribunal lorsque la Cour suprême du Canada a statué que telle était la norme, dans l'affaire *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324.

[13] D'autre part, les défenderesses allèguent que l'existence d'une disposition d'irrévocabilité, ou tout autre genre de clause limitative, ne constitue que l'un

considered in conducting a pragmatic or functional analysis. Thus, in *Canadian Pasta Manufacturers' Assn. v. Aurora Importing & Distributing Ltd.*, [1997] F.C.J. No. 115 (C.A.) (QL), paragraphs 5 and 6, this Court applied the standard of patent unreasonableness to a decision made by the Tribunal after amendments to the SIMA had removed the finality clause, on the ground that other elements of the pragmatic or functional analysis (the statutory scheme, the subject-matter of the inquiry and the specialized nature of the Tribunal) were still in place.

[14] In our opinion where, as here, a federal administrative tribunal's decision is impugned on the ground that it is based on findings of fact that are not supported by the evidence, the starting point of the analysis must be the standard of review prescribed in paragraph 18.1(4)(d) of the *Federal Court Act*. That is, the question is whether the Tribunal's finding was "made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it": see, for example, *Re Rohm & Haas Canada Ltd. and Anti-dumping Tribunal* (1978), 91 D.L.R. (3d) 212 (F.C.A.).

[15] It does not seem to us to advance matters appreciably to try to determine whether this equates to a "patently unreasonable" or an "unreasonable simpliciter" standard. Indeed, there is a danger that an inquiry of that kind may serve to divert the Court's attention from a careful consideration of the words in which Parliament has formulated the standard of review for the factual findings on which federal administrative tribunals base their decisions.

[16] However, this is not to say that the words of paragraph 18.1(4)(d) are self-applying. Far from it. It is certainly useful to approach the question of giving more specific content to the statutory language by considering the common law standard for reviewing findings of fact and the factors that are included in a pragmatic or functional analysis. In our view, three factors suggest that in this case the Court should be particularly reluctant to intervene in the Tribunal's

des facteurs dont il faut tenir compte en effectuant une analyse pragmatique et fonctionnelle. Ainsi, dans l'arrêt *Assoc. canadienne des fabricants de pâtes alimentaires c. Aurora Importing & Distributing Ltd.*, [1997] A.C.F. n° 115 (C.A.) (QL), aux paragraphes 5 et 6, cette Cour a appliqué la norme du caractère manifestement déraisonnable à une décision rendue par le Tribunal alors que, par suite des modifications apportées à la LMSI, la clause d'irrévocabilité avait été supprimée, pour le motif que les autres éléments de l'analyse pragmatique et fonctionnelle (l'économie de la loi, l'objet de l'enquête et la nature spécialisée du tribunal) étaient toujours présents.

[14] À notre avis, lorsque, comme c'est ici le cas, la décision d'un tribunal administratif fédéral est contestée pour le motif qu'elle est fondée sur des conclusions de fait qui ne sont pas étayées par la preuve, le point de départ de l'analyse doit être la norme de révision prescrite à l'alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur la Cour fédérale*, c'est-à-dire qu'il s'agit de savoir si la conclusion du Tribunal était «tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispos[ait]» voir, par exemple, *Re Rohm & Haas Canada Ltd. et Tribunal antidumping* (1978), 91 D.L.R. (3d) 212 (C.A.F.).

[15] À notre avis, essayer de déterminer si cela équivaut à la norme concernant la décision «manifestement déraisonnable» ou simplement à la norme concernant la décision «déraisonnable» ne nous avance pas beaucoup. De fait, une enquête de ce genre risque d'amener la Cour à ne pas examiner d'une façon minutieuse le libellé que le législateur a employé pour formuler la norme de révision qui s'applique aux conclusions factuelles sur lesquelles les tribunaux administratifs fédéraux fondent leurs décisions.

[16] Toutefois, cela ne veut pas pour autant dire que le libellé de l'alinéa 18.1(4)d) s'applique d'une façon autonome. Loin de là. Il est certes utile d'aborder la question, lorsque l'on cherche à donner un contenu plus précis au texte législatif, en tenant compte de la norme de common law qui s'applique à la révision des conclusions de fait et des facteurs qui sont inclus dans une analyse pragmatique ou fonctionnelle. À notre avis, trois facteurs laissent entendre qu'en l'espèce, la

decision.

[17] First, the Tribunal's decision was made in the exercise of the subjective discretion conferred by subsection 76(4), which permits it to make an order "as the circumstances require". Of course, when a tribunal bases a discretionary decision on findings of fact, a reviewing court must examine those findings to ensure that they are rationally based on the material before the tribunal: *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159, at page 178. Nonetheless, the Tribunal's underlying discretion inevitably increases its authority to determine what weight to assign to the various factors, and may make it easier to satisfy a reviewing court that, even if one or other of its specific findings of fact were vulnerable, the Tribunal's ultimate decision would still be supportable on the basis of the other material before it.

[18] Second, as should be apparent from the nature of the domestic producers' challenge, the facts in dispute in this case are manifestly within the expertise of the CITT, and unless the Court exercises a very high degree of restraint and resists the domestic producers' invitation to subject the findings to close scrutiny by scouring through the record, it runs the risk of second-guessing the conclusions reached by the specialized Tribunal.

[19] Third, the Court should be particularly deferential towards the findings made by the Tribunal that are in dispute here because of the important part played in the fact-finding process of the CITT by staff research and by the extensive written submissions made in response to it, often on facts of a general nature such as market conditions in foreign countries as they affect subject goods.

[20] In short, the observation in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at pages 853-854, paragraphs 53-54, that

Cour devrait hésiter d'une façon toute particulière à intervenir dans la décision du Tribunal.

[17] Premièrement, la décision du Tribunal a été rendue dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire subjectif conféré par le paragraphe 76(4), qui permet au Tribunal de rendre une ordonnance «selon le cas». Bien sûr, lorsqu'un tribunal fonde une décision discrétionnaire sur des conclusions de fait, la cour de révision doit examiner ces conclusions de façon à s'assurer qu'elles sont rationnellement fondées sur les éléments dont disposait le Tribunal: *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159, à la page 178. Néanmoins, le pouvoir discrétionnaire sous-jacent du tribunal a inévitablement pour effet d'accroître son pouvoir lorsqu'il s'agit de déterminer l'importance à attribuer aux divers facteurs, et peut convaincre plus facilement une cour de révision que, même si l'une ou l'autre des conclusions de fait précises qu'il a tirées était vulnérable, la décision finale du tribunal pourrait encore être étayée compte tenu des autres éléments mis à sa disposition.

[18] Deuxièmement, comme la nature de la contestation des producteurs nationaux devrait le montrer, les faits en litige en l'espèce relèvent manifestement des connaissances spéciales du TCCE et, à moins que la Cour ne fasse preuve d'une grande retenue et ne résiste à l'invitation des producteurs nationaux de soumettre les conclusions à un examen minutieux en dépouillant le dossier, elle risque de reconsidérer les conclusions tirées par le tribunal spécialisé.

[19] Troisièmement, la Cour devrait faire preuve d'une retenue particulière à l'égard des conclusions du Tribunal qui sont ici en litige parce que les recherches du personnel et les longues observations écrites qui ont été présentées en réponse, portant souvent sur des faits d'une nature générale comme la conjoncture du marché dans les pays étrangers relativement aux marchandises en question, ont eu un rôle important dans le processus d'appréciation des faits du TCCE.

[20] Bref, les remarques qui ont été faites dans la décision *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, aux pages

there is not always a bright line to be drawn between questions of statutory interpretation and discretion is equally true of the distinction between fact and discretion. Finding facts on issues of a specialist nature, or making predictions, inevitably involves the exercise of judgment or discretion.

[21] Hence, the Court should be very reluctant to set aside a decision by virtue of the inferences drawn by the Tribunal from the material before it or to insist that the Tribunal's reasons canvass all the material on which the applicant and the interveners relied, when that which the Tribunal regarded as particularly important, and on which it evidently based its decision, was sufficient to provide a rational basis for it.

[22] Accordingly, in order to establish that the Tribunal committed a reviewable error the applicant and the interveners must demonstrate on the balance of probabilities that the Tribunal's finding that dumping was likely to resume if the original finding were rescinded was not rationally supported by any material before it. Thus, even if the Tribunal committed a reviewable error on some of its findings of fact, its decision to rescind will still be upheld if there were other facts on which it could reasonably base its ultimate conclusion.

[23] Moreover, the discretionary nature of the decision and the relevance of the Tribunal's expertise reduce the detail with which the Tribunal is required to deal in its reasons with each and every factor on which the domestic industry relied in its representations. The Tribunal is neither legally obliged to be satisfied on each of the factors that it typically considers when making a finding on the likelihood of dumping, nor to explain the reasons for its conclusion on a given factor simply because the parties have presented evidence on it.

853 et 854, paragraphes 53 et 54, à savoir qu'il n'y a pas toujours de démarcation très nette entre les questions d'interprétation légale et le pouvoir discrétionnaire, s'appliquent également à la distinction qui est faite entre un fait et un pouvoir discrétionnaire. Apprécier des faits portant sur des questions spéciales ou faire des prédictions fait inévitablement appel au jugement ou à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

[21] Par conséquent, la Cour devrait hésiter à infirmer une décision par suite des inférences que le Tribunal a faites à partir des éléments dont il disposait ou à insister pour que, dans ses motifs, le Tribunal examine tous les éléments sur lesquels la demanderesse et les intervenantes se fondent, alors que les éléments que le Tribunal considérait comme particulièrement importants et sur lesquels il a de toute évidence fondé sa décision étaient suffisants pour servir de fondement rationnel à sa décision.

[22] Par conséquent, afin d'établir que le Tribunal a commis une erreur susceptible de révision, la demanderesse et les intervenantes doivent démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que la conclusion du Tribunal selon laquelle le dumping allait probablement reprendre si la conclusion initiale était annulée n'était pas rationnellement étayée par les éléments dont le Tribunal disposait. Par conséquent, même si le Tribunal a commis une erreur susceptible de révision à l'égard de certaines conclusions de fait, la décision qu'il a rendue au sujet de l'annulation serait néanmoins confirmée s'il y avait d'autres faits sur lesquels il était raisonnablement possible de fonder sa conclusion finale.

[23] En outre, la nature discrétionnaire de la décision et la pertinence des connaissances spéciales du Tribunal ont pour effet de réduire l'importance que le Tribunal est tenu d'accorder dans ses motifs à l'égard de chaque facteur sur lequel la branche de production nationale s'est fondée dans ses observations. Le Tribunal n'est pas légalement tenu d'être convaincu à l'égard de chacun des facteurs qu'il examine normalement lorsqu'il rend une conclusion sur la probabilité du dumping, et il n'est pas tenu non plus d'expliquer les motifs sur lesquels est fondée sa conclusion au sujet d'un facteur donné simplement parce que les parties ont présenté des éléments de preuve à ce sujet.

[24] Accordingly, it cannot be inferred from the fact that the reasons do not discuss a factor on which the Tribunal heard evidence that it must therefore have failed to consider it. A tribunal that is subject to a duty to give reasons, as is the CITT by virtue of subsection 76(4), must, of course, provide adequate reasons, but this does not mean that it must deal with every issue raised before it. Rather, it must explain its conclusion on those issues that are of central importance to the decision.

[25] Given the discretionary nature of the Tribunal's decision-making power under subsection 76(4), it is impossible in the abstract to say that any one of the factors typically considered by the Tribunal in these cases is so intrinsically important that it must always be dealt with in the Tribunal's reasons, whenever it is put in issue by the parties. It is for the Tribunal to determine the significance of any given factor in light of its conclusions on other factors.

[26] The burden is on the applicant to demonstrate that any factor on which the Tribunal did not make a reasoned finding was, on the facts of this case, of such manifest importance that the Tribunal was bound in law to deal with it expressly in its reasons for decision. We are not persuaded by counsel's submissions that the Tribunal committed an error that justifies our intervention by setting the decision aside and remitting the matter to the Tribunal for either redetermination or a clarification of its reasons.

[27] Of the errors of fact allegedly made by the Tribunal in this case, counsel appeared to attach most significance to the Tribunal's findings on the reduction of steel production capacity, especially by British Steel and other producers within the European Union. It was suggested that the Tribunal itself regarded this as a very important factor because it characterized it as one that "transcends country borders" and had an impact on all four of the countries within the European Union that were named in the original finding. Accordingly, it was argued, an error by the Tribunal on its most

[24] Par conséquent, on ne saurait inférer que le Tribunal n'a pas tenu compte d'un facteur en se fondant sur le fait qu'il ne l'a pas examiné dans ses motifs, et ce, même si une preuve lui a été présentée à cet égard. Un tribunal qui est tenu de motiver ses décisions, comme le TCCE est tenu de le faire en vertu du paragraphe 76(4), doit bien sûr fournir des motifs adéquats, mais cela ne veut pas pour autant dire qu'il doit examiner toutes les questions qui ont été soulevées devant lui. Le tribunal doit plutôt expliquer la conclusion qu'il rend à l'égard des questions qui ont une importance cruciale aux fins de sa décision.

[25] Étant donné la nature discrétionnaire du pouvoir décisionnel conféré au Tribunal par le paragraphe 76(4), il est impossible de dire dans l'abstrait que l'un des facteurs dont le Tribunal tient normalement compte dans les cas de ce genre a en soi une si grande importance que le Tribunal doit toujours en parler dans ses motifs, dès que les parties soulèvent la question. Il appartient au Tribunal de déterminer l'importance d'un facteur donné à la lumière des conclusions tirées au sujet des autres facteurs.

[26] Il incombe à la demanderesse de démontrer que tout facteur à l'égard duquel le Tribunal n'a pas rendu une conclusion motivée avait, eu égard aux faits de l'affaire, une importance si manifeste que le Tribunal était tenu en droit d'en parler expressément dans les motifs de sa décision. Les arguments des avocats ne réussissent pas à nous convaincre que le Tribunal a commis une erreur nous permettant d'intervenir en infirmant sa décision et en lui renvoyant l'affaire pour qu'il effectue un nouvel examen ou pour qu'il donne des précisions.

[27] Parmi les erreurs de fait que le Tribunal a censément commises en l'espèce, les avocats ont semblé accorder une importance particulière aux conclusions qui ont été rendues au sujet de la réduction de la capacité de production d'acier, en particulier par British Steel et par d'autres producteurs au sein de l'Union européenne. Il a été soutenu que le Tribunal lui-même estimait que c'était un facteur très important parce qu'il a dit que ce facteur «dépasse les frontières des pays» et qu'il avait des répercussions sur les quatre pays de l'Union européenne qui étaient dési-

important finding tainted the rest.

[28] This is not what we understand the Tribunal to have meant. In our view, the Tribunal attached at least as much importance, and probably more, to the *strengthened demand for the subject goods in a period of economic upswing and rising prices, high capacity utilization and decreased competition from eastern Europe*. And, since the Tribunal's findings on these issues were not challenged, we cannot conclude that the Tribunal's decision had no rational basis on the evidence when it is considered as a whole.

[29] In any event, we are not satisfied that the Tribunal's findings on reductions of production capacity are either so clearly contrary to the evidence or contradictory as to constitute reviewable error, especially bearing in mind the very high measure of deference that must be afforded to findings of facts within the Tribunal's expertise.

[30] For example, we can see that some of the answers given by Mr. Heller, a witness called on behalf of the German exporters, were somewhat ambiguous and that he appeared rather late. Nonetheless, it was not unreasonable for the Tribunal to have concluded from his evidence that the European Union had had a policy of reducing production capacity, which was to be achieved in part by privatization of the industry, and that the implementation of these policies, while not complete, had resulted in a reduction of steel production capacity within the European Union of some 19 million tonnes, including a reduction by British Steel.

[31] Nor do we agree that there is any necessary inconsistency in the statements made by the Tribunal in its reasons to the effect that there had been a reduction in carbon steel capacity since 1988, and that

gnés dans la conclusion initiale. Par conséquent, a-t-il été soutenu, puisque le Tribunal a commis une erreur à l'égard de sa conclusion la plus importante, cela a pour effet de vicier le reste de la décision.

[28] Nous ne croyons pas que c'était ce que le Tribunal voulait dire. À notre avis, le Tribunal a attaché au moins autant d'importance, sinon plus, à l'augmentation de la demande pour les marchandises en question au cours d'une période de remontée économique et de hausse des prix, d'utilisation élevée de la capacité et de diminution de la concurrence de l'Europe de l'Est. Étant donné que les conclusions rendues par le Tribunal sur ces questions n'ont pas été contestées, nous ne pouvons conclure que la décision du Tribunal n'était pas rationnellement fondée eu égard à l'ensemble de la preuve.

[29] De toute façon, nous ne sommes pas convaincus que les conclusions que le Tribunal a rendues au sujet de la réduction de la capacité de production sont si clairement contraires à la preuve ou si contradictoires qu'elles constituent une erreur susceptible de révision, étant donné en particulier la grande retenue dont il faut faire preuve à l'égard des conclusions de fait relevant des connaissances spéciales du Tribunal.

[30] Ainsi, nous sommes en mesure de constater que certaines réponses données par M. Heller, un témoin qui a été assigné pour le compte des exportateurs allemands, étaient plutôt ambiguës et que le témoin a comparu plutôt tardivement. Néanmoins, il n'était pas déraisonnable pour le Tribunal de conclure à partir de cette preuve que l'Union européenne avait comme politique de réduire la capacité de production, cet objectif devant en partie être atteint au moyen de la privatisation de l'industrie, et que la mise en œuvre des politiques en cause, même si elle n'était pas complète, avait entraîné au sein de l'Union européenne une réduction de la capacité de production d'acier d'environ 19 millions de tonnes, y compris une réduction de la production de British Steel.

[31] Nous ne sommes pas non plus d'accord pour dire que les remarques que le Tribunal a faites dans ses motifs au sujet de la réduction de la capacité de production d'acier au carbone depuis 1988 et du fait

since 1994 capacity had been stable. The figures deal with somewhat different time periods and goods.

[32] It was also argued that the Tribunal erred in law when it took into account British Steel's reduction in capacity, because this had not occurred in the years immediately preceding the Tribunal's decision in 1998. Any reduction had occurred prior to the 1993 decision when the Tribunal had found that there had been injurious dumping.

[33] In our view this does not amount to reviewable error since the Tribunal has substantial discretion in the weight that it gives to the material before it and the inferences that it draws from it. It was surely open to the Tribunal to take into account market conditions as they were when it made its original decision, as compared to the different conditions prevailing immediately prior to 1998, especially the high percentage of capacity utilization, buoyant markets and the changes that had occurred in the ownership structure of parts of the industry.

[34] Counsel also challenged the Tribunal's finding that dumping was unlikely from Brazil, because the major Brazilian producer, Usiminas, had a full order book for the rest of 1998 and expected to be fully booked for some time after that. Counsel submitted that the evidence was that a major project was due to be finished in September 1998, and that the other contracts on which Usiminas was relying to use its capacity without exporting to Canada had not yet been finalized. For the following reasons we cannot regard this finding as justifying quashing the Tribunal's decision in respect of Brazil.

[35] First, the Tribunal said no more than that Usiminas expected to have a full order book after 1998. Second, if the evidence did not support the

que, depuis l'année 1994, la capacité était demeurée stable sont nécessairement incohérentes. Les chiffres se rapportent à des périodes et à des marchandises quelque peu différentes.

[32] Il a également été soutenu que le Tribunal avait commis une erreur de droit en tenant compte de la réduction de capacité de British Steel, parce que cela ne s'était pas produit au cours des années qui avaient précédé la décision du Tribunal, en 1998. La réduction datait des années antérieures à la décision de 1993, lorsque le Tribunal avait conclu qu'il y avait eu dumping préjudiciable.

[33] À notre avis, cela n'équivaut pas à une erreur susceptible de révision étant donné que le Tribunal possédait un large pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne l'importance qu'il accorde aux éléments dont il dispose et les inférences en résultant. Il était certes loisible au Tribunal de tenir compte de la conjoncture du marché au moment où il a rendu sa décision initiale, par rapport à la conjoncture juste avant l'année 1998, en particulier du pourcentage élevé d'utilisation de la capacité, des marchés dynamiques et des changements qui étaient survenus dans la structure du capital social de certaines parties de l'industrie.

[34] Les avocats ont également contesté la conclusion du Tribunal selon laquelle il n'y aurait probablement pas de dumping en provenance du Brésil, parce que le carnet de commandes du principal producteur brésilien, Usiminas, était rempli jusqu'à la fin de l'année 1998 et devait demeurer rempli quelque temps par la suite. Les avocats ont soutenu que, selon la preuve, un projet important devait être mené à terme au mois de septembre 1998, et que les autres contrats sur lesquels Usiminas comptait pour utiliser sa capacité sans faire d'exportations au Canada n'avaient pas encore été conclus. Pour les motifs ci-après énoncés, nous ne pouvons pas considérer cette conclusion comme justifiant l'annulation de la décision du Tribunal en ce qui concerne le Brésil.

[35] Premièrement, le Tribunal a simplement dit qu'Usiminas s'attendait à ce que son carnet de commandes soit rempli après 1998. Deuxièmement, si la

Tribunal's finding that the Usiminas's order book was already full, only the last three or four months of the year were not already accounted for. Third, there was ample evidence of a strong demand and buoyant market in South America for the subject goods, and hence a rational basis for the Tribunal's conclusion that dumping was unlikely to be resumed if the 1993 finding were rescinded.

[36] We turn now to the complaints that the Tribunal had erred in law by failing to consider the evidence and submissions concerning the connections between the exporters and the importers and their commercial practices, the willingness on the part of British Steel to set its export prices into Canada, if the duties were lifted, without regard to whether they were dumped prices, other allegations and findings of the dumping of steel, and the absence from Canada of exports from the named countries since 1993 when the duties came into effect.

[37] As we have already indicated, the Tribunal was under no legal obligation to deal with these issues in its reasons, despite the evidence adduced on them by the domestic producers, unless it is clear that they were of such importance to the disposition of this case that the Tribunal was obliged to set out its conclusions and, having failed to do so, it could be inferred that they had been overlooked.

[38] In light of the other finding made by the Tribunal indicating that dumping was unlikely (strong demand in the home markets, including the European Union as a whole, high capacity utilization and rising prices), we are of the view that the Tribunal could properly have regarded these other factors, in all the circumstances of this case, as of marginal importance.

[39] For these reasons the application for judicial review is dismissed with costs.

preuve n'était pas la conclusion du Tribunal selon laquelle le carnet de commande d'Usiminas était déjà rempli, on avait uniquement omis de tenir compte des trois ou quatre derniers mois de l'année. Troisièmement, il existait un bon nombre d'éléments de preuve indiquant que la demande était forte et le marché dynamique en Amérique du Sud à l'égard des marchandises en question, et par conséquent, la conclusion du Tribunal selon laquelle il était peu probable que le dumping reprenne si la conclusion rendue en 1993 était annulée était rationnellement fondée.

[36] Nous examinerons maintenant l'allégation selon laquelle le Tribunal a commis une erreur de droit en omettant de tenir compte de la preuve et des arguments concernant les liens existant entre les exportateurs et les importateurs et leurs pratiques commerciales, la volonté de la part de British Steel de fixer ses prix à l'exportation au Canada, si les droits étaient levés, sans tenir compte de la question de savoir s'il s'agissait de prix de dumping, d'autres allégations et conclusions relatives au dumping de l'acier, et le fait qu'il n'y avait pas eu d'exportation en provenance au Canada, des pays désignés depuis 1993, lorsque les droits étaient entrés en vigueur.

[37] Comme il en a déjà été fait mention, le Tribunal n'était pas légalement tenu d'examiner ces questions dans ses motifs, malgré la preuve présentée à ce sujet par les producteurs nationaux, sauf s'il était clair que ces questions étaient tellement importantes aux fins de la décision que le Tribunal était tenu d'énoncer ses conclusions et que, puisqu'il avait omis de le faire, il était possible d'inférer qu'il n'en avait pas tenu compte.

[38] Compte tenu de l'autre conclusion que le Tribunal a rendue, à savoir que le dumping était peu probable (une forte demande sur les marchés nationaux, y compris l'Union européenne dans son ensemble, une utilisation élevée de la capacité et la hausse des prix), nous sommes d'avis que le Tribunal a peut-être à juste titre considéré qu'en égard aux circonstances de l'affaire, ces autres facteurs avaient une importance minime.

[39] Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire est rejetée avec dépens.

A-20-98

A-20-98

Michael Taylor (*Appellant*)**Michael Taylor** (*appelant*)

v.

c.

Attorney General of Canada (*Respondent*)**Procureur général du Canada** (*intimé*)

and

et

The Canadian Jewish Congress (*Intervener*)**Le Congrès juif canadien** (*intervenant*)**INDEXED AS: TAYLOR v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**
(C.A.)**RÉPERTORIÉ: TAYLOR c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**
(C.A.)Court of Appeal, Robertson, Sexton and Evans JJ.A.
—Toronto, January 27; Ottawa, March 6, 2000.Cour d'appel, juges Robertson, Sexton et Evans,
J.C.A.—Toronto, 27 janvier; Ottawa, 6 mars 2000.

Judges and Courts — Judicial immunity from suit — Appeal from dismissal of application for judicial review of CHRC's decision not having jurisdiction to deal with complaint about Ontario Court, General Division Judge's ruling regarding wearing of religious head coverings by spectators at criminal trial — CHRC holding Judge protected by absolute immunity of judges — Appeal dismissed — If judges could be sued for decisions, would be no certain end to disputes, cases would take longer to be heard, resolved, judicial independence would be severely compromised — Need to protect public, not judges, basis for judicial immunity — Judicial immunity not applicable where judge knowingly acting beyond jurisdiction — Impugned order not within exception because Judge not only had jurisdiction under Criminal Code, s. 486 to make order, even if erred in exercise of discretion, thought had jurisdiction — Because order within inherent jurisdiction of court, not administrative act not protected by judicial immunity — Exception to judicial immunity not opening floodgates to vexatious claims as system (motion to strike, summary judgment award of costs) guarding against vexatious claims.

Juges et tribunaux — Immunité judiciaire face à toute poursuite — Appel du rejet d'une demande de contrôle judiciaire de la décision de la CCDP qu'elle n'avait pas compétence pour enquêter sur la plainte portant sur la décision d'un juge de la Cour de l'Ontario (Division générale) au sujet du port d'un couvre-chef pour des motifs religieux par des membres du public assistant à un procès criminel — La CCDP a conclu que le juge était protégé par l'immunité absolue reconnue aux juges — Appel rejeté — Si on pouvait poursuivre les juges pour leurs décisions, il n'y aurait pas de finalité aux décisions réglant les différends, les affaires mettraient encore plus de temps à se rendre à l'audience et au jugement, et l'indépendance judiciaire serait sérieusement battue en brèche — L'immunité judiciaire est fondée sur le besoin de protéger le public et non les juges — L'immunité judiciaire n'est pas acquise à un juge qui savait ne pas agir dans les limites de sa compétence — L'ordonnance contestée n'est pas visée par l'exception, parce que le juge avait la compétence requise de rendre l'ordonnance en cause en vertu de l'art. 486 du Code criminel, même s'il a commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, et il croyait avoir compétence — Comme l'ordonnance se situe dans le cadre du pouvoir inhérent de la Cour, il ne peut s'agir d'un acte administratif non couvert par l'immunité judiciaire — L'exception à l'immunité judiciaire ne donnera pas lieu à une avalanche de réclamations vexatoires, notre système (requête en radiation, jugement sommaire, octroi des dépens) fournissant une protection contre les réclamations vexatoires.

Constitutional law — Fundamental principles — Judicial immunity not inconsistent with Charter equality rights as itself fundamental constitutional principle — In light of constitutional importance of judicial immunity, "bad faith" exception to judicial immunity narrow — Not engaged merely where error in exercise of judicial discretion, as

Droit constitutionnel — Principes fondamentaux — L'immunité judiciaire n'est pas incompatible avec les droits à l'égalité garantis par la Charte, puisqu'elle est un principe constitutionnel fondamental — Au vu de l'importance constitutionnelle de l'immunité judiciaire, l'exception de «mauvaise foi» à l'immunité judiciaire est d'application

herein — Recognition of exception to judicial immunity not opening floodgates to vexatious claims — Legal system providing sufficient protection against totally unmeritorious claims.

Human rights — Appeal from dismissal of application for judicial review of CHRC's decision not having jurisdiction to deal with complaint concerning Ontario Court, General Division Judge's ruling regarding wearing of religious head coverings in Court — O.C.A. holding Judge may have created impression of insensitivity to minority rights, erred in suggesting only certain religious groups protected by Charter — CHRC holding Judge protected by absolute immunity of judges — Neither CHRC nor CHRT providing sufficient safeguards to protect integrity of principle of judicial independence — To afford Commission power to investigate whether Judge acting in judicial capacity would completely destroy judicial immunity, independence — Remedies under CHRA, s. 53(2) if complaint substantiated harmful to unwritten principle of judicial independence — CHRA, s. 41(1)(c), requiring Commission to deal with complaints except those beyond its jurisdiction, preventing Commission from dealing with complaint.

This was an appeal from the Trial Division's dismissal of an application for judicial review of the Canadian Human Rights Commission's decision that it did not have jurisdiction to deal with the applicant's complaint. During the course of a criminal trial, Whealy J. of the Ontario Court, General Division ordered that spectators wearing hats either remove them or leave. The applicant refused to remove his headdress which he wore as part of his religious practice as a Muslim. On a motion by counsel for the accused to permit anyone wearing a head covering for religious reasons to do so during the trial, Whealy J. ordered that the wearing of a headdress would be permitted in court only if it was an article of faith demanded by a well-established and recognizable religious community. Whealy J. also dismissed a second application, supported by the applicant's sworn affidavit explaining the religious purpose of his head covering, to permit the applicant to attend the trial. The applicant complained to both the Canadian Judicial Council and to the Canadian Human Rights Commission. The Council refused to take any action, giving as a reason that Whealy J.'s authority to make the rulings involved legal rights that could not be decided by the Council. The Ontario Court of Appeal allowed the accused's appeal on other grounds, but held that Whealy J. erred in suggesting that only certain religious communities were within the purview of the Charter and in excluding certain members of the public from the courtroom, and that in so doing, he may

très limitée — Elle ne peut être invoquée simplement par suite d'une erreur dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge, comme en l'instance — La reconnaissance d'une exception à l'immunité judiciaire ne donnera pas lieu à une avalanche de réclamations vexatoires — Notre système judiciaire fournit un niveau suffisant de protection face aux revendications totalement injustifiées.

Droits de la personne — Appel du rejet d'une demande de contrôle judiciaire de la décision de la CCDP qu'elle n'avait pas compétence pour enquêter sur la plainte portant sur la décision d'un juge de la Cour de l'Ontario (Division générale) au sujet du port au tribunal d'un couvre-chef pour des motifs religieux — La C.A.O. a conclu que le juge avait pu donner l'impression qu'il ne s'intéressait pas aux droits des minorités en laissant entendre, par erreur, que seules certaines communautés religieuses sont protégées par la Charte — La CCDP a conclu que le juge était protégé par l'immunité absolue reconnue aux juges — Ni la CCDP, ni le TCDP n'offrent de garanties suffisantes pour protéger le principe de l'indépendance judiciaire — Le fait d'accorder à la Commission le pouvoir d'enquêter pour déterminer si le juge a agi en tant que juge détruirait complètement l'immunité judiciaire et l'indépendance de la magistrature — Les réparations prévues à l'art. 53(2) de la LCDP si la plainte est justifiée seraient néfastes pour le principe non écrit de l'indépendance de la magistrature — L'art. 41(1)(c) de la LCDP, qui exige que la Commission enquête sur toute plainte sauf celles qui ne sont pas de sa compétence, exclut toute enquête de la Commission sur la plainte.

En l'espèce, appel est interjeté de la décision prise par la Section de première instance rejetant une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission canadienne des droits de la personne qu'elle n'avait pas compétence pour enquêter sur la plainte du demandeur. Durant un procès criminel, le juge Whealy, de la Cour de l'Ontario (Division générale), a ordonné que les membres du public qui portaient des chapeaux les enlèvent ou sortent. Le demandeur a refusé, déclarant qu'il était de religion musulmane et que le port de son couvre-chef faisait partie de sa pratique religieuse. Suite à une requête présentée par l'avocat de l'accusé pour obtenir que toute personne portant un couvre-chef pour des motifs religieux puisse assister au procès sans avoir à le retirer, le juge Whealy a décidé que les couvre-chefs ne seraient permis en présence du tribunal que s'il s'agissait d'une marque de foi exigée par une communauté religieuse bien établie et reconnue. Le juge Whealy a aussi rejeté une deuxième requête, appuyée par un affidavit souscrit par le demandeur expliquant l'aspect religieux de son couvre-chef, demandant qu'il soit autorisé à assister au procès. Le demandeur a porté plainte au Conseil canadien de la magistrature et à la Commission canadienne des droits de la personne. Le Conseil n'a pris aucune mesure, au motif que les décisions en cause du juge Whealy impliquaient des droits légaux qui ne peuvent faire l'objet d'une décision du Conseil. La Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel de l'accusé pour d'autres motifs,

have inadvertently created the impression of an insensitivity as to the rights of minority groups. Following upon the adverse comments of the Court of Appeal, the Council reconsidered the complaint, ultimately expressing disapproval of Whealy J.'s remarks, but not considering the conduct to be sufficiently serious to warrant any further action. The Canadian Human Rights Commission decided not to deal with the complaint based on the common law principle of absolute immunity of judges. The Federal Court, Trial Division held that Whealy J.'s ruling was made in his capacity as a judge and he was therefore protected by reason of judicial immunity from suit.

The issue was whether the complaint was within the Commission's jurisdiction or was it barred by common law judicial immunity.

Held, the appeal should be dismissed.

Should this Court conclude that the Commission does not have jurisdiction to review Whealy J.'s conduct, the applicant was not left without a remedy. It appears that he could have appealed the order directly to the Supreme Court of Canada by applying for leave to appeal pursuant to *Supreme Court Act*, section 40. He has already lodged a complaint with the Canadian Judicial Council.

If judges could be sued for their decisions, there would be no certain end to disputes, cases would take longer to be heard and resolved thus wasting already scarce judicial resources, and judicial independence would be severely compromised. Accordingly, the basis for judicial immunity is rooted in the need to protect the public, not in a need to protect judges.

It has been suggested that there are limits to judicial immunity. In *Sirros v. Moore*, Lord Denning held that nothing will make a judge liable unless it be shown that he knowingly acted beyond his jurisdiction. While it cannot be said that the Supreme Court of Canada has definitively decided the point, this Court was inclined to accept Lord Denning's exception as good law in Canada. The order did not fall within the "bad faith" exception to judicial immunity because Whealy J. had jurisdiction to make the order under *Criminal Code*, subsection 486(1), which permits a judge to exclude members of the public from the court room where it is in the interest of the maintenance of order, even if it was later determined that he had erred in the exercise of his discretion. Whealy J. made the order because he thought it was necessary to maintain order in the courtroom. Accordingly, Whealy J. had jurisdiction by reason of

mais a déclaré que le juge Whealy avait commis une erreur en laissant entendre que seules certaines communautés religieuses peuvent se prévaloir de la Charte et en interdisant l'accès à la salle d'audience à certains membres du public, et que ce faisant il a pu inadvertance donner l'impression qu'il ne s'intéressait pas aux droits des minorités. Suite aux commentaires négatifs de la Cour d'appel, le Conseil a réexaminé la plainte et a exprimé sa désapprobation face aux commentaires du juge Whealy, mais il n'a pas jugé cette conduite suffisamment sérieuse pour justifier une action ultérieure de sa part. La Commission canadienne des droits de la personne a décidé de ne pas enquêter sur la plainte, compte tenu de l'immunité absolue reconnue aux juges par la common law. La Section de première instance de la Cour fédérale a conclu que la décision du juge Whealy avait été prise en sa qualité de juge et qu'il était en conséquence protégé face à toute poursuite du fait de son immunité judiciaire.

La question en appel est la suivante: la plainte est-elle de la compétence de la Commission, ou est-elle irrecevable du fait de l'immunité judiciaire prévue par la common law?

Arrêt: l'appel est rejeté.

Si la Cour décide que la Commission n'avait pas compétence pour examiner la conduite du juge Whealy, le demandeur n'est pas privé de tout recours. Il appert qu'il aurait pu en appeler de l'ordonnance directement à la Cour suprême du Canada, en demandant l'autorisation d'en appeler en vertu de l'article 40 de la *Loi sur la Cour suprême*. Il a déjà présenté une plainte au Conseil canadien de la magistrature.

Si on pouvait poursuivre les juges pour leurs décisions, il n'y aurait pas de finalité aux décisions réglant les différends, les affaires mettraient encore plus de temps à se rendre à l'audience et au jugement, gaspillant ainsi des ressources judiciaires déjà rares, et l'indépendance judiciaire serait sérieusement battue en brèche. En conséquence, l'immunité judiciaire est fondée sur le besoin de protéger le public et non les juges.

On a dit que l'immunité judiciaire n'est pas absolue. Dans *Sirros v. Moore*, lord Denning a déclaré que rien ne peut rendre un juge sujet à des poursuites sauf la démonstration qu'il savait ne pas agir dans les limites de sa compétence. Bien qu'on ne puisse dire que la Cour suprême du Canada a tranché la question de façon définitive, notre Cour croit qu'il y a lieu d'accepter que l'exception de lord Denning fait partie du droit canadien. L'ordonnance n'est pas visée par l'exception de «mauvaise foi» à l'immunité judiciaire, puisque le juge Whealy avait la compétence requise de rendre l'ordonnance en cause en vertu du paragraphe 486(1) du *Code criminel*, qui autorise un juge à exclure des membres du public d'une salle d'audience dans l'intérêt du maintien de l'ordre, même si on a déterminé plus tard qu'il avait commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Le juge Whealy a rendu l'ordonnance qui lui

Criminal Code, subsection 486(1) and he clearly thought that he had jurisdiction. Thus it was not strictly necessary to decide whether any “bad faith” exception applied to the principle of judicial immunity.

The intervener, Canadian Jewish Congress, submitted that the Court should adopt a distinction between administrative acts, where no judicial immunity applies and judicial acts, where judicial immunity does apply. Whealy J.’s order was not an administrative act. It was judicial and was made with jurisdiction, albeit jurisdiction which the Ontario Court of Appeal concluded had been wrongly exercised. Something that is within the inherent jurisdiction of a Court cannot be an administrative act.

In support of its argument that judicial immunity should be modified to better accord with the Charter and human rights legislation, the intervener relied upon a statement in the Supreme Court of Canada decision in *Nelles v. Ontario* that to accord absolute immunity to prosecutors would strike at the very principle of equality of the law. *Nelles* did not deal with judicial immunity. And judicial immunity is not inconsistent with the Charter as judicial immunity itself is a fundamental constitutional principle. Finally, the exception to absolute immunity established in *Sirros v. Moore* is extremely narrow. Rarely will a plaintiff be able to show that a judge acted with the knowledge that he or she had no jurisdiction. In light of the constitutional importance of judicial immunity, the “bad faith” exception to judicial immunity cannot be engaged merely where a judge errs in the exercise of discretion, as was the case herein. Nor does the recognition of an exception to judicial immunity open the floodgates to vexatious claims. Our legal system provides a sufficient level of protection: frivolous claims can be struck before trial, a defendant can move for summary judgment before trial, and costs can be awarded to discourage totally unmeritorious claims.

As to the proposition that judges may be subject to the provisions of the *Canadian Human Rights Act*, neither the Canadian Human Rights Commission nor the Canadian Human Rights Tribunal possesses sufficient safeguards to protect the integrity of the principle of judicial independence. To afford the Commission the power to investigate whether Whealy J. had acted in a judicial capacity would completely destroy judicial immunity and judicial independence. Once the Commission was seized of an investigation, it could request the Canadian Human Rights Tribunal to inquire into Mr. Taylor’s complaint so long as the Commis-

semblait nécessaire au maintien de l’ordre dans la salle d’audience. En conséquence, le juge Whealy avait compétence en vertu du paragraphe 486(1) du *Code criminel* et il est clair qu’il croyait avoir compétence. Il n’est donc absolument pas nécessaire de décider si le principe de l’immunité judiciaire comporte une exception de «mauvaise foi».

Le Congrès juif canadien, intervenant, soutient que la Cour devrait adopter une distinction entre les actes administratifs, qui ne sont pas couverts par l’immunité judiciaire, et les actes judiciaires, qui sont couverts par l’immunité judiciaire. L’ordonnance du juge Whealy n’était pas un acte administratif. Elle était de nature judiciaire et elle se situait dans le cadre de sa compétence, même si la Cour d’appel de l’Ontario a jugé qu’il avait commis une erreur en l’exerçant. Un acte qui se situe dans le cadre du pouvoir inhérent de la Cour ne peut évidemment pas être un acte administratif.

À l’appui de sa position que l’immunité judiciaire devrait être modifiée pour mieux s’aligner sur la Charte et sur la législation en matière des droits de la personne, l’intervenant cite la Cour suprême du Canada, qui a déclaré dans l’arrêt *Nelles c. Ontario* que le fait d’accorder l’immunité absolue aux poursuivants irait à l’encontre du principe même de l’égalité devant la loi. *Nelles* ne traitait pas de l’immunité judiciaire. L’immunité judiciaire n’est pas incompatible avec la Charte, puisque l’immunité judiciaire est un principe constitutionnel fondamental. Finalement, l’exception à l’immunité absolue établie dans *Sirros v. Moore* est d’application très limitée. Les affaires où un demandeur pourra démontrer qu’un juge a agi en sachant qu’il n’avait pas compétence seront très, très rares. Au vu de l’importance constitutionnelle de l’immunité judiciaire, l’exception de «mauvaise foi» à l’immunité judiciaire ne peut être invoquée simplement parce qu’un juge a commis une erreur dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, ce qui est arrivé en l’instance. De plus, la reconnaissance d’une exception à l’immunité judiciaire ne donnera pas lieu à une avalanche de réclamations vexatoires. Notre système juridique fournit un niveau suffisant de protection: les réclamations frivoles peuvent être radiées avant la tenue d’une instruction, un défendeur peut présenter une requête en jugement sommaire avant la tenue de l’instruction, et les dépens peuvent être accordés de façon à prévenir les revendications totalement injustifiées.

Quant à la suggestion que les juges peuvent être soumis aux dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, ni la Commission canadienne des droits de la personne, ni le Tribunal canadien des droits de la personne n’offrent des garanties suffisantes pour protéger l’intégrité du principe de l’indépendance judiciaire. Le fait d’accorder à la Commission le pouvoir d’enquêter sur le juge Whealy pour déterminer s’il agissait en tant que juge détruirait complètement l’immunité judiciaire et l’indépendance de la magistrature. Une fois la Commission saisie d’une enquête, elle pourrait demander au Tribunal canadien des droits de la

sion was satisfied, having regard to all the circumstances of the complaint, that an inquiry was warranted. If the Tribunal heard the complaint the consequences for judicial independence would be no less dire. Subsection 53(2) of the *Canadian Human Rights Act* establishes several broad remedies made available to the Tribunal if it concludes that a complaint is substantiated. These remedies would be equally harmful to the unwritten constitutional principle of judicial independence, and further serve to highlight the necessity that the principle of judicial immunity applies so as to prevent proceedings against judges before the Commission.

Canadian Human Rights Act, paragraph 41(1)(c) prevents the Commission from dealing with Mr. Taylor's complaint as beyond its jurisdiction.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].
- Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 5, 41(1)(c), 43(2.2) (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 31, s. 63), 49(1) (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 27), 53(2)(a) (as am. *idem*), (b) (as am. *idem*), (c) (as am. *idem*), (e) (as am. *idem*).
- 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].
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 486(1) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 27, s. 203).
- Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 37).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; (1994), 120 D.L.R. (4th) 12; 94 C.C.C. (3d) 289; 34 C.R. (4th) 269; 25 C.R.R. (2d) 1; 175 N.R. 1; 76 O.A.C. 81; *Sirros v. Moore*, [1974] 3 All ER 776 (C.A.); *Scott v. Stansfield* (1868), L.R. 3 Ex. 220; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796; (1989), 94 N.S.R. (2d) 1; 61 D.L.R. (4th) 688; 41 Admin. L.R. 236; 50 C.C.C. (3d) 449; 72 C.R. (3d) 129; 100 N.R. 81; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court (P.E.I.)*, [1997] 3 S.C.R. 3; (1997), 204 A.R.

personne d'instruire la plainte de M. Taylor si elle est convaincue, compte tenu des circonstances relatives à celle-ci, que l'instruction est justifiée. Si le Tribunal était éventuellement saisi de la plainte, les conséquences sur l'indépendance de la magistrature seraient tout aussi catastrophiques. Le paragraphe 53(2) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* prévoit plusieurs réparations que le Tribunal peut obtenir s'il conclut qu'une plainte est justifiée. Ces réparations seraient tout aussi néfastes pour le principe constitutionnel non écrit de l'indépendance de la magistrature et elles permettent d'illustrer pourquoi il est essentiel que l'immunité judiciaire soit invoquée pour empêcher que des procédures soient engagées contre des juges devant la Commission.

L'alinéa 41(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* exclut toute enquête de la Commission sur la plainte de M. Taylor, parce qu'elle n'est pas de leur compétence.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 486(1) (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 203).
- Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 5, 41(1)c) (mod. par L.C. 1995, ch. 44, art. 49), 43(2.2) (édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 63), 49(1) (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 27), 53(2)a) (mod., *idem*), b) (mod., *idem*), c) (mod., *idem*), e) (mod., *idem*).
- 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].
- Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 37).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; (1994), 120 D.L.R. (4th) 12; 94 C.C.C. (3d) 289; 34 C.R. (4th) 269; 25 C.R.R. (2d) 1; 175 N.R. 1; 76 O.A.C. 81; *Sirros v. Moore*, [1974] 3 All ER 776 (C.A.); *Scott v. Stansfield* (1868), L.R. 3 Ex. 220; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; (1989), 94 N.S.R. (2d) 1; 61 D.L.R. (4th) 688; 41 Admin. L.R. 236; 50 C.C.C. (3d) 449; 72 C.R. (3d) 129; 100 N.R. 81; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, [1997] 3 R.C.S. 3; (1997),

1; 156 Nfld. & P.E.I.R. 1; 150 D.L.R. (4th) 577; [1997] 10 W.W.R. 417; 121 Man. R. (2d) 1; 49 Admin. L.R. (2d) 1; 118 C.C.C. (3d) 193; 11 C.P.C. (4th) 1; 217 N.R. 1.

DISTINGUISHED:

Nelles v. Ontario, [1989] 2 S.C.R. 170; (1989), 60 D.L.R. (4th) 609; 41 Admin. L.R. 1; 37 C.P.C. (2d) 1; 71 C.R. (3d) 358; 42 C.R.R. 1; 98 N.R. 321; 35 O.A.C. 161.

CONSIDERED:

R. v. Laws (1998), 41 O.R. (3d) 499; 165 D.L.R. (4th) 301; 18 C.R. (5th) 257 (C.A.); *Bradley v. Fisher* (1872), 13 Wall. 335 (U.S.S.C.); *McC v. Mullan*, [1984] 3 All ER 908 (H.L.); *Morier et al. v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716; (1985), 23 D.L.R. (4th) 1; 17 Admin. L.R. 230; 64 N.R. 46; revg [1983] C.A. 334 (Que. C.A.); *Royer v. Mignault*, [1988] R.J.Q. 670; (1988), 50 D.L.R. (4th) 345; 32 C.R.R. 1; 13 Q.A.C. 39 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. denied [1988] 1 S.C.R. xiii; 50 D.L.R. (4th) viii; *Proulx c. Québec (Procureur général)*, [1997] R.J.Q. 419; (1997), 145 D.L.R. (4th) 394 (C.A.).

REFERRED TO:

Garnett v. Ferrant (1827), 6 B. & C. 611; 108 E.R. 576 (K.B.); *McCann v. The Queen*, [1975] F.C. 272 (C.A.); *Forrester v. White*, 484 U.S. 219 (1988).

AUTHORS CITED

Brun, Henri et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, Cowansville (Qué.) : Éditions Yvon Blais, 1982.
 Friedland, Martin L. *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada*. Ottawa: Canadian Judicial Council, 1995.
Halsbury's Laws of England, vol. 1, 4th ed. London: Butterworths, 1973.

APPEAL from the Trial Division's dismissal of an application for judicial review of the Canadian Human Rights Commission's decision that it did not have jurisdiction to deal with a complaint regarding a ruling by a Justice of the Ontario Court, General Division concerning the wearing of religious head coverings by spectators at a criminal trial (*Taylor v. Canada (Attorney General)* (1997), 155 D.L.R. (4th) 740 (F.C.T.D.)). Appeal dismissed.

204 A.R. 1; 156 Nfld. & P.E.I.R. 1; 150 D.L.R. (4th) 577; [1997] 10 W.W.R. 417; 121 Man. R. (2d) 1; 49 Admin. L.R. (2d) 1; 118 C.C.C. (3d) 193; 11 C.P.C. (4th) 1; 217 N.R. 1.

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Nelles c. Ontario, [1989] 2 R.C.S. 170; (1989), 60 D.L.R. (4th) 609; 41 Admin. L.R. 1; 37 C.P.C. (2d) 1; 71 C.R. (3d) 358; 42 C.R.R. 1; 98 N.R. 321; 35 O.A.C. 161.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

R. v. Laws (1998), 41 O.R. (3d) 499; 165 D.L.R. (4th) 301; 18 C.R. (5th) 257 (C.A.); *Bradley v. Fisher* (1872), 13 Wall. 335 (U.S.S.C.); *McC v. Mullan*, [1984] 3 All ER 908 (H.L.); *Morier et autre c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716; (1985), 23 D.L.R. (4th) 1; 17 Admin. L.R. 230; 64 N.R. 46; inf. [1983] C.A. 334 (C.A. Qué.); *Royer c. Mignault*, [1988] R.J.Q. 670; (1988), 50 D.L.R. (4th) 345; 32 C.R.R. 1; 13 Q.A.C. 39 (C.A.); autorisation d'appel à la C.S.C. refusée [1988] 1 R.C.S. xiii; 50 D.L.R. (4th) viii; *Proulx c. Québec (Procureur général)*, [1997] R.J.Q. 419; (1997), 145 D.L.R. (4th) 394 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Garnett v. Ferrant (1827), 6 B. & C. 611; 108 E.R. 576 (K.B.); *McCann c. La Reine*, [1975] C.F. 272 (C.A.); *Forrester v. White*, 484 U.S. 219 (1988).

DOCTRINE

Brun, Henri et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, Cowansville (Qué.) : Éditions Yvon Blais, 1982.
 Friedland, Martin L. *Une place à part: l'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada*. Ottawa: Conseil canadien de la magistrature, 1995.
Halsbury's Laws of England, vol. 1, 4th ed. London: Butterworths, 1973.

APPEL d'une décision de la Section de première instance rejetant une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission canadienne des droits de la personne qu'elle n'avait pas compétence pour enquêter sur une plainte concernant une ordonnance d'un juge de la Cour de l'Ontario (Division générale), portant sur le port de couvre-chefs pour des motifs religieux par des membres du public assistant à un procès criminel (*Taylor c. Canada (Procureur général)* (1997), 155 D.L.R. (4th) 740 (C.F. 1^{re} inst.)). Appel rejeté.

COUNSEL:

Peter M. Rosenthal and J. R. Richards for appellant.
Richard A. Kramer and Michael H. Morris for respondent.
Ed Morgan for intervener.

SOLICITORS OF RECORD:

African Canadian Legal Clinic, Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.
Ed Morgan, Toronto, for intervener.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

SEXTON J.A.:

INTRODUCTION

[1] Judges are human. Judges make mistakes. While a person generally has a right to appeal a decision that the person considers to be wrong, a corresponding right to sue the judge or to complain to the Canadian Human Rights Commission of the judge's conduct raises many difficult issues.

[2] In our adversarial system, persons frequently feel aggrieved by a judge's decision. If a judge knows that a mistaken decision can lead to personal liability, this could influence his or her decision. A judge may be reluctant to find against the more powerful side.

[3] The matter becomes more complicated when one considers what might constitute an actionable mistake, providing a right to make a claim against a judge. Has a judge made such a mistake if he or she is reversed on appeal? What if the trial judgment is restored on a further appeal? Have the appeal judges committed an actionable mistake? What if both a trial judge and a Court of Appeal are reversed by the Supreme Court of

ONT COMPARU:

Peter M. Rosenthal et J. R. Richards pour l'appellant.
Richard A. Kramer et Michael H. Morris pour l'intimé.
Ed Morgan pour l'intervenant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

African Canadian Legal Clinic, Toronto, pour l'appellant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.
Ed Morgan, Toronto, pour l'intervenant.

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

LE JUGE SEXTON, J.C.A.:

INTRODUCTION

[1] Les juges sont des êtres humains. Les juges font des erreurs. Bien que toute personne ait généralement le droit d'en appeler d'une décision qu'elle considère être erronée, la question de savoir s'il existe un droit de poursuivre un juge ou de se plaindre à la Commission canadienne des droits de la personne de la conduite d'un juge soulève maintes questions difficiles.

[2] Dans notre système contradictoire, il arrive souvent qu'une personne soit mécontente de la décision d'un juge. Si un juge savait qu'une décision erronée pourrait se traduire par une responsabilité personnelle, cela pourrait influencer sa décision. Un juge pourrait avoir des réserves lorsqu'il s'agit de donner tort à la partie la plus puissante.

[3] La question se complique si l'on examine ce qui pourrait constituer une erreur ouvrant droit à des poursuites contre un juge. L'erreur existe-t-elle lorsqu'un juge voit son jugement infirmé en appel? Qu'arrive-t-il si le jugement en première instance est rétabli lors d'un appel ultérieur? Les juges d'appel ont-ils commis une erreur ouvrant droit à une poursuite? Qu'arrive-t-il si le juge de première instance ainsi

Canada? Is there liability on the part of the trial and Appeal Court judges?

[4] Among the most important attributes that judges owe to the public are objectivity, independence and impartiality. These attributes must be protected and any innovative legal principle which permits a litigant to invoke an administrative proceeding that encroaches on these attributes must be carefully scrutinized.

BACKGROUND FACTS

[5] On November 15, 1993, Whealy J. of the Ontario Court, General Division was scheduled to preside over the criminal trial of Dudley Laws. When the courtroom session began, Whealy J. noted that he saw some people wearing hats in the courtroom. He ordered that either the hats be removed or that the people wearing them leave.

[6] On November 22, 1993, the appellant, Mr. Taylor, attended Mr. Laws' trial. After he had been sitting in court for about five minutes, he was approached by a court officer and was told that Whealy J. did not permit persons to wear "hats" in his court. Mr. Taylor told the officer that he was a Muslim and that the headdress was part of his religious practice. The officer told him that there were no exceptions, and that he had to either remove his headdress or leave the court. Mr. Taylor left.

[7] That same day, Whealy J. ruled on a motion brought by Mr. Laws' counsel, who sought an order directing that any person who wore a hat or other head covering for religious reasons could wear such a hat or head covering during Mr. Laws' trial.

[8] In his ruling, Whealy J. held that "it cannot be doubted that a presiding judge not only has the authority but also the duty to oversee the demeanour, solemnity and dignity which must prevail in a superior

que la Cour d'appel voient leur décision commune infirmée par la Cour suprême du Canada? Le juge de première instance et les juges de la Cour d'appel sont-ils susceptibles de poursuites?

[4] Les attributs les plus importants des juges face au public sont l'objectivité, l'indépendance et l'impartialité. Ces attributs doivent être protégés et il y a lieu d'examiner très attentivement tout principe de droit novateur qui autoriserait un justiciable à invoquer une procédure administrative qui empiéterait sur ces attributs.

LE CONTEXTE

[5] Le 15 novembre 1993, le juge Whealy, de la Cour de l'Ontario (Division générale), devait présider le procès criminel de Dudley Laws. À l'ouverture, le juge Whealy a noté le fait que certains membres du public portaient des chapeaux dans la salle d'audience. Il a ordonné qu'on enlève ces chapeaux ou que ceux qui les portaient sortent.

[6] Le 22 novembre 1993, l'appellant, M. Taylor, s'est rendu au procès de M. Laws. Alors qu'il était dans la salle d'audience depuis à peu près cinq minutes, un agent de la Cour s'est approché de lui pour lui dire que le juge Whealy ne permettait pas qu'on porte des «chapeaux» dans la salle d'audience. M. Taylor a déclaré à l'agent qu'il était de religion musulmane et que le port de son couvre-chef faisait partie de sa pratique religieuse. L'agent lui a déclaré qu'on ne faisait aucune exception et que s'il n'enlevait pas son couvre-chef il devrait quitter la salle d'audience. M. Taylor est alors sorti.

[7] Le même jour, le juge Whealy a tranché une requête présentée par l'avocat de M. Laws. Ce dernier cherchait à faire établir que toute personne portant un chapeau, ou autre couvre-chef, pour des motifs religieux, pouvait assister au procès de M. Laws sans avoir à le retirer.

[8] Dans son jugement, le juge Whealy a conclu qu'on [TRADUCTION] «ne pouvait mettre en doute que le juge qui préside avait non seulement la compétence, mais aussi le devoir, d'assurer le respect de la

court of law.”¹ He outlined suitable dress code criteria, one of which was that “male heads must be bare and that if females wear head cover, it must not interfere with other members of the public or be flamboyant.”² He then addressed the circumstances under which members of the public could wear religious head coverings in his courtroom:

Some head coverings, by their shape, colour and design, are obvious and easily recognizable as signalling to the eye an adherent of a well established and recognizable race, culture, national or religious community; one of those communities who is clearly within the purview of the Charter. I am unable to think of any such community who has adopted a headdress which lacks the dignity and uniformity that I have been speaking of. Even among those communities, headdress in court will only be permitted if it is an article of faith demanded by that well established and recognizable religious community.

[9] On November 25, 1993, Mr. Taylor again attempted to enter Whealy J.’s courtroom, and was again denied entry by a court officer.

[10] Mr. Taylor asked Mr. Laws’ counsel to bring a second application to permit him to attend Mr. Laws’ trial. Mr. Laws’ counsel agreed to do so. In support of the motion, Mr. Taylor swore an affidavit explaining the religious purpose of his head covering. Again, Whealy J. dismissed this application, and gave substantially the same reasons offered in his earlier ruling. At trial, Mr. Laws was eventually convicted of most of the offences with which he was charged.³

[11] Mr. Taylor filed a complaint regarding Whealy J.’s conduct with the Ontario Human Rights Commission. The Ontario Human Rights Commission concluded that it could not investigate the complaint because it did not have jurisdiction to do so. It justified its conclusion by reason of the fact that the Ontario Human Rights Commission only has jurisdiction over provincial matters, and that Ontario Court—General Division judges are appointed by the federal government.

solennité et de la dignité dans les comportements devant une cour supérieure de justice»¹. Il a énoncé les critères applicables au protocole vestimentaire, notamment que [TRADUCTION] «les hommes doivent avoir la tête nue; quant aux femmes, si elles portent un couvre-chef, ce dernier ne doit pas être ostentatoire ou gêner les autres membres du public»². Il a alors indiqué dans quelles circonstances les membres du public pouvaient porter des couvre-chefs ayant une signification religieuse dans la salle d’audience:

[TRADUCTION] Certains couvre-chefs sont facilement reconnaissables par leur forme, leur couleur ou leur style, et ils indiquent que la personne qui les porte est membre d’une race, culture, communauté nationale ou religieuse qui est bien établie et reconnue; il s’agit de ces communautés qui sont clairement couvertes par la Charte. Il ne me vient pas à l’esprit qu’aucune de ces communautés aurait adopté un couvre-chef qui n’a pas l’aspect digne et uniforme que je viens de mentionner. Même parmi ces communautés, les couvre-chefs ne seront permis en présence du tribunal que s’il s’agit d’une marque de foi exigée par une communauté religieuse bien établie et reconnue.

[9] Le 25 novembre 1993, M. Taylor a fait une nouvelle tentative pour entrer dans la salle d’audience du juge Whealy et il a été refoulé par un agent de la Cour.

[10] M. Taylor a demandé à l’avocat de M. Laws de présenter une deuxième requête demandant qu’il soit autorisé à assister au procès de ce dernier. L’avocat de M. Laws a accepté de le faire. À l’appui de cette requête, M. Taylor a souscrit un affidavit expliquant l’aspect religieux de son couvre-chef. Le juge Whealy a à nouveau rejeté cette demande, essentiellement pour les mêmes motifs que la première fois. Au procès, M. Laws a été trouvé coupable de la plupart des infractions dont on l’accusait³.

[11] M. Taylor s’est plaint de la conduite du juge Whealy à la Commission ontarienne des droits de la personne. La Commission ontarienne des droits de la personne a conclu qu’elle n’avait pas compétence pour enquêter sur la plainte, au motif que sa compétence ne portait que sur les questions provinciales et que les juges de la Cour de l’Ontario (Division générale) sont nommés par le gouvernement fédéral.

[12] Mr. Taylor then complained of Whealy J.'s conduct to both the Canadian Judicial Council (the Council) and to the Canadian Human Rights Commission (the Commission).

[13] The Council advised Mr. Taylor that it would not take any action on his complaint, saying that "it is apparent that Mr. Justice Whealy took the steps he considered necessary to maintain order in his courtroom." It concluded that "his authority to make these rulings . . . involved legal rights that cannot be decided or reviewed by this Council." It advised him that Whealy J.'s rulings could only be challenged by way of appeal to the Ontario Court of Appeal, something that Mr. Laws, the accused from whose trial Mr. Taylor was excluded, was pursuing.

[14] Mr. Taylor asked the Council to reconsider its refusal to take no action. The Council refused to do so, saying that "rulings made by judges in the independent discharge of their judicial function are best left with the appeal courts." The Council added, however, that "if the Court of Appeal should comment adversely about the conduct of a judge, this Council could well consider whether that conduct was such as would engage the jurisdiction of the Council which, as you know, is to determine whether a recommendation should be made that a judge should be removed from office."

[15] At the Court of Appeal, one of the grounds of appeal raised by Mr. Laws was that Whealy J.'s order to exclude members of the public who wore head coverings "undermined the appearance of a fair trial."⁴ On September 9, 1998, the Ontario Court of Appeal released its decision in Mr. Laws' appeal, in which it quashed Mr. Laws' conviction and ordered a new trial.

[16] In its reasons, the Court of Appeal did not "consider it necessary to form a concluded view"⁵ on whether the exclusion of members of the public who

[12] M. Taylor a alors adressé sa plainte au sujet de la conduite du juge Whealy au Conseil canadien de la magistrature (le Conseil) et à la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission).

[13] Le Conseil a informé M. Taylor qu'il ne prendrait aucune mesure suite à sa plainte, déclarant qu'il [TRADUCTION] «était évident que M. le juge Whealy avait pris les mesures qu'il considérait nécessaires pour assurer le maintien de l'ordre dans la salle d'audience». Il ajoutait en conclusion que [TRADUCTION] «son autorité de prendre les décisions en cause [. . .] implique des droits légaux qui ne peuvent faire l'objet d'un examen ou d'une décision du Conseil». Le Conseil a dit à M. Taylor que les décisions du juge Whealy ne pouvaient être contestées que par la voie d'un appel à la Cour d'appel de l'Ontario. Cette procédure était déjà amorcée à la demande de M. Laws, l'accusé au procès duquel M. Taylor n'avait pu assister.

[14] M. Taylor a demandé au Conseil de réexaminer son refus d'agir. Le Conseil n'a pas donné suite, déclarant que [TRADUCTION] «les décisions prises par des juges lorsqu'ils agissent indépendamment dans le cadre de leurs fonctions judiciaires sont du ressort des cours d'appel». Toutefois, le Conseil a ajouté que [TRADUCTION] «si la Cour d'appel devait faire un commentaire négatif quant à la conduite d'un juge, le Conseil pourrait examiner si cette conduite était d'une nature telle qu'elle serait de la compétence du Conseil qui, comme vous le savez, consiste à déterminer si une recommandation devrait être présentée pour qu'un juge soit révoqué».

[15] En Cour d'appel, un des motifs d'appel présenté par M. Laws était que l'ordonnance du juge Whealy visant à exclure les membres du public qui portaient des couvre-chefs [TRADUCTION] «compromettait l'apparence d'un procès juste»⁴. Le 9 septembre 1998, la Cour d'appel de l'Ontario a rendu sa décision dans l'appel de M. Laws, annulant sa déclaration de culpabilité et ordonnant un nouveau procès.

[16] Dans ses motifs, la Cour d'appel n'a pas [TRADUCTION] «jugé nécessaire d'arriver à une conclusion»⁵ quant à savoir si l'exclusion des membres du

wore head coverings “is in itself sufficient to constitute reversible error,”⁶ in light of its decision to accept Mr. Laws’ appeal on other grounds.⁷ Still, the Court of Appeal did hold that Whealy J. erred in “the exercise of his discretion”⁸ when he distinguished “between a requirement of a particular faith and a chosen religious practice,”⁹ since “[f]reedom of religion under the *Charter* surely extends beyond obligatory doctrine.”¹⁰ The Court also held that Whealy J. erred “in suggesting that only certain communities are clearly within the purview of the *Charter*,”¹¹ adding that “[n]o individuals or religious communities enjoy any less *Charter* protection than the major and recognizable religions.”¹² The Court concluded that “the trial judge erred in excluding certain members of the public from the courtroom,”¹³ and that in so doing, he “may well have inadvertently created the impression of an insensitivity as to the rights of minority groups.”¹⁴

[17] In light of the Court of Appeal’s judgment and the Council’s earlier statement that it could well consider whether Whealy J.’s conduct would engage the jurisdiction of the Council if the Court of Appeal commented adversely about the conduct of a judge, Mr. Taylor wrote to the Council shortly after the Ontario Court of Appeal’s decision was released, and asked that the Council reconsider his complaint.

[18] The Council did so. It sought comments from Whealy J., who advised the Council that he “sincerely regretted if the impression was created that I am insensitive to the rights of minority groups,” and “that is not the case and was never my intent.”

[19] In its review of Mr. Taylor’s complaint, the Council expressed disapproval of the comments Whealy J. made during Mr. Laws’ trial. It did not, however, consider the conduct to be sufficiently serious to warrant any further action by the Council,

public qui portent un couvre-chef [TRADUCTION] «est suffisante en soi pour établir l’existence d’une erreur justifiant une annulation»⁶, compte tenu de sa décision d’accueillir l’appel de M. Laws pour d’autres motifs⁷. Toutefois, la Cour d’appel a décidé que le juge Whealy avait commis une erreur dans [TRADUCTION] «l’exercice de son pouvoir discrétionnaire»⁸ lorsqu’il a établi une distinction [TRADUCTION] «entre les exigences d’une religion particulière et celles d’une pratique religieuse choisie»⁹, puisque [TRADUCTION] «la liberté de religion prévue à la *Charte* couvre certainement beaucoup plus qu’une doctrine obligatoire»¹⁰. La Cour a aussi décidé que le juge Whealy avait commis une erreur [TRADUCTION] «en laissant entendre que seules certaines communautés peuvent se prévaloir de la *Charte*»¹¹, et elle a ajouté que [TRADUCTION] «aucune personne ou communauté religieuse n’est moins protégée par la *Charte* que les grandes religions reconnues»¹². La Cour a conclu que [TRADUCTION] «le juge de première instance avait commis une erreur en interdisant l’accès de la salle d’audience à certains membres du public»¹³ et que, ce faisant, [TRADUCTION] «il a pu par inadvertance donner l’impression qu’il ne s’intéressait pas aux droits de minorités»¹⁴.

[17] Étant donné le jugement de la Cour d’appel et la déclaration du Conseil qu’elle pouvait examiner la question de savoir si la conduite du juge Whealy était de la compétence du Conseil si la Cour d’appel faisait un commentaire négatif au sujet de la conduite d’un juge, M. Taylor a écrit au Conseil peu de temps après la décision de la Cour d’appel de l’Ontario pour demander qu’on réexamine sa plainte.

[18] C’est ce que le Conseil a fait. Il a sollicité le point de vue du juge Whealy. Ce dernier a déclaré au Conseil qu’il [TRADUCTION] «regrettait sincèrement d’avoir pu donner l’impression qu’il ne s’intéressait pas aux droits des minorités [ce qui] n’est pas le cas et n’était certainement pas mon intention».

[19] Dans son examen de la plainte de M. Taylor, le Conseil a exprimé sa désapprobation face aux commentaires faits par le juge Whealy durant le procès de M. Laws. Toutefois, il n’a pas jugé cette conduite suffisamment sérieuse pour justifier une action ultérieure.

such as recommending that Whealy J. be removed from office. The Council's decision is currently the subject of an application for judicial review by Mr. Taylor.

[20] Mr. Taylor's complaint to the Canadian Human Rights Commission was not successful. The Commission decided, pursuant to paragraph 41(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act*,¹⁵ not to deal with the complaint because it considered that the complaint was beyond its jurisdiction. It concluded that it did not have jurisdiction because Whealy J. benefited from the common law absolute immunity for judges.

[21] Mr. Taylor sought judicial review of that decision to the Federal Court, Trial Division [(1997), 155 D.L.R. (4th) 740], which dismissed the application on the basis that Whealy J.'s ruling was made in his capacity as a judge and he was therefore protected by reason of judicial immunity from suit. Mr. Taylor now appeals that decision to this Court. The Canadian Jewish Congress (CJC) was granted leave to intervene in the appeal.

DECISION UNDER APPEAL

[22] In his decision, Dubé J. [at page 744] relied on *Sirros v. Moore*¹⁶ for the proposition that "a judge of a superior court is protected when he is acting in the *bona fide* exercise of his office and under the belief that he has jurisdiction."¹⁷ He held that "[i]t is common ground in the instant case that Judge Whealy acted in the course of duty and, therefore, could not be subjected to an action in damages."¹⁸ He added that section 5 of the *Canadian Human Rights Act*, which makes it a discriminatory practice to deny the provision of goods, services, facilities or accommodation customarily available to the public on a prohibited ground of discrimination, "appear[ed] to be directed to commercial premises,"¹⁹ and "could hardly be said to encompass the conduct of a judge in [a] courtroom."²⁰ Ultimately, he concluded that the Council would be a better forum in which to address Mr. Taylor's

rière de sa part, telle qu'une recommandation que le juge Whealy soit révoqué. La décision du Conseil fait présentement l'objet d'une demande de contrôle judiciaire présentée par M. Taylor.

[20] La plainte de M. Taylor à la Commission canadienne des droits de la personne n'a pas été couronnée de succès. La Commission a décidé qu'en vertu de l'alinéa 41(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*¹⁵, elle ne pouvait enquêter sur cette plainte parce qu'elle n'avait pas compétence. Elle a conclu à cette absence de compétence du fait que le juge Whealy bénéficiait de l'immunité absolue reconnue aux juges par la common law.

[21] M. Taylor a demandé le contrôle judiciaire de cette décision à la Section de première instance de la Cour fédérale [(1997), 155 D.L.R. (4th) 740]. Cette dernière a rejeté la demande au motif que la décision du juge Whealy avait été prise en sa qualité de juge et qu'il était en conséquence protégé face à toute poursuite civile du fait de son immunité judiciaire. C'est cette décision que M. Taylor porte maintenant en appel devant notre Cour. Le Congrès juif canadien (CJC) a obtenu l'autorisation d'intervenir dans cet appel.

LA DÉCISION PORTÉE EN APPEL

[22] Dans sa décision, le juge Dubé [à la page 744] s'est appuyé sur *Sirros v. Moore*¹⁶ où l'on trouve que [TRADUCTION] «les juges des cours supérieures sont protégés lorsqu'ils exercent leurs fonctions de bonne foi et qu'ils croient avoir compétence»¹⁷. Il a conclu qu'il «est bien établi en l'espèce que le juge Whealy a agi dans l'exercice de ses fonctions et qu'il ne peut donc pas faire l'objet d'une action en dommages-intérêts»¹⁸. Il a ajouté que l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, qui porte qu'un fournisseur de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement offerts au public, qui en prive un individu commet un acte discriminatoire, lui semblait «viser les locaux commerciaux»¹⁹, et qu'«on pourrait difficilement affirmer qu'elle s'étend à la conduite d'un juge dans [une] salle d'audience»²⁰. En définitive, il a conclu que le Conseil serait l'instance

complaint. Obviously, Dubé J.'s judgment was released before the Council's final decision summarized above was released.

ISSUE ON APPEAL

Does Mr. Taylor's complaint fall within the jurisdiction of the Commission, or is it barred by common law judicial immunity?

ANALYSIS

Was Mr. Taylor without a remedy?

[23] The CJC began its submissions with the proposition that the harm complained of by Mr. Taylor has been compounded by the fact that he was left without a traditional right to appeal Whealy J.'s decision. The CJC explains that because Mr. Taylor was not a party to the criminal trial that he sought to attend, Mr. Taylor had no recourse to a right of appeal. Accordingly, the CJC submits that should this Court conclude that the Commission may not review Whealy J.'s conduct, Mr. Taylor will be left without a just and appropriate remedy. This, of course, ignores the remedy of lodging a complaint to the Canadian Judicial Council, a remedy of which Mr. Taylor availed himself.

[24] In any event, it appears that Mr. Taylor could have appealed Whealy J.'s order. In *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*,²¹ Lamer C.J. considered the method that third parties should adopt to appeal publication bans made under "common law or legislated discretionary authority."²² He concluded that where a provincial superior court judge issued such a publication ban, the media (and other third parties) could challenge the ban directly to the Supreme Court of Canada by applying for leave to appeal to the Supreme Court, pursuant to section 40 of the *Supreme Court Act*.²³ Therefore, *Dagenais* demonstrates that Mr. Taylor could have sought to appeal Whealy J.'s order, made pursuant to legislated discretionary authority, directly to the Supreme Court of Canada. Mr. Taylor did not do so.

indiquée pour l'examen de la plainte de M. Taylor. Il va de soi que le juge Dubé a rendu son jugement avant la décision finale du Conseil qui est résumée ci-haut.

LA QUESTION EN APPEL

La plainte de M. Taylor est-elle de la compétence de la Commission, ou est-elle irrecevable du fait de l'immunité judiciaire prévue par la common law?

ANALYSE

M. Taylor était-il privé de tout recours?

[23] Le CJC a d'abord soutenu que le préjudice dont M. Taylor se plaint était d'autant plus grand qu'il n'avait pas le recours traditionnel d'en appeler de la décision du juge Whealy. Le CJC explique que, comme M. Taylor n'était pas partie au procès criminel auquel il voulait assister, il n'a aucun droit d'appel. En conséquence, le CJC soumet que si notre Cour décide que la Commission ne peut examiner la conduite du juge Whealy, M. Taylor n'aura alors droit à aucune réparation juste et appropriée. Cette déclaration ne tient pas compte, bien sûr, de la réparation qui consiste à présenter une plainte au Conseil canadien de la magistrature. M. Taylor s'est prévalu de ce droit.

[24] De toute façon, il appert que M. Taylor aurait pu en appeler de l'ordonnance du juge Whealy. Dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*²¹, le juge en chef Lamer a analysé comment les tiers pouvaient en appeler des ordonnances de non-publication prises en vertu d'un «pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative»²². Il a conclu que lorsqu'un juge d'une cour supérieure d'une province prononce une telle ordonnance de non-publication, les médias (et les tiers en général) peuvent demander l'autorisation d'en appeler directement à la Cour suprême en vertu de l'article 40 de la *Loi sur la Cour suprême*²³. Par conséquent, l'arrêt *Dagenais* démontre que M. Taylor aurait pu en appeler de l'ordonnance du juge Whealy, prise en vertu d'un pouvoir discrétionnaire d'origine législative, directement à la Cour suprême du Canada. Il ne l'a pas fait.

The ambit of judicial immunity

[25] Litigants turn to courts and judges to resolve difficult problems where all other means of resolving the dispute have failed. Consequently, as the United States Supreme Court held in *Bradley v. Fisher*,²⁴ courts are often asked to decide cases “involving not merely great pecuniary interests, but the liberty and character of the parties, and consequently exciting the deepest feelings.”²⁵ As that Court also noted, such litigation inevitably produces at least one losing party, who is likely to be disappointed with the result.

[26] Consider what might happen if judges could be regularly sued for decisions that stirred such disappointment. One potential consequence is that a certain end to disputes, one of the primary advantages of resolving disputes by resort to the courts, would never occur. If one action against a judge was dismissed by another judge, the second judge might well be added as a party to the action, and so on, and so on. This consequence was highlighted in *Bradley v. Fisher*, where Field J. commented that an appellate judge who decided that a judge of an inferior jurisdiction was protected by judicial immunity “would be subjected to a similar burden, as he in his turn might also be held amenable by the losing party.”²⁶

[27] Similarly, if judges could be sued by disappointed litigants for damages for allegedly erroneous decisions, every judge would be required to preserve “a complete record of all the evidence produced before him in every litigated case, and of the authorities cited and arguments presented, in order that he might be able to show to the judge before whom he might be summoned by the losing party . . . that he had decided as he did with judicial integrity.”²⁷ If a suit was eventually begun against a judge, much of that judge’s time and energy would then be devoted to defending the suit, rather than to his or her judicial work. Already scarce judicial resources would be lost, and court cases would take even longer to be heard and to be resolved.

La portée de l’immunité judiciaire

[25] Les justiciables se tournent vers les juges et les tribunaux pour obtenir le règlement de problèmes difficiles lorsque toutes les autres voies de règlement d’un litige sont épuisées. En conséquence, comme la Cour suprême des États-Unis l’a constaté dans *Bradley v. Fisher*²⁴, les tribunaux doivent souvent décider d’affaires qui [TRADUCTION] «mettent non seulement en cause des intérêts financiers importants, mais aussi la liberté et la réputation des parties, suscitant ainsi des émotions fortes»²⁵. Elle a aussi noté que de tels litiges se soldent inévitablement par le fait qu’il y a un perdant, qui sera vraisemblablement déçu du résultat.

[26] Voyons ce qui pourrait arriver si on pouvait poursuivre les juges pour leurs décisions en cas de déception. Une des conséquences possibles est que l’un des principaux avantages de recourir aux tribunaux pour régler les différends, savoir la finalité de leurs décisions, disparaîtrait. Si la poursuite contre un juge était rejetée par un autre juge, ce dernier pourrait très bien devenir partie à la poursuite et ainsi de suite. Cette conséquence est mentionnée expressément dans *Bradley v. Fisher*, où le juge Field a déclaré qu’un juge d’appel qui décidait qu’un juge d’instance inférieure était protégé par l’immunité judiciaire [TRADUCTION] «aurait un fardeau similaire, puisqu’à son tour il pourrait être tenu responsable par le perdant»²⁶.

[27] De la même façon, si les justiciables déçus pouvaient poursuivre les juges en dommages-intérêts pour des décisions qu’ils considèrent erronées, chaque juge devrait garder [TRADUCTION] «un dossier complet de toute la preuve qui lui a été présentée dans toutes les affaires qu’il a entendues, ainsi que de la jurisprudence citée et des arguments avancés, afin de pouvoir démontrer à un juge saisi par la partie qui n’a pas eu gain de cause [. . .] que sa décision respectait l’intégrité judiciaire»²⁷. Si une telle poursuite était engagée contre un juge, une bonne partie du temps et de l’énergie de ce dernier devrait être consacrée à sa défense, plutôt qu’à son travail judiciaire. On se priverait ainsi de ressources judiciaires, qui sont déjà rares, et les affaires devant les tribunaux mettraient encore plus de temps à se rendre à l’audience et au jugement.

[28] Finally, the most serious consequence of permitting judges to be sued for their decisions is that judicial independence would be severely compromised. If judges recognized that they could be brought to account for their decisions, their decisions might not be based on a dispassionate appreciation of the facts and law related to the dispute. Rather, they might be tempered by thoughts of which party would be more likely to bring an action if they were disappointed by the result, or by thoughts of whether a groundbreaking but just approach to a difficult legal problem might be later impugned in an action for damages against that judge, all of which would be raised by the mere threat of litigation. In Lord Denning's words, a judge would "turn the pages of his books with trembling fingers, asking himself: 'If I do this, shall I be liable in damages?'"²⁸

[29] Accordingly, the basis for judicial immunity is rooted in the need to protect the public, not in a need to protect judges. In other words, as Lord Denning explained in *Sirros v. Moore*, judicial immunity does not exist because a "judge has any privilege to make mistakes or to do wrong."²⁹ Rather, he held that judges should be free from actions for damages to permit judges to perform their duty "with complete independence and free from fear."³⁰ Similarly, in *Scott v. Stansfield*,³¹ it was explained that judicial immunity is not meant to protect malicious or corrupt judges, but to protect the public:

It is essential in all courts that the judges who are appointed to administer the law should be permitted to administer it under the protection of the law independently and freely, without favour and without fear. This provision of the law is not for the protection or benefit of a malicious or corrupt judge, but for the benefit of the public, whose interest it is that the judges should be at liberty to exercise their functions with independence and without fear of consequences.³²

The "bad faith" exception to judicial immunity

[30] It has been suggested that there are limits to judicial immunity. For instance, in an extract from *Halsbury's Laws of England*,³³ the authors noted:

[28] Finalement, la conséquence la plus grave d'autoriser les poursuites contre les juges suite à leurs décisions est que l'indépendance judiciaire serait sérieusement battue en brèche. Si les juges savaient qu'on peut les poursuivre suite à leurs décisions, celles-ci ne seraient peut-être pas fondées sur un examen objectif des faits et du droit en cause. Elles pourraient peut-être plutôt être influencées par la réalisation que l'une des parties serait plus disposée que l'autre à engager une poursuite si elle était déçue du résultat, ou par l'idée qu'une approche juste, mais innovatrice, à un problème juridique difficile pourrait être contestée par la suite dans une poursuite en dommages-intérêts contre le juge. Tout cela à cause d'une simple menace de procès. Comme le dit lord Denning, un juge devrait [TRADUCTION] «feuilleter ses recueils en tremblant et en se demandant: "Si je prends ce parti, suis-je exposé à une action en responsabilité?"»²⁸.

[29] En conséquence, l'immunité judiciaire est fondée sur le besoin de protéger le public et non les juges. En d'autres mots, comme lord Denning l'a expliqué dans *Sirros v. Moore*, l'immunité judiciaire n'existe pas parce qu'un [TRADUCTION] «juge a le droit de se tromper ou de commettre un impair»²⁹. Plutôt, il a conclu que les juges devraient être immunisés contre toute poursuite en dommages-intérêts afin qu'ils puissent s'acquitter de leurs fonctions [TRADUCTION] «en toute indépendance et sans crainte»³⁰. De la même façon, on a expliqué dans *Scott v. Stansfield*³¹ que l'immunité judiciaire n'a pas pour but de protéger les juges malveillants ou corrompus, mais bien les membres du public:

[TRADUCTION] Dans toutes les cours, il est essentiel que les juges qui ont pour fonction d'appliquer la loi puissent le faire sous la protection de la loi, en toute indépendance et en toute liberté, sans préférence et sans crainte. Cette disposition de la loi n'a pas pour objectif de protéger les juges malveillants ou corrompus, mais bien de protéger le public, dont l'intérêt est que les juges aient toute liberté pour exercer leurs fonctions avec indépendance et sans crainte des conséquences³².

L'exception de «mauvaise foi» à l'immunité judiciaire

[30] On a dit que l'immunité judiciaire n'est pas absolue. Par exemple, on trouve ceci dans *Halsbury's Laws of England*³³:

Whenever protection of the exercise of judicial powers applies, it is so absolute that no allegation that the acts or words complained of were done or spoken *mala fide*, maliciously, corruptly, or without reasonable or probable cause suffices to found an action. The protection does not, however, extend to acts purely extra-judicial or alien to the judicial duty of the defendant

[31] Another view is expressed in H. Brun and G. Tremblay's textbook *Droit constitutionnel*,³⁴ where the authors state that [TRANSLATION] "absolute immunity is a rule of the common law applicable to superior court judges even where bad faith has been alleged."³⁵

[32] In *Sirroos v. Moore*, Lord Denning held [at page 785]:

Each [judge] should be protected from liability to damages when he is acting judicially. Each should be able to do his work in complete independence and free from fear. . . . So long as he does his work in the honest belief that it is within his jurisdiction, then he is not liable to an action. He may be mistaken in fact. He may be ignorant in law. What he does may be outside his jurisdiction—in fact or in law—but so long as he honestly believes it to be within his jurisdiction, he should not be liable. Once he honestly entertains this belief, nothing else will make him liable. He is not to be plagued with allegations of malice or ill-will or bias or anything of the kind. Actions based on such allegations have been struck out and will continue to be struck out. Nothing will make him liable except it be shown that he was not acting judicially, knowing that he had no jurisdiction to do it.

[33] In *McC v. Mullan*, Lord Bridge said:³⁶

It is, of course, clear that the holder of any judicial office who acts in bad faith, doing what he knows he has no power to do, is liable in damages. If the Lord Chief Justice himself, on the acquittal of a defendant charged before him with a criminal offence, were to say, "That is a perverse verdict," and thereupon proceed to pass a sentence of imprisonment, he could be sued for trespass. But, as Lord Esher MR said in *Anderson v. Gorrie* [1895] 1 QB 668 at 670:

“. . . the question arises whether there can be an action against a judge of a Court of Record for doing something

[TRADUCTION] Où que la protection des pouvoirs judiciaires s'applique, elle est si absolue qu'aucune allégation que les actes ou omissions dont on se plaint ont été accomplis ou dits de mauvaise foi, avec malveillance, par corruption ou sans cause raisonnable ou probable suffit à fonder une action. Toutefois, la protection ne s'étend pas aux actes purement extrajudiciaires ou étrangers au devoir judiciaire du défendeur [. . .]

[31] On trouve un autre point de vue dans le manuel de H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel*³⁴, où les auteurs déclarent que «l'immunité judiciaire est un principe de common law applicable aux juges des cours supérieures même en présence d'allégations de mauvaise foi»³⁵.

[32] Dans *Sirroos v. Moore*, lord Denning déclare ceci [à la page 785]:

[TRADUCTION] Tout juge doit être à l'abri de toute action en responsabilité lorsqu'il agit de façon judiciaire. Tout juge devrait être en mesure de travailler en toute indépendance et à l'abri de toute crainte. [. . .] Pour autant qu'il exerce ses fonctions de bonne foi et sincèrement convaincu d'agir dans les limites de sa compétence, il est à l'abri de toute poursuite. Il peut commettre une erreur sur les faits, il peut ne pas connaître le droit, ce qu'il fait peut être hors de sa compétence, en fait ou en droit, mais pour autant qu'il est sincèrement convaincu d'agir dans les limites de sa compétence, il ne doit pas être recherché en responsabilité. Dès qu'il en est sincèrement convaincu, rien d'autre ne peut le rendre sujet à poursuite. Il ne peut être inquiété par des allégations de mauvaise foi, de préjudice ou d'autre chose de semblable. On a déjà radié des actions fondées sur ces allégations et on continuera de le faire. Rien ne peut le rendre sujet à des poursuites sauf la démonstration qu'il n'exerçait pas une fonction judiciaire, en sachant qu'il n'avait pas la compétence d'agir.

[33] Dans *McC v. Mullan*, lord Bridge dit ceci³⁶:

[TRADUCTION] Il est bien sûr manifeste que le titulaire d'un office judiciaire qui agit de mauvaise foi, qui fait quelque chose qu'il sait ne pas avoir la compétence de faire, est sujet à des poursuites en responsabilité. Si le lord juge en chef lui-même, après l'acquiescement d'un prévenu accusé devant lui d'un acte criminel devait dire: «Le verdict est injustifié» et tout de suite condamner le prévenu à une sentence d'emprisonnement, il serait susceptible de poursuite pour atteinte à la personne. Mais, comme le dit le maître de rôles lord Esher, dans l'arrêt *Anderson v. Gorrie* [1895] 1 QB 668, à la p. 670:

«[. . .] la question se pose de savoir s'il est possible de poursuivre un juge d'une cour d'archives qui a fait

within his jurisdiction, but doing it maliciously and contrary to good faith. By the common law of England it is the law that no such action will lie.”³⁷

[34] In *Morier et al. v. Rivard*,³⁸ the Supreme Court of Canada quoted all of the above passages without clearly saying which it agreed with. *Morier et al. v. Rivard* was an appeal from the Quebec Court of Appeal [[1983] C.A. 334]. In its decision, the Quebec Court of Appeal had cited *Sirroos v. Moore* for the proposition that the action at issue should not be dismissed by reason of judicial immunity, since “[j]udicial attitudes to its scope have evolved.”³⁹ It held that “[t]he immunity does not seem to be absolute but to depend largely on the *ultra vires* of the act committed by the judge and on the knowledge which he has that he lacked jurisdiction.”⁴⁰

[35] On appeal to the Supreme Court of Canada, Chouinard J. disagreed with the Quebec Court of Appeal. He concluded that “*Sirroos* does not support the proposition of the Court of Appeal that the immunity is not absolute.”⁴¹ However, later in his judgment, he noted:

It should be noted that neither Lord Bridge of Harwich nor Lord Denning cited authorities in support of the qualification made by them. In any case, it is not necessary to decide the merits of that for the purposes of this appeal.⁴²

[36] Chouinard J. decided it was not necessary in the context of a motion to dismiss, where one must assume that “the facts alleged are true,”⁴³ to determine whether judicial immunity would not apply where it is shown that a judge “was not acting judicially, knowing that he had no jurisdiction to do it”.⁴⁴ He arrived at that conclusion despite the fact that one of the allegations in the plaintiff’s statement of claim was that the defendants, members of the Commission de police du Québec who benefited from a statutory provision that conferred on its members “the same protection and privileges as are conferred upon judges of the Superior Court, for any act done or omitted in the execution of their duty,”⁴⁵ had “knowingly committed a fraud on the law.”⁴⁶

[37] Since *Morier et al. v. Rivard* was decided, the Quebec Court of Appeal has accepted that an

quelque chose qui relève de sa compétence, mais qu’il l’a fait de mauvaise foi et avec malveillance. En vertu de la common law d’Angleterre, il est de règle qu’il ne peut y avoir de poursuite»³⁷.

[34] Dans *Morier et al. c. Rivard*³⁸, la Cour suprême du Canada a cité tous les passages précités sans dire clairement lesquels elle adoptait. *Morier et al. c. Rivard* était une affaire en appel de la Cour d’appel du Québec [[1983] C.A. 334]. Dans sa décision, la Cour d’appel du Québec s’était appuyée sur *Sirroos v. Moore* pour déclarer que la poursuite en cause ne devait pas être rejetée en vertu de l’immunité judiciaire, puisque «[l]a jurisprudence quant à son étendue a évolué»³⁹. Elle a décidé que «[l]’immunité ne serait pas absolue mais dépendrait grandement de l’*ultra vires* de l’acte posé par le juge et de la connaissance que celui-ci avait de l’absence de sa compétence»⁴⁰.

[35] En Cour suprême du Canada, le juge Chouinard a exprimé son désaccord avec la Cour d’appel du Québec. Il a conclu que «*Sirroos* n’appuie pas la proposition de la Cour d’appel à l’effet que l’immunité ne serait pas absolue»⁴¹. Toutefois, il déclare plus loin dans son jugement que:

Il convient de signaler que ni lord Bridge of Harwich, ni lord Denning ne citent d’autorités à l’appui de la réserve qu’ils formulent. Il n’est pas nécessaire de toute façon pour les fins de ce pourvoi d’en décider le bien-fondé.⁴²

[36] Le juge Chouinard a décidé qu’il n’était pas nécessaire dans le cadre d’une requête en irrecevabilité, où l’on doit présumer que «les faits allégués [sont] vrais»⁴³, de décider si l’immunité judiciaire continue à s’appliquer lorsqu’on a démontré qu’un juge «n’exerçait pas une fonction judiciaire, en sachant qu’il n’avait pas la compétence d’agir»⁴⁴. Il est arrivé à cette conclusion, nonobstant le fait que la déclaration du demandeur alléguait notamment que les défendeurs, des membres de la Commission de police du Québec, qui bénéficiaient de la disposition législative accordant à ses membres «la même immunité et [l]es mêmes privilèges que les juges de la Cour supérieure, pour tout acte fait ou omis dans l’exécution de leurs devoirs»⁴⁵, avaient «sciemment commis une fraude à la loi»⁴⁶.

[37] Depuis l’arrêt *Morier et al. c. Rivard*, la Cour d’appel du Québec a décidé qu’il y avait effectivement

exception to judicial immunity indeed exists. In *Royer v. Mignault*,⁴⁷ Rothman J.A. cited *Sirroos v. Moore*; *McC v. Mullan*; and *Morier et al. v. Rivard*, and concluded:

. . . a Superior Court judge is protected by absolute immunity from any civil liability for anything he does or says in the performance of his functions as a judge. He will not be liable in damages unless he acts outside of his jurisdiction knowing that he has no power to do what he does.⁴⁸

[38] Similarly, Professor Friedland in his report *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada*, implicitly supports the notion of a bad faith exception to the absolute immunity rule.⁴⁹

[39] More recently, in *Proulx c. Québec (Procureur général)*,⁵⁰ the Quebec Court of Appeal reiterated its commitment to the *Sirroos v. Moore* exception to judicial immunity:

. . . it cannot be clearly inferred from *Morier* that Chouinard J. adopted the reservations expressed by Lord Denning in *Sirroos v. Moore*, . . . and Lord Bridge of Harwich in *McC v. Mullan*, . . . to the effect that the immunity given the members of the superior courts would not stand in the way of an action in damages against “a judge who in bad faith did something which he knew he did not have the jurisdiction to do” or “a judge who was not acting in the course of his judicial duties knowing that he had no jurisdiction to act” . . . this Court acknowledged the limits to immunity contemplated by the English cases in *Royer v. Mignault*, [1988] R.J.Q. 670, 50 D.L.R. (4th) 345 (C.A.); *Lachance v. Québec*, no. 200-09-000278-942, July 5, 1994 . . .⁵¹

[40] In oral argument, Mr. Taylor and the CJC submitted that Whealy J.’s conduct falls within the bad faith exception to judicial immunity. They conceded that this argument was being raised for the first time in this Court and that it had not been raised in their written material or before Dubé J. They also conceded that the complaint Mr. Taylor had made to the Commission on October 28, 1994, did not allege that Whealy J. had acted in bad faith.

une exception à l’immunité judiciaire. Dans *Royer c. Mignault*⁴⁷, le juge d’appel Rothman a cité *Sirroos v. Moore*; *McC v. Mullan*; et *Morier et al. c. Rivard*, pour conclure que:

[TRADUCTION] [. . .] un juge de la Cour supérieure est protégé par une immunité absolue de toute responsabilité civile, pour tout ce qu’il dit ou fait dans l’exercice de ses fonctions de juge. Il ne peut être poursuivi en dommages-intérêts à moins d’agir hors de sa compétence, en sachant qu’il n’a pas la compétence de faire ce qu’il fait⁴⁸.

[38] De la même façon, dans son rapport *Une place à part: l’indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada*, le professeur Friedland accorde un appui implicite à l’existence d’une exception de mauvaise foi à la règle de l’immunité absolue⁴⁹.

[39] Récemment, la Cour d’appel du Québec a réitéré l’existence de l’exception à l’immunité judiciaire prévue dans *Sirroos v. Moore*, dans l’arrêt *Proulx c. Québec (Procureur général)*⁵⁰:

Bien que l’on ne puisse clairement déduire de l’arrêt *Morier* que le juge Chouinard ait adopté les réserves émises par lord Denning dans l’arrêt *Sirroos c. Moore* [. . .] et lord Bridge of Harwich dans *McC v. Mullan* [. . .] à l’effet que l’immunité reconnue aux membres des cours supérieures n’empêcherait pas de poursuivre en dommages «un juge qui de mauvaise foi ferait quelque chose qu’il sait ne pas avoir la compétence de faire» ou encore «un juge qui n’agissait pas dans l’exécution de ses fonctions judiciaires sachant qu’il n’avait aucune compétence pour agir» [. . .] Notre Cour a admis les limites à l’immunité envisagée par la jurisprudence anglaise dans *Royer c. Mignault*, [1988] R.J.Q. 670, 50 D.L.R. (4th) 345 (C.A.); *Lachance c. Québec*, n° 200-09-000278-942, 5 juillet 1994 [. . .]⁵¹.

[40] Dans leur plaidoirie, M. Taylor et le CJC ont soutenu que la conduite du juge Whealy tombe sous le coup de l’exception de «mauvaise foi» à l’immunité judiciaire. Ils ont admis qu’ils soulèvent cet argument pour la première fois en cette Cour, et qu’il n’en avait pas été question dans leurs documents ou devant le juge Dubé. Ils admettent aussi que la plainte présentée par M. Taylor à la Commission le 28 octobre 1994 ne comportait aucune allégation que le juge Whealy aurait agi de mauvaise foi.

Conclusion on the “bad faith” exception

[41] While it cannot be said that the Supreme Court of Canada has definitively decided the point, I am inclined to accept the proposition that Lord Denning’s exception to judicial immunity is good law in Canada: that is, judicial immunity does not apply where it is shown that a judge knowingly acts beyond his jurisdiction.

Does Judge Whealy’s order fall within the “bad faith” exception?

[42] I do not think that Whealy J.’s order falls within the “bad faith” exception to judicial immunity. The exception does not apply because Whealy J. had jurisdiction to make the order he made.

[43] Whealy J.’s order was authorized by subsection 486(1) of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 203)]. In *R. v. Laws*, the Ontario Court of Appeal recognized that “[t]he relevant statutory enactment regarding exclusion of the public from a courtroom is s. 486(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46,”⁵² which states:

486. (1) Any proceedings against an accused shall be held in open court, but where the presiding judge, provincial court judge or justice, as the case may be, is of the opinion that it is in the interest of public morals, the maintenance of order or the proper administration of justice to exclude all or any members of the public from the court room for all or part of the proceedings, he may so order.

[44] The Ontario Court of Appeal accepted that Whealy J. erred by excluding Mr. Taylor from the courtroom. Nevertheless, subsection 486(1) of the *Criminal Code* gave him jurisdiction to make the order, even if it was later determined that he had erred in the exercise of his discretion. Indeed, in its reasons in *Laws*, the Ontario Court of Appeal noted that Whealy J. had made an error “in relation to the exercise of his discretion.”⁵³

Conclusion au sujet de l’exception de «mauvaise foi»

[41] Bien qu’on ne puisse dire que la Cour suprême du Canada a tranché la question de façon définitive, je crois qu’il y a lieu d’accepter que l’exception de lord Denning à l’immunité judiciaire fait partie du droit canadien, savoir que l’immunité judiciaire ne joue pas lorsqu’on peut démontrer qu’un juge a agi hors de sa compétence en toute connaissance de cause.

L’ordonnance du juge Whealy tombe-t-elle sous le coup de l’exception de «mauvaise foi»?

[42] Je ne crois pas que l’ordonnance du juge Whealy soit visée par l’exception de «mauvaise foi» à l’immunité judiciaire. Cette exception ne s’applique pas, puisque le juge Whealy avait la compétence requise de rendre l’ordonnance en cause.

[43] L’ordonnance du juge Whealy trouve sa justification au paragraphe 486(1) du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 203)]. Dans *R. v. Laws*, la Cour d’appel de l’Ontario a reconnu que [TRADUCTION] «la disposition législative pertinente au sujet du droit d’exclure le public d’une salle d’audience se trouve au paragraphe 486(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46»⁵², qui porte que:

486. (1) Les procédures dirigées contre un prévenu ont lieu en audience publique, mais lorsque le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix qui préside est d’avis qu’il est dans l’intérêt de la moralité publique, du maintien de l’ordre ou de la bonne administration de la justice, d’exclure de la salle d’audience l’ensemble ou l’un quelconque des membres du public, pour toute ou partie de l’audience, il peut en ordonner ainsi.

[44] La Cour d’appel de l’Ontario a convenu que le juge Whealy a commis une erreur en excluant M. Taylor de la salle d’audience. Néanmoins, le paragraphe 486(1) du *Code criminel* lui donnait compétence de rendre une telle ordonnance, même si on a déterminé plus tard qu’il a commis une erreur dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire. En fait, la Cour d’appel de l’Ontario a indiqué, dans le cadre de ses motifs dans l’arrêt *Laws*, que le juge Whealy a commis une erreur [TRADUCTION] «dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire»⁵³.

[45] In the reasons offered for his first ruling, Whealy J. held that “it cannot be doubted that a presiding judge not only has the authority but also the duty to oversee the demeanour, solemnity and dignity which must prevail in a superior court of law,”⁵⁴ language that parallels subsection 486(1) of the *Criminal Code*. It is clear from the following quote that Judge Whealy was making the order because he thought it was necessary to maintain order in the courtroom, one of the purposes of subsection 486(1):

There are, as well, many self-proclaimed and unrecognized forms of religion or cults claiming to be religious which have occurred not only this year, but throughout history. They come and go. Often, to attract attention and new adherents, bizarre, intrusive or simply impolite attire is worn. These religions may exist and may have limited *Charter* protection, but the *Charter* does not guarantee some right to enter and remain in a courtroom where the result is disruptive.

[46] Accordingly, in my view, Whealy J. did not act outside of his jurisdiction. His actions did not reach the point in the example offered above by Lord Bridge, where jurisdiction was clearly lacking.

[47] In his second ruling, Whealy J. noted that “absolutely no case law was put forward to support any of the submissions made by the accused, whether concerning the court’s authority to govern its own process or concerning religious discrimination or any other aspect of the accused’s submissions, even though the court specifically enquired if there was to be any.”⁵⁵ Similarly, in its reasons in *Laws*, the Ontario Court of Appeal noted that any impression of insensitivity created by Whealy J.’s order was inadvertent.⁵⁶ Accordingly, in my view, this is not a case where Whealy J. neither believed he was without jurisdiction nor lacked jurisdiction. Rather, he in fact did have jurisdiction by reason of subsection 486(1) of the *Criminal Code*, and he clearly thought he had jurisdiction. Thus, in this case, it is strictly not necessary to decide whether any “bad faith” exception applies to the principle of judicial immunity.

[45] Dans les motifs qu’il a présentés pour sa première décision, le juge Whealy a conclu qu’on [TRADUCTION] «ne pouvait mettre en doute que le juge qui préside avait non seulement la compétence, mais aussi le devoir, d’assurer le respect de la solennité et de la dignité dans les comportements devant une cour supérieure de justice»⁵⁴. Cette formulation ressemble à celle du paragraphe 486(1) du *Code criminel*. La citation suivante des motifs du juge Whealy fait ressortir clairement que l’ordonnance qu’il a rendue lui semblait nécessaire au maintien de l’ordre dans la salle d’audience, un des objectifs visés par le paragraphe 486(1):

[TRADUCTION] On trouve aussi plusieurs formes de religions, ou de cultes prétendant être des religions qui ne sont pas reconnus, non seulement en ce moment mais à travers l’histoire. Elles apparaissent et disparaissent. Souvent, dans le but d’attirer l’attention ou l’adhésion de nouveaux membres, leurs adhérents portent des vêtements bizarres, choquants ou simplement discourtois. Ces religions peuvent exister et avoir une protection limitée en vertu de la *Charte*, mais la *Charte* ne donne à personne le droit de pénétrer et de rester dans une salle d’audience lorsque le résultat est le désordre.

[46] En conséquence, je suis d’avis que le juge Whealy n’a pas agi hors de sa compétence. Ses actions ne sont pas de la même nature que celles citées par lord Bridge dans l’exemple susmentionné, où la compétence était simplement inexistante.

[47] Dans sa deuxième décision, le juge Whealy a souligné que [TRADUCTION] «aucune jurisprudence n’a été présentée à l’appui de l’une quelconque des prétentions de l’accusé, qu’il s’agisse de l’autorité de la Cour de mener sa propre procédure, d’une discrimination religieuse ou de tout autre aspect des prétentions de l’accusé, même si la Cour a spécifiquement demandé s’il y en avait»⁵⁵. De la même façon, la Cour d’appel de l’Ontario, en motivant son arrêt dans *Laws*, a souligné que c’était par inadvertance que l’ordonnance du juge Whealy avait pu donner l’impression d’un manque d’intérêt pour les droits des minorités⁵⁶. En conséquence, je suis d’avis qu’il ne s’agit pas en l’instance d’une affaire où le juge Whealy aurait pu croire ne pas avoir compétence ou aurait pu ne pas avoir compétence. Au contraire, il avait compétence en vertu du paragraphe 486(1) du *Code criminel* et il est clair qu’il croyait avoir compétence. En l’instance, il

n'est donc absolument pas nécessaire de décider si le principe de l'immunité judiciaire comporte une exception de «mauvaise foi».

Administrative acts

[48] The CJC submits that this Court should adopt a distinction between administrative acts, where no judicial immunity applies, and judicial acts, where judicial immunity does apply. The distinction appears to have been drawn in some U.S. cases.⁵⁷ However, none of the U.S. cases were concerned with the maintenance of order and decorum in the courtroom. They were rather concerned with what were clearly administrative acts, not involving the exercise of judicial functions.

[49] I do not agree with the proposition that Whealy J.'s order constituted an administrative act. His order was judicial and was made with jurisdiction, albeit jurisdiction that the Ontario Court of Appeal concluded he had wrongly exercised. This conclusion is supported by the Federal Court of Appeal's judgment in *McCann v. The Queen*,⁵⁸ where the Court held that it was within the inherent jurisdiction of the Court "to make orders for the control of order and decorum in the Court room during the course of the trial." In that sense, something that is within the inherent jurisdiction of a Court cannot be an administrative act.

Does the Charter require that judicial immunity be relaxed?

[50] Mr. Taylor submits that should judicial immunity serve to immunize federally appointed judges from the *Canadian Human Rights Act*, any such principle should be modified to accord with basic Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] values.

[51] Similarly, the CJC submits that the purpose of judicial immunity is to protect judges from civil suits, not from an administrative human rights proceeding.

Les actes administratifs

[48] Le CJC soutient que notre Cour devrait adopter une distinction entre les actes administratifs, qui ne sont pas couverts par l'immunité judiciaire, et les actes judiciaires, qui sont couverts par l'immunité judiciaire. Cette distinction paraît avoir été faite dans certaines affaires aux États-Unis⁵⁷. Toutefois, aucune de ces affaires ne portait sur le maintien de l'ordre et du décorum dans une salle d'audience. Elles portaient sur des actes qui étaient clairement de nature administrative et qui ne comportaient pas l'exercice d'une fonction judiciaire.

[49] Je ne suis pas d'avis que l'ordonnance du juge Whealy était un acte administratif. Son ordonnance était de nature judiciaire et elle se situait dans le cadre de sa compétence, même si la Cour d'appel de l'Ontario a jugé qu'il avait commis une erreur en l'exerçant. Cette conclusion s'appuie sur l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans *McCann c. La Reine*⁵⁸ où il a été décidé que la Cour avait un pouvoir inhérent «de rendre des ordonnances pour assurer l'ordre et le décorum dans les salles d'audience au cours des débats». Un acte qui se situe dans le cadre d'un pouvoir inhérent de la Cour ne peut évidemment pas être un acte administratif.

La Charte exige-t-elle qu'on dilue l'immunité judiciaire?

[50] M. Taylor soutient que si l'immunité judiciaire fait que les juges nommés par le gouvernement fédéral ne sont pas soumis à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, ce principe devrait être modifié pour s'aligner sur les valeurs de base de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]].

[51] Dans la même veine, le CJC soutient que l'objectif de l'immunité judiciaire est de protéger les juges face à des poursuites civiles et non face à des

Like Mr. Taylor, the CJC also submits that judicial immunity has been or ought to be modified to better accord with human rights legislation and the Charter. CJC submits that judicial authority would be better served by subjecting federally-appointed judges to a human rights process than it would be if it were not.

[52] I do not agree with these submissions. The primary authority cited for these propositions is the Supreme Court of Canada's decision in *Nelles v. Ontario*.⁵⁹ In that case, the Supreme Court considered whether several parties, including the Attorney General for Ontario, benefited from a common law absolute immunity from civil liability in a suit for malicious prosecution.

[53] In his reasons, Lamer J. (as he then was) concluded that to provide absolute immunity to prosecutors would strike at equality under the law:

The existence of an absolute immunity strikes at the very principle of equality under the law and is especially alarming when the wrong has been committed by a person who should be held to the highest standards of conduct in exercising a public trust.⁶⁰

[54] Accordingly, he concluded that the Attorney General did not benefit from absolute immunity to claims of malicious prosecution.

[55] In its reasons, the Supreme Court noted that a plaintiff must meet four tests to successfully establish malicious prosecution. One of these tests requires demonstrating that a prosecutor brought proceedings against a person with "malice, or a primary purpose other than that of carrying the law into effect,"⁶¹ something that Lamer J. characterized as having "a wider meaning than spite, ill-will or a spirit of vengeance, and includes any other improper purpose, such as to gain a private collateral advantage."⁶²

procédures administratives prises dans le cadre de la protection des droits de la personne. Le CJC soutient, comme M. Taylor, que l'immunité judiciaire a été ou devrait être modifiée pour mieux s'aligner sur la législation en matière de droits de la personne et avec la Charte. Le CJC soutient que l'autorité judiciaire serait mieux servie si on soumettait les juges nommés par le gouvernement fédéral au processus administratif en matière des droits de la personne que si on ne le faisait pas.

[52] Je ne suis pas de cet avis. La jurisprudence principale citée à l'appui de ce point de vue est l'arrêt *Nelles c. Ontario*⁵⁹ de la Cour suprême du Canada. Dans cette affaire, la Cour suprême a examiné la question de savoir si certaines parties au pourvoi, notamment le procureur général de l'Ontario, jouissaient d'une immunité absolue en common law contre une action pour poursuites abusives.

[53] Dans ses motifs, le juge Lamer (tel était alors son titre) a conclu qu'accorder l'immunité absolue aux poursuivants irait à l'encontre de l'égalité devant la loi:

L'immunité absolue va à l'encontre du principe même de l'égalité devant la loi et elle est particulièrement inquiétante lorsqu'il s'agit d'une faute commise par une personne qui devrait être tenue à une conduite exemplaire dans l'exercice de sa charge publique⁶⁰.

[54] Il a décidé en conséquence que le procureur général ne jouissait pas d'une immunité absolue contre une action pour poursuites abusives.

[55] Dans ses motifs, la Cour suprême a souligné qu'un demandeur doit prouver quatre éléments pour établir l'existence de poursuites abusives. Un de ces éléments est la démonstration qu'un poursuivant a intenté des procédures contre quelqu'un avec une «intention malveillante ou un objectif principal autre que celui de l'application de la loi»⁶¹, ce que le juge Lamer a décrit comme voulant «dire davantage que la rancune, le mauvais vouloir ou un esprit de vengeance, et comprend tout autre but illégitime, par exemple, celui de se ménager accessoirement un avantage personnel»⁶².

[56] Firstly, it must be pointed out that the Supreme Court of Canada in *Nelles* was not dealing with “judicial immunity” but rather immunity for prosecutorial officers.

[57] Secondly, I conclude that judicial immunity is not inconsistent with the Charter, since judicial immunity itself is a fundamental constitutional principle. In *MacKeigan v. Hickman*,⁶³ McLachlin J. (as she then was) held that “[t]he analysis in *Beauregard v. Canada* supports the conclusion that judicial immunity is central to the concept of judicial independence.”⁶⁴

[58] Lamer C.J. held in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court (P.E.I.)*, that judicial independence is an unwritten constitutional principle, recognized by the preamble to 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]].⁶⁵ He also said that “[j]udicial independence is valued because it serves important societal goals”⁶⁶ one of which is “the maintenance of public confidence in the impartiality of the judiciary, which is essential to the effectiveness of the court system.”⁶⁷

[59] Accordingly, judicial immunity is itself a constitutional principle, contrary to the proposition submitted by Mr. Taylor and the CJC that judicial immunity is inconsistent with the enactment of the Charter and quasi-constitutional human rights legislation.

[60] Finally, in my view, the exception to absolute immunity established in *Sirros v. Moore* is an extremely narrow one. It will be the rare case indeed where a plaintiff can show that a judge acted with the knowledge that he or she had no jurisdiction. The example cited by Lord Bridge in *McC v. Mullan* demonstrates both the need for an exception to the judicial immunity principle, as well as the limited nature of the exception.

[56] Je dois souligner premièrement que la Cour suprême du Canada ne traitait pas dans *Nelles* de «l’immunité judiciaire», mais bien de l’immunité des agents de la poursuite.

[57] Deuxièmement, je conclus que l’immunité judiciaire n’est pas incompatible avec la Charte, puisque l’immunité judiciaire est un principe constitutionnel fondamental. Dans *MacKeigan c. Hickman*⁶³, le juge McLachlin (tel était alors son titre) a déclaré que «[l]’analyse faite dans [. . .] *Beauregard* [. . .] appuie la conclusion que l’immunité judiciaire est au cœur du concept de l’indépendance judiciaire»⁶⁴.

[58] Dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (I.-P.É.)*, le juge en chef Lamer a décidé que l’indépendance de la magistrature est un principe constitutionnel non écrit, reconnu par le préambule 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]]⁶⁵. Il a aussi déclaré que «l’indépendance des tribunaux est précieuse parce qu’elle sert des objectifs sociétaux importants»⁶⁶, dont «le maintien de la confiance du public dans l’impartialité de la magistrature, élément essentiel à l’efficacité du système judiciaire»⁶⁷.

[59] En conséquence, l’immunité judiciaire est un principe constitutionnel, ce qui va à l’encontre des prétentions de M. Taylor et du CJC que l’immunité judiciaire serait contraire à la Charte et à la législation quasi constitutionnelle en matière de droits de la personne.

[60] Finalement, je suis d’avis que l’exception à l’immunité absolue établie dans *Sirros v. Moore* est d’application très limitée. Les affaires où un demandeur pourra démontrer qu’un juge a agi en sachant qu’il n’avait pas compétence seront très, très rares. L’exemple donnée par lord Bridge dans *McC v. Mullan* démontre à la fois la nécessité d’une exception au principe de l’immunité judiciaire et la nature limitée de cette exception.

[61] *Nelles* also demonstrates just how narrow the exception to judicial immunity is. In *Nelles*, Lamer J. narrowly circumscribed the malicious prosecution exception to prosecutorial immunity. He held that malicious prosecution was not concerned with instances of mere “second-guessing a Crown Attorney’s judgment in the prosecution of a case.”⁶⁸ Rather, he held that malicious prosecution dealt with “allegations of misuse and abuse of the criminal process and of the office of the Crown Attorney”:⁶⁹ something that Lamer J. described as “the deliberate and malicious use of the office for ends that are improper and inconsistent with the traditional prosecutorial function.”⁷⁰

[62] Lamer J. held that in the context of a claim for malicious prosecution, “a plaintiff . . . has no easy task.”⁷¹ He held that “the burden on the plaintiff is onerous and strict.”⁷² He added that a claim for malicious prosecution required a plaintiff to demonstrate “improper motive or purpose,”⁷³ and that “errors in the exercise of discretion and judgment are not actionable.”⁷⁴ In that sense, *Nelles* is consistent with the proposition that the “bad faith” exception to judicial immunity cannot be engaged merely where a judge errs in the exercise of his or her discretion, as happened in the present case.

[63] In light of the constitutional importance of judicial immunity, I conclude that any “bad faith” exception to judicial immunity that exists is just as narrow, if not more so, than the exception to prosecutorial immunity addressed in *Nelles*.

[64] I also disagree with the proposition that to recognize any exception to judicial immunity would open the flood-gates to vexatious claims. Lord Denning decided *Sirros v. Moore* in 1974, and the flood-gates have not opened.

[65] The flood-gates argument was advanced in *Nelles*, where the Attorney General for Ontario

[61] *Nelles* démontre aussi jusqu’à quel point l’exception à l’immunité judiciaire est limitée. Dans *Nelles*, le juge Lamer a circonscrit de façon très stricte l’exception à l’immunité de la poursuite pour poursuites abusives. Il a déclaré qu’une action pour poursuites abusives ne pouvait porter sur «une simple évaluation rétrospective de la sagesse de la décision du procureur de la Couronne d’engager des poursuites»⁶⁸. Au contraire, il a décidé qu’une poursuite abusive supposait des «allégations d’abus du processus criminel et des pouvoirs du procureur de la Couronne»⁶⁹, ce que le juge Lamer a décrit comme «l’exercice délibéré et malveillant de ses pouvoirs pour des fins illégitimes et incompatibles avec le rôle traditionnel du poursuivant»⁷⁰.

[62] Le juge Lamer a décidé que, dans le contexte d’une réclamation pour poursuites abusives, «un demandeur [. . .] ne se lance pas dans une entreprise facile»⁷¹. Il a déclaré que «la charge de la preuve incombant au demandeur est lourde et stricte»⁷². Il a ajouté qu’une réclamation pour poursuites abusives exigeait que le demandeur apporte la preuve «d’un motif ou d’un but illégitimes»⁷³ et que «les erreurs commises dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire et les erreurs de jugement ne donnent pas lieu à des actions en justice»⁷⁴. Dans ce sens, l’arrêt *Nelles* confirme le fait que l’exception de «mauvaise foi» à l’immunité judiciaire ne peut pas être invoquée simplement parce qu’un juge a commis une erreur dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, ce qui est arrivé en l’instance.

[63] Au vu de l’importance constitutionnelle de l’immunité judiciaire, je conclus que toute exception de «mauvaise foi» à celle-ci est au moins aussi restrictive, sinon plus, que l’exception à l’immunité de la poursuite dont il est question dans *Nelles*.

[64] Je ne suis pas d’accord non plus avec l’idée que la reconnaissance d’une exception à l’immunité judiciaire donnerait lieu à une avalanche de réclamations vexatoires. Lord Denning a rendu sa décision dans *Sirros v. Moore* en 1974, et il n’y a pas eu d’avalanche.

[65] L’argument d’une avalanche a été utilisé dans *Nelles*, où le procureur général de l’Ontario a soutenu

submitted that to provide prosecutors with anything less than absolute immunity “would act as a ‘chilling effect’ on the Crown Attorney’s exercise of discretion” or would raise a “flood-gates” of unmeritorious claims.⁷⁵ Lamer J. rejected these arguments, highlighting the strict burden summarized above that plaintiffs must fulfill to establish malicious prosecution. He also noted that frivolous claims could be “struck before trial as a matter of substantive inadequacy,”⁷⁶ or that a defendant could “move for summary judgment before a full-fledged trial takes place.”⁷⁷ He added that “the potential that costs will be awarded to the defendant if an unmeritorious claim is brought acts as financial deterrent to meritless claims.”⁷⁸ Accordingly, he concluded that “ample mechanisms exist within the system to ensure that frivolous claims are not brought.”⁷⁹

[66] Since these same protective mechanisms would apply to claims made in the name of judicial “bad faith,” I also conclude that our system provides a sufficient level of protection to guard against totally unmeritorious claims.

Does judicial immunity apply to complaints brought before the Canadian Human Rights Commission?

[67] Mr. Taylor and the CJC rely on the following excerpt from McLachlin J.’s judgment in *MacKeigan* for the proposition that judges may be subject to the provisions of the *Canadian Human Rights Act*:

I do not say that the power in the courts to control their own administration is absolute, if by absolute what is meant is that in no circumstances can the Legislature or Parliament enact laws relating to the functioning of the courts or enquire into the conduct of particular judges. As noted earlier, Parliament and the Legislatures have long enacted legislation establishing courts and setting general guidelines as to how they function. Nor is there any doubt that Parliament may impeach a federally appointed judge for dereliction of duty. To this extent the fundamental principle of judicial independence must leave scope for another cardinal doctrine—the principle of Parliamentary supremacy.⁸⁰

qu’à défaut d’accorder une immunité absolue à la poursuite, il y «aurait un «effet paralysant» sur l’exercice du pouvoir discrétionnaire du procureur de la Couronne» et par suite une «avalanche» de revendications injustifiées⁷⁵. Le juge Lamer a rejeté ces arguments, soulignant le fardeau très strict, que j’ai mentionné plus tôt, qui incombe aux demandeurs qui veulent démontrer l’existence d’une poursuite abusive. Il a aussi indiqué que toute réclamation frivole pourrait être «radiée pour absence de fondement suffisant»⁷⁶, ou qu’un défendeur pouvait «présenter une requête en jugement sommaire avant la tenue d’une instruction complète»⁷⁷. Il a ajouté que «la possibilité de l’adjudication de dépens au défendeur aura un effet préventif contre les poursuites frivoles»⁷⁸. En conséquence, il a conclu qu’«[j] existe donc à l’intérieur du système tous les mécanismes voulus pour prévenir les actions frivoles»⁷⁹.

[66] Comme ces mêmes mécanismes de protection s’appliqueraient aux actions présentées pour établir la «mauvaise foi» judiciaire, je conclus aussi que le système fournit un niveau suffisant de protection pour prévenir les actions totalement frivoles.

L’immunité judiciaire s’applique-t-elle aux plaintes présentées à la Commission canadienne des droits de la personne?

[67] M. Taylor et le CJC s’appuient sur l’extrait suivant des motifs du juge McLachlin dans *MacKeigan* pour établir que les juges peuvent être soumis aux dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*:

Je ne dis pas que le pouvoir des tribunaux de contrôler leur propre administration est absolu, si, par absolu, on veut dire que l’Assemblée législative ou le Parlement ne peut en aucun cas adopter des lois relatives au fonctionnement des tribunaux ni enquêter sur la conduite de certains juges. Comme je l’ai déjà souligné, le Parlement et les assemblées législatives ont depuis longtemps adopté des lois créant des tribunaux et établissant des lignes directrices générales concernant leur fonctionnement. Il ne fait également pas de doute que le Parlement peut destituer un juge nommé par le fédéral pour manquement à son devoir. Dans cette mesure, le principe fondamental de l’indépendance judiciaire doit laisser place à un autre principe essentiel, celui de la suprématie du Parlement⁸⁰.

[68] In *MacKeigan*, McLachlin J. concluded that she would “leave to other cases the determination of whether judges might be called on matters such as these before other bodies . . . which possess sufficient safeguards to protect the integrity of the principle of judicial independence.”⁸¹ Presumably, the Canadian Judicial Council would qualify as such a “body.”

[69] I do not think that the Canadian Human Rights Commission or the Canadian Human Rights Tribunal possess such safeguards. If the Commission were afforded the opportunity to investigate Mr. Taylor’s complaint, an investigator could be afforded the power to obtain a warrant, which would authorize the investigator to “enter and search [any] premises” where there is “any evidence relevant to the investigation of a complaint.”⁸² The warrant may be obtained on an *ex parte* application to a Federal Court judge where the judge “is satisfied by information on oath that there are reasonable grounds to believe that there is in any premises any evidence relevant to the investigation of a complaint.” Essentially, such an *ex parte* order would permit the Commission to search through Whealy J.’s chambers, his files, his draft reasons, and so on. In my view, to even afford the Commission the power to investigate whether Whealy J. was acting in a judicial capacity would completely destroy judicial immunity and judicial independence.

[70] Once the Commission was seized of an investigation, it could request the Canadian Human Rights Tribunal to inquire into Mr. Taylor’s complaint so long as the Commission was satisfied, “having regard to all the circumstances of the complaint, an inquiry is warranted.”⁸³ If the Tribunal eventually heard Mr. Taylor’s complaint, the consequences for judicial independence would be no less dire. Subsection 53(2) of the *Canadian Human Rights Act* establishes several broad remedies made available to the Tribunal if it concludes that a complaint is substantiated. The subsection permits the Tribunal to require, *inter alia*, “that the person compensate the victim for any or all of the wages that the victim was deprived of”⁸⁴ or “that the person compensate the victim, by an amount

[68] Dans *MacKeigan*, le juge McLachlin a conclu comme suit: «[j]e m’abstiens en l’espèce de trancher la question de savoir si des juges pourraient être appelés à témoigner sur des questions comme celle-ci devant d’autres organismes [. . .] qui offrent des garanties suffisantes pour protéger l’intégrité du principe de l’indépendance judiciaire»⁸¹. On peut présumer que le Conseil canadien de la magistrature est un tel «organisme».

[69] Je ne crois pas que la Commission canadienne des droits de la personne ou le Tribunal canadien des droits de la personne offre de telles garanties. Si la Commission pouvait enquêter sur la plainte de M. Taylor, un enquêteur serait en mesure d’obtenir un mandat l’autorisant à «perquisitionner dans [les] locaux», où il y a des «éléments de preuve utiles à l’enquête»⁸². Un tel mandat peut être obtenu sur demande *ex parte* à un juge de la Cour fédérale, s’il est «convaincu, sur la foi d’une dénonciation sous serment, qu’il y a des motifs raisonnables de croire à la présence dans des locaux d’éléments de preuve utiles à l’enquête». En fait, une telle ordonnance *ex parte* permettrait à la Commission de perquisitionner dans le bureau du juge Whealy et de prendre connaissance de ses dossiers, de ses projets de motifs, et ainsi de suite. À mon avis, le seul fait d’accorder à la Commission le pouvoir d’enquêter sur le juge Whealy pour déterminer s’il agissait en tant que juge détruirait complètement l’immunité judiciaire et l’indépendance de la magistrature.

[70] Une fois la Commission saisie de l’enquête, elle pourrait demander au Tribunal des droits de la personne d’instruire la plainte de M. Taylor, si elle est convaincue «compte tenu des circonstances relatives à celle-ci, que l’instruction est justifiée»⁸³. Si le Tribunal était éventuellement saisi de la plainte de M. Taylor, les conséquences sur l’indépendance de la magistrature seraient tout aussi catastrophiques. Le paragraphe 53(2) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* prévoit plusieurs réparations que le Tribunal peut obtenir s’il conclut qu’une plainte est justifiée. Ce paragraphe autorise le Tribunal à exiger entre autres de «la personne [. . .] d’indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction de pertes de salaire» qu’elle a subies⁸⁴ ou d’ «indemniser jusqu’à

not exceeding twenty thousand dollars, for any pain and suffering that the victim experienced as a result of the discriminatory practice.”⁸⁵ The Tribunal may also require that “the person cease the discriminatory practice,” and adopt “a special program . . . to redress the practice or to prevent the same or a similar practice from occurring in the future.”⁸⁶ Other remedies include the requirement that a person “make available to the victim of the discriminatory practice, on the first reasonable occasion, the rights, opportunities or privileges that are being or were denied the victim as a result of the practice.”⁸⁷ These remedies would be no less harmful to the unwritten constitutional principle of judicial independence, and further serve to highlight the necessity that the principle of judicial immunity applies so as to prevent proceedings against judges before the Commission.

CONCLUSION

[71] Accordingly, I do not think that Dubé J. or the Commission erred in concluding that paragraph 41(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* prevents the Commission from dealing with Mr. Taylor’s complaint because it was beyond their jurisdiction. I would dismiss the appeal with costs.

[72] The Attorney General of Canada will not be awarded costs against the CJC, in light of Noël J.A.’s order dated August 28, 1998, which granted the CJC leave to intervene in the appeal, and which ordered that the Attorney General shall not seek costs against the CJC in any event of the appeal.

ROBERTSON J.A.: I agree.

EVANS J.A.: I agree.

concurrence de 20 000 \$ la victime qui a souffert un préjudice moral» suite à l’acte discriminatoire⁸⁵. Le Tribunal peut aussi ordonner «à la personne [. . .] de mettre fin à l’acte» et de prendre «des mesures de redressement ou des mesures destinées à prévenir des actes semblables»⁸⁶. Les autres réparations comprennent l’exigence pour la personne «d’accorder à la victime, dès que les circonstances le permettent, les droits, chances ou avantages dont l’acte l’a privée»⁸⁷. Ces réparations seraient tout aussi néfastes pour le principe constitutionnel de l’indépendance de la magistrature et elles permettent d’illustrer pourquoi il est essentiel que l’immunité judiciaire soit invoquée pour empêcher que des procédures soient engagées contre des juges devant la Commission.

DISPOSITIF

[71] En conséquence, je suis d’avis que le juge Dubé et la Commission n’ont pas commis d’erreur en concluant que l’alinéa 41(1)(c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* exclut toute enquête de la Commission sur la plainte de M. Taylor, parce qu’elle n’est pas de leur compétence. Je suis d’avis de rejeter l’appel avec dépens.

[72] Le procureur général du Canada n’a pas droit aux dépens de la part du CJC, compte tenu de l’ordonnance du 28 août 1998 du juge Noël, qui autorisait le CJC à intervenir en cet appel et prévoyait que le procureur général ne réclamerait aucuns dépens au CJC, quelle que soit l’issue de l’appel.

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Je suis d’accord avec ces motifs.

LE JUGE EVANS, J.C.A.: Je suis d’accord avec ces motifs.

¹ Appeal Book, at p. 60.

² *Ibid.*, at p. 61.

³ *R. v. Laws* (1998), 41 O.R. (3d) 499 (C.A.), at p. 502.

⁴ *Ibid.*, at p. 509.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

¹ Dossier d’appel, à la p. 60.

² *Ibid.*, à la p. 61.

³ *R. v. Laws* (1998), 41 O.R. (3d) 499 (C.A.), à la p. 502.

⁴ *Ibid.*, à la p. 509.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

- ⁸ *Ibid.*, at p. 508 (emphasis added).
- ⁹ *Ibid.*
- ¹⁰ *Ibid.*
- ¹¹ *Ibid.*
- ¹² *Ibid.*
- ¹³ *Ibid.*, at p. 509.
- ¹⁴ *Ibid.*, at p. 508 (emphasis added).
- ¹⁵ R.S.C., 1985, c. H-6 [as am. by S.C. 1995, c. 44, s. 49].
- ¹⁶ [1974] 3 All ER 776 (C.A.).
- ¹⁷ *Ibid.*, at p. 781.
- ¹⁸ *Taylor v. Canada (Attorney General)* (1997), 155 D.L.R. (4th) 740 (F.C.T.D.), at p. 745.
- ¹⁹ *Ibid.*, at p. 747.
- ²⁰ *Ibid.*
- ²¹ [1994] 3 S.C.R. 835.
- ²² *Ibid.*, at p. 856.
- ²³ R.S.C., 1985, c. S-26.
- ²⁴ (1872), 13 Wall. 335 (U.S.S.C.).
- ²⁵ *Ibid.*, at p. 348.
- ²⁶ *Ibid.*, at p. 349.
- ²⁷ *Ibid.*
- ²⁸ *Sirros, supra*, note 16, at p. 785.
- ²⁹ *Ibid.*, at p. 782.
- ³⁰ *Ibid.*
- ³¹ (1868), L.R. 3 Ex. 220.
- ³² *Ibid.*, at p. 223. See also *Garnett v. Ferrand* (1827), 6 B. & C. 611, at pp. 625-626; 108 E.R. 576 (K.B.), at p. 581: "This freedom from action and question at the suit of an individual is given by the law to the Judges, not so much for their own sake as for the sake of the public, and for the advancement of justice, that being free from actions they may be free in thought and independent in judgment, as all who are to administer justice ought to be."
- ³³ 4th ed., Vol. 1, London: Butterworths, 1973, at pp. 197 *et seq.*
- ³⁴ H. Brun & G. Tremblay, *Droit constitutionnel* (Cowansville: Éditions Yvon Blais, 1982).
- ³⁵ *Ibid.*, at p. 514.
- ³⁶ [1984] 3 All ER 908 (H.L.).
- ³⁷ *Ibid.*, at p. 916.
- ³⁸ [1985] 2 S.C.R. 716.
- ³⁹ *Ibid.*, at p. 723.
- ⁴⁰ *Ibid.*
- ⁴¹ *Ibid.*, at p. 740.
- ⁴² *Ibid.*, at p. 744.
- ⁴³ *Ibid.*, at p. 745.
- ⁴⁴ *Ibid.*, at p. 740.
- ⁴⁵ *Ibid.*, at p. 723.
- ⁴⁶ *Ibid.*, at p. 721.

- ⁸ *Ibid.*, à la p. 508 (le souligné est de moi).
- ⁹ *Ibid.*
- ¹⁰ *Ibid.*
- ¹¹ *Ibid.*
- ¹² *Ibid.*
- ¹³ *Ibid.*, à la p. 509.
- ¹⁴ *Ibid.*, à la p. 508 (le souligné est de moi).
- ¹⁵ L.R.C. (1985), ch. H-6 [mod. par L.C. 1995, ch. 44, art. 49].
- ¹⁶ [1974] 3 All ER 776 (C.A.).
- ¹⁷ *Ibid.*, à la p. 781.
- ¹⁸ *Taylor c. Canada (Procureur général)* (1997), 155 D.L.R. (4th) 740 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 745.
- ¹⁹ *Ibid.*, à la p. 747.
- ²⁰ *Ibid.*
- ²¹ [1994] 3 R.C.S. 835.
- ²² *Ibid.*, à la p. 856.
- ²³ L.R.C. (1985), ch. S-26.
- ²⁴ (1872), 13 Wall. 335 (U.S.S.C.).
- ²⁵ *Ibid.*, à la p. 348.
- ²⁶ *Ibid.*, à la p. 349.
- ²⁷ *Ibid.*
- ²⁸ *Sirros*, précité, note 16, à la p. 785.
- ²⁹ *Ibid.*, à la p. 782.
- ³⁰ *Ibid.*
- ³¹ (1868), L.R. 3 Ex. 220.
- ³² *Ibid.*, à la p. 223. Voir aussi *Garnett v. Ferrand* (1827), 6 B. & C. 611, aux p. 625 et 626; 108 E.R. 576 (K.B.), à la p. 581: [TRADUCTION] «La loi accorde aux juges cette immunité à l'égard de poursuites et de contestations de la part des particuliers non pas tellement pour leur propre avantage que pour celui de la société et pour l'avancement de la justice, parce que s'ils sont à l'abri des poursuites, ils peuvent être libres d'esprit et indépendants de pensée, comme devraient l'être tous ceux qui administrent la justice.»
- ³³ 4^e éd., vol. 1, Londres: Butterworths, 1973, à la p. 197 et suivantes.
- ³⁴ H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel* (Cowansville: Éditions Yvon Blais, 1982).
- ³⁵ *Ibid.*, à la p. 514.
- ³⁶ [1984] 3 All ER 908 (H.L.).
- ³⁷ *Ibid.*, à la p. 916.
- ³⁸ [1985] 2 R.C.S. 716.
- ³⁹ *Ibid.*, à la p. 723.
- ⁴⁰ *Ibid.*
- ⁴¹ *Ibid.*, à la p. 740.
- ⁴² *Ibid.*, à la p. 744.
- ⁴³ *Ibid.*, à la p. 745.
- ⁴⁴ *Ibid.*, à la p. 740.
- ⁴⁵ *Ibid.*, à la p. 723.
- ⁴⁶ *Ibid.*, à la p. 721.

⁴⁷ [1988] R.J.Q. 670 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. denied [1988] 1 S.C.R. xiii.

⁴⁸ *Ibid.*, at p. 675.

⁴⁹ Martin L. Friedland, *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada* (Ottawa: Canadian Judicial Council, 1995), at pp. 35-36.

⁵⁰ (1997), 145 D.L.R. (4th) 394 (Que. C.A.).

⁵¹ *Ibid.*, at p. 405.

⁵² *R. v. Laws*, *supra*, note 3, at p. 505.

⁵³ *Ibid.*, at p. 508.

⁵⁴ Appeal Book, at p. 60.

⁵⁵ *Ibid.*, at p. 83.

⁵⁶ *Laws*, *supra*, note 3, at p. 508.

⁵⁷ See generally *Forrester v. White*, 484 U.S. 219 (1988).

⁵⁸ [1975] F.C. 272 (C.A.), at p. 276.

⁵⁹ [1989] 2 S.C.R. 170.

⁶⁰ *Ibid.*, at p. 195.

⁶¹ *Ibid.*, at p. 193.

⁶² *Ibid.*

⁶³ [1989] 2 S.C.R. 796.

⁶⁴ *Ibid.*, at p. 830.

⁶⁵ [1997] 3 S.C.R. 3, at pp. 77-78.

⁶⁶ *Ibid.*, at p. 34.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Supra*, note 59, at p. 196.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*, at pp. 196-197.

⁷¹ *Ibid.*, at p. 194.

⁷² *Ibid.*, at p. 197.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*, at p. 196.

⁷⁶ *Ibid.*, at p. 197.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *MacKeigan*, *supra*, note 63, at p. 832.

⁸¹ *Ibid.*, at pp. 833-834.

⁸² *Canadian Human Rights Act*, s. 43(2.2) [as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 63].

⁸³ *Ibid.*, s. 49(1) [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 27].

⁸⁴ *Ibid.*, s. 53(2)(c) [as am. *idem*].

⁸⁵ *Ibid.*, s. 53(2)(e) [as am. *idem*].

⁸⁶ *Ibid.*, s. 53(2)(a) [as am. *idem*].

⁸⁷ *Ibid.*, s. 53(2)(b) [as am. *idem*].

⁴⁷ [1988] R.J.Q. 670 (C.A.); autorisation d'en appeler à la C.S.C. refusée [1988] 1 R.C.S. xiii.

⁴⁸ *Ibid.*, à la p. 675.

⁴⁹ Martin L. Friedland, *Une place à part: l'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada* (Ottawa: Conseil canadien de la magistrature, 1995), aux p. 35 et 36.

⁵⁰ [1997] R.J.Q. 419 (C.A.).

⁵¹ *Ibid.*, à la p. 430.

⁵² *R. v. Laws*, précité, note 3, à la p. 505.

⁵³ *Ibid.*, à la p. 508.

⁵⁴ Dossier d'appel, à la p. 60.

⁵⁵ *Ibid.*, à la p. 83.

⁵⁶ *Laws*, précité, note 3, à la p. 508.

⁵⁷ Voir à ce sujet *Forrester v. White*, 484 U.S. 219 (1988).

⁵⁸ [1975] C.F. 272 (C.A.), à la p. 276.

⁵⁹ [1989] 2 R.C.S. 170.

⁶⁰ *Ibid.*, à la p. 195.

⁶¹ *Ibid.*, à la p. 193.

⁶² *Ibid.*

⁶³ [1989] 2 R.C.S. 796.

⁶⁴ *Ibid.*, à la p. 830.

⁶⁵ [1997] 3 R.C.S. 3, aux p. 77 et 78.

⁶⁶ *Ibid.*, à la p. 34.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Précité, note 59, aux p. 196 et 197.

⁶⁹ *Ibid.*, à la p. 196.

⁷⁰ *Ibid.*, à la p. 197.

⁷¹ *Ibid.*, à la p. 194.

⁷² *Ibid.*, à la p. 197.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*, à la p. 196.

⁷⁶ *Ibid.*, à la p. 197.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *MacKeigan*, précité, note 63, à la p. 832.

⁸¹ *Ibid.*, aux p. 833 et 834.

⁸² *Loi canadienne sur les droits de la personne*, art. 43(2.2) [édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 63].

⁸³ *Ibid.*, art. 49(1) [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 27].

⁸⁴ *Ibid.*, art. 53(2)c) [mod., *idem*].

⁸⁵ *Ibid.*, art. 53(2)e) [mod., *idem*].

⁸⁶ *Ibid.*, art. 53(2)a) [mod., *idem*].

⁸⁷ *Ibid.*, art. 53(2)b) [mod., *idem*].

A-321-98

Alexander Klinko, Lyudmyla Klinko, and Andriy Klinko (*Appellants*)

A-321-98

Alexander Klinko, Lyudmyla Klinko, et Andriy Klinko (*appelants*)

v.

c.

Minister of Citizenship and Immigration (*Respondent*)

Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (*intimé*)

INDEXED AS: KLINKO v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: KLINKO c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)

Court of Appeal, Létourneau, Noël and Malone J.J.A.—Ottawa, February 8 and 22, 2000.

Cour d'appel, juges Létourneau, Noël et Malone, J.C.A.—Ottawa, 8 et 22 février 2000.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Principal applicant, five others filing complaint with regional governing authority in Ukraine about widespread corruption of government officials — Suffering retaliation thereafter — Claimed Convention refugee status based on political opinion — IRB relying upon S.C.C. decision in Ward, defining political opinion as opinion on any matter in which machinery of state, government, policy may be engaged, and on F.C.T.D. decision in Femenia v. Canada (MCI), specifying for matter to be so “engaged”, must be sanctioned, condoned, supported by state — Motions Judge erred in accepting Femenia interpretation of Ward — Meaning given to “engaged” in Femenia inconsistent with Ward — In Ward, S.C.C. holding opinion “political” for purposes of s. 2(1) definition of Convention refugee whether or not accorded with official government position — Application of Femenia test also creating inconsistency among grounds of persecution — Under Femenia, only those persecuted for political opinion at hands of third parties who disobey official government policy, not other enumerated grounds, not qualifying for Convention refugee status — Inconsistency resulting from confusion between nature of political opinion, state's willingness to protect victims of persecution — Opinion not ceasing to be political because government agreeing with it — Widespread government corruption matter in which machinery of state “may be engaged”.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Le demandeur principal et cinq autres personnes ont déposé une plainte à l'autorité gouvernementale régionale au sujet d'agissements corrompus largement répandus de fonctionnaires — Par la suite, ils ont subi des représailles — Revendication du statut de réfugié au sens de la Convention sur le fondement d'opinions politiques — La CISR s'est fondée sur l'arrêt Ward, dans lequel la C.S.C. a défini l'opinion politique comme étant toute opinion sur une question dans laquelle l'appareil étatique, gouvernemental et politique peut être engagé, et sur la décision Femenia c. Canada (MCI) (C.F. 1^{re} inst.), selon laquelle pour que l'appareil étatique soit «engagé» dans une question, il doit sanctionner, tolérer ou appuyer celle-ci — Le juge des requêtes a commis une erreur lorsqu'il a accepté l'interprétation de l'arrêt Ward que propose Femenia — Le sens que Femenia confère à «engagé» est incompatible avec Ward — Dans l'arrêt Ward, la C.S.C. a accepté qu'une opinion puisse être de nature «politique» pour les fins de la définition de réfugié au sens de la Convention prévue à l'art. 2(1), que cette opinion s'accorde ou non avec la position officielle du gouvernement — L'application du critère de Femenia crée une incohérence des motifs de persécution — En vertu de Femenia, seul les individus persécutés en raison de leurs opinions politiques, et non en raison d'autres motifs prévus dans la Convention, par des tiers qui désobéissent à une politique gouvernementale officielle ne seraient pas admissibles à obtenir le statut de réfugié au sens de la Convention — L'incohérence découle d'une confusion entre la nature de l'opinion politique et celle de la volonté ou de la capacité de l'Etat de protéger un individu persécuté — Une opinion politique ne perd pas sa nature politique parce que le gouvernement y souscrit — Les agissements corrompus largement répandus au sein du gouvernement constituent une question dans laquelle l'appareil étatique «peut être engagé».

Administrative law — Judicial review — Certiorari — Appeal from dismissal of application for judicial review of denial of Convention refugee claims — Motions Judge certifying question of general importance as to whether

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Appel contre le rejet de la demande de contrôle judiciaire de la décision dans laquelle des revendications du statut de réfugié au sens de la Convention ont été rejetées — Le juge

opinion in context political — In view of importance of certified question, precedential value of Court's decision, standard of review correctness.

Judges and Courts — Court not considering moot question — Appeal pending in another case in which issue material — Inappropriate to pre-empt discussion of material point by way of obiter, particularly as not fully canvassed as not central focus of appeal.

This was an appeal from the dismissal of an application for judicial review of a denial of the appellants' claims for Convention refugee status by the Immigration and Refugee Board. The appellants were citizens of the Ukraine. In 1995 Mr. Klinko and five other businessmen filed a formal complaint with the regional governing authority about widespread corruption among government officials. Thereafter, the Klinkos suffered retaliation, on the basis of which the family sought refuge in Canada. Mr. and Mrs. Klinko claimed Convention refugee status based on political opinion and membership in a particular social group (i.e. the group of businessmen), and Mrs. Klinko and her son claimed Convention refugee status based on membership in a particular social group (i.e. their family). In holding that Mr. Klinko had been persecuted, but not for reasons of political opinion, the Board relied upon the definition of "political opinion" in *Canada (Attorney General) v. Ward* as any opinion on any matter in which the machinery of state, government, and policy may be engaged, and on *Femenia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* which specified that for a matter to be "engaged" in by the machinery of state, it must be "sanctioned by, condoned by or supported by" the state. It ruled that the complaint against corruption did not amount to political opinion as the state of Ukraine was taking active steps to eliminate it, some 9,000 officials having been convicted of economic crimes in 1996. The Board held that Mrs. Klinko's fear was not of persecution, but of harassment. The son's claim was denied because his problems were derivative of his parents' problems which the Board was not able to connect to a recognized Convention ground. The Motions Judge dismissed the application for judicial review, accepting the *Femenia* interpretation of *Ward*. He concluded that even though state officials may be *de facto* carrying out certain activities of corruption, the state was not, for the purpose of determining whether the claimant expressed a political opinion within the terms of the Convention, "engaged" in these activities if it officially disapproves of those acts. The Motions Judge certified a question as to whether a public complaint to a regional governing authority about widespread corrupt conduct by government officials, when the corrupt conduct is not officially sanctioned by the state, constitutes a political opinion within the definition of Convention refugee in

des requêtes a certifié une question de portée générale, savoir si, vu le contexte, il s'agissait d'une opinion politique — Compte tenu de l'importance de la question certifiée et du fait que la décision de la Cour à cet égard établira un précédent, la norme de contrôle qu'il convenait d'appliquer était celle de la décision correcte.

Juges et tribunaux — Tribunal n'examinant pas une question théorique — Appel en instance dans une autre affaire dans laquelle la question est importante — Il serait inconvenant d'influer sur une discussion à venir d'un point si important, en particulier vu que la question n'était pas l'objet principal de l'appel.

Il s'agit d'un appel contre une décision dans laquelle une demande de contrôle judiciaire visant la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié de ne pas accepter la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention des appelants a été rejetée. Les appelants étaient des citoyens de l'Ukraine. En 1995, M. Klinko et cinq autres hommes d'affaires ont déposé, à l'autorité gouvernementale régionale, une plainte officielle au sujet d'agissements corrompus largement répandus de fonctionnaires. Par la suite, les Klinko ont subi des représailles, sur la base desquels ils ont revendiqué le statut de réfugiés au Canada. M. et M^{me} Klinko ont revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention en raison de leurs opinions politiques et de leur appartenance à un groupe social particulier (soit le groupe des hommes d'affaires), et M^{me} Klinko et son fils ont revendiqué ce statut en raison de leur appartenance à un groupe social particulier (soit leur famille). La Commission a reconnu que M. Klinko avait été persécuté, mais pas en raison de ses opinions politiques, en se fondant sur la définition de l'expression «opinions politiques» de l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*, qui définit l'opinion politique comme étant «toute opinion sur une question dans laquelle l'appareil étatique, gouvernemental et politique peut être engagé», et sur la décision *Femenia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, selon laquelle pour que l'appareil étatique soit «engagé» dans une question, il doit sanctionner, tolérer ou appuyer celle-ci. La Commission a conclu que la plainte dénonçant la corruption ne constituait pas une opinion politique vu que l'État ukrainien prenait des mesures concrètes pour l'éliminer, 9 000 fonctionnaires ayant été reconnus coupables de crimes économiques en 1996. La Commission a conclu que M^{me} Klinko ne craignait pas d'être persécutée, mais plutôt d'être harcelée. La revendication du fils a été rejetée au motif que ses problèmes découlaient des problèmes de ses parents, que la Commission n'a pu lier à un motif reconnu par la Convention. Le juge des requêtes a rejeté la demande de contrôle judiciaire, acceptant l'interprétation de l'arrêt *Ward* que propose *Femenia*. Il a conclu que même s'il se pouvait que des représentants de l'État s'adonnaient, *de facto*, à certaines activités de corruption, l'État n'était pas, pour les fins de trancher la question de savoir si le revendicateur avait exprimé une opinion politique au sens

Immigration Act, subsection 2(1).

The issues were: (1) what was the appropriate standard of review of the Board's and the Motions Judge's decisions; (2) whether the Motions Judge erred in confirming the Board's assessment of the refugee claims of Mrs. Klinko or her son; and (3) whether the opinion expressed by Mr. Klinko in the context is a political opinion.

Held, the appeal should be allowed.

In view of the importance of the certified question and the precedential value of the Court's decision, the standard of review was correctness. While the Motions Judge did not explicitly discuss the standard applicable, in reviewing the Board's interpretation of the law with respect to the notion of "political opinion" he applied the standard of correctness. Such inference was drawn from his approval of the definition of the word "engaged" set forth in *Femenia* and applied by the Board.

The certified question should be answered in the affirmative. The meaning given to "engaged" in the *Femenia* case is inconsistent with the law as set out in *Ward*. In *Ward*, the Supreme Court of Canada accepted that an opinion could be "political" for the purposes of subsection 2(1) whether it accorded or not with the official government position. The definition given to "political opinion" covered all instances where the political opinion attracted persecution, including those where the government officially agreed with that opinion.

The application of the test articulated in the *Femenia* case also creates an inconsistency among the grounds for persecution recognized in the refugee Convention. Persons who are persecuted without government approval and who are unable to obtain the protection of their government can qualify for refugee status provided that the persecution is based on one of the enumerated grounds, i.e. race, religion, nationality, membership in a particular social group and

de la Convention, véritablement «engagé» dans ces activités s'il les désapprouvait officiellement. Le juge des requêtes a certifié la question de savoir si le dépôt d'une plainte publique au sujet des agissements corrompus largement répandus de fonctionnaires relevant d'une autorité gouvernementale régionale et la persécution dont le plaignant est par la suite victime en raison du dépôt de cette plainte alors que ces agissements corrompus ne sont pas officiellement sanctionnés, tolérés ou appuyés par l'État constituent l'expression d'une opinion politique au sens où cette expression est employée dans la définition du réfugié au sens de la Convention au paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration*.

Questions litigieuses: 1) quelle norme de contrôle convenait-il d'appliquer à la décision de la Commission et à celle du juge des requêtes?; 2) le juge des requêtes a-t-il commis une erreur lorsqu'il a confirmé l'appréciation que la Commission a faite de la revendication du statut de réfugié de M^{me} Klinko ou de celle de son fils? 3) l'opinion exprimée par M. Klinko constituait-elle, dans le contexte, une opinion politique?

Arrêt: l'appel est accueilli.

Compte tenu de l'importance de la question certifiée et du fait que la décision de la Cour à cet égard établira un précédent, la norme de contrôle qu'il convenait d'appliquer était celle de la décision correcte. Bien que le juge des requêtes n'eût pas expressément analysé la norme applicable, la Cour a conclu qu'en examinant la façon dont la Commission a interprété la loi en ce qui concerne le concept d'«opinion politique», il a appliqué la norme de la décision correcte. La Cour a fait cette déduction en se fondant sur son approbation de la définition du mot «engagé» que propose la décision *Femenia* et que la Commission a appliquée.

Il convient de répondre par l'affirmative à la question certifiée. Le sens attribué au mot «engagé» dans la décision *Femenia* est incompatible avec le droit établi dans l'arrêt *Ward*. Dans l'arrêt *Ward*, la Cour suprême du Canada a accepté qu'une opinion puisse être de nature «politique» pour les fins du paragraphe 2(1), que cette opinion s'accorde ou non avec la position officielle du gouvernement. La définition d'«opinion politique» était assez large pour englober tous les cas où l'opinion politique exprimée ou imputée donnait lieu à de la persécution, même ceux où le gouvernement partageait officiellement l'opinion en cause.

L'application du critère énoncé dans la décision *Femenia* crée également une incohérence des motifs de persécution reconnus par la Convention sur les réfugiés. Il est reconnu que des personnes persécutées sans l'approbation du gouvernement et incapables d'obtenir la protection de ce dernier peuvent être admissibles à obtenir le statut de réfugiées, pourvu qu'elles soient persécutées pour l'un ou l'autre des motifs énumérés, soit la race, la religion, la nationalité,

political opinion. But this would no longer be true for political opinion under the *Femenia* test since the political opinions expressed by the victims of persecution at the hands of third parties who disobey an official government policy would be discarded for Convention purposes. The inconsistency results from a confusion between the nature of political opinion and the state's willingness or ability to protect a victim of persecution. A political opinion does not cease to be political because the government agrees with it.

The Motions Judge erred when he applied the *Femenia* definition or restriction to the opinion expressed by Mr. Klinko. The nature of the claimant's opinion should have been assessed by the test enunciated in *Ward*, which does not require that the state or machinery of state be actually engaged, merely that it "may be engaged" in the subject-matter of the opinion. The widespread government corruption raised by the claimant's opinion is a matter in which the machinery of state, government, and policy may be engaged, and there was ample evidence that the machinery of government in the Ukraine was actually "engaged" in the subject-matter of Mr. Klinko's complaint. Where the corrupt elements so permeate the government as to be part of its very fabric, a denunciation of the existing corruption is an expression of "political opinion". Mr. Klinko's persecution should have been found to be on account of his "political opinion". The matter was returned to the Board for a determination of the issue of state protection and the possibility of an internal flight alternative.

It was not in the interest of justice that the moot question of derivative claims be addressed because any opinion expressed would be *obiter*, and it would be inappropriate, when there is another appeal pending in which it appears that the issue is material to the case, to influence by way of *obiter* a forthcoming discussion of such a material point, particularly as the matter was not the central focus of the appeal and therefore was not fully canvassed.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2(1) "Convention refugee" (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1), 83(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73).
United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. N° 6.

l'appartenance à un groupe social particulier, et l'opinion politique. Cependant, cela ne s'appliquerait plus à l'opinion politique selon le critère énoncé dans *Femenia*, étant donné que les opinions politiques exprimées par les individus persécutés par des tiers qui désobéissent à une politique gouvernementale officielle ne seraient pas admissibles à obtenir le statut de réfugié au sens de la Convention. L'incohérence découle d'une confusion entre la nature de l'opinion politique et celle de la volonté ou de la capacité de l'État de protéger un individu persécuté. Une opinion politique ne perd pas sa nature politique parce que le gouvernement y souscrit.

Le juge des requêtes a commis une erreur lorsqu'il a appliqué la définition ou la limite prévue dans la décision *Femenia* à l'opinion exprimée par M. Klinko. La nature de l'opinion exprimée par le revendicateur aurait dû être appréciée au regard de critère énoncé dans l'arrêt *Ward*, qui n'exige pas que l'État ou l'appareil étatique soit effectivement engagé dans la question sur laquelle porte l'opinion. Les agissements corrompus largement répandus au sein du gouvernement, dont le revendicateur a fait état dans son opinion, constitue une question dans laquelle l'appareil étatique, gouvernemental et politique peut être engagé, et le dossier contenait de nombreux éléments de preuve établissant que l'appareil étatique ukrainien était effectivement «engagé» dans la question sur laquelle portait la plainte de M. Klinko. Dans les cas où les éléments corrompus sont si répandus au sein du gouvernement qu'ils font partie de la structure de ce dernier, une dénonciation de la corruption constitue l'expression d'une «opinion politique». On aurait dû conclure que M. Klinko a été persécuté en raison de ses «opinions politiques». L'affaire a été renvoyée à la Commission pour que soit de nouveau tranchée la question de savoir si l'État a la capacité et la volonté de protéger le revendicateur contre la persécution et si une possibilité de refuge intérieur s'offrait à ce dernier.

Il n'était pas dans l'intérêt de la justice que la Cour traite de la question théorique des revendications connexes vu que tout avis qu'elle exprimerait ne serait qu'une remarque incidente et qu'il serait inconvenant, compte tenu du fait qu'un autre appel portant sur la même question, et à l'égard duquel la question paraît importante pour ce qui est de l'issue de l'affaire, n'a pas encore été tranché, d'influer sur une discussion à venir d'un point si important, en particulier vu que la question n'était pas l'objet principal de l'appel, et qu'elle n'a donc pas été analysée pleinement.

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. 2(1) «réfugié au sens de la Convention» (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1), 83(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada (Attorney General) v. Ward, [1993] 2 S.C.R. 689; (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; 20 Imm. L.R. (2d) 85; 153 N.R. 321; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201.

NOT FOLLOWED:

Femenia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1995] F.C.J. No. 1455 (T.D.) (QL).

REFERRED TO:

Serrano v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (1999), 166 F.T.R. 227 (F.C.T.D.).

APPEAL from the dismissal of an application for judicial review (*Klinko v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 148 F.T.R. 69 (F.C.T.D.)) of the Immigration and Refugee Board's denial of the appellants' claims for Convention refugee status, on the ground that the Motions Judge erred in holding that the state must sanction, condone, or support a matter on which the applicant expresses an opinion in order for that opinion to be political. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Byron E. Pfeiffer for appellants.
Greg Moore for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Pfeiffer & Berg, Ottawa, for appellants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] LÉTOURNEAU J.A.: This is an appeal against a decision of a Motions Judge [(1998), 148 F.T.R. 69 (F.C.T.D.)] dismissing an application for judicial

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Canada (Procureur général) c. Ward, [1993] 2 R.C.S. 689; (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; 20 Imm. L.R. (2d) 85; 153 N.R. 321; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201.

DÉCISION NON SUIVIE:

Femenia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1995] A.C.F. n° 1455 (1^{re} inst.) (QL).

DÉCISION CITÉE:

Serrano c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1999), 166 F.T.R. 227 (C.F. 1^{re} inst.).

APPEL contre le rejet d'une demande de contrôle judiciaire (*Klinko c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 148 F.T.R. 69 (C.F. 1^{re} inst.)) de la décision initiale de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié qui a rejeté les revendications du statut de réfugié au sens de la Convention des appelants, au motif que le juge des requêtes a commis une erreur lorsqu'il a conclu que l'appareil étatique doit sanctionner, tolérer ou appuyer une activité à l'égard de laquelle le demandeur a exprimé une opinion pour que cette opinion soit de nature politique. Appel accueilli.

ONT COMPARU:

Byron E. Pfeiffer pour les appelants.
Greg Moore pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Pfeiffer & Berg, Ottawa, pour les appelants.
Le sous-procureur général du Canada, pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Il s'agit d'un appel à l'encontre d'une décision dans laquelle un juge des requêtes [(1998), 148 F.T.R. 69 (C.F. 1^{re} inst.)]

review of a denial of the appellants' claim for Convention refugee status by the Immigration and Refugee Board (Board). Although he dismissed the application, the learned Judge certified the following question [at page 72]:

Does the making of a public complaint about widespread corrupt conduct by customs and police officials to a regional governing authority, and thereafter, the complainant suffering persecution on this account, when the corrupt conduct is not officially sanctioned, condoned or supported by the state, constitute an expression of political opinion as that term is understood in the definition of Convention refugee in s. 2(1) of the **Immigration Act**?

[2] Essentially, this appeal involves the determination of the following questions in addition to the one certified:

(a) What is the appropriate standard of review of the decision of the Board and that of the Motions Judge?

(b) Did the Motions Judge commit a reviewable error in upholding the Board's finding that Mr. Klinko's well-founded fear of persecution was not connected to a political opinion?

(c) Did the Motions Judge commit a reviewable error in confirming the Board's assessment of the refugee claims of Mrs. Klinko or her son?

Facts

[3] The Klinkos were citizens of the Ukraine. The husband and father, Alexander Klinko, was an importer.

[4] In 1995, Mr. Klinko and five other businessmen filed with the regional governing authority a formal complaint about widespread corruption among government officials. They did not have a group name and met only four times. The complaint was signed by

par laquelle ce dernier a rejeté une demande de contrôle judiciaire visant la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié de ne pas accepter la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention des appelants. Bien qu'il eût rejeté la demande, le juge a certifié la question suivante [à la page 72]:

Le dépôt d'une plainte publique au sujet des agissements corrompus largement répandus de douaniers et de policiers relevant d'une autorité gouvernementale régionale et la persécution dont le plaignant est par la suite victime en raison du dépôt de cette plainte alors que ces agissements corrompus ne sont pas officiellement sanctionnés, tolérés ou appuyés par l'État constituent-ils l'expression d'une opinion politique au sens où cette expression est employée dans la définition du réfugié au sens de la Convention au paragraphe 2(1) de la **Loi sur l'immigration**?

[2] Le présent appel porte essentiellement sur la façon dont il convient de trancher les questions suivantes, en plus de la question certifiée:

a) Quelle norme de contrôle convient-il d'appliquer à la décision de la Commission et à celle du juge des requêtes?

b) Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur susceptible de contrôle lorsqu'il a maintenu la conclusion de la Commission que la crainte fondée de M. Klinko d'être persécuté n'était pas liée à ses opinions politiques?

c) Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur susceptible de contrôle lorsqu'il a confirmé l'appréciation que la Commission a faite de la revendication du statut de réfugié de M^{me} Klinko ou de celle de son fils?

Les faits

[3] Les Klinko étaient des citoyens de l'Ukraine. Alexander Klinko, époux de l'appelante et père de l'autre appelant, était un importateur.

[4] En 1995, M. Klinko et cinq autres hommes d'affaires ont déposé, à l'autorité gouvernementale régionale, une plainte officielle au sujet d'agissements corrompus largement répandus de fonctionnaires. Ils ne s'étaient pas donné de nom en tant que groupe et

each of them individually. There is no indication in the record that the wife of Mr. Klinko was involved with the group or that she made any public statements with respect to corruption herself. In the end, the group's complaint was denied by the regional authority.

[5] The evidence is clear that widespread corruption existed at the time in the Ukraine. The year after the complaint was made 9,000 officials were convicted of economic crimes in 1996 and the President of the Ukraine had called this activity, in conjunction with overall economic crimes, a "fifth" and political power.

[6] After filing the complaint, the Klinkos suffered retaliation. Mr. Klinko's problems included being beaten, receiving anonymous telephone calls, intimidation of his employees, damage and destruction of his property and an arrest for interrogation.¹ Mrs. Klinko received threatening telephone calls and requests by police to provide evidence against her husband. Their son Andriy endured disturbing events such as the searching of the Klinko home and having police hint that his father was dead; however no psychological assessment was provided of the "trauma" he allegedly suffered.

[7] On the basis of these events the family claimed refuge in Canada. Mr. and Mrs. Klinko claimed Convention refugee status based on political opinion or imputed political opinion and membership in a particular social group (i.e. the group of businessmen), and Mrs. Klinko and her son claimed Convention refugee status based on membership in a particular social group (i.e. their family).

Decision of the Immigration and Refugee Board

[8] The Board accepted the testimony of the appellants as credible. It recognized that Mr. Klinko had

ne s'étaient réunis que quatre fois. Chaque individu a signé la plainte. Il ne ressort nullement du dossier que l'épouse de M. Klinko a pris part aux activités du groupe ou qu'elle a fait des déclarations publiques sur la corruption. La plainte du groupe a éventuellement été rejetée par l'autorité régionale.

[5] Il ressort clairement de la preuve qu'à l'époque, la corruption était largement répandue en Ukraine. Au cours de l'année qui a suivi le dépôt de la plainte, soit en 1996, 9 000 fonctionnaires ont été reconnus coupables de crimes économiques, et le président de l'Ukraine a déclaré que cette activité, conjointement avec l'ensemble des crimes économiques commis, constituait un «cinquième» pouvoir et un pouvoir politique.

[6] Après le dépôt de la plainte, les Klinko ont subi des représailles. M. Klinko a été battu, il a reçu des appels téléphoniques anonymes, il a fait l'objet de menaces de la part de ses employés, ses biens ont été endommagés, voire détruits, et il a été arrêté en vue d'être interrogé¹. M^{me} Klinko a reçu des appels téléphoniques de menace, et les autorités policières lui ont demandé de témoigner contre son époux. Leur fils, Andriy, a assisté à des événements troublants, telles des fouilles de la résidence familiale, et a entendu, de la part des autorités policières, des allusions au fait que son père était décédé; cependant, aucune évaluation psychologique n'a été produite pour faire état du «traumatisme» qu'il aurait subi.

[7] Sur la base de ces événements, les membres de la famille Klinko ont revendiqué le statut de réfugiés au Canada. M. et M^{me} Klinko revendiquent le statut de réfugié au sens de la Convention en raison de leurs opinions politiques, réelles ou imputées, et de leur appartenance à un groupe social particulier (soit le groupe des hommes d'affaires), et M^{me} Klinko et son fils revendiquent ce statut en raison de leur appartenance à un groupe social particulier (soit leur famille).

La décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié

[8] La Commission a accepté les témoignages des appelants, qu'elle a considérés crédibles. Elle a

been persecuted, but not on account of a Convention ground. It went on to reject each of the following grounds on which refugee status was claimed.

[9] Group of Six Business People as Particular Social Group—Adult Claimants: The Board found that the claimants' persecutors did not persecute them as members of a group, but rather individually. It concluded that the adult claimants' problems arose out of their individual actions, not their membership in any identifiable social group.

[10] Political Opinion—Adult Claimants: In the case of Mrs. Klinko, the Board was of the view that her fear was not of persecution but of harassment, which does not rise to the level of a Convention ground. Mr. Klinko, on the other hand, was found to have a fear of persecution but it did not qualify as fear of persecution for reasons of "political opinion".

[11] In determining the meaning of the term "political opinion", the Board had recourse to two cases: the leading case of *Canada (Attorney General) v. Ward*² (hereinafter *Ward*), which provides a definition of political opinion as "any opinion on any matter in which the machinery of state, government, and policy may be engaged", and the decision of the Trial Division of this Court in *Femenia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*³ (hereinafter *Femenia*), which specified that for a matter to be "engaged" in by the machinery of state, it must be "sanctioned by, condoned by or supported by" the state. Given these definitions, it ruled that the complaint against corruption did not amount to political opinion as the state of Ukraine, far from condoning the corruption of its officials, was taking active steps to eliminate it.

[12] The Particular Social Group "Family"—Minor Claimant: The son's claim was denied for two reasons.

reconnu que M. Klinko avait effectivement été persécuté, mais pas en raison d'un motif reconnu par la Convention. Elle a rejeté chacun des motifs suivants, sur lesquels les revendications du statut de réfugié étaient fondées.

[9] Le groupe de six hommes d'affaires en tant que groupe social particulier—les revendicateurs adultes: La Commission a conclu que les persécuteurs des revendicateurs n'avaient pas persécuté ces derniers en tant que membres d'un groupe, mais plutôt sur une base individuelle. Elle a conclu que les revendicateurs adultes ont subi des problèmes par suite de leurs actions individuelles, et non de leur appartenance à un groupe social identifiable.

[10] Les opinions politiques—les revendicateurs adultes: En ce qui concerne M^{me} Klinko, la Commission était d'avis que cette dernière ne craignait pas d'être persécutée, mais plutôt d'être harcelée, ce qui ne constitue pas un motif reconnu par la Convention. Pour ce qui est de M. Klinko, la Commission a conclu qu'il avait une crainte fondée d'être persécuté, mais que celle-ci ne pouvait être considérée comme une crainte d'être persécuté en raison d'«opinions politiques».

[11] Pour déterminer le sens de l'expression «opinions politiques», la Commission s'est fondée sur deux décisions: l'arrêt de principe *Canada (Procureur général) c. Ward*² (ci-après appelé *Ward*), qui définit l'opinion politique comme étant «toute opinion sur une question dans laquelle l'appareil étatique, gouvernemental et politique peut être engagé», et la décision que la Section de première instance de notre Cour a rendue dans l'affaire *Femenia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*³ (ci-après appelée *Femenia*), selon laquelle pour que l'appareil étatique soit «engagé» dans une question, il doit «sanctionner, tolérer ou appuyer» celle-ci. Compte tenu de ces définitions, la Commission a conclu que la plainte dénonçant la corruption ne constituait pas une opinion politique vu que l'État ukrainien, loin de tolérer la corruption de ses fonctionnaires, prenait des mesures concrètes pour l'éliminer.

[12] La «famille» en tant que groupe social particulier—le revendicateur mineur: La revendication du fils

First, there was insufficient evidence that he was indeed traumatized at all, or to an extent that would amount to persecution. As well, his problems were derivative of his parents' problems, which the Board was unable to connect to a recognized Convention ground. To that extent, the Board believed that it would be illogical to find that the son nonetheless qualified as a refugee when his father who was the main target of the persecution had not been found to have been persecuted on account of a ground enumerated by the Convention. The Board, however, did not address Mrs. Klinko's claim as member of that particular social group.

Decision of the Trial Division

[13] The Motions Judge dismissed the application for judicial review. He found no reviewable error in any of the aspects of the decision of the Board.

[14] He accepted the *Femenia* interpretation of *Ward*. The Board had evidence before it that the Ukraine government did not sanction, condone or support corruption by its officials. Perhaps, he said, if the Ukraine government's anti-corruption efforts had been only of a token nature, the opposite could be argued, but in fact the Ukraine government had made a substantial number (9,000) of convictions of corrupt officials. Based on this evidence, he concluded that it was reasonable for the Board to find that the state was therefore not "engaged" in the criminal conduct of corrupt police and customs officials. From this, he believed the Board correctly found that Mr. Klinko's complaint could not be said to be a political opinion within the Convention refugee definition.

[15] In his view, the Board's finding that the businessmen did not form a particular social group was also based on factual findings. While he said that he might have reached a different finding he did not find

de M. Klinko a été rejetée pour deux raisons. Premièrement, il n'a pas produit suffisamment d'éléments de preuve établissant qu'il avait été traumatisé au point d'être persécuté, voire qu'il avait été effectivement persécuté. De plus, ses problèmes découlaient des problèmes de ses parents, que la Commission n'a pu lier à un motif reconnu par la Convention. À cet égard, la Commission a estimé qu'il serait illogique de conclure que l'enfant était un réfugié, après avoir conclu que son père, qui était la principale cible des persécuteurs, n'avait pas été persécuté pour un motif énuméré dans la Convention. La Commission n'a cependant pas traité de la revendication de M^m Klinko sous l'angle de l'appartenance à un groupe social particulier.

La décision de la Section de première instance

[13] Le juge des requêtes a rejeté la demande de contrôle judiciaire. Il a conclu que la décision de la Commission ne contenait pas d'erreur susceptible de contrôle.

[14] Il a accepté l'interprétation de l'arrêt *Ward* que propose *Femenia*. La Commission disposait d'éléments de preuve établissant que le gouvernement ukrainien ne sanctionnait, ne tolérait, ni n'appuyait la corruption de ses fonctionnaires. À son avis, si les efforts du gouvernement ukrainien en vue de combattre la corruption avaient été symboliques, on aurait pu soutenir le contraire, mais ce gouvernement a, de fait, obtenu la condamnation d'un nombre considérable (9 000) de fonctionnaires accusé d'être corrompus. Sur le fondement de cette preuve, il a statué que la conclusion de la Commission selon laquelle l'État n'était donc pas «engagé» dans la conduite criminelle de ses policiers et fonctionnaires des douanes corrompus était raisonnable. Sur cette base, il a estimé que la Commission a conclu à bon droit que la plainte de M. Klinko ne pouvait être considérée comme une opinion politique au sens de la définition de «réfugié au sens de la Convention».

[15] À son avis, la conclusion de la Commission selon laquelle les hommes d'affaires ne formaient pas un groupe social particulier était également fondée sur des conclusions de fait. Même s'il a dit qu'il aurait

the Board's assessment of the evidence unreasonable.

[16] Finally, he found that the Board was correct in concluding that when the primary victim of persecution does not come within the Convention refugee definition, any derivative Convention refugee claim based on family group cannot be sustained. Otherwise, the anomaly of derivative claims being allowed but primary claims being denied could result.

[17] The Motions Judge dismissed the judicial review but certified the question previously mentioned.

The appropriate standard of review of the decision of the Board and that of the Motions Judge

[18] The central issue of this appeal is the certified question under subsection 83(1) of the *Immigration Act*⁴ (Act), namely whether the opinion expressed by Mr. Klinko in the context previously described is a political opinion or not. On this issue, there is no doubt that, in view of the importance of the question and the precedential value of the Court's decision on that question, the standard of review applicable is that of correctness. In *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,⁵ Bastarache J. wrote for the majority:

In my judgment, however, applying the pragmatic and functional analysis to the Act indicates that the decision of the Board in this case should be subjected to a standard of correctness.

First, s. 83(1) would be incoherent if the standard of review were anything other than correctness. The key to the legislative intention as to the standard of review is the use of the words "a serious question of general importance" (emphasis added). The general importance of the question, that is, its applicability to numerous future cases, warrants the review by a court of justice. Would that review serve any purpose if the Court of Appeal were obliged to defer to

peut-être tiré une autre conclusion, il n'a pas estimé que l'appréciation que la Commission a faite de la preuve était déraisonnable.

[16] Enfin, il a estimé que la Commission a conclu à bon droit que lorsque la principale victime de persécution n'est pas visée par la définition de «réfugié au sens de la Convention», toute revendication du statut de réfugié au sens de la Convention connexe fondée sur l'appartenance à une famille en tant que groupe ne saurait être accueillie, sinon il pourrait en résulter une anomalie, savoir que les revendications liées à des revendications principales seraient accueillies, alors que ces dernières ne le seraient pas.

[17] Le juge des requêtes a rejeté la demande de contrôle judiciaire mais certifié la question que j'ai déjà mentionnée.

Quelle norme de contrôle convient-il d'appliquer à la décision de la Commission et à celle du juge des requêtes?

[18] La question centrale que soulève le présent appel est la question qui a été certifiée en vertu du paragraphe 83(1) de la *Loi sur l'immigration*⁴ (la Loi), savoir si l'opinion que M. Klinko a exprimée dans le contexte décrit plus haut constitue ou non une opinion politique. Sur cette question, il ne fait pas de doute que, compte tenu de l'importance de la question et du fait que la décision de la Cour à cet égard établira un précédent, la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer est celle de la décision correcte. Dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*⁵, le juge Bastarache a écrit, au nom des juges majoritaires:

À mon sens, cependant, il appert d'une analyse pragmatique et fonctionnelle de la Loi qu'il y a lieu en l'espèce d'apprécier la décision de la Commission selon la norme de la décision correcte.

Premièrement, le par. 83(1) serait incohérent si la norme de contrôle était autre chose que celle de la décision correcte. L'élément clef de l'intention du législateur quant à la norme de contrôle est l'utilisation des mots «une question grave de portée générale» (je souligne). La portée générale de la question, c'est-à-dire son applicabilité à un grand nombre de cas dans le futur, justifie son examen par une cour de justice. Cet examen aurait-il une utilité quelcon-

incorrect decisions of the Board? Is it possible that the legislator would have provided for an exceptional appeal to the Court of Appeal on questions of “general importance”, but then required that despite the “general importance” of the question, the court accept decisions of the Board which are wrong in law, even clearly wrong in law, but not patently unreasonable?

[19] The same standard of review applies at the Trial Division level where review of the Board’s decision occurs.⁶

The only way in which s. 83(1) can be given its explicitly articulated scope is if the Court of Appeal—and inferentially, the Federal Court, Trial Division—is permitted to substitute its own opinion for that of the Board in respect of questions of general importance.

[20] In the present instance, while the Motions Judge did not explicitly discuss the standard applicable, I am satisfied that, in reviewing the Board’s interpretation of the law with respect to the notion of “political opinion”, he applied the standard of correctness. I draw such inference from his approval of the definition of the word “engaged” set forth in the *Femenia* case and applied by the Board. With this principle in mind, I now propose to address the certified question.

The Certified Question

[21] For a proper understanding and analysis of the certified question, it is helpful to recall the context in which the notion of “political opinion” was first defined and then subsequently evolved into the restriction at issue in this appeal: that a public complaint about corruption of government officials is not an expression of political opinion within the terms of the definition of “Convention refugee” in subsection 2(1) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1] of the Act where the corrupt conduct is not officially sanctioned, condoned or supported by the state.

[22] The notion of “political opinion” was first considered by the Supreme Court of Canada in the

que si la Cour d’appel était tenue de déférer aux décisions incorrectes de la Commission? Se peut-il que le législateur ait prévu un appel exceptionnel devant la Cour d’appel sur des questions de «portée générale», mais ait exigé qu’en dépit de la «portée générale» de la question, la cour accepte les décisions de la Commission qui sont erronées en droit, voire clairement erronées en droit, mais non manifestement déraisonnables?

[19] La même norme de contrôle s’applique aux décisions de la Section de première instance en matière de contrôle judiciaire de décisions de la Commission⁶:

Il n’est possible de respecter la portée du par. 83(1), telle qu’explicitement formulée, qu’en autorisant la Cour d’appel—et, par déduction, la Section de première instance de la Cour fédérale—à substituer sa propre opinion à celle de la Commission sur les questions d’importance générale.

[20] En l’espèce, bien que le juge des requêtes n’eût pas expressément analysé la norme applicable, je suis convaincu qu’en examinant la façon dont la Commission a interprété la loi en ce qui concerne le concept d’«opinion politique», il a appliqué la norme de la décision correcte. J’ai fait cette déduction en me fondant sur son approbation de la définition du mot «engagé» que propose la décision *Femenia* et que la Commission a appliquée. Ayant ce principe à l’esprit, je traiterai de la question certifiée.

La question certifiée

[21] Pour bien comprendre et analyser la question certifiée, il est utile de se remémorer le contexte dans lequel le concept d’«opinion politique» a été défini pour la première fois et a, par la suite, été limité de la façon en cause dans le présent appel, soit que le dépôt d’une plainte publique au sujet des agissements corrompus de fonctionnaires du gouvernement ne constitue pas l’expression d’une opinion politique au sens où cette expression est employée dans la définition du réfugié au sens de la Convention au paragraphe 2(1) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1] de la Loi, lorsque ces agissements corrompus ne sont pas officiellement sanctionnés, tolérés ou appuyés par l’État.

[22] Le concept d’«opinion politique» a été examiné pour la première fois par la Cour suprême du Canada

Ward case.⁷ Clearly in that case, the Court rejected a narrow definition of “political opinion” whereby in order to be political, an opinion would have to hold views contrary to, or be critical of, the policies of the government. The need for a broad definition of the concept was justified by the fact that persecution for having expressed a political opinion may originate from a third party without complicity of the state. The Court adopted a broad interpretation of “political opinion” which includes “any opinion on any matter in which the machinery of state, government, and policy may be engaged”. This excerpt from the decision illustrates well the rejection of the narrow definition and the adoption of the general interpretation.⁸

Political opinion as a basis for a well-founded fear of persecution has been defined quite simply as persecution of persons on the ground “that they are alleged or known to hold opinions contrary to or critical of the policies of the government or ruling party”; see Grahl-Madsen, *supra*, at p. 220. The persecution stems from the desire to put down any dissent viewed as a threat to the persecutors. Grahl-Madsen’s definition assumes that the persecutor from whom the claimant is fleeing is always the government or ruling party, or at least some party having parallel interests to those of the government. As noted earlier, however, international refugee protection extends to situations where the state is not an accomplice to the persecution, but is unable to protect the claimant. In such cases, it is possible that a claimant may be seen as a threat by a group unrelated, and perhaps even opposed, to the government because of his or her political viewpoint, perceived or real. The more general interpretation of political opinion suggested by Goodwin-Gill, *supra*, at p. 31, i.e., “any opinion on any matter in which the machinery of state, government, and policy may be engaged”, reflects more care in embracing situations of this kind.

[23] In *Femenia*, *supra*, the refugee claimant complained of persecution by corrupt policemen as a result of denouncing crimes and corruption among state officials. The Motions Judge accepted the very fact of persecution, but proceeded to define the word “engaged” used by the Supreme Court of Canada in *Ward*. Basically, the learned Judge concluded that even though state officials may be *de facto* carrying out certain activities of corruption, the state is not, for

dans l’arrêt *Ward*⁷. Dans cet arrêt, la Cour a clairement rejeté une définition étroite d’«opinion politique» selon laquelle pour être de nature politique, l’opinion devait être contraire aux politiques du gouvernement ou critiquer ces politiques. L’élaboration d’une définition large de ce concept se justifiait par le fait que l’individu persécuté pour avoir exprimé une opinion politique pouvait l’avoir été aux mains d’un tiers dont l’État n’était pas complice. La Cour a donc adopté une interprétation large du concept d’«opinion politique», qui comprend «toute opinion sur une question dans laquelle l’appareil étatique, gouvernemental et politique peut être engagé». Ce passage de la décision illustre bien le rejet de la définition étroite et l’adoption de l’interprétation générale⁸:

L’opinion politique comme motif de craindre avec raison d’être persécuté a été définie tout simplement comme étant liée à la persécution de personnes du fait qu’[TRADUCTION] «on prétend ou on sait qu’elles ont des opinions contraires aux politiques du gouvernement ou du parti au pouvoir ou qu’elles critiquent ces politiques»; voir Grahl-Madsen, *op. cit.*, à la p. 220. La persécution découle de la volonté de mettre fin à toute dissidence que les persécuteurs considèrent comme une menace. La définition de Grahl-Madsen tient pour acquis que le persécuté qui fuit le demandeur est toujours le gouvernement ou le parti au pouvoir, ou du moins une partie dont les intérêts sont semblables à ceux du gouvernement. Toutefois, comme je l’ai fait remarquer ci-dessus, la protection internationale des réfugiés s’étend aux cas dans lesquels l’État n’est pas complice de la persécution, mais où il est incapable de protéger le demandeur. En pareil cas, il est possible que le demandeur soit considéré comme une menace par un groupe qui n’est pas allié au gouvernement, et qui y est peut-être même opposé, à cause de ce qui est ou semble être son point de vue politique. L’interprétation plus générale des opinions politiques proposée par Goodwin-Gill, *op. cit.*, à la p. 31, à savoir [TRADUCTION] «toute opinion sur une question dans laquelle l’appareil étatique, gouvernemental et politique peut être engagé», traduit une diligence plus grande lorsqu’il s’agit d’englober les cas de ce genre.

[23] Dans la décision *Femenia*, précitée, le revendicateur du statut de réfugié soutenait avoir été persécuté par des policiers corrompus parce qu’il avait dénoncé des représentants de l’État qui avaient commis des crimes et étaient corrompus. Le juge des requêtes a accepté que le revendicateur avait été persécuté, mais il a poursuivi en définissant le mot «engagé», que la Cour suprême du Canada avait employé dans l’arrêt *Ward*. Le juge a essentiellement conclu que même s’il

the purpose of determining whether the claimant expressed a political opinion within the terms of the Convention, truly “engaged” in these activities if it officially disapproves of those acts:⁹

In my view, it cannot be said that the state, government or police is engaged in police corruption. In my view, “engaged” means sanctioned by, condoned by or supported by. The state in this case is engaged in the provision of police services, but it is not engaged in the criminal conduct of corrupt officers.

(a) Inconsistency with the law set forth in *Ward*

[24] A careful analysis of the meaning given to the word “engaged” in the *Femenia* case convinces me that such meaning is inconsistent with the law as set forth in *Ward*.

[25] In *Ward*, the Supreme Court found that Mr. Ward, who belonged to the Irish National Liberation Army (INLA), had expressed a political opinion in allowing the hostages under his guard to escape when he discovered that they would be executed. For his act, he feared he would be assassinated by the ruthless para-military organization of which he was a member. There was no state complicity in the persecution that Mr. Ward faced. Indeed, the alleged persecution emanated from the INLA. Neither the Irish nor the British governments condoned, sanctioned or supported execution of hostages as a means of achieving secession from Great Britain. Mr. Ward was in harmony with the state in opposing such violence. If we were to apply the definition of “engaged” adopted in *Femenia*, Mr. Ward’s actions in liberating the hostages would not have amounted to an expression of “political opinion”. However they did:¹⁰

The act for which Ward was so punished was his assistance in the escape of the hostages he was guarding. From this act, a political opinion related to the proper limits to means used for the achievement of political change can be imputed.

se pouvait que des représentants de l’État s’adonnent, *de facto*, à certaines activités de corruption, l’État n’était pas, pour les fins de trancher la question de savoir si le revendicateur avait exprimé une opinion politique au sens de la Convention, véritablement «engagé» dans ces activités s’il les désapprouvait officiellement⁹:

À mon avis, on ne saurait dire que l’appareil étatique, gouvernemental et politique est engagé dans la corruption policière. À mon avis, par «engagé», il faut entendre sanctionner, tolérer ou appuyer quelque chose. En l’espèce, l’État est engagé dans la fourniture de services policiers, mais non dans les actes criminels commis par des agents corrompus.

a) Incompatibilité avec le droit établi dans l’arrêt *Ward*

[24] Après avoir soigneusement examiné le sens attribué au mot «engagé» dans la décision *Femenia*, je suis convaincu qu’un tel sens est incompatible avec le droit établi dans l’arrêt *Ward*.

[25] Dans l’arrêt *Ward*, la Cour suprême a conclu que M. Ward, qui appartenait à la Irish National Liberation Army (INLA), avait exprimé une opinion politique en permettant aux otages qu’il surveillait de s’enfuir, après avoir appris qu’ils seraient exécutés. Il craignait d’être assassiné, pour son geste, par l’organisation paramilitaire impitoyable à laquelle il appartenait. L’État n’était pas complice des éventuels persécuteurs de M. Ward. En effet, celui-ci craignait d’être persécuté par la INLA. Ni le gouvernement irlandais, ni le gouvernement britannique ne tolérait, sanctionnait ou appuyait l’exécution d’otages en tant que moyen visant à obtenir la sécession d’un territoire de la Grande-Bretagne. M. Ward épousait les mêmes valeurs que l’État en s’opposant à une telle violence. Si nous appliquions la définition du mot «engagé» adoptée dans la décision *Femenia*, nous devrions conclure que le geste que M. Ward a posé en libérant les otages ne constituait pas l’expression d’une «opinion politique», contrairement à ce que les juges de la Cour suprême ont conclu¹⁰:

Ward était ainsi puni pour avoir aidé à s’évader les otages qu’il gardait. Cet acte permet d’imputer une opinion politique au sujet des limites qu’il convient de fixer à l’égard des moyens employés pour réaliser des changements politiques.

[26] The position taken by Mr. Ward with respect to the proper means of achieving secession thus satisfied the definition of political opinion “as any opinion on any matter in which the machinery of state, government, and policy may be engaged”. Yet, the British and Northern Ireland governments were certainly “engaged” on the issue of secession even though they were not sanctioning, supporting or condoning it as the *Femenia* definition requires.

[27] Hence, the Supreme Court in the *Ward* case accepted that an opinion could be “political” for the purposes of subsection 2(1) of the Act whether that opinion accorded or not with the official government position. In other words, the definition chosen by the Supreme Court and given to the words “political opinion” was broad enough to cover all instances where the political opinion expressed or imputed attracted persecution, including those where the government officially agreed with that opinion.

(b) Inconsistency among grounds for persecution recognized by the Convention

[28] The application of the test articulated in the *Femenia* case, in my view, also creates an inconsistency among the grounds for persecution recognized in the refugee Convention [*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6].

[29] It is common ground that an act of persecution does not require that it be committed by the government and, therefore, that the government be the persecuting agent. It is also common ground that persons who are persecuted without government approval and who are unable to obtain the protection of their government can qualify for refugee status provided that their persecution is based on one of the enumerated grounds, i.e., race, religion, nationality, membership in a particular social group¹¹ and political opinion. These statements normally hold true for all the grounds recognized by the Convention.

[26] Le point de vue que M. Ward a adopté en ce qui concerne les moyens qu’il convient d’utiliser pour obtenir la sécession était donc visé par la définition de l’opinion politique, qui comprend «toute opinion sur une question dans laquelle l’appareil étatique, gouvernemental et politique peut être engagé». Pourtant, le gouvernement britannique et celui de l’Irlande du Nord étaient certainement «engagés» dans la question de la sécession, même s’ils ne la sanctionnaient, ne la toléraient ni ne l’appuyaient, comme l’exige la définition de la décision *Femenia*.

[27] En conséquence, la Cour suprême a accepté, dans l’arrêt *Ward*, qu’une opinion puisse être de nature «politique» pour les fins du paragraphe 2(1) de la Loi, que cette opinion s’accorde ou non avec la position officielle du gouvernement. En d’autres termes, la définition d’«opinion politique» que la Cour suprême a choisi d’adopter était assez large pour englober tous les cas où l’opinion politique exprimée ou imputée donnait lieu à de la persécution, même ceux où le gouvernement partageait officiellement l’opinion en cause.

b) Incohérence des motifs de persécution reconnus par la Convention

[28] L’application du critère énoncé dans la décision *Femenia* crée également, à mon avis, une incohérence des motifs de persécution reconnus par la convention sur les réfugiés [*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6].

[29] Il est reconnu qu’un acte de persécution ne doit pas nécessairement avoir été commis par le gouvernement et, par conséquent, qu’il n’est pas nécessaire que ce dernier soit l’agent de persécution. Il est également reconnu que des personnes persécutées sans l’approbation du gouvernement et incapables d’obtenir la protection de ce dernier peuvent être admissibles à obtenir le statut de réfugiées, pourvu qu’elles soient persécutées pour l’un ou l’autre des motifs énumérés, soit la race, la religion, la nationalité, l’appartenance à un groupe social particulier¹¹, et l’opinion politique. Ces affirmations s’appliquent habituellement à tous les motifs reconnus par la Convention.

[30] However, this would no longer be true for political opinion under the *Femenia* test since the political opinions expressed by the victims of persecution at the hands of third parties who disobey an official government policy would be discarded for Convention purposes. Thus a victim of persecution on the ground of race could still qualify as refugee, subject to the issue of state protection and internal flight alternative, in situations where the government does not condone racism and opposes his or her persecutors, but not a political opinion claimant.

[31] In my view, the inconsistency results from a confusion between two concepts related to the issue of persecution: that of the nature of political opinion and that of the state's willingness or ability to protect a victim of persecution. A political opinion does not cease to be political because the government agrees with it.

[32] For these reasons, I believe the certified question should be answered in the affirmative.

Whether the Motions Judge committed a reviewable error in upholding the Board's finding that Mr. Klinko's well-founded fear of persecution was not connected to a political opinion

[33] In my view, the learned Motions Judge erred when he applied the *Femenia* definition or restriction to the opinion expressed by Mr. Klinko. The nature of the claimant's opinion should have been assessed by the test enunciated in *Ward*. I emphasize that such test does not require that the state or machinery of state be actually engaged in the subject-matter of the opinion. It is sufficient in order to meet the test that the state or machinery of state "may be engaged".

[34] The opinion expressed by Mr. Klinko took the form of a denunciation of state officials' corruption.

[30] Cependant, cela ne s'appliquerait plus à l'opinion politique selon le critère énoncé dans *Femenia*, étant donné que les opinions politiques exprimées par les individus persécutés par des tiers qui désobéissent à une politique gouvernementale officielle ne seraient pas admissibles à obtenir le statut de réfugié au sens de la Convention. En conséquence, l'individu persécuté en raison de sa race pourrait toujours être admissible à obtenir le statut de réfugié, sous réserve de la question de la protection de l'État et de la possibilité d'un refuge intérieur, dans des cas où le gouvernement ne tolérerait pas le racisme et s'opposerait à ses persécuteurs, mais pas l'individu qui fonde sa revendication sur une opinion politique.

[31] À mon avis, l'incohérence découle d'une confusion entre deux concepts liés à la question de la persécution, soit la nature de l'opinion politique, et celle de la volonté ou de la capacité de l'État de protéger un individu persécuté. Une opinion politique ne perd pas sa nature politique parce que le gouvernement y souscrit.

[32] Pour ces motifs, j'estime qu'il convient de répondre par l'affirmative à la question certifiée.

Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur susceptible de contrôle lorsqu'il a maintenu la conclusion de la Commission que la crainte fondée de M. Klinko d'être persécuté n'était pas liée à ses opinions politiques?

[33] À mon avis, le juge des requêtes a commis une erreur lorsqu'il a appliqué la définition ou la limite prévue dans la décision *Femenia* à l'opinion exprimée par M. Klinko. La nature de l'opinion exprimée par le revendicateur aurait dû être appréciée au regard de critère énoncé dans l'arrêt *Ward*. Je souligne que ce critère n'exige pas que l'État ou l'appareil étatique soit effectivement engagé dans la question sur laquelle porte l'opinion. Il suffit, pour qu'il soit satisfait au critère, que l'État ou l'appareil étatique «peut être engagé».

[34] L'opinion exprimée par M. Klinko a pris la forme d'une dénonciation de la corruption de repré-

This denunciation of infractions committed by state officials led to reprisals against him. I have no doubt that the widespread government corruption raised by the claimant's opinion is a "matter in which the machinery of state, government, and policy may be engaged".

[35] Indeed, the record contains ample evidence that the machinery of government in the Ukraine was actually "engaged" in the subject-matter of Mr. Klinko's complaint. The country information reports, in the present instance, contain statements by the President of Ukraine and two senior members of the Security Service of Ukraine about the extent of corruption within the government and the need to eradicate it both politically and economically. Where, as in this case, the corrupt elements so permeate the government as to be part of its very fabric, a denunciation of the existing corruption is an expression of "political opinion". Mr. Klinko's persecution, in my view, should have been found to be on account of his "political opinion".

[36] Unfortunately, the Board in this case refrained from assessing the issue of state protection and the possibility of an internal flight alternative. It did mention and acknowledge, at page 8 of its decision,¹² the fact that the Ukraine government had undertaken various measures in its fight against corruption. This evidence of state action is obviously a factor to be considered in assessing the state's willingness and ability to provide Mr. Klinko with protection against persecution, but it is not conclusive evidence of that capacity or willingness.

[37] In these circumstances, I am left with only one alternative, i.e., send the matter back to the Board for a determination of the state's ability and willingness to protect the claimant against persecution as well as a determination of the possibility of an internal flight alternative.

sentants de l'État. Cette dénonciation d'infractions commises par des représentants de l'État a mené à l'exercice de représailles contre lui. Il ne fait pas de doute, selon moi, que les agissements corrompus largement répandus au sein du gouvernement, dont le revendicateur a fait état dans son opinion, constitue une «question dans laquelle l'appareil étatique, gouvernemental et politique peut être engagé».

[35] En effet, le dossier contient de nombreux éléments de preuve établissant que l'appareil étatique ukrainien était effectivement «engagé» dans la question sur laquelle portait la plainte de M. Klinko. Les rapports d'information sur le pays contiennent des déclarations du président de l'Ukraine et de deux agents principaux des services de sécurité ukrainiens concernant l'ampleur de la corruption au sein du gouvernement et la nécessité d'éliminer celle-ci tant sur le plan politique qu'économique. Dans les cas où, comme en l'espèce, les éléments corrompus sont si répandus au sein du gouvernement qu'ils font partie de la structure de ce dernier, une dénonciation de la corruption constitue l'expression d'une «opinion politique». On aurait dû conclure, à mon avis, que M. Klinko a été persécuté en raison de ses «opinions politiques».

[36] Malheureusement, la Commission n'a pas, en l'espèce, apprécié la question de la protection de l'État et la possibilité d'un refuge intérieur. Elle a cependant mentionné et reconnu, à la page 8 de sa décision¹², le fait que le gouvernement ukrainien avait pris diverses mesures en vue de combattre la corruption. Cette preuve que l'État prenait des mesures constitue de toute évidence un facteur dont on doit tenir compte en appréciant la volonté et la capacité de celui-ci de fournir à M. Klinko une protection contre la persécution, mais il ne s'agit pas d'une preuve concluante qui établit cette capacité ou volonté.

[37] Dans ces circonstances, je n'ai d'autre choix que de renvoyer l'affaire à la Commission pour que soit tranchée la question de savoir si l'État a la capacité et la volonté de protéger le revendicateur contre la persécution et si une possibilité de refuge intérieur s'offre à ce dernier.

Whether the Motions Judge committed a reviewable error in confirming the Board's assessment of the refugee claims of Mrs. Klinko and her son

[38] In view of the conclusion that I have reached with respect to Mr. Klinko's claim who was the target of the persecution, this ground of appeal has become moot. I do not think, for two reasons, that it is in the interest of justice that I address the question of so-called derivative claims.

[39] First and foremost, any opinion I could express or conclusion I could come to would be *obiter*. I believe it would be inappropriate, when there is another appeal pending on that same issue in which it appears that the issue is material to the case,¹³ to condition, dictate or perhaps preempt by way of *obiter* a forthcoming discussion of such a material point. In addition, the matter was not the central focus of the appeal and, therefore, was not fully and satisfactorily canvassed.

[40] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the decision of the Motions Judge and hold that the Board erred in law in failing to recognize that the persecution suffered by Mr. Klinko was on account of his political opinion. I would refer the appellants' refugee claims back to the Board for a determination of the issue of state protection and the possibility of an internal flight alternative.

NOËL J.A.: I agree.

MALONE J.A.: I agree.

¹ See Board's Decision, Appeal Book, at pp. 23-24.

² [1993] 2 S.C.R. 689, at p. 746.

³ [1995] F.C.J. No. 1455 (T.D.) (QL), at para. 5.

⁴ R.S.C., 1985, c. I-2 [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73].

⁵ [1998] 1 S.C.R. 982, at p. 1015.

⁶ *Ibid.*

Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur susceptible de contrôle lorsqu'il a confirmé l'appréciation que la Commission a faite de la revendication du statut de réfugié de M^{me} Klinko ou de celle de son fils?

[38] Vu la conclusion à laquelle je suis parvenu en ce qui concerne la revendication de M. Klinko, qui a fait l'objet de persécution, ce motif d'appel est devenu théorique. Je n'estime pas, et ce pour deux raisons, qu'il est dans l'intérêt de la justice que je traite de la question des soi-disant revendications connexes.

[39] Tout d'abord, tout avis que j'exprimerais ou toute conclusion à laquelle je parviendrais ne serait qu'une remarque incidente. À mon avis, il serait inconvenant, compte tenu du fait qu'un autre appel portant sur la même question, et à l'égard duquel la question paraît importante pour ce qui est de l'issue de l'affaire¹³, n'a pas encore été tranché, d'influer sur une discussion à venir d'un point si important, de dicter les termes de cette discussion, ou d'anticiper sur le contenu de celle-ci dans le cadre d'une remarque incidente. De plus, la question n'étant pas l'objet principal de l'appel, elle n'a pas été analysée pleinement et de façon satisfaisante.

[40] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler la décision du juge des requêtes, et de conclure que la Commission a commis une erreur de droit lorsqu'elle a omis de reconnaître que M. Klinko a été persécuté en raison de ses opinions politiques. Je suis d'avis de renvoyer les revendications du statut de réfugié des appelants à la Commission pour que soit tranchée la question de la protection de l'État et celle de la possibilité d'un refuge intérieur.

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

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

¹ Voir la décision de la Commission, dossier d'appel, aux p. 23 et 24.

² [1993] 2 R.C.S. 689, à la p. 746.

³ [1995] A.C.F. n° 1455 (1^{re} inst.) (QL), au par. 5.

⁴ L.R.C. (1985), ch. I-2 [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73].

⁵ [1998] 1 R.C.S. 982, à la p. 1015.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Supra*, note 2.

⁸ *Ibid.*, at p. 746.

⁹ *Supra*, note 3, at para. 5.

¹⁰ *Ward, supra*, note 2, at p. 747.

¹¹ I refrain from and do not want to be read as expressing any views as to whether that ground of persecution stands alone or needs to be related to another of the enumerated grounds.

¹² Appeal Book, at p. 28.

¹³ *Serrano v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 166 F.T.R. 227 (F.C.T.D.).

⁷ *Supra*, note 2.

⁸ *Ibid.*, à la p. 746.

⁹ *Supra*, note 3, au par. 5.

¹⁰ *Ward, supra*, note 2, à la p. 747.

¹¹ Je m'abstiens d'exprimer tout point de vue sur la question de savoir si ce motif de persécution est autonome ou s'il doit être lié à un autre des motifs énumérés, et je ne veux pas que les présents motifs soient interprétés comme contenant un tel point de vue.

¹² Dossier d'appel, à la p. 28.

¹³ *Serrano c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 166 F.T.R. 227 (C.F. 1^{re} inst.).

IMM-1050-99

IMM-1050-99

Dewey Go Dee (*Applicant*)**Dewey Go Dee** (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**
(*défendeur*)**INDEXED AS: DEE v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP
AND IMMIGRATION) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: DEE c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYEN-
NETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)**Trial Division, MacKay J.—Winnipeg, August 26,
1999; Ottawa, February 18, 2000.Section de première instance, juge MacKay—
Winnipeg, 26 août 1999; Ottawa, 18 février 2000.

Administrative law — Judicial review — Certiorari — Judicial review of denial of applications for rehabilitation, landing — Applicant, Convention refugee, applied for landing in 1995 — In 1998 Minister requesting evidence of rehabilitation — Refusing to provide copy of affidavit from Philippines giving details of charges laid there against applicant, particulars of allegations — Court ordering Minister to decide landing application — Applicant informed by letter dated February 23, 1999 landing refused — Actual written decision dated February 24, 1999 — Rehabilitation decision set aside — Denial of natural justice, procedural fairness — Applicant denied opportunity to review, rebut allegations against him — Minister not having complete record before her as information referred to in Philippines affidavit not part of record — Manner of communicating decision raising question of whether made at all — Landing decision set aside as rehabilitation decision on which based erroneous, and as unexplained discrepancy between date of letter informing applicant of decision, actual decision raising serious question of fairness, whether decision properly made, communicated.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Contrôle judiciaire du rejet des demandes de réadaptation et d'établissement — Le demandeur, un réfugié au sens de la Convention, a demandé le droit d'établissement en 1995 — En 1998, le ministre a demandé une preuve de réadaptation — Refus de fournir une copie de l'affidavit philippin donnant les détails des chefs d'accusation formulés contre le demandeur ou des précisions sur les allégations — La Cour a ordonné au ministre de se prononcer sur la demande de droit d'établissement — Le demandeur a été avisé par une lettre en date du 23 février 1999 du rejet de la demande de droit d'établissement — La décision écrite date en fait du 24 février 1999 — La décision relative à la réadaptation a été annulée — Dénier de justice naturelle, d'équité procédurale — Le demandeur s'est vu dénier la possibilité d'examiner les chefs d'accusation formulés à son égard et de les réfuter — Le ministre ne disposait pas d'un dossier complet, car les renseignements mentionnés dans l'affidavit philippin ne faisaient pas partie du dossier — La façon dont la décision a été notifiée soulève la question de savoir si elle a été de fait rendue — La décision relative au droit d'établissement a été annulée car la décision relative à la réadaptation sur laquelle elle était fondée était erronée, et que la divergence inexplicée entre la date de la lettre informant le demandeur de la décision et la date à laquelle la décision a été effectivement rendue soulève des doutes sérieux d'équité, à savoir si la décision a été rendue et notifiée en bonne et due forme.

Citizenship and Immigration — Judicial review — Federal Court jurisdiction — Muldoon J. ordering Minister to decide landing application — Landing subsequently refused — Applicant's wife, sponsor, appealing refusal — Court having jurisdiction to hear application for judicial review of refusal under jurisdiction to oversee, supervise execution of orders — Court issuing specific directions for Minister's guidance, previous Court order not having been complied with.

Citoyenneté et Immigration — Contrôle judiciaire — Compétence de la Cour fédérale — Le juge Muldoon a ordonné au ministre de se prononcer sur la demande de droit d'établissement — Le droit d'établissement a par la suite été refusé — L'épouse du demandeur, répondante, a porté en appel le rejet — La Cour a compétence pour entendre la demande de contrôle judiciaire du rejet en vertu de sa compétence pour veiller à l'exécution de ses ordonnances — La Cour a donné des directives précises au ministre, étant donné que l'ordonnance antérieure de la Cour n'avait pas été respectée.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent residents — Application to set aside refusal of landing because Minister not satisfied applicant rehabilitated — Application allowed — Refusal based on ancillary decision as to rehabilitation which was set aside because of denial of natural justice, procedural fairness — Also serious questions as to whether landing decision properly made, communicated.

Practice — Res judicata — Removal order issued against applicant but set aside by IRB, Appeal Division — Charges against applicant originating in Philippines considered — Charges may be considered again for different reason — Issue before Appeal Division whether humanitarian, compassionate grounds to set aside applicant's removal from Canada — Issue before decision maker in considering rehabilitation application whether charges make applicant person excluded under s. 19(1)(c.1)(ii), whether rehabilitated — Issue not decided elsewhere — Res judicata not applicable.

This was an application for judicial review of the respondent's refusal to approve the applicant's applications for landing and for permanent residence. The applicant, an opponent of the Marcos government, arrived in Canada from the Philippines, and was declared a Convention refugee in 1985. His application for a Minister's permit to enable him to be processed for permanent resident status was subsequently refused. In 1988 a removal order was issued, but was set aside by the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board on humanitarian and compassionate grounds. The applicant's 1995 application for landing was sponsored by his wife who is a Canadian citizen. In 1998, the respondent requested evidence of the applicant's "rehabilitation", failing which he would be inadmissible under *Immigration Act*, subparagraph 19(1)(c.1)(ii) which precludes admission to Canada of persons who there are reasonable grounds to believe have committed outside Canada an offence that, if committed in Canada, would be punishable by a maximum term of imprisonment of 10 years or more. Reference was made to an affidavit from the Philippines which gave details of charges laid there against the applicant, but the Minister refused to either provide a copy of the affidavit or to give the applicant particulars of the allegations. The applicant categorically denied the commission of any offence. Muldoon J. ordered the Minister to make a decision on the landing application by the end of February 1999. The applicant was informed by letter dated February 23, 1999 that his application for landing had been refused because the Minister was not satisfied that the applicant was rehabilitated, but there was no official record

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Demande d'annulation du refus d'accorder le droit d'établissement parce que le ministre n'était pas convaincu de la réadaptation du demandeur — Demande accueillie — Refus fondé sur la décision antérieure relative à la réadaptation qui a été annulée en raison d'un déni de justice naturelle et d'équité procédurale — Il existe également des doutes sérieux à savoir si la décision relative au droit d'établissement a été rendue et notifiée en bonne et due forme.

Pratique — Res judicata — Ordonnance de renvoi rendue contre le demandeur mais annulée par la section d'appel de la CISR — Les chefs d'accusation formulés contre le demandeur en provenance des Philippines ont été examinés — Les chefs d'accusation peuvent être réexaminés pour d'autres raisons — La section d'appel était saisie de la question de savoir s'il y avait des considérations humanitaires propres à ordonner l'annulation du renvoi du demandeur hors du Canada — L'instance décisionnaire en ce qui concerne la demande relative à la réadaptation devait examiner si les chefs d'accusation faisaient que le demandeur n'était pas admissible en application de l'art. 19(1)c.1(ii) et s'il avait réussi sa réadaptation — Cette question n'a pas été tranchée par une autre autorité — Le principe de l'autorité de la chose jugée ne s'applique pas.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire du rejet par le défendeur des demandes de droit d'établissement et de résidence permanente du demandeur. Le demandeur, un opposant au gouvernement Marcos, est arrivé au Canada en provenance des Philippines et a été déclaré réfugié au sens de la Convention en 1985. Sa demande de permis ministériel en vue de l'obtention du statut de résident permanent a par la suite été rejetée. En 1988, une ordonnance de renvoi a été prise, mais a été annulée par la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié pour des considérations humanitaires. La demande de droit d'établissement présentée par le demandeur en 1995 était parrainée par son épouse, qui est citoyenne canadienne. En 1998, le défendeur a demandé une preuve de la «réadaptation» du demandeur, faute de quoi ce dernier ne serait pas admissible par application du sous-alinéa 19(1)c.1(ii) de la *Loi sur l'immigration*, qui interdit l'admission au Canada de personnes pour lesquelles il existe des motifs raisonnables de croire qu'elles ont à l'étranger commis une infraction qui, si elle était commise au Canada, pourrait être punissable d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans. Il a été question d'un affidavit philippin qui donnait les détails des chefs d'accusation formulés contre le demandeur, mais le ministre a refusé de remettre une copie de cet affidavit ou de fournir au demandeur des détails au sujet de ces chefs d'accusation. Le demandeur a catégoriquement nié avoir commis quelque infraction que ce soit. Le juge Muldoon a ordonné au ministre de rendre sa décision sur la demande de droit d'établissement à la fin de février 1999 au plus tard. Le demandeur a été informé par une lettre datée

of the decision on rehabilitation having been made and by whom. Another document in the respondent's record, dated February 24, 1999, appears to be the actual, written decision to deny the applicant landing. Information referred to in the Philippines affidavit was not part of the record produced by the respondent.

The issues were: (1) whether the decision denying the application for rehabilitation was contrary to the principles of fundamental justice; (2) if so, whether the refusal of landing which was based thereon, should be set aside; (3) whether the rehabilitation decision was barred by the principle of *res judicata* and (4) whether the Court had jurisdiction to hear this application when the applicant's sponsor had initiated an appeal of the refusal of landing.

Held, the application should be allowed.

The decision regarding the applicant's rehabilitation should be set aside because there were serious questions as to whether the decision had been properly made and communicated, and there had been a denial of natural justice and procedural fairness. While it may not be reasonable to expect a very busy Minister of the Crown to personally write to every applicant for rehabilitation, the certified record should reveal that the application was at least before the decision maker. Withholding the Philippines affidavit and forcing the applicant to respond to the bare allegation of wrong breached the principles of procedural fairness. Natural justice demands, in the absence of compelling reasons, such as a threat to international relations or national security, that the applicant be given the opportunity to review and respond to the material held by the respondent. There was no issue of protecting international relations or national security herein. Furthermore, the record before the Minister was incomplete thus breaching the principles of natural justice and procedural fairness.

The decision regarding the applicant's landing could not stand based on errors exhibited in the rehabilitation decision on which it was based, and because of a serious question of fairness raised by the unexplained discrepancy between the dates of the letter informing the applicant of the decision and the actual decision.

That the charges originating in the Philippines were referred to at the IRB, Appeal Division or even upon judicial review, would not preclude consideration thereof

du 23 février 1999 que sa demande de droit d'établissement avait été rejetée parce que le ministre n'était pas convaincu qu'il avait réussi sa réinsertion dans la société, mais il n'y avait aucune indication officielle qu'une décision relative à la réadaptation ait été rendue, et par qui. Un autre document, en date du 24 février 1999, dans le dossier du défendeur paraît être la décision écrite même, portant refus du droit d'établissement au demandeur. Des renseignements mentionnés dans l'affidavit philippin ne faisaient pas partie du dossier soumis par le défendeur.

Les questions en litige étaient les suivantes: 1) La décision rejetant la prétention à la réadaptation allait-elle à l'encontre des principes de justice fondamentale? 2) Dans l'affirmative, le rejet de la demande de droit d'établissement qui était fondée sur cette décision devrait-il être annulé? 3) La décision relative à la réadaptation était-elle invalide par application du principe de l'autorité de la chose jugée? 4) La Cour avait-elle compétence pour entendre la présente demande étant donné que la répondante du demandeur avait fait appel du rejet de la demande de droit d'établissement.

Jugement: la demande doit être accueillie.

La décision relative à la réadaptation du demandeur doit être annulée parce qu'il existait des doutes sérieux pour ce qui est de savoir si la décision avait été rendue et notifiée en bonne et due forme et parce qu'il y a eu un déni de justice naturelle et d'équité procédurale. Bien qu'il ne soit pas raisonnable d'attendre d'un ministre très occupé qu'il écrive personnellement à tout demandeur qui prétend à la réadaptation, il faut quand même que le dossier certifié indique que la demande a été, à tout le moins, soumise à l'instance décisionnaire. Le fait de refuser de communiquer l'affidavit philippin et de forcer le demandeur à se défendre contre une allégation générale d'inconduite a constitué une violation des principes d'équité procédurale. La justice naturelle exige, en l'absence d'une raison impérieuse comme un risque d'atteinte aux relations internationales ou à la sécurité nationale, que le demandeur se voie donner la possibilité d'examiner les documents en la possession du défendeur et d'y répondre. En l'espèce, ni la protection des relations internationales ni la sécurité nationale n'était en jeu. En outre, le dossier soumis à l'examen du ministre était incomplet, ce qui constituait par conséquent un manquement aux principes de justice naturelle et d'équité procédurale.

La décision portant sur le droit d'établissement du demandeur ne saurait être maintenue en raison à la fois des erreurs viciant la décision sur la réadaptation, sur laquelle elle était fondée, et des doutes sérieux pour ce qui est de l'équité soulevés par la divergence inexplicée entre la date de la lettre informant le demandeur de la décision et la date à laquelle la décision a effectivement été rendue.

Que les chefs d'accusation aux Philippines aient été mentionnés devant la section d'appel de la CISR ou même dans les procédures de contrôle judiciaire ne signifierait pas

again for a different reason. The issue before the Appeal Division was whether there were humanitarian and compassionate grounds to set aside the applicant's removal from Canada. The issue before the decision maker in the rehabilitation application was whether the charges made the applicant a person excluded under subparagraph 19(1)(c.1)(ii) and whether he had been rehabilitated under the same paragraph. This issue was not decided elsewhere, and the principle of *res judicata* did not apply.

This Court has jurisdiction to oversee and supervise the execution of its orders. The previous order of Muldoon J. not having been complied with, the Minister was given specific directions for her guidance in reconsidering these decisions. It was to be taken into account that CSIS and the RCMP had uncovered no evidence of criminal activity on applicant's part during his 17 years in Canada. Unless the Minister possesses information of which the Court is ignorant, it would appear that applicant can function in society and presents a minimal risk of committing crime. In reconsidering the rehabilitation decision, applicant shall be allowed to make further submissions upon the certified record and within 60 days thereafter, the Minister's decision ought to be made.

Party and party costs should be awarded to applicant in view of the unfairness with respect to the rehabilitation application which necessitated this judicial review application and for the Minister's failure to clearly determine the landing application within the time limited by order of Muldoon J.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).
Federal Court Immigration Rules, 1993, SOR/93-22, R. 22.
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 302.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11; 1995, c. 15, s. 2), 40.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4; S.C. 1992, c. 49, s. 31), 82.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

REFERRED TO:

Dee v. Canada (Minister of Employment & Immigration) (1988), 56 D.L.R. (4th) 82; 24 F.T.R. 48; 7 Imm.

qu'ils ne puissent être pris de nouveau en considération pour une tout autre raison. La section d'appel était saisie de la question de savoir s'il y avait des considérations humanitaires propres à ordonner l'annulation du renvoi du demandeur hors du Canada. L'instance décisionnaire en ce qui concerne la demande relative à la réadaptation devait examiner si les chefs d'accusation faisaient que le demandeur n'était pas admissible en application du sous-alinéa 19(1)c.1(ii) et s'il avait réussi sa réadaptation au sens de la même disposition. Cette question n'a pas été tranchée par une autre autorité, et le principe de l'autorité de la chose jugée ne s'appliquait pas.

La Cour a compétence pour veiller à l'exécution de ses ordonnances. L'ordonnance antérieure du juge Muldoon n'ayant pas été respectée, le ministre a reçu des directives précises pour l'orienter dans la révision de ces décisions. Il fallait prendre en considération le fait que le SCRS et la GRC n'avaient trouvé aucune preuve d'activité criminelle de la part du demandeur durant les 17 années qu'il a passées au Canada. À moins que le ministre ne détienne des renseignements que la Cour ignore, il paraît que le demandeur peut fonctionner dans la société et qu'il n'y a qu'un risque minime qu'il commette des crimes. Quant au réexamen de la décision sur la réadaptation, le demandeur doit avoir la possibilité de présenter d'autres conclusions à la lumière du dossier certifié et dans les 60 jours suivant, la décision du ministre devra être rendue.

Les dépens partie-partie sont accordés au demandeur vu l'iniquité caractérisant le traitement de la demande de reconnaissance de la réadaptation qui a rendu nécessaire le recours en contrôle judiciaire et le défaut du ministre de trancher clairement la demande de droit d'établissement dans le délai prescrit par l'ordonnance du juge Muldoon.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicé par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11; 1995, ch. 15, art. 2), 40.1 (édicé par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29, art. 4; L.C. 1992, ch. 49, art. 31), 82.1 (édicé par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73).
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 302.
Règles de 1993 de la Cour fédérale en matière d'immigration, DORS/93-22, règle 22.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS CITÉES:

Dee c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1988), 56 D.L.R. (4th) 82; 24 F.T.R. 48; 7 Imm.

L.R. (2d) 95 (F.C.T.D.); affd (1991), 83 D.L.R. (4th) 371; 14 Imm. L.R. 5; 135 N.R. 241 (F.C.A.); *Canada (Secretary of State) v. Dee* (1995), 90 F.T.R. 113; 26 Imm. L.R. (2d) 263 (F.C.T.D.); *Dee v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1998), 46 Imm. L.R. (2d) 278 (F.C.T.D.).

L.R. (2d) 95 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (1991), 83 D.L.R. (4th) 371; 14 Imm. L.R. 5; 135 N.R. 241 (C.A.F.); *Canada (Secrétaire d'État) c. Dee* (1995), 90 F.T.R. 113; 26 Imm. L.R. (2d) 263 (C.F. 1^{re} inst.); *Dee c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 46 Imm. L.R. (2d) 278 (C.F. 1^{re} inst.).

AUTHORS CITED

Black's Law Dictionary, 7th ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999, "rehabilitation".

APPLICATION for judicial review of the Minister's refusal to approve applications for rehabilitation and landing. Application allowed and Minister given directions governing reconsideration of rehabilitation, landing applications.

APPEARANCES:

David Matas and *Harry Walsh* for applicant.
Duncan A. Fraser and *Joel I. Katz* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

David Matas, Winnipeg, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] MACKAY J.: For the applicant this is another chapter in a most unhappy history. For the respondent's department, there can be little pride in its record of dealing with the applicant, Mr. Dewey Go Dee. After 17 years and several decisions by officers of the respondent's ministry giving rise to judicial review proceedings in this Court on numerous other occasions, Mr. Dee may be forgiven if he considers the entire process to be too long delayed. He comes before this Court again, this time seeking an order that he be finally landed in Canada, his objective for many years. That relief I cannot order. However, an order issues directing the respondent Minister to make a decision that complies with the requirements of the order of this Court dated December 2, 1998 and the

DOCTRINE

Nouveau Petit Robert: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris: Dictionnaire Le Robert, 1993, «réadaptation».

DEMANDE de contrôle judiciaire du rejet par le ministre de la demande relative à la réadaptation et de la demande de droit d'établissement. Demande accueillie et le ministre a reçu des directives régissant le réexamen de la demande relative à la réadaptation et de la demande de droit d'établissement.

ONT COMPARU:

David Matas et *Harry Walsh* pour le demandeur.
Duncan A. Fraser et *Joel I. Katz* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

David Matas, Winnipeg, 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

[1] LE JUGE MACKAY: Pour le demandeur M. Dewey Go Dee, il s'agit d'un chapitre de plus dans une affaire des plus malheureuses. De son côté, le Ministère du défendeur ne peut tirer aucune fierté de la manière dont il a traité jusqu'ici le cas de ce dernier. Au bout de 17 années au cours desquelles plusieurs décisions d'agents de ce Ministère ont donné lieu à autant de procédures de contrôle judiciaire en cette Cour, on ne saurait blâmer M. Dee s'il trouvait que l'affaire tout entière a entraîné trop longtemps. Il comparait de nouveau devant la Cour, pour demander cette fois qu'il soit jugé enfin qu'il a le droit de s'établir au Canada, ce qui est le but qu'il poursuit depuis nombre d'années. Il n'appartient pas à la Cour d'ordonner pareille réparation. Elle ordonnera cepen-

directions set out below.

[2] By an application under section 82.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73] of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2] and section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], the applicant seeks judicial review of the refusal of the respondent to approve his application for landing in Canada, and Mr. Dee seeks to have a decision dated February 23, 1999 refusing his application for permanent residence set aside. This decision, it is argued, is defective in a number of ways. First, the decision is based on an ancillary decision of the respondent Minister refusing the applicant's application for rehabilitation, which it is argued, was decided contrary to the principles of fundamental justice because it was made with an incomplete record before the Minister and because the applicant was not permitted access to materials before the Minister. Second, it is urged that the decision dated February 23, 1999, cannot be a valid decision since it was communicated to the applicant before the actual decision was made. Third, it is argued that the ancillary decision is barred by the principle of *res judicata*, the underlying issue having been dealt with on appeal to the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board. Fourth, the applicant argues that the decisions (both the decision of February 23 and the ancillary decision of the Minister) demonstrate a reasonable apprehension of bias.

[3] As a preliminary matter, it must be highlighted that the parties to this application for judicial review are discussing two separate decisions. The first is the refusal to grant "rehabilitation" under subsection 19(1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11; 1995, c. 15, s. 2] of the *Immigration Act*, which was apparently made some time in February 1999. The second decision is the refusal of landing, dated either 23 or 24 February 1999. Ordinarily, an application for judicial review is limited to one decision. In his application for leave and judicial review, it is the decision to refuse landing

dant au ministre de rendre une décision conforme aux dispositions de l'ordonnance en date du 2 décembre 1998 de la Cour ainsi qu'aux directives qui suivent.

[2] Par demande introduite en application de l'article 82.1 [édicte par L.R.C (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73] de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2] et de l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7], le demandeur sollicite le contrôle judiciaire du rejet, par le défendeur, de sa demande de droit d'établissement au Canada et conclut à l'annulation de la décision en date du 23 février 1999, par laquelle le défendeur a rejeté sa demande de résidence permanente. Selon le demandeur, cette décision est entachée de nombreux vices. En premier lieu, elle est fondée sur une décision accessoire par laquelle le ministre a rejeté sa prétention à la réadaptation, laquelle décision, selon le demandeur, allait à l'encontre des principes de justice fondamentale puisque le dossier soumis au ministre était incomplet et que les éléments de preuve sur lesquels elle était fondée n'avaient pas été communiqués au demandeur. En deuxième lieu, la décision datée du 23 février 1999 ne saurait être valide puisqu'elle lui a été communiquée avant d'avoir été effectivement prise. En troisième lieu, la décision accessoire est invalide par application du principe de l'autorité de la chose jugée, la question qui en faisait l'objet ayant été tranchée par la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Enfin, le demandeur soutient que les deux décisions, celle du 23 février tout comme la décision accessoire du ministre, suscitent une crainte raisonnable de préjugé.

[3] Il faut souligner en tout premier lieu que les parties à ce recours en contrôle judiciaire débattent de deux décisions différentes. La première, portant rejet de la prétention du demandeur à la «réadaptation» au sens du paragraphe 19(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11; 1995, ch. 15, art. 2] de la *Loi sur l'immigration*, a été, selon toute apparence, rendue dans le courant de février 1999. La seconde, qui porte rejet de la demande de droit d'établissement, est datée du 23 ou du 24 février 1999. Normalement, le contrôle judiciaire ne porte que sur une décision à la fois. En

that is referred to.

[4] In argument, oral and written, both decisions were addressed by counsel, and the reason for the refusal to grant landing is largely based upon the rehabilitation decision, which it is argued should be set aside because of irregularities alleged which are said to breach principles of fairness. I note that neither the respondent nor the applicant made objection to having both decisions considered as subject to judicial review in this proceeding. Because both decisions are inextricably linked, it is my conclusion, pursuant to rule 302 [*Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106*] that both decisions in question should be here considered, for to review the landing decision, the rehabilitation decision must also be examined.

Background

[5] The applicant arrived in Canada in 1983 on a visitor's visa. He subsequently applied to be declared a Convention refugee, but was informed that he could not apply while he had a valid visa. The applicant, not illogically, overstayed his visa by one day and then applied to be a refugee. His application was refused. After appeal to the Immigration Appeal Board, he was declared to be a refugee in 1985. Thereafter, in March 1986, the applicant applied for a Minister's permit to enable him to be processed for permanent resident status. This application was refused even though it was urged by the applicant that the issuance of such permits in similar cases was more or less routine. Thereafter, the applicant sought relief before this Court, but judicial review was refused on the ground that the Minister's decision was a matter of discretion.¹

[6] In 1988 a removal order was made against him. The applicant appealed to the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board, which allowed his appeal and set aside the removal order on the ground

l'espèce, la demande d'autorisation et de recours en contrôle judiciaire est dirigée contre la décision sur le droit d'établissement.

[4] Dans leur argumentation, orale et écrite, les avocats en présence ont évoqué l'une et l'autre décisions, et le refus du droit d'établissement est fondé dans une large mesure sur la décision relative à la réadaptation, dont le demandeur soutient qu'elle doit être annulée en raison d'irrégularités qui porteraient atteinte aux principes de justice naturelle. Il y a lieu de noter que ni le défendeur ni le demandeur ne s'oppose à ce que les deux décisions soient considérées comme faisant l'objet du contrôle judiciaire dans la présente instance. Étant donné que ces deux décisions sont intimement liées, je décide, en application de la règle 302 [*Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106*], qu'il y a lieu de les examiner toutes deux, puisque, pour contrôler la décision sur le droit d'établissement, la Cour doit également prendre en compte la décision sur la réadaptation.

Les faits de la cause

[5] Le demandeur est arrivé au Canada en 1983 avec un visa de visiteur. Il a revendiqué par la suite le statut de réfugié au sens de la Convention, mais a été informé que sa revendication était irrecevable tant qu'il avait un visa en vigueur. Non sans logique, il a prolongé son séjour d'un jour après l'expiration du visa, puis a demandé le statut de réfugié. Sa demande ayant été rejetée, il en a saisi la Commission d'appel de l'immigration, qui lui a reconnu ce statut en 1985. Par la suite, en mars 1986, il a demandé un permis ministériel en vue de l'obtention du statut de résident permanent. Cette demande a été rejetée bien que, le demandeur a fait valoir, la délivrance du permis fût plus ou moins routinière dans des cas semblables. Conséquemment, il a introduit un recours en contrôle judiciaire devant la Cour, qui l'en a débouté pour le motif que la décision du ministre relevait du pouvoir discrétionnaire de ce dernier en la matière¹.

[6] En 1988, une ordonnance de renvoi ayant été prise à son égard, il en a saisi la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, qui a fait droit à son appel et annulé cette ordonnance

that there existed humanitarian and compassionate grounds to prevent his removal from Canada, namely the presence of his family in Canada, that he was well settled after 10 years, and he made a “very positive” contribution to Canadian society. The respondent Minister unsuccessfully sought judicial review of this decision in this Court.²

This application

[7] The applicant’s subsequent application for landing in Canada, made again in 1995, was sponsored by his wife who is a Canadian citizen. In November of 1995, Mr. Dee received from the respondent an approval “in principle”. This approval did not go to the merits of his application, but only meant that he could apply in Canada instead of from abroad. By letter of April 1, 1998 the respondent requested from Mr. Dee evidence of his “rehabilitation”, otherwise he would be inadmissible as excluded under subparagraph 19(1)(c.1)(ii) of the *Immigration Act*,³ which precludes the admission to Canada of a specific class of persons in the following terms:

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

...

(c.1) persons who there are reasonable grounds to believe

...

(ii) have committed outside Canada an act or omission that constitutes an offence under the laws of the place where the act or omission occurred and that, if committed in Canada, would constitute an offence that may be punishable under any Act of Parliament by a maximum term of imprisonment of ten years or more,

except persons who have satisfied the Minister that they have rehabilitated themselves and that at least five years have elapsed since the expiration of any sentence imposed for the offence or since the commission of the act or omission, as the case may be;

[8] It appears there were a number of criminal accusations made against the applicant in the Philippines. These were the subject of the respondent’s

pour le motif que les considérations humanitaires s’opposaient à son renvoi hors du Canada, à savoir qu’il y avait sa famille, qu’il y était bien établi après dix ans, et qu’il apportait une contribution «très positive» à la société canadienne. Le ministre défendeur a contesté en vain cette décision par voie de recours en contrôle judiciaire devant notre Cour.²

Le recours en instance

[7] La nouvelle demande de droit d’établissement, faite par M. Dee en 1995, était parrainée par son épouse, qui est citoyenne canadienne. En novembre 1995, le défendeur a donné son approbation «de principe», ce qui signifie qu’il ne s’agissait pas d’une approbation au fond, mais que M. Dee pouvait faire sa demande à l’intérieur du Canada, et non de l’étranger. Par lettre datée du 1^{er} avril 1998, le défendeur a demandé à M. Dee de produire la preuve de sa «réadaptation», faute de quoi il ne serait pas admissible par application du sous-alinéa 19(1)c.1(ii) de la *Loi sur l’immigration*³, qui interdit l’admission au Canada d’une catégorie particulière de personnes comme suit:

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

[. . .]

c.1) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elles ont, à l’étranger:

[. . .]

(ii) soit commis un fait—acte ou omission—qui constitue une infraction dans le pays où il a été commis et qui, s’il était commis au Canada, constituerait une infraction qui pourrait être punissable, aux termes d’une loi fédérale, d’un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans, sauf si elles peuvent justifier auprès du ministre de leur réadaptation et du fait qu’au moins cinq ans se sont écoulés depuis la commission du fait;

[8] Il appert que le demandeur a fait l’objet de poursuites pénales aux Philippines. Telle était la teneur des conclusions présentées par le défendeur à la

submissions to the Appeal Division, which set aside the removal order against him. It should be noted that it was Mr. Dee's status as an opponent of the Marcos government that was the basis for his refugee claim. In the letter of April 1, 1998, mentioned above, requesting evidence of the applicant's rehabilitation, reference was made to an affidavit from the Philippines which gave details of charges laid there against the applicant (the Philippines affidavit). The Minister refused to provide a copy of the affidavit and further refused to give the applicant particulars about the allegations, but at the same time demanded that he show that he was rehabilitated from the crimes alleged but upon which the Minister refused to provide further information.

[9] With this further hurdle in his way, Mr. Dee made his application for "rehabilitation" to the respondent Minister. Given the unfairness inherent in the refusal of the Minister to provide full particulars, the applicant's application appears as complete as possible, listing the name of the charge and "sometime prior to 1982" 1982 as the date of offence. He categorically denies the commission of any offence and points out the following in his application, Form IMM1444, for approval of rehabilitation:

I have conducted myself in an honest and reputable fashion in accordance of all the laws of Canada and in accordance with the highest principles of morality. I have worked hard to assist my wife and family—to assist them to become responsible Canadian citizens. I am a regular church-going member. I believe in God and conduct myself in accordance with my belief. I have encouraged my sons to continue with their education and each is now a university graduate making his own living in his chosen profession. I take pride in having assisted each of them in attaining this goal. I have taken part in the activities of the community in Richmond, B.C. in assisting those who are less fortunate than I have been and I intend to continue to do so as a responsible Canadian citizen. I am proud of the activities in which I participate.

[10] It has been almost five years since the application for landing that is in question here was made. After almost three years with no response, Mr. Dee came to this Court in December of 1997 for an order compelling the respondent Minister to come to a decision. My colleague, Mr. Justice Muldoon, heard the application in November 1998 and ordered on

section d'appel, laquelle a annulé la mesure de renvoi prise contre le demandeur. Il y a lieu de noter que la revendication du statut de réfugié de M. Dee était fondée sur le fait qu'il était un opposant au gouvernement Marcos. La lettre du 1^{er} avril 1998, évoquée ci-dessus, qui lui demandait de produire la preuve de sa réadaptation, faisait état d'un affidavit provenant des Philippines et donnant les détails des chefs d'accusation formulés contre le demandeur (l'affidavit philippin). Le ministre a refusé de lui donner une copie de cet affidavit ou les détails de ces chefs d'accusation, tout en lui demandant de prouver qu'il avait réussi sa réadaptation à la suite des crimes supposés, au sujet desquels le ministre a refusé de fournir aucun renseignement.

[9] Confronté à ce nouvel obstacle, M. Dee a fait au ministre défendeur sa demande de reconnaissance de la «réadaptation». Compte tenu de l'iniqité inhérente au refus du ministre de communiquer tous les détails, cette demande paraît aussi complète que possible; le demandeur y précise l'infraction reprochée et donne comme date de l'infraction qu'elle aurait été «antérieure à 1982». Il nie catégoriquement avoir commis quelque infraction que ce soit, et fait valoir ce qui suit dans cette demande, faite sur formule IMM1444:

[TRADUCTION] J'ai mené une vie digne et honnête dans le respect de toutes les lois du Canada et des principes moraux les plus élevés. J'ai travaillé dur pour ma femme et ma famille—pour les aider à devenir des citoyens canadiens conscients de leurs responsabilités. Je vais à l'église. Je crois en Dieu et me conduis conformément à ma foi. J'ai encouragé mes fils à poursuivre leurs études et chacun d'eux a maintenant un diplôme universitaire et gagne sa vie dans la profession qu'il a choisie. Je suis fier d'avoir aidé chacun d'eux à atteindre ce but. J'ai pris part aux activités communautaires à Richmond (C.-B.) pour venir en aide à ceux qui sont moins chanceux que moi et je suis déterminé à continuer dans cette voie, en citoyen canadien conscient de ses responsabilités. Je suis fier des activités auxquelles j'ai pris part.

[10] Il s'est écoulé près de cinq ans depuis le dépôt de la demande de droit d'établissement en question. Après qu'elle fut restée sans réponse après quelque trois ans, M. Dee est venu devant la Cour pour lui demander d'ordonner au ministre défendeur de rendre sa décision. Mon collègue le juge Muldoon, ayant entendu ce recours en novembre 1998, a ordonné le 2

December 2, 1998 that the Minister make a decision on Mr. Dee's application for landing by the end of February 1999.⁴ Notably, the Court found the delay associated with the respondent's handling of the application to be "a special circumstance" sufficient to justify an award to the applicant of costs on a solicitor-and-client basis.

[11] Ultimately, a decision was communicated to the applicant, which, it is urged, raises a number of questions. A letter dated February 23, 1999 says that his application for landing has been refused because "the Minister has reviewed your application for approval of rehabilitation and has determined she is not satisfied that you have rehabilitated." As argued by the applicant, the record does not disclose evidence that a decision was made by the Minister. There is a copy of an e-mail, dated February 19, 1999 which says that the author of the e-mail has "been informed" of a negative decision by the Minister on the rehabilitation request. From whom the e-mail's author heard of the decision is nowhere in the record. There is no other indication that the file arrived in the Minister's office, that it was reviewed, or that a decision was made. There is no indication that a delegate of the Minister made the decision and no reasons are given. In short, there is no official record of the decision having been made and by whom. While it may not be reasonable to expect a very busy Minister of the Crown to personally write to every applicant for rehabilitation, the certified record should reveal that the application was at least before the decision maker.

[12] A second serious question mark hangs over the application for rehabilitation. As mentioned before, Mr. Dee was told by an officer in the respondent's department, in the letter of April 1, 1998, directing that he apply for rehabilitation, that there was "documentation on file from the Philippines concerning criminal charges and an affidavit in support of your extradition." The applicant's counsel responded to the letter, indicating that he would respond to the allegations once he received a copy of the Philippines affidavit. The respondent ministry replied that "we are

décembre 1998 au ministre de rendre sa décision sur la demande de droit d'établissement à la fin de février 1999 au plus tard⁴. En particulier, la Cour a conclu que le retard mis par le défendeur à traiter cette demande constituait «une circonstance spéciale» propre à justifier l'allocation au demandeur des dépens sur une base avocat-client.

[11] Par la suite, le demandeur s'est vu communiquer une décision qui soulève, selon lui, de nombreuses questions. Une lettre datée du 23 février 1999 lui fait savoir que sa demande de droit d'établissement a été rejetée parce que [TRADUCTION] «le ministre, après avoir examiné votre demande de reconnaissance de la réadaptation, n'est pas convaincu que vous ayez réussi votre réinsertion dans la société». Le demandeur soutient qu'il n'y a dans le dossier aucune preuve que le ministre ait rendu une décision en la matière. Il y a la copie d'une lettre par courrier électronique en date du 19 février 1999, selon laquelle son auteur a [TRADUCTION] «été informé» d'une décision défavorable du ministre sur la prétention à la réadaptation. Rien dans le dossier n'indique qui a communiqué cette information à l'auteur du message électronique. Rien n'indique non plus que le dossier soit parvenu au bureau du ministre, qu'il ait été examiné, ou qu'une décision ait été rendue. Rien n'indique qu'un représentant du ministre ait rendu la décision, et aucun motif n'a été donné. En bref, il n'y a aucune indication officielle qu'une décision ait été rendue, et par qui. Bien qu'il ne soit pas raisonnable d'attendre d'un ministre très occupé qu'il écrive personnellement à tout demandeur qui prétend à la réadaptation, il faut quand même que le dossier certifié indique que la demande a été, à tout le moins, soumise à l'instance décisionnaire.

[12] Une seconde question sérieuse se pose au sujet de la suite réservée à la demande de reconnaissance de la réadaptation. Comme je l'ai mentionné ci-dessus, M. Dee a été informé par un fonctionnaire du Ministère du défendeur, par lettre en date du 1^{er} avril 1998 lui intimant de faire valoir sa réadaptation, qu'il y avait [TRADUCTION] «dans le dossier des documents provenant des Philippines au sujet des poursuites pénales ainsi qu'un affidavit à l'appui de la demande d'extradition vous concernant». En réponse, l'avocat du demandeur a fait savoir qu'il répondrait à ces

not in a position to release them.” No reason was given why the applicant was being refused access to this important material. It is my opinion that withholding this material from the applicant in this way and forcing him to respond to the bare allegation of wrong was improper. It breached the principles of procedural fairness. In cases where a potential immigrant is being excluded from Canada for reasons associated with the prevention of terrorism, it may be that the person in question is not given full access to the evidence against him, yet, important safeguards have been built in to prevent unfairness.⁵ In these cases, the evidence is withheld to protect confidential sources, international relations, or national security. The person in question, however, is given a reasonable summary of the accusations and is given a reasonable opportunity to respond.

[13] Here, the issue of protecting international relations or national security was not raised by the respondent and yet the applicant was denied a meaningful opportunity to respond to the allegations. Natural justice demands, in the absence of a compelling reason, such as a threat to international relations or national security, that the applicant be given the opportunity to review and respond to the material held by the respondent. The principles of natural justice were denied in the making of this decision. The respondent concedes that such was the case in the respondent’s memorandum of argument.

[14] In addition, the applicant submits that the Minister did not have complete information before her in reaching her decision. In the certified record of the Minister, the documents regarding the charges laid in the Philippines, revealed to the applicant for the first time, appear to be missing a number of sections referred to in the Philippines affidavit. In particular, information regarding the applicant and his identification, orders of arrest, provisions from the Philippines penal code, a decision of a Regional Trial Court, the

allégations dès qu’il aurait reçu copie de l’affidavit philippin. Le Ministère du défendeur a répondu: [TRADUCTION] «Nous ne sommes pas en mesure de les divulguer». Aucune raison n’a été donnée pour expliquer le refus de communiquer ces importants documents. Je tiens pour irrégulière cette façon de dénier au demandeur l’examen de ces documents et de le forcer à se défendre contre une allégation générale d’inconduite. Il y a là violation des principes d’équité procédurale. Dans les cas où le candidat immigrant est interdit d’admission au Canada pour des raisons touchant à la prévention du terrorisme, il se peut que l’intéressé ne se voie pas accorder plein accès aux éléments de preuve réunis contre lui; néanmoins, d’importantes protections ont été intégrées au processus pour prévenir l’iniquité⁵. Dans ces cas, les éléments de preuve ne sont pas divulgués afin de protéger les sources confidentielles, les relations internationales ou la sécurité nationale. N’empêche que l’intéressé se voit communiquer un sommaire raisonnable de ce qu’on lui reproche et se voit donner la possibilité raisonnable d’y répondre.

[13] En l’espèce, le défendeur ne fait pas valoir la protection des relations internationales ou la sécurité nationale; pourtant le demandeur s’est vu dénier la possibilité de réfuter comme il se doit les allégations qui pèsent sur lui. La justice naturelle exige, en l’absence d’une raison impérieuse comme un risque d’atteinte aux relations internationales ou à la sécurité nationale, que le demandeur se voie donner la possibilité d’examiner les documents en la possession du défendeur et d’y répondre. La décision en question fait fi des principes de justice naturelle. Le défendeur reconnaît dans ses conclusions écrites que tel était effectivement le cas.

[14] Le demandeur soutient encore que le ministre n’avait pas à sa disposition tous les éléments d’information nécessaires pour rendre sa décision. Dans le dossier certifié soumis par celui-ci, certains éléments dont fait état l’affidavit philippin sont absents des documents relatifs aux poursuites pénales engagées aux Philippines et révélés pour la première fois au demandeur. En particulier, les renseignements concernant le demandeur et son identité, les mandats d’arrêt, les dispositions en jeu du code pénal des Philippines,

Court of Appeal and the Supreme Court of the Philippines are all referred to in the Philippines affidavit but are not part of the record produced by the respondent. In addition, a formal request for extradition is not in the record. Assuming the record produced by the respondent accurately reflects what was before the decision maker, the exclusion of relevant important documents again raises the question of the principles of natural justice and procedural fairness. Not only was the applicant denied access to the documents and to challenge them, the record before the Minister was incomplete. In my opinion, this decision cannot stand.

[15] The applicant also points to problems with the landing decision, which was communicated to him by letter dated February 23, 1999. This letter refers to the Minister's decision and tells the applicant that because of the rehabilitation decision, he is an excluded person and his application for landing has been refused. The applicant points to a document that is contained in the respondent's record, which has the title "In the matter of: An application for landing in Canada pursuant to s. 114 of the *Immigration Act* on humanitarian and compassionate grounds by Dewey Go Dee received July 27, 1995." It is signed by the same Immigration counsellor who wrote the letter of February 23, 1999. In every respect, it appears to be the actual, written decision to deny the applicant landing. However, it is dated February 24, 1999, one day after the letter informing Mr. Dee of the negative decision. The applicant argues that this taints the decision and raises a reasonable apprehension of bias. In addition, it is urged that any decision the letter and the document purport to communicate is nullified since the letter purports to communicate a decision that was not yet made. The official decision in the record, dated February 24, was never communicated to the applicant. No explanation of the discrepancy in the dates of documents was suggested. This raises a further question regarding the fairness of the respondent's decision, and perhaps of the treatment by the respondent's department.

les décisions respectives d'un tribunal régional de première instance, de la Cour d'appel et de la Cour suprême des Philippines sont tous mentionnés dans cet affidavit, mais ne font pas partie du dossier soumis par le défendeur. On n'y trouve non plus aucune demande formelle d'extradition. À supposer que ce dossier représente exactement les éléments de preuve dont était saisie l'instance décisionnaire, l'exclusion d'importants documents pertinents met en jeu, là encore, les principes de justice naturelle et d'équité procédurale. Non seulement le demandeur s'est vu dénier l'accès aux documents et la possibilité de les contester, mais encore le dossier soumis à l'examen du ministre était incomplet. À mon avis, cette décision ne saurait être maintenue.

[15] Le demandeur conteste aussi la décision sur le droit d'établissement, dont il a reçu communication par la lettre du 23 février 1999. Cette lettre fait état de la décision du ministre et informe le demandeur que, par suite de la décision sur la réadaptation, il fait partie de la catégorie des personnes non admissibles et que sa demande de droit d'établissement a été rejetée. Le demandeur attire l'attention sur la présence dans le dossier du défendeur d'un document intitulé [TRADUCTION] «Décision relative à la demande de droit d'établissement au Canada, faite par Dewey Go Dee qui invoque les considérations humanitaires en application de l'art. 114 de la *Loi sur l'immigration*, et reçue le 27 juillet 1995». Ce document porte la signature du même conseiller en immigration qui a signé la lettre du 23 février 1999. À tous les égards, il s'agit visiblement de la décision écrite même, portant refus du droit d'établissement au demandeur. Or, elle est datée du 24 février 1999, c'est-à-dire un jour après la date de la lettre informant M. Dee de la décision défavorable. Le demandeur soutient que cela vicie la décision et suscite une crainte raisonnable de préjugé. Et en outre que toute décision que la lettre et le document en question sont censés communiquer est nulle et non avenue, puisque cette lettre est censée communiquer une décision qui n'a pas encore été rendue. La décision officielle versée au dossier, en date du 24 février, ne lui a jamais été communiquée. Aucune explication n'a été donnée au sujet de la divergence entre les dates de ces documents. Ce qui met encore en doute l'équité de la décision du défendeur, et peut-être de la manière dont son Ministère a traité toute l'affaire.

[16] The applicant further argues that the issue to be considered by the respondent is covered by *res judicata*. It is argued that because the Appeal Division considered the Philippines charges against the applicant in its deliberations on whether there existed humanitarian and compassionate grounds to prevent his removal from Canada, it is an issue now covered under the principle of *res judicata*. I do not agree. While the charges originating in the Philippines may have been referred to at the Appeal Division and even upon judicial review in this Court, such circumstances do not preclude them from being considered again for a different reason. The issue then before the Appeal Division was whether there were humanitarian and compassionate grounds to set aside the applicant's removal from Canada. The issue before the decision maker in considering the submissions for recognition of his rehabilitation is whether the charges make the applicant a person excluded under subparagraph 19(1)(c.1)(ii) of the *Immigration Act* and whether he has been rehabilitated under the same paragraph. This issue has not been decided elsewhere, and the principle of *res judicata* does not apply.

[17] What is said to be the decision of the respondent, made following the order of Muldoon J., now comes before this Court. Mrs. Dee, as the applicant's sponsor, has a statutory right of appeal to the Appeal Division in relation to that decision. This appeal has apparently been initiated. The respondent argues that because of this, this Court does not have jurisdiction to hear Mr. Dee's application. I disagree.

[18] This Court has jurisdiction to oversee and supervise the execution of its orders. The applicant pleads that the terms of the order of Muldoon J. have not been complied with. It is my opinion that such is the case. The decision of February 23, 1999 exhibits reviewable errors and the ancillary decision on which it is based, that regarding the applicant's rehabilitation, demonstrates a denial of natural justice and procedural

[16] Le demandeur soutient encore que la question à considérer par le défendeur a fait l'objet d'une décision passée en force de chose jugée. Selon cet argument, puisque la section d'appel a examiné les chefs d'accusation formulés aux Philippines contre le demandeur dans ses délibérations sur la question de savoir si des considérations humanitaires entraînent en jeu de manière à éviter son renvoi du Canada, cette question a été tranchée par une décision passée en force de chose jugée. Je n'accepte pas cet argument. Bien que les chefs de poursuite aux Philippines aient pu être mentionnés devant la section d'appel ou même dans les procédures de contrôle judiciaire devant la Cour, cela ne signifie pas qu'ils ne puissent être pris de nouveau en considération pour une tout autre raison. La section d'appel était saisie de la question de savoir s'il y avait des considérations humanitaires propres à ordonner l'annulation du renvoi du demandeur hors du Canada. De son côté, l'instance décisionnaire saisie de la demande de reconnaissance de la réadaptation, devait examiner si les chefs de poursuite pénale faisaient que le demandeur n'était pas admissible en application du sous-alinéa 19(1)c.1)(ii) de la *Loi sur l'immigration* et s'il avait réussi sa réadaptation au sens de la même disposition. Cette question n'a pas été tranchée par une autre autorité, et le principe de l'autorité de la chose jugée ne s'applique pas.

[17] Ce que la Cour est appelée à examiner en l'occurrence, c'est la soi-disant décision rendue par le défendeur à la suite de l'ordonnance du juge Muldoon. La loi reconnaît à M^{me} Dee, en sa qualité de répondante du demandeur, le droit de contester cette décision devant la section d'appel. Il appert qu'elle a fait appel. Le défendeur en conclut que la Cour n'a pas compétence pour entendre le recours de M. Dee. Je ne suis pas d'accord.

[18] La Cour a compétence pour veiller à l'exécution de ses ordonnances. Le demandeur soutient que les dispositions de l'ordonnance du juge Muldoon n'ont pas été respectées. Tel est aussi mon avis. La décision du 23 février 1999 est entachée d'erreurs susceptibles de contrôle judiciaire, et la décision accessoire sur la réadaptation du demandeur, sur laquelle elle est fondée, est entachée de déni de justice naturelle et

fairness. With regard to the rehabilitation decision, the applicant was denied an opportunity to review the allegations made against him and to rebut them in a meaningful way. The respondent decision maker did not have a complete record before her. The decision was communicated in such a way as to raise a question of whether it was made at all. In light of these circumstances it is my opinion that the decision regarding the applicant's rehabilitation cannot stand. The decision regarding the applicant's landing cannot stand, either, both on the basis of errors exhibited in the rehabilitation decision on which it was based and also because of serious questions regarding whether the decision was properly made and communicated. An order issues quashing both decisions and returning the issue to the Minister for a prompt decision in accord with these reasons.

Directions to the respondent

[19] The primary question to be resolved by the Minister is whether Mr. Dee has rehabilitated himself following the charges levelled at him under the Marcos régime. The *Immigration Act* does not contain a definition of rehabilitation, and no case law has considered the exact meaning of rehabilitation in the context of this Act. According to *Black's Law Dictionary*, 7th ed., "rehabilitation" means

The process of seeking to improve a criminal's character and outlook so that he or she can function in society without committing other crimes.

Mr. Dee has the burden of showing to the Minister that he is of suitable character and that he can function in Canadian society without committing crimes. Both CSIS and the RCMP have reported, according to the record, that they are unable to find evidence of any criminal activity on his part in his 17 years in this country. Over the course of the last 17 years, he has raised a family and has contributed to his community. He is almost 60 years old. Unless there are other factors in the record before the Minister not known to the Court nor revealed to Mr. Dee, it is reasonable to suggest that, absent some negative consideration not here apparent, he can function in society and he presents a minimal risk of committing crimes in the

d'iniquité procédurale. En ce qui concerne la décision sur la réadaptation, le demandeur s'est vu dénier la possibilité d'examiner les chefs d'accusation formulés à son égard et de les réfuter proprement. L'instance décisionnaire, défenderesse en l'espèce, ne disposait pas d'un dossier complet. La décision a été communiquée de telle manière qu'on se demande si elle a été effectivement rendue. Je conclus de ces circonstances que la décision sur la réadaptation du demandeur ne saurait être maintenue. La décision sur son droit d'établissement ne saurait être maintenue non plus, en raison à la fois des erreurs viciant la décision sur la réadaptation, sur laquelle elle était fondée, et des doutes sérieux pour ce qui est de savoir si elle a été rendue et notifiée en bonne et due forme. La Cour rendra une ordonnance pour annuler l'une et l'autre décisions et renvoyer l'affaire au ministre pour prompt décision conforme aux présents motifs.

Directives au défendeur

[19] La question première à résoudre par le ministre est de savoir si M. Dee a réussi sa réadaptation à l'égard des poursuites pénales engagées contre lui sous le régime Marcos. La *Loi sur l'immigration* ne définit pas le concept de «réadaptation», et il n'y a aucun précédent sur le sens exact de ce terme pris dans le contexte de cette Loi. Selon le *Nouveau Petit Robert: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, édition de 1993, «réadaptation» signifie:

Adaptation nouvelle (d'une personne qui n'est plus adaptée). Voir réinsertion. [Et sous «réinsertion»: Fait de réinsérer (spécialt. quelqu'un dans la société, dans un groupe). *La réinsertion sociale des anciens détenus.*]

C'est à M. Dee qu'il incombe de prouver au ministre qu'il est de bonne vie et mœurs et qu'il peut fonctionner dans la société canadienne sans commettre de crimes. Selon le dossier, le SCRS et la GRC ont tous deux rendu compte qu'ils ne pouvaient trouver la preuve d'aucune activité criminelle de sa part durant les 17 années qu'il a passées dans ce pays. Au cours de ces 17 années, il a élevé une famille et il a contribué à la vie communautaire. Il a tout près de 60 ans. À moins qu'il n'y ait dans le dossier soumis au ministre des éléments qui n'aient pas été soumis à l'examen de la Cour ou divulgués à M. Dee, il est raisonnable de penser, à moins de quelque facteur négatif qui ne ressorte pas du dossier, qu'il peut

future.

[20] An order now issues allowing this application and directing the Minister to reconsider, in accord with these reasons, the decisions discussed above, the first regarding the application for rehabilitation and the second regarding his application for landing. The rehabilitation decision shall be made after providing an opportunity for the applicant to make further submissions in respect of the materials before the Minister as revealed by the certified record. Within 60 days of receipt of any further submissions of the applicant, that decision should be made, and the Minister shall reconsider the landing decision.

Costs

[21] The applicant shall have his costs of this application on a party-and-party basis. In my opinion, costs are warranted under Rule 22 of the *Federal Court Immigration Rules, 1993* [SOR/93-22] because of the unfairness in process in dealing with the application for rehabilitation, which is now conceded by the respondent, giving rise to the necessity of the application for judicial review by the applicant. Further, the delay in dealing with the application for landing, and then not clearly determining that application in the time limited by the order of Muldoon J. dated December 2, 1998 warrants an order for costs to the applicant.

¹ *Dee v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1988), 56 D.L.R. (4th) 82 (F.C.T.D.); aff'd (1991), 83 D.L.R. (4th) 371 (F.C.A.).

² *Canada (Secretary of State) v. Dee* (1995), 90 F.T.R. 113 (F.C.T.D.).

³ R.S.C., 1985, c. I-2, as amended.

⁴ *Dee v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1998), 46 Imm. L.R. (2d) 278 (F.C.T.D.).

⁵ See the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 40.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4; S.C. 1992, c. 49, s. 31].

fonctionner dans la société et qu'il n'y a qu'un risque minime qu'il commette des crimes à l'avenir.

[20] La Cour fera droit à ce recours et ordonnera au ministre de revoir, conformément aux présents motifs, les décisions susmentionnées, la première relative à la reconnaissance de la réadaptation et la seconde, relative à la demande de droit d'établissement. Le ministre rendra sa décision sur la réadaptation après avoir donné au demandeur la possibilité de présenter d'autres conclusions à la lumière des éléments dont il était saisi, tels qu'en fait état le dossier certifié. Cette décision doit être rendue dans les 60 jours qui suivent la réception des nouvelles conclusions du demandeur, après quoi le ministre reverra la décision sur le droit d'établissement.

Dépens

[21] Le demandeur aura droit aux dépens afférents à la présente demande sur une base partie-partie. À mon avis, l'allocation des dépens est justifiée par application de la règle 22 des *Règles de 1993 de la Cour fédérale en matière d'immigration* [DORS/93-22], vu l'iniquité caractérisant le traitement de la demande de reconnaissance de la réadaptation, que le défendeur reconnaît maintenant et qui a rendu nécessaire le recours en contrôle judiciaire. Au surplus, le retard mis dans le traitement de la demande de droit d'établissement et le fait de ne pas trancher clairement cette demande dans le délai prescrit par l'ordonnance du 2 décembre 1998 du juge Muldoon justifient l'allocation des dépens au demandeur.

¹ *Dee c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 56 D.L.R. (4th) 82 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (1991), 83 D.L.R. (4th) 371 (C.A.F.).

² *Canada (Secrétaire d'État) c. Dee* (1995), 90 F.T.R. 113 (C.F. 1^{re} inst.).

³ L.R.C. (1985), ch. I-2, modifiée.

⁴ *Dee c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 46 Imm. L.R. (2d) 278 (C.F. 1^{re} inst.).

⁵ *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 40.1 [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29, art. 4; L.C. 1992, ch. 49, art. 31].

A-772-98
(T-366-98)

AB Hassle, Astra AB and Astra Pharma Inc.
(*Appellants*) (*Applicants*)

v.

**The Minister of National Health and Welfare,
RhoXalPharma Inc. and Takeda Chemical Indus-
tries, Ltd.** (*Respondents*) (*Respondents*)

*INDEXED AS: AB HASSLE v. CANADA (MINISTER OF
NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (C.A.)*

Court of Appeal, Décary, Robertson and Evans JJ.A.
—Ottawa, February 23 and March 7, 2000.

Patents — Practice — Appeal from order allowing appeal from Prothonotary's order affidavit filed by generic drug manufacturer in NOC proceedings not confidential — Protective orders in NOC proceedings do not imperil principle of open justice — Issuance of protective order creating rebuttable presumption any information of type described in order subsequently filed will be kept confidential — Only in clearest cases, where obvious document not within terms of protective order should motion challenging confidential nature of document be granted — Once prima facie evidence document within class of documents contemplated by order, treated as confidential, heavy burden on challenging party to demonstrate otherwise — Information at issue prima facie within protective order — As Prothonotary applied improper test, Motions Judge right to interfere — Latter not applying test set out herein, but would have reached same conclusion had she had benefit of these reasons.

This was an appeal from an order allowing an appeal from an order of the prothonotary that certain documents were not confidential. The issue was whether certain affidavit evidence filed by RhoXalPharma, a generic drug manufacturer, under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* was confidential and therefore subject to a protective order issued earlier in these proceedings. RhoXalPharma was alleging that its proposed omeprazole

A-772-98
(T-366-98)

AB Hassle, Astra AB et Astra Pharma Inc. (*appellant*) (*requérantes*)

c.

Le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social, RhoXalPharma Inc. et Takeda Chemical Industries, Ltd. (*intimés*) (*intimés*)

RÉPERTORIÉ: AB HASSLE c. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (C.A.)

Cour d'appel, juges Décary, Robertson et Evans, J.C.A.—Ottawa, 23 février et 7 mars 2000.

Brevets — Pratique — Appel d'une ordonnance accueillant l'appel interjeté contre une ordonnance du protonotaire selon laquelle un affidavit déposé par le fabricant de médicaments génériques dans une instance relative à un avis de conformité n'était pas confidentiel — Le prononcé d'ordonnances de non-divulgence dans une instance relative à un avis de conformité ne met pas en danger le principe de la transparence de la justice — Le prononcé d'une ordonnance de non-divulgence crée une présomption réfutable selon laquelle tout renseignement déposé subséquemment et participant de la même nature que celle décrite dans l'ordonnance sera tenu confidentiel — Ce n'est que dans les cas les plus manifestes, lorsqu'il est évident que les clauses de l'ordonnance de non-divulgence ne visent pas le document attaqué, qu'il y a lieu d'accueillir la requête contestant le caractère confidentiel du document — Une fois qu'est présentée une preuve établissant à première vue que le document appartient à la catégorie de documents envisagée par l'ordonnance et que la partie le considère comme confidentiel, un lourd fardeau incombe à la partie qui conteste cette confidentialité de prouver le contraire — Les renseignements en cause sont, à première vue, visés par l'ordonnance de non-divulgence — Le protonotaire n'ayant pas appliqué le bon critère, le juge des requêtes a eu raison d'intervenir — Cette dernière n'a pas appliqué le critère défini en l'espèce, mais elle aurait tiré la même conclusion si elle avait pu prendre connaissance des présents motifs.

Le présent appel est interjeté contre une ordonnance qui a accueilli l'appel interjeté contre une ordonnance du protonotaire selon laquelle certains documents n'étaient pas confidentiels. La question en litige était de savoir si certaines preuves par affidavit déposées par le fabricant de médicaments génériques RhoXalPharma Inc. conformément au *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* sont confidentielles et, par conséquent, assujetties à

tablets do not infringe the appellants' patents so that a notice of compliance should issue.

Held, the appeal should be dismissed.

There is little, if any, public interest in knowing the specific content of drug processes and it cannot be seriously argued that issuing protective orders in NOC proceedings imperils the principle of open justice. The Court will always be willing to hear a third party challenge, whether or not provided for in the order.

Given that a protective order allows the parties to control by agreement which documents will be unavailable to the public, the appellants could neither explain what public interest they were protecting nor define the prejudice they would suffer given that the order grants them access to the information they claim should be accessible to all. Appeals such as this in NOC proceedings tend to be tactical manoeuvres rather than being motivated by a concern regarding the harm resulting from a document remaining confidential or a desire to secure a just determination of the proceeding on its merits.

The issuance of a protective order creates a rebuttable presumption that any information of the type described in the order which is subsequently filed will be kept confidential subject to the exceptions described in the order. At this stage of the proceedings, only in the clearest of cases, where it is obvious that the impugned document does not fall within the terms of the protective order, should a motion challenging the confidential nature of the document be granted. Once evidence is adduced that a document falls *prima facie* within the class of documents contemplated by the order and has been treated by the party as confidential, the burden lies with the challenging party to demonstrate that the document falls outside what was contemplated by the order. There are sound policy bases for this conclusion. The Court has a duty to deal with this type of summary application expeditiously. Counsel should be discouraged from using any possible occasion to make collateral attacks against a protective order. Further, the Court would be remiss in its duty if it did not summarily dismiss motions which are merely attempts to re-litigate protective orders.

As the information at issue was *prima facie* within the protective order, the burden was on the appellants to rebut

l'ordonnance de non-divulgence rendue au début de cette instance. RhoxalPharma affirme que les comprimés d'oméprazole proposés ne contrefont pas les brevets des appelantes et qu'un avis de conformité devrait donc être délivré.

Arrêt: l'appel est rejeté.

L'intérêt public de connaître précisément le procédé de fabrication de médicaments est minime, s'il existe, et on ne peut sérieusement affirmer que la délivrance d'ordonnances de non-divulgence dans une instance relative à un avis de conformité met en danger le principe de la transparence de la justice. La Cour sera toujours disposée à entendre éventuellement la contestation d'un tiers, que les clauses de l'ordonnance le prévoient ou non.

Étant donné que l'ordonnance de non-divulgence permet aux parties de décider, par convention, à quels documents le public n'aura pas accès, les appelantes n'ont pas été en mesure d'expliquer quel intérêt public elles protégeaient ni d'indiquer quel préjudice elles avaient subi, étant donné que l'ordonnance en question leur permet d'avoir accès aux renseignements qui, selon ce qu'elles prétendent, devraient pouvoir être consultés par tous. Les appels de ce genre dans une instance relative à un avis de conformité relèvent davantage d'une manœuvre tactique que de préoccupations quant au préjudice susceptible de résulter du fait de garder un document confidentiel ou que du souci de réaliser l'objectif d'apporter une solution au litige qui soit juste.

Le prononcé d'une ordonnance de non-divulgence crée une présomption réfutable suivant laquelle tout renseignement déposé subséquemment et participant de la même nature que celle décrite dans l'ordonnance sera tenu confidentiel sous réserve des exceptions prévues dans l'ordonnance. À ce stade de l'instance, ce n'est que dans les cas les plus manifestes, lorsqu'il est évident que les clauses de l'ordonnance de non-divulgence ne visent pas le document attaqué, qu'il y a lieu d'accueillir la requête contestant le caractère confidentiel du document. Une fois qu'est présentée une preuve établissant à première vue que le document appartient à la catégorie de documents envisagée par l'ordonnance et que la partie le considère comme étant confidentiel, il incombe alors à la partie qui conteste cette confidentialité de prouver que le document ne fait pas partie de la catégorie envisagée par l'ordonnance. Cette conclusion est rationnellement justifiée. La Cour doit absolument traiter ce genre de demandes sommaires rapidement. Il faut dissuader les avocats de profiter de toutes les occasions pour attaquer indirectement une ordonnance de non-divulgence. En outre, la Cour manquerait à ses obligations si elle ne rejetait pas rapidement les demandes qui ne visent qu'à essayer de contester de nouveau des ordonnances de non-divulgence.

Comme les renseignements en cause sont, à première vue, visés par l'ordonnance de non-divulgence, il incombe aux

the presumption of confidentiality. As the prothonotary applied an improper test, the Motions Judge had good reason to interfere. While the test she applied was not precisely the one set out herein, she made a careful review of the evidence and would have reached the same conclusion had she had the benefit of these reasons.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 3.
Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870, s. C.08.001 (as am. by SOR/95-172, s. 4).
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 6(8) (as am. by SOR/98-166, s. 5).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare) (1998), 81 C.P.R. (3d) 121 (F.C.T.D.); *aff'd* (1999), 87 C.P.R. (3d) 191 (F.C.A.); *Apotex Inc. v. Canada (Attorney-General)* (1993), 48 C.P.R. (3d) 296; 63 F.T.R. 197 (F.C.T.D.); *Bayer AG v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1993), 51 C.P.R. (3d) 329; 163 N.R. 183 (F.C.A.); *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.* (1993), 51 C.P.R. (3d) 305; 69 F.T.R. 161 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of Health) (1998), 82 C.P.R. (3d) 417; 229 N.R. 33 (F.C.A.).

APPEAL from an order (*AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1998), 83 C.P.R. (3d) 428; 161 F.T.R. 15 (F.C.T.D.)) allowing the appeal from an order of the prothonotary (*AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1998), 83 C.P.R. (3d) 417 (F.C.T.D.)) as to whether affidavit evidence filed by a generic drug manufacturer was confidential and therefore subject to a protective order issued earlier in the notice of compliance proceedings. Appeal dismissed.

appelantes de réfuter la présomption de confidentialité. Le protonotaire n'ayant pas appliqué le bon critère, le juge des requêtes a eu raison d'intervenir. Bien que le critère auquel elle a eu recours ne soit pas exactement celui qui est défini en l'espèce, elle a soigneusement examiné la preuve et elle aurait tiré la même conclusion si elle avait pu prendre connaissance des présents motifs.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870, art. C.08.001 (mod. par DORS/95-172, art. 4).
Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 6(8) (mod. par DORS/98-166, art. 5).
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 3.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS EXAMINÉES:

AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social) (1998), 81 C.P.R. (3d) 121 (C.F. 1^{re} inst.); *conf. par* (1999), 87 C.P.R. (3d) 191 (C.A.F.); *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)* (1993), 48 C.P.R. (3d) 296; 63 F.T.R. 197 (C.F. 1^{re} inst.); *Bayer AG c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1993), 51 C.P.R. (3d) 329; 163 N.R. 183 (C.A.F.); *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.* (1993), 51 C.P.R. (3d) 305; 69 F.T.R. 161 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISION CITÉE:

Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé) (1998), 82 C.P.R. (3d) 417; 229 N.R. 33 (C.A.F.).

APPEL interjeté contre une ordonnance (*AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1998), 83 C.P.R. (3d) 428; 161 F.T.R. 15 (C.F. 1^{re} inst.)) accueillant l'appel interjeté contre une ordonnance rendue par le protonotaire (*AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1998), 83 C.P.R. (3d) 417 (C.F. 1^{re} inst.)) portant sur la question de savoir si certaines preuves par affidavit déposées par le fabricant de médicaments génériques sont confidentielles et, par conséquent, assujetties à l'ordonnance de non-divulgence prononcée au début de cette instance relative à un avis de conformité. Appel rejeté.

APPEARANCES:

J. Sheldon Hamilton and Yoon Kang for appellants (applicants).
Martin F. Sheehan for respondents (respondents).

SOLICITORS OF RECORD:

Smart & Biggar, Toronto, for appellants (applicants).
Martineau, Walker, Montréal, for respondents (respondents).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] DÉCARY J.A.: This is an appeal from an order of Madam Justice Tremblay-Lamer (reported at (1998), 83 C.P.R. (3d) 428 (F.C.T.D.)) which allowed the appeal from an order of Prothonotary Morneau (reported at (1998), 83 C.P.R. (3d) 417 (F.C.T.D.)). The issue was whether certain affidavit evidence filed by the generic drug manufacturer RhoxalPharma Inc. (RhoxalPharma) under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (NOC Regulations) was confidential and therefore subject to a protective order issued at an early stage of the proceedings by Mr. Justice Teitelbaum (reported at (1998), 81 C.P.R. (3d) 121 (F.C.T.D.); affd (1999), 87 C.P.R. (3d) 191 (F.C.A.)). As appears from the previous recital, this is the fifth time that the Federal Court of Canada is seized with matters pertaining to the confidentiality of documents in these proceedings. I might add some more background—that RhoxalPharma is alleging in a notice of allegation that its proposed omeprazole tablets do not infringe the appellants' (Astra) patents so that a notice of compliance should issue.

[2] The relevant parts of the protective order are the following (Appeal Book, Vol. 1, at pp. 26-31) [reported as Appendix A at (1998), 83 C.P.R. (3d) 428 (F.C.T.D.), at pp. 437-440]:

2. Any document or thing, relating to the identity of RhoxalPharma's supplier of omeprazole or the process,

ONT COMPARU:

J. Sheldon Hamilton et Yoon Kang pour les appelantes (requérantes).
Martin F. Sheehan pour les intimés (intimés).

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Smart & Biggar, Toronto, pour les appelantes (requérantes).
Martineau, Walker, Montréal, pour les intimés (intimés).

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

[1] LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Le présent appel est interjeté contre une ordonnance rendue par M^{me} le juge Tremblay-Lamer (publiée à (1998), 83 C.P.R. (3d) 428 (C.F. 1^{re} inst.)) qui a accueilli l'appel interjeté contre une ordonnance du protonotaire Morneau (publiée à (1998), 83 C.P.R. (3d) 417 (C.F. 1^{re} inst.)). Il s'agit de déterminer si certaines preuves par affidavit déposées par le fabricant de médicaments génériques RhoxalPharma Inc. (RhoxalPharma) conformément au *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (Règlement sur les avis de conformité) sont confidentielles et, par conséquent, assujetties à l'ordonnance de non-divulgence rendue au début de l'instance par le juge Teitelbaum (publiée à (1998), 81 C.P.R. (3d) 121 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (1999), 87 C.P.R. (3d) 191 (C.A.F.)). Ainsi qu'il ressort de ce qui précède, c'est la cinquième fois que les parties saisissent la Cour fédérale du Canada de questions relatives à la confidentialité de documents dans la présente instance. Je pourrais ajouter d'autres renseignements sur la genèse de l'instance—à savoir que RhoxalPharma affirme dans son avis d'allégation que les comprimés d'oméprazole proposés ne contrefont pas les brevets des appelantes (Astra) et qu'un avis de conformité devrait donc être délivré.

[2] Les parties pertinentes de l'ordonnance de non-divulgence sont les suivantes (Dossier d'appel, vol. 1, aux p. 26 à 31) [publié à l'annexe A de (1998), 83 C.P.R. (3d) 428 (C.F. 1^{re} inst.), aux p. 437 à 440]:

2. Tout document ou chose qui se rapporte à l'identité du fournisseur d'oméprazole de RhoxalPharma, de même

components and formulae by which RhoxalPharma's omeprazole tablets are made, that is produced by any Party and any answer made by any Party relating thereto during or for the purpose of this proceeding, including any Examination and any Exhibit marked in this proceeding (hereinafter collectively referred to as the "Information") may be subject to this Order.

...

9. In the absence of written permission from the Party disclosing any Confidential Information, the recipient of Confidential Information shall not disclose same to any one, except the Court staff, the following parties, companies or individuals and members and regular employees of the following firms:

- (1) The Applicants in this proceeding and their related and affiliated companies and their counsel and within these, only the employees who need to know of the information;
- (2) The Respondents in this proceeding and their related and affiliated companies and their counsel and within these, only the employees who need to know of the information;
- (3) Up to three outside experts for each Party retained to assist the Party in the preparation and trial of this proceeding;
- (4) The firms of Martineau Walker and Goudreau Gage Dubuc & Martineau Walker;
- (5) The firm of Smart & Biggar;
- (6) The Minister of National Health and Welfare;
- (7) The Attorney General of Canada;
- (8) The Department of Justice;

...

14. This Order shall not be construed:

- (a) to prevent any individual or Party or its otherwise respective counsel from making use of information which was lawfully and without legal restriction in its possession prior to the date of this Order;
- (b) to apply to information derived independently of disclosure hereunder;
- (c) to apply to information which any individual or Party or its counsel lawfully and without legal

qu'au procédé, aux composantes ou aux formules par lesquels les comprimés d'oméprazole de RhoxalPharma [*sic*] sont fabriqués, et qui est présenté par toute partie, de même que toute réponse faite par toute partie au cours de la présente instance, y compris tout interrogatoire et toute pièce dûment cotée dans la présente instance (les renseignements), peut être assujéti à la présente ordonnance.

[. . .]

9. À défaut de l'autorisation écrite de la partie intéressée en ce qui concerne la divulgation de tout renseignement confidentiel, le destinataire des renseignements confidentiels ne doit divulguer ceux-ci à personne, sauf au personnel de la Cour et aux personnes, personnes morales, personnes physiques, employés et préposés des organisations suivantes:

- (1) Les demanderesse à l'instance et leurs compagnies liées ou affiliées, ainsi que leurs avocats et, au sein de ces compagnies, seuls les employés qui ont besoin d'être au courant des renseignements;
- (2) Les défendeurs à l'instance et leurs compagnies liées ou affiliées, ainsi que leurs avocats et, au sein de ces compagnies, seuls les employés qui ont besoin d'être au courant des renseignements;
- (3) Jusqu'à trois experts externes que chaque partie peut engager pour l'aider à préparer et à faire instruire la présente instance;
- (4) Les cabinets Martineau Walker et Goudreau Gage Dubuc & Martineau Walker;
- (5) Le cabinet Smart & Biggar;
- (6) le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social;
- (7) le procureur général du Canada;
- (8) le ministère de la Justice;

[. . .]

14. La présente ordonnance ne doit pas être interprétée de manière à:

- (a) empêcher toute personne ou partie ou son avocat de se servir des renseignements qui se trouvaient légalement et sans restriction légale en sa possession avant la date de la présente ordonnance;
- (b) s'appliquer aux renseignements obtenus indépendamment de la divulgation visée aux présentes;
- (c) s'appliquer aux renseignements que toute personne ou partie ou son avocat a obtenu légale-

- restriction obtained from a person having the right to disclose such information;
- (d) to prevent any individual or Party or its respective counsel to seek a determination or adjudication of the confidential character of any Challenged Information.
15. Nothing in this Order shall foreclose or limit any Party:
- (a) from asserting that any Information designated as "Confidential" pursuant to this Order is, in fact, not confidential;
- . . .
16. Any Party may waive in writing all or any part of his or its right under this Order and shall have the right to apply to the Court for any modification or variation of the strictures on disclosure imposed by this Order as applied to any specific item or items of designated Confidential Information or to determine the confidentiality of Challenged Information.
17. In the event of a challenge to the confidentiality of designated Confidential Information, the Party asserting confidentiality shall have the burden of proving on a balance of probabilities that the information is, in fact, confidential.
18. In the event of a challenge to the confidentiality of designated Confidential Information, Confidential Information shall not include information which:
- (a) is or was public knowledge or part of any public record, or which becomes public knowledge or part of any public record by means not in violation of the provisions of this Order or of the law;
- (b) is or was acquired lawfully from a person not a Party to this action in circumstances not governed by an obligation of confidence;
- (c) is or was already known to the receiving Party, affiliates, its counsel or experts; or
- (d) is or was independently developed by the receiving Party, its counsel or experts.
19. The terms and conditions of use of Confidential Information and the maintenance of the confidentiality thereof during any hearing of this proceeding shall be matters in the discretion of the Court.
- ment et sans restriction légale d'une personne ayant le droit de les communiquer;
- (d) d'empêcher toute personne ou partie ou son avocat d'obtenir une décision au sujet du caractère confidentiel de tout renseignement contesté.
15. Aucune des dispositions de la présente ordonnance n'empêche ou ne limite le droit de toute partie:
- (a) d'affirmer que tout renseignement désigné comme «confidentiel» en vertu de la présente ordonnance n'est, en fait, pas confidentiel;
- [. . .]
16. Toute partie peut renoncer par écrit en tout ou en partie à tout droit que lui confère la présente ordonnance et a le droit de demander à la Cour de modifier les restrictions imposées à la divulgation aux termes de la présente ordonnance pour ce qui est de tout renseignement confidentiel désigné ou pour obtenir une décision au sujet du caractère confidentiel de tout renseignement contesté.
17. En cas de contestation du caractère confidentiel de renseignements confidentiels désignés, la partie qui revendique la confidentialité a la charge de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que les renseignements sont effectivement confidentiels.
18. En cas de contestation du caractère confidentiel de renseignements confidentiels désignés, sont exclus des renseignements confidentiels les renseignements qui, selon le cas:
- (a) font ou faisaient partie du domaine public ou d'archives publiques par des moyens qui ne violent pas les dispositions de la présente ordonnance ou de la loi;
- (b) sont ou ont été légalement obtenus d'une personne qui n'est pas partie à la présente action dans des circonstances qui ne donnent pas lieu à l'application d'une obligation de conserver le secret;
- (c) sont ou étaient déjà connus du destinataire, de ses affiliés, de son avocat ou de ses experts;
- (d) sont ou ont été mis au point indépendamment par le destinataire, son avocat ou ses experts.
19. Les conditions d'utilisation des renseignements confidentiels et la protection de leur caractère confidentiel lors de toute audience tenue dans le cadre de la présente instance sont des questions qui relèvent du pouvoir discrétionnaire de la Cour.

[3] Protective orders with respect to methods or processes of manufacture of pharmaceutical drugs are routinely sought early in NOC Regulations proceedings and, it is fair to say, are generally granted subject to certain conditions. There are obvious reasons why this is so.

[4] First, whether one looks at it from the perspective of a brand name pharmaceutical manufacturer or from that of a generic drug manufacturer, the perceived confidentiality of information is a cornerstone of the regulatory scheme set out in the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, s. C.08.001 [as am. by SOR/95-172, s. 4] and in the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*:

The perceived confidentiality of information flowing from a drug manufacturer to the Department of National Health and Welfare is a cornerstone of the system pertaining to the processing of new drug submissions and the issuance of notices of compliance. For this system to function effectively, the confidential nature of the relationship ought to be honoured and maintained to the extent possible. . . . [My emphasis.] [*Apotex Inc. v. Canada (Attorney-General)* (1993), 48 C.P.R. (3d) 296 (F.C.T.D.), at p. 305, McGillis J.]

Section 5(3)(a) of the Regulations requires that the applicant for the NOC provide a detailed statement of the basis in fact and law for his statement of allegation. It seems intended that the patentee be fully aware of the grounds on which the applicant says issuance of a NOC will not lead to an infringement of the patent before the patentee decides whether or not to apply to a court for a determination. Such disclosure would define the issues at a very early stage. If that is the purpose, it confirms the intention that the proceedings be expeditiously conducted . . . An applicant for a NOC alleging a different process cannot be expected to make full disclosure without a protective order. Confidentiality cannot be assured until there is a proceeding in court. [My emphasis.] [*Bayer AG v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1993), 51 C.P.R. (3d) 329 (F.C.A.), at pp. 337-338, Mahoney J.A. See, also, *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (1998), 82 C.P.R. (3d) 417 (F.C.A.), at p. 421].

[3] Des ordonnances de non-divulgence visant les méthodes et les procédés de fabrication des produits pharmaceutiques sont régulièrement sollicitées tôt dans le cadre d'instances fondées sur le Règlement sur les avis de conformité et on peut dire qu'elles sont généralement accordées, sous réserve de certaines conditions. Il en est ainsi pour des raisons évidentes.

[4] En premier lieu, qu'on examine la question du point de vue du fabricant du médicament de marque ou de celui du fabricant du médicament générique, la confidentialité perçue des renseignements constitue la pierre angulaire du régime de réglementation prévu par le *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, art. C.08.001 [mod. par DORS/95-172, art. 4] ainsi que par le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*:

La confidentialité perçue de l'information communiquée par un fabricant de médicaments au ministère de la Santé nationale et du Bien-être social est la pierre angulaire du régime applicable au traitement des présentations de nouvelles drogues et à la délivrance d'avis de conformité. Pour que le régime soit efficace, le caractère confidentiel des rapports doit être respecté et maintenu dans toute la mesure du possible. [Non souligné dans l'original.] [*Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)* (1993), 48 C.P.R. (3d) 296 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 305 le juge McGillis.]

L'alinéa 5(3)a) du Règlement oblige la personne qui demande la délivrance d'un avis de conformité à fournir un énoncé détaillé du droit et des faits sur lesquels elle se fonde. Il semble que le législateur ait voulu que le breveté soit parfaitement au courant des motifs sur lesquels le requérant se fonde pour prétendre que la délivrance d'un avis de conformité ne donnera pas lieu à la contrefaçon du brevet avant que le breveté ne décide de présenter ou non une demande au tribunal pour obtenir une décision. Une telle divulgation permettrait de cerner le débat très tôt. Si c'est le but qui est poursuivi, cela confirme que le législateur avait l'intention que l'instance se déroule avec célérité. [. . .] On ne peut s'attendre à ce que la personne qui demande un avis de conformité et qui prétend employer un procédé différent procède à une divulgation complète sans une ordonnance de confidentialité. La confidentialité ne peut être assurée tant qu'une instance n'a pas été introduite devant le tribunal. [Non souligné dans l'original.] [*Bayer AG c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1993), 51 C.P.R. (3d) 329 (C.A.F.), aux p. 337 et 338, le juge Mahoney. Voir également l'arrêt *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* (1998), 82 C.P.R. (3d) 417 (C.A.F.), à la p. 421.]

[5] I note in this regard that the Regulations were amended in 1998 (SOR/98-166) and now expressly state, in subsection 6(8), that “[a] document produced under subsection (7)”—i.e. any portion of the submission for a notice of compliance filed by the second person relevant to the disposition of the issues in the proceedings—“shall be treated confidentially”.

[6] Second, in endorsing the principle that confidential orders can issue in these types of proceedings and in crafting their terms on an *ad hoc* basis so as to restrict their application to what was strictly necessary in any given case, the courts have carefully attempted to strike a balance between the need for public scrutiny of the court process and, to use the words of MacKay J. in *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.* (1993), 51 C.P.R. (3d) 305 (F.C.T.D.), at pages 309-310, “the interests of justice between the parties, including the *bona fide* commercial and proprietary interests of parties to litigation”.

[7] Let us not be naïve. There is little, if any, public interest in knowing the specific content of drug processes and no one can seriously argue that the issuance of protective orders of the type at issue in NOC proceedings imperils the principle of open justice. The parties themselves may challenge the true confidentiality of specific documents by the very terms of the orders and the Court will always be prepared to hear challenge by a third party, whether or not the terms of the order so provide.

[8] Given that for all practical purposes a protective order allows the parties to control by agreement which documents will be unavailable to the public, counsel for the appellants was at a loss to explain what public interest his clients were protecting in the instant case. He was also at a loss to define the prejudice suffered by his clients since the order at issue grants them access to the information they now claim should be accessible to all. Indeed, experience suggests that appeals of this kind in notice of compliance proceedings have more to do with tactical manoeuvres than with concerns about any harm that may result from

[5] Je remarque, à cet égard, que le règlement a été modifié en 1998 (DORS/98-166) et qu’il prévoit maintenant expressément au paragraphe 6(8) que «tout document produit aux termes du paragraphe (7)»—c’est-à-dire les extraits pertinents de la demande d’avis de conformité déposée par la seconde personne—«est considéré comme confidentiel».

[6] En second lieu, en endossant le principe selon lequel il est possible de délivrer des ordonnances de non-divulgence dans ce genre d’instances et en adaptant les clauses de ces ordonnances de manière à restreindre leur application aux stricts besoins d’une affaire en particulier, les tribunaux ont soigneusement cherché à établir un équilibre entre la nécessité de la publicité des procédures judiciaires et, pour reprendre les termes utilisés par le juge MacKay dans l’affaire *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.* (1993), 51 C.P.R. (3d) 305 (C.F. 1^{re} inst.), aux pages 309 et 310, «les intérêts judiciaires des parties, dont leurs droits commerciaux et leurs droits exclusifs légitimes».

[7] Ne soyons pas naïfs. L’intérêt public de connaître précisément le procédé de fabrication de médicaments est minime, s’il existe, et personne ne peut sérieusement affirmer que la délivrance d’ordonnances de non-divulgence comme celles qui sont en litige dans une instance relative à un avis de conformité met en danger le principe de la transparence de la justice. Les parties elles-mêmes peuvent contester la confidentialité véritable de certains documents suivant les clauses de ces ordonnances, et la Cour sera toujours disposée à entendre éventuellement la contestation d’un tiers, que les clauses de l’ordonnance le prévoient ou non.

[8] Étant donné qu’en pratique l’ordonnance de non-divulgence permet aux parties de décider, par convention, à quels documents le public n’aura pas accès, l’avocat des appelantes n’a pas été en mesure d’expliquer quel intérêt public ses clientes protégeaient en l’espèce. Il n’a pas pu indiquer non plus quel préjudice avaient subi ses clientes, étant donné que l’ordonnance en question leur permet d’avoir accès aux renseignements qui, selon ce qu’elles prétendent maintenant, devraient pouvoir être consultés par tous. Par ailleurs, l’expérience tend à démontrer que les appels de ce genre, dans des instances mettant en

keeping a document confidential or with meeting the objective of rule 3 of the Rules of this Court [*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106], i.e. “to secure the just, most expeditious and least expensive determination of every proceeding on its merits”. In an ideal world, counsel would agree to the terms of the confidential order and then abide by it.

[9] Protective orders issued at the beginning of the proceedings prior to the filing of evidence are by necessity drafted in general terms. As I have already pointed out, they are meant to allow the parties to move on and the Court to dispose of the application as expeditiously as it can. The judge who issues the order does so after having balanced the interest of the public and that of the parties. The test to be applied at that first stage with respect to confidentiality is that described by this Court in the very appeal from Mr. Justice Teitelbaum’s order [(1999), 87 C.P.R. (3d) 191 (F.C.A.), at page 192]:

. . . a confidentiality order may be issued on the basis of a subjective but reasonably held belief. . . .

I pause here to observe that neither the Prothonotary nor the Motions Judge had the benefit of that concise definition of the applicable test when they each made their decision.

[10] Once a protective order has issued, it would be counter-productive if parties, who have no other choice but to file sensitive evidence and do so with a relatively secure judicial guarantee of confidentiality, were to live with the constant fear of facing routine attacks by adverse parties. The seeking and obtaining of a protective order would be a futile exercise if, whenever a document is filed under such order, the party invoking the order were routinely forced to start from scratch, face a burden similar to or more onerous than the one it has already overcome and reargue the very arguments that were accepted or dismissed by the judge issuing the order.

cause un avis de conformité, relèvent davantage d’une manœuvre tactique que de préoccupations quant au préjudice susceptible de résulter du fait de garder un document confidentiel ou du souci de réaliser l’objectif de la règle 3 des Règles de la présente Cour [*Règles de la Cour fédérale*, DORS/98-106], à savoir «apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible». Dans un monde idéal, les avocats accepteraient les clauses de l’ordonnance de non-divulgence et les respecteraient.

[9] Les ordonnances de non-divulgence rendues en début d’instance, avant présentation de la preuve, sont nécessairement rédigées en termes généraux. Comme je l’ai souligné, elles visent à permettre aux parties d’aller de l’avant et au tribunal de statuer sur la demande de la façon la plus expéditive possible. Le juge qui rend l’ordonnance prend en considération les intérêts du public et ceux des parties. À ce premier stade, le critère à appliquer en matière de confidentialité est celui qu’a défini la présente Cour dans l’appel interjeté contre l’ordonnance du juge Teitelbaum [(1999), 87 C.P.R. (3d) 191 (C.A.F.), à la page 192]:

[. . .] il est possible [. . .] de rendre une ordonnance de confidentialité fondée sur une croyance subjective mais légitime [. . .]

Je m’arrête ici pour signaler que ni le protonotaire ni le juge des requêtes n’avaient à leur disposition cette définition concise du critère à appliquer au moment de rendre leur décision respectives.

[10] Une fois qu’une ordonnance de non-divulgence a été prononcée, il serait contre-productif que les parties, qui n’ont d’autre choix que de déposer des preuves confidentielles en s’appuyant sur une garantie de confidentialité judiciaire relativement sûre, vivent dans la crainte constante des attaques des parties adverses. Demander et obtenir une ordonnance de non-divulgence serait un exercice futile si, chaque fois qu’il y a dépôt d’un document aux termes d’une telle ordonnance, la partie qui l’invoque devait retourner à la case départ, où elle se verrait imposer un fardeau analogue à celui dont elle s’est déjà acquittée ou un fardeau encore plus lourd, et devrait faire valoir de nouveau les arguments déjà acceptés ou rejetés par le juge ayant rendu l’ordonnance.

[11] In my view, the issuance of a protective order in circumstances such as the present creates a presumption that any information of the type described in the order which is subsequently filed will be kept confidential subject to the exceptions described in the order, such as those found in paragraphs 14 and 18 of the protective order at issue. The presumption is, of course, rebuttable but—and this is the test to be applied at this stage of the proceedings—it is only in the clearest of cases, where it is obvious that the impugned document does not fall within the terms of the protective order, that a motion challenging the confidential nature of the document should be granted. Once evidence is put forward to the effect that a document falls *prima facie* within the class of documents contemplated by the order and has been treated by the party as confidential—in this case, the class is described in paragraph 2 of the protective order—the burden, and it is a heavy one, lies with the challenging party to demonstrate that the document falls outside what was contemplated by the order or is not of a kind which the judge could have had in mind when he or she issued the order.

[12] There are sound policy bases for this conclusion. The Court, as has so often been said (see, for example, *Bayer, supra*, at page 337), has a clear duty to deal with this type of summary application expeditiously. Counsel should be discouraged from using any possible occasion to make what amounts in reality to collateral attacks against a protective order. Further, the Court would be remiss in its duty if it did not summarily dismiss motions which are merely attempts to get around or re-litigate protective orders.

[13] I appreciate that the test which this Court now sets out is somewhat at odds with that set out by Teitelbaum J. in paragraph 17 of the protective order granted in this case. However, I doubt whether the terms of the protective order could, on a question which is after all a question of law, tie the hands of the judge eventually seized with a motion challenging

[11] J'estime que le prononcé d'une ordonnance de non-divulgence dans des circonstances comme celles de l'espèce crée une présomption suivant laquelle tout renseignement déposé subséquent et participant de la même nature que celle décrite dans l'ordonnance sera tenu confidentiel sous réserve des exceptions prévues dans l'ordonnance, comme celles énoncées aux paragraphes 14 et 18 de l'ordonnance de non-divulgence en cause. Cette présomption, bien sûr, est réfutable mais—et c'est là le critère à appliquer à ce stade de l'instance—ce n'est que dans les cas les plus manifestes, lorsqu'il est évident que les clauses de l'ordonnance de non-divulgence ne visent pas le document attaqué, qu'il y a lieu d'accueillir la requête contestant le caractère confidentiel du document. Une fois qu'est présentée une preuve établissant à première vue que le document appartient à la catégorie de documents envisagée par l'ordonnance et que la partie le considère comme étant confidentiel—en l'espèce, la catégorie est définie au paragraphe 2 de l'ordonnance de non-divulgence —, il incombe alors à la partie qui conteste cette confidentialité de prouver, et ce fardeau est lourd, que le document ne fait pas partie de la catégorie envisagée par l'ordonnance ou que le juge n'avait pas ce genre de document à l'esprit en rendant son ordonnance.

[12] Cette conclusion est rationnellement justifiée. Comme il a été dit à de nombreuses reprises (voir, par exemple, l'affaire *Bayer*, précitée, à la page 337), la Cour doit absolument traiter ce genre de demandes sommaires rapidement. Il faut dissuader les avocats de profiter de toutes les occasions pour procéder à ce qui revient en fait à attaquer indirectement une ordonnance de non-divulgence. En outre, la Cour manquerait à ses obligations si elle ne rejetait pas rapidement les demandes qui ne visent qu'à essayer de contourner ou de contester de nouveau des ordonnances de non-divulgence.

[13] Je suis bien conscient que le critère qu'énonce maintenant la présente Cour ne correspond pas exactement à celui que le juge Teitelbaum a formulé au paragraphe 17 de l'ordonnance de non-divulgence délivrée en l'espèce. Toutefois, je doute que les clauses de l'ordonnance de non-divulgence puissent, sur une question qui, somme toute, est une question de

the confidential nature of a particular document.

[14] In the case at bar, the information at issue—the list of the ingredients of the proposed omeprazole tablets and expert evidence bearing on the distinctions between these proposed tablets and those disclosed in the Astra patents—relates *prima facie* to “the process, components and formulae by which RhoxalPharma’s omeprazole tablets are made” (see paragraph 2 of the protective order). The burden was therefore on the appellants to rebut the presumption of confidentiality that attached to this information.

[15] The Prothonotary having applied an improper test, the Motions Judge had good reason to interfere. While the test she applied was not precisely the one set out in these reasons, we are satisfied that she made a careful review of the evidence and that she would have reached the same conclusion had she had the benefit of these reasons.

[16] The appeal should be dismissed with costs to the respondent RhoxalPharma Inc. here and in both instances below.

ROBERTSON J.A.: I agree.

EVANS J.A.: I agree.

droit, limiter le pouvoir du juge éventuellement saisi d’une requête contestant le caractère confidentiel d’un document en particulier.

[14] Dans la présente espèce, les renseignements en cause—la liste des ingrédients des comprimés d’oméprazole proposés ainsi que la preuve d’expert au sujet des distinctions entre les comprimés proposés et ceux décrits dans les brevets d’Astra—se rapportent, à première vue, «au procédé, aux composantes ou aux formules par lesquels les comprimés d’oméprazole de RhoxalPharma sont fabriqués» (voir le paragraphe 2 de l’ordonnance). Il incombait donc aux appelantes de réfuter la présomption de confidentialité qui protège ces renseignements.

[15] Le protonotaire n’ayant pas appliqué le bon critère, le juge des requêtes a eu raison d’intervenir. Bien que le critère auquel elle a eu recours ne soit pas exactement celui qui est défini dans les présents motifs, nous sommes convaincus qu’elle a soigneusement examiné la preuve et qu’elle aurait tiré la même conclusion si elle avait pu prendre connaissance des présents motifs.

[16] Il y a lieu de rejeter l’appel avec dépens en faveur de l’intimée RhoxalPharma Inc., en appel et dans les deux instances inférieures.

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

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

IMM-6500-98

IMM-6500-98

Soliman Mohammadian (*Applicant*)**Soliman Mohammadian** (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**
(*défendeur*)**INDEXED AS: MOHAMMADIAN v. CANADA (MINISTER OF
CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: MOHAMMADIAN c. CANADA (MINISTRE DE LA
CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)**Trial Division, Pelletier J.—Toronto, September 29,
1999; Ottawa, March 10, 2000.Section de première instance, juge Pelletier—Toronto,
29 septembre 1999; Ottawa, 10 mars 2000.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Quality of interpretation — In proceedings before CRDD, refugee claimants have Charter-guaranteed right to interpretation which is continuous, precise, competent, impartial and contemporaneous — Proof of prejudice not required — However, complaints about quality of interpretation must be made at first opportunity.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Qualité de l'interprétation — Dans les procédures devant la SSR, les revendicateurs du statut de réfugié ont un droit garanti par la Charte à une interprétation qui répond aux critères de continuité, de fidélité, de compétence, d'impartialité et de concomitance — Il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'un préjudice — Toutefois, les plaintes portant sur la qualité de l'interprétation doivent être présentées aussitôt que possible.

Constitutional law — Charter of rights — Criminal process — Right to assistance of interpreter under s. 14 — Whether extending to proceedings before CRDD — Quality of interpretation — S.C.C. decision in R. v. Tran applied — In proceedings before CRDD, interpretation provided to refugee claimants must be continuous, precise, competent, impartial and contemporaneous — Proof of prejudice not required — Failure to complain about quality of interpretation at first opportunity fatal to judicial review application.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédure criminelle — Droit à l'assistance d'un interprète en vertu de l'art. 14 — S'applique-t-il aux procédures devant la SSR? — Qualité de l'interprétation — Application de la décision de la C.S.C. dans R. c. Tran — Dans les procédures devant la SSR, l'interprétation fournie aux revendicateurs du statut de réfugié doit être continue, fidèle, compétente, impartiale et concomitante — Il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'un préjudice — Le défaut de présenter une plainte quant à la qualité de l'interprétation dès que possible fait que la demande de contrôle judiciaire ne peut avoir aucune suite.

The applicant, an Iranian Kurd, challenged the CRDD's decision rejecting his claim for refugee status in Canada on the ground of faulty interpretation at the hearing. The interpreter did not speak the same variant of Kurdish as the applicant, so that the applicant allegedly understood the interpreter approximately one half of the time.

Le demandeur, un Kurde iranien, conteste la décision de la SSR de rejeter sa revendication de statut de réfugié au Canada, au motif que l'interprétation à l'audience était de mauvaise qualité. L'interprète ne parlait pas la même variante de la langue kurde que le demandeur, ce dernier affirmant qu'il ne pouvait le suivre qu'à peu près la moitié du temps.

Held, the application should be dismissed.

Jugement: la demande est rejetée.

The right to the assistance of an interpreter was guaranteed by section 14 of the Charter. The plain language of section 14 together with the rationale in *Roy v. Hackett* suggested that section 14 applied to proceedings before the CRDD. *R. v. Tran* has defined the extent of that right: the framework for analysis as to whether a section 14 violation has occurred, the elements of the standard of interpretation to be expected, the absence of a requirement for proof of prejudice as a condition precedent for judicial remedy and the impossibility of waiver (the possibility of waiver was

L'article 14 de la Charte garantit le droit à l'assistance d'un interprète. Les termes très clairs de l'article 14, ainsi que l'analyse que l'on trouve dans *Roy c. Hackett*, donnent à penser que l'article 14 s'applique aux procédures devant la SSR. L'étendue de ce droit est défini dans *R. c. Tran*: le cadre d'analyse qui permet de déterminer s'il y a eu violation de l'article 14, les éléments de la norme d'interprétation exigée, le fait qu'il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'un préjudice pour obtenir une réparation en justice et le fait qu'on ne puisse y renoncer (la renonciation

found to be incompatible with the situation of a person facing criminal charges and possible deprivation of liberty). However, it was not beyond the bounds of civilized society to expect a refugee claimant to complain at the first opportunity when unable to understand the interpreter provided by the CRDD. The applicant's onus to establish his entitlement to refugee status extends to identifying known procedural defects as they occur instead of hoarding them as insurance against future disappointments. Case law suggested that where problems of interpretation could be reasonably addressed at the time of the hearing, there was an obligation to do so then and not later, in judicial review proceedings. There is an obligation on both the tribunal and counsel to take steps to see that problems regarding interpretation are adequately addressed. Where the error could not be detected until after the hearing, the lack of prior complaint has not been held against the applicant. Nothing in the cases would preclude a requirement that a complaint about the quality of interpretation be made at the first opportunity where it is reasonable, in the circumstances of the case, to expect such a complaint to be made.

In this case, the question of the quality of the interpretation should have been raised before the CRDD because it was obvious to the applicant that there were problems between him and the interpreter. His failure to do so was fatal to this application for judicial review.

As to the effectiveness of counsel who represented the applicant at the CRDD hearing, although counsel's failure to interview a witness was not a recommended practice, it was not sufficient to justify the Court's interference with the decision.

A question was certified as to whether the analysis of the Supreme Court of Canada provided in *R. v. Tran* applies to CRDD proceedings and three questions were put regarding related issues.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 14.
Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. v. Tran, [1994] 2 S.C.R. 951; (1994), 133 N.S.R. (2d) 81; 117 D.L.R. (4th) 7; 92 C.C.C. (3d) 218; 32

a été jugée incompatible avec la situation d'une personne accusée d'une infraction criminelle et qui risquait d'être privée de sa liberté). Toutefois, ce n'est pas dépasser les bornes d'une société civilisée que de s'attendre à ce qu'un revendicateur du statut de réfugié se plaigne aussitôt que possible lorsqu'il ne peut comprendre l'interprète que lui fournit la SSR. Le fardeau du revendicateur d'établir son droit au statut de réfugié s'étend à l'identification des vices de procédure dès qu'ils se produisent plutôt que de les garder en réserve comme police d'assurance en cas d'échec. La jurisprudence suggère que si les problèmes d'interprétation pouvaient raisonnablement être soulevés lors de l'audience, il existe une obligation de le faire plutôt que de réserver la question pour une procédure de contrôle judiciaire. Tant le tribunal que les avocats ont l'obligation de s'assurer que la question des problèmes d'interprétation est traitée de façon adéquate. Lorsqu'une erreur ne pouvait être détectée avant la fin de l'audience, on n'a pas retenu contre le demandeur le fait qu'il n'y avait pas eu de plainte auparavant. Rien dans la jurisprudence ne semble empêcher qu'on exige qu'une plainte au sujet de la qualité de l'interprétation soit faite à la première occasion, lorsque les circonstances de l'affaire font qu'il est raisonnable de s'y attendre.

En l'instance, la qualité de l'interprétation aurait dû être soulevée devant la SSR, puisqu'il était évident pour le demandeur qu'il avait des difficultés de communication avec l'interprète. Comme il ne l'a pas fait, sa demande de contrôle judiciaire ne peut avoir aucune suite.

Quant à l'efficacité de l'avocate qui a représenté le demandeur devant la SSR, bien que le fait qu'elle n'ait pas rencontré le témoin en entrevue ne correspond pas à la pratique recommandée, ce facteur ne justifie pas l'intervention de la Cour dans la décision.

Une question a été certifiée afin de déterminer si l'analyse de la Cour suprême du Canada dans *R. c. Tran* s'applique aux procédures devant la SSR et trois questions connexes ont été posées.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 14.
Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, ch. 52.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

R. c. Tran, [1994] 2 R.C.S. 951; (1994), 133 N.S.R. (2d) 81; 117 D.L.R. (4th) 7; 92 C.C.C. (3d) 218; 32

C.R. (4th) 34; 170 N.R. 81; *Wyllie v. Wyllie* (1987), 37 D.L.R. (4th) 376; 30 C.R.R. 181 (B.C.S.C.); *Roy v. Hackett* (1987), 62 O.R. (2d) 365; 45 D.L.R. (4th) 415; 23 O.A.C. 382 (C.A.) (Eng.); *Aquino v. Minister of Employment and Immigration* (1992), 144 N.R. 315 (F.C.A.); *Mila v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] F.C.J. No. 1133 (T.D.) (QL); *Ming v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 336; (1990), 10 Imm. L.R. (2d) 284; 107 N.R. 296 (C.A.); *Mosa v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 154 N.R. 200 (F.C.A.); *Yu v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 75 F.T.R. 241 (F.C.T.D.).

DISTINGUISHED:

Xhelilaj v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (1997), 132 F.T.R. 161; 39 Imm. L.R. (2d) 47 (F.C.T.D.); *Banegas v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] F.C.J. No. 928 (T.D.) (QL); *Shah v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 81 F.T.R. 251 (F.C.T.D.); *Tung v. Minister of Employment and Immigration* (1991), 124 N.R. 388 (F.C.A.); *Jiang v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 77 F.T.R. 36 (F.C.T.D.); *Mathon v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1988), 38 Admin. L.R. 193; 28 F.T.R. 217; 9 Imm. L.R. (2d) 132 (F.C.T.D.); *Shirwa v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 2 F.C. 51; (1993), 22 Admin. L.R. (2d) 220; 71 F.T.R. 136; 23 Imm. L.R. (2d) 123 (T.D.).

APPLICATION for judicial review of a CRDD decision rejecting an application for refugee status, essentially on the ground of faulty interpretation. Application dismissed.

APPEARANCES:

Micheal T. Crane for applicant.
Marcel R. Larouche for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Micheal T. Crane, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] PELLETIER J.: Soliman Mohammadian is an Iranian Kurd. On August 17, 1997, he made a claim

C.R. (4th) 34; 170 N.R. 81; *Wyllie v. Wyllie* (1987), 37 D.L.R. (4th) 376; 30 C.R.R. 181 (C.S.C.-B.); *Roy c. Hackett* (1987), 62 O.R. (2d) 351; 45 D.L.R. (4th) 415; 23 O.A.C. 382 (C.A.) (Fr.); *Aquino c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1992), 144 N.R. 315 (C.A.F.); *Mila c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] F.C.J. n° 1133 (1^{re} inst.) (QL); *Ming c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 C.F. 336; (1990), 10 Imm. L.R. (2d) 284; 107 N.R. 296 (C.A.); *Mosa c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 154 N.R. 200 (C.A.F.); *Yu c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 75 F.T.R. 241 (C.F. 1^{re} inst.).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Xhelilaj c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1997), 132 F.T.R. 161; 39 Imm. L.R. (2d) 47 (C.F. 1^{re} inst.); *Banegas c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] F.C.J. n° 928 (1^{re} inst.) (QL); *Shah c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 81 F.T.R. 251 (C.F. 1^{re} inst.); *Tung c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1991), 124 N.R. 388 (C.A.F.); *Jiang c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 77 F.T.R. 36 (C.F. 1^{re} inst.); *Mathon c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 38 Admin. L.R. 193; 28 F.T.R. 217; 9 Imm. L.R. (2d) 132 (C.F. 1^{re} inst.); *Shirwa c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 2 C.F. 51; (1993), 22 Admin. L.R. (2d) 220; 71 F.T.R. 136; 23 Imm. L.R. (2d) 123 (1^{re} inst.).

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la SSR rejetant une revendication de statut de réfugié, principalement au motif que l'interprétation était de mauvaise qualité. Demande rejetée.

ONT COMPARU:

Micheal T. Crane pour le demandeur.
Marcel R. Larouche pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Micheal T. Crane, 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 et l'ordonnance rendus par

[1] LE JUGE PELLETIER: Soliman Mohammadian est un Kurde iranien. Il a présenté une revendication de

for refugee status in Canada. His claim came on for a hearing on August 13, 1998 but had to be adjourned because the interpreter and Mr. Mohammadian could not communicate with each other except in English. It appears that there are four variants of the Kurdish language which reflect the countries in which Kurds find themselves; Turkey, Iran, Iraq and Syria.¹ It can be quite difficult for speakers of one variant to understand speakers of the other, as was the case between Mr. Mohammadian and the first interpreter. The hearing was adjourned and resumed on August 27, 1998, with another interpreter. That interpreter was an Iranian Kurd. There were no difficulties with interpretation at that hearing. The hearing had to be adjourned a second time and a new interpreter was present for the next hearing. The new interpreter was sworn in without any questions being asked of him or Mr. Mohammadian as to the degree of understanding between the two of them.² There appeared to be some minor difficulties during the course of the hearing but no objection was taken to the quality of the interpretation at the time. The decision of the Convention Refugee Determination Division (CRDD) rejecting Mr. Mohammadian's application is now challenged on several grounds, the first of which is faulty interpretation.

[2] The affidavit of Chris Yousefi establishes that there are variants of the Kurdish language as identified above and that the last interpreter spoke the Iraqi variant of Kurdish, whereas Mr. Mohammadian and his witness Mr. Fateh both speak the Iranian variant. The difference, according to Mr. Yousefi, is that speakers incorporate words from the dominant language of the country in which they live; Arabic for Iraqi Kurds and Persian (or Farsi) for Iranian Kurds. Mr. Yousefi reviewed the tapes of the hearing as well as the transcript and pointed out numerous errors of varying degrees of significance. Mr. Fateh's affidavit says that he had great difficulty understanding the interpreter, to the point that he only understood him approximately one half of the time. Mr. Mohammadian's affidavit recites that:

2. . . .The second sitting was interpreted by an Iranian Kurd and I had no difficulties in comprehension or expression. At

statut de réfugié au Canada le 17 août 1997. L'audition de sa réclamation devait avoir lieu le 13 août 1998, mais elle a dû être reportée parce que l'interprète et M. Mohammadian ne pouvaient communiquer qu'en anglais. Il appert qu'il y a quatre variantes de la langue kurde, selon les pays où les Kurdes résident: la Turquie, l'Iran, l'Irak et la Syrie¹. Les locuteurs d'une de ces variantes ont souvent beaucoup de difficulté à comprendre ceux des autres variantes, ce qui était le cas de M. Mohammadian et du premier interprète. L'audition a été reportée au 27 août 1998 et elle a été tenue avec un autre interprète qui était un Kurde iranien. Il n'y a alors eu aucune difficulté d'interprétation. L'audition ayant été ajournée une nouvelle fois, à la reprise il y avait un nouvel interprète. On a assermenté ce nouvel interprète sans lui poser aucune question, non plus qu'à M. Mohammadian, quant au niveau de compréhension entre eux². Il semble y avoir eu quelques difficultés mineures au cours de l'audience, mais personne n'a contesté la qualité de l'interprétation à ce moment-là. Le rejet de la revendication de M. Mohammadian par la section du statut de réfugié (SSR) est maintenant contesté pour plusieurs motifs, le premier étant la mauvaise qualité de l'interprétation.

[2] L'affidavit de Chris Yousefi décrit les variantes susmentionnées de la langue kurde et ajoute que le dernier des interprètes parle la variante irakienne de la langue kurde, alors que M. Mohammadian et son témoin M. Fateh parlent tous deux la variante iranienne. Selon M. Yousefi, ces différences sont dues au fait que les locuteurs incorporent dans leur langue des mots de la langue dominante du pays où ils vivent, savoir l'arabe pour les Kurdes irakiens et le perse (ou farsi) pour les Kurdes iraniens. M. Yousefi a écouté l'enregistrement de l'audience et il a examiné la transcription, suite à quoi il a indiqué plusieurs erreurs de plus ou moins grande importance. Dans son affidavit, M. Fateh indique qu'il a eu beaucoup de difficulté à comprendre l'interprète, ajoutant qu'il ne pouvait le suivre qu'à peu près la moitié du temps. Dans son affidavit, M. Mohammadian déclare ceci:

[TRADUCTION]

2. [. . .] Lors de la deuxième séance, l'interprétation était fournie par un Kurde iranien et je n'ai eu aucune difficulté

the third sitting, the interpreter was an Iraqi Kurd. I had great difficulty understanding him and in being understood by him. I did not feel that I was able to express myself as I would have done normally. I had to carefully select my words so that the interpreter would understand. I therefore not only had to concentrate on the questions being posed and my evidence, but I also had to concentrate on the very words that I was using so that the interpreter would understand me. My testimony was greatly affected by this added pressure. I did not feel that I was able to communicate at the hearing in a full way, nor did I understand everything that was being said. I was under the impression that we had to accept the interpreter and could not complain.

[3] Counsel for Mr. Mohammadian argues that his client's right to adequate translation is guaranteed by the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], as set out in *R. v. Tran*, [1994] 2 S.C.R. 951. The Court summarized the constitutional requirements as follows [at pages 990-991]:

In sum, the purpose of furthering understanding of the proceedings which underpins the right to interpreter assistance is most likely to be fulfilled if the standard for interpretation under s. 14 of the *Charter* is defined as one of continuity, precision, impartiality, competency and contemporaneousness. Given the underlying importance of the interests being protected by the right to interpreter assistance, the constitutionally guaranteed standard of interpretation must be high and allowable departures from that standard limited. In assessing whether there has been a sufficient departure from the standard to satisfy the second stage of inquiry under s. 14, the principle which informs the right—namely, that of linguistic understanding—should be kept in mind. In other words, the question should always be whether there is a possibility that the accused may not have understood a part of the proceedings by virtue of his or her difficulty with the language being used in court.

[4] The issue raised by this case is the application of *Tran* to proceedings before the CRDD.

[5] The Court was dealing with the case of a Vietnamese man charged with sexual assault. He spoke English poorly if at all and was assisted by an interpreter at his trial. In the course of the trial, an

à le comprendre ou à m'exprimer. Lors de la troisième séance, l'interprète était un Kurde irakien. J'ai eu beaucoup de difficulté à le comprendre et à me faire comprendre de lui. Je n'avais pas l'impression de pouvoir m'exprimer comme je l'aurais fait normalement. Je devais choisir mes mots avec beaucoup d'attention pour m'assurer que l'interprète me comprendrait. Par conséquent, je n'ai pu me concentrer uniquement sur les questions posées et sur mes réponses, puisque je devais aussi me préoccuper de chacun des mots que j'utilisais pour m'assurer que l'interprète me comprendrait. Cette pression additionnelle a grandement affecté mon témoignage. Je n'avais pas le sentiment à l'audience que je pouvais communiquer pleinement, non plus que je pouvais comprendre tout ce qui était dit. Je croyais que nous devions accepter l'interprète et qu'on ne pouvait s'en plaindre.

[3] L'avocat de M. Mohammadian soutient que le droit de son client à une traduction adéquate lui est garanti par la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], comme il est énoncé dans *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951. La Cour a résumé les exigences constitutionnelles comme suit [aux pages 990 et 991]:

Somme toute, l'objectif de favoriser la compréhension des procédures, qui sous-tend le droit à l'assistance d'un interprète, est plus susceptible d'être atteint si la norme d'interprétation, dans le contexte de l'art. 14 de la *Charte*, est définie comme en étant une de continuité, de fidélité, d'impartialité, de compétence et de concomitance. Compte tenu de l'importance fondamentale des intérêts protégés par le droit à l'assistance d'un interprète, la norme d'interprétation garantie par la Constitution doit être élevée, et les dérogations admissibles à cette norme limitées. Pour déterminer s'il y a eu dérogation suffisante à la norme pour satisfaire au second volet de l'examen fondé sur l'art. 14, il faut garder à l'esprit le principe qui sous-tend le droit en question, celui de la compréhension linguistique. En d'autres termes, il faudrait toujours se demander s'il se peut que l'accusé n'ait pas compris une partie des procédures en raison des difficultés qu'il éprouve avec la langue du prétoire.

[4] La question soulevée en l'instance porte sur l'application de l'arrêt *Tran* aux procédures devant la SSR.

[5] La Cour traitait de l'affaire d'un Vietnamien accusé d'agression sexuelle. Il parlait peu l'anglais, sinon pas du tout, et il était assisté par un interprète. Durant le procès, des questions ont été soulevées

identification issue arose as a result of which the interpreter was required to testify. Instead of translating the questions he was asked and the answers he gave as they occurred, he provided the accused with a summary at the conclusion of his examination in chief and another summary at the conclusion of his cross-examination. An exchange between the interpreter and the trial judge at the conclusion of the former's evidence does not appear to have been translated at all. The accused appealed on the ground that his section 14³ rights had been infringed.

[6] Lamer C.J., writing for the Court in *Tran*, began by making it clear that the decision in *Tran* applied only to criminal proceedings, leaving it open to future consideration as to whether different rules may have to be developed in other contexts.⁴ He then reviewed the common law and legislative history of the right to an interpreter before defining the framework for defining a violation of section 14. That framework requires consideration of the following elements:

- it must be shown that the accused requires the assistance of an interpreter. Generally this is not an onerous requirement unless it is raised for the first time at the appellate level.
- unless it is a case of a complete failure to provide an interpreter, the accused must show that the standard of interpretation fell below the constitutionally guaranteed standard of interpretation which requires continuity, precision, impartiality, competency and contemporaneity.
- the accused must establish that the lapse in interpretation occurred in the course of the proceedings while the case was being advanced and not at some extrinsic or collateral point.

[7] The elements of the constitutionally guaranteed standard are briefly described below:

- in general terms, the standard of interpretation is high but not so high as perfection.

quant à la preuve d'identification et on a demandé à l'interprète de témoigner à ce sujet. Au lieu de traduire les questions qu'on lui posait et ses réponses au fur et à mesure, il n'a fourni à l'accusé qu'un résumé à la fin de son interrogatoire principal et, de nouveau, après son contre-interrogatoire. L'échange qui a eu lieu entre le juge du procès et l'interprète, à la fin du contre-interrogatoire de ce dernier, ne paraît pas avoir été traduit du tout. L'accusé a fait appel au motif qu'on avait violé ses droits garantis par l'article 14³.

[6] Le juge en chef Lamer, qui a rédigé les motifs de la Cour dans l'arrêt *Tran*, a d'abord précisé que cet arrêt ne s'appliquait que dans le cadre de procédures criminelles, laissant à un autre moment l'examen de la possibilité qu'il soit nécessaire d'établir des règles différentes face à d'autres situations⁴. Il a ensuite examiné la façon dont le droit aux services d'un interprète a été appliqué sous le régime de la common law et de la législation, avant de préciser le cadre permettant de déterminer s'il y avait eu violation de l'article 14. Ce cadre comprend l'analyse des éléments suivants:

- il doit être démontré que l'accusé a besoin de l'assistance d'un interprète. Il n'est pas difficile normalement d'établir le besoin, à moins que la question ne soit soulevée pour la première fois en appel.
- à moins qu'il s'agisse d'un cas où on a complètement refusé les services d'un interprète, l'accusé doit démontrer qu'il y a eu dérogation à la norme d'interprétation fondamentale que garantit la Constitution, qui exige la continuité, la fidélité, l'impartialité, la compétence et la concomitance.
- l'accusé doit établir que la lacune dans l'interprétation est survenue au cours des procédures, pendant le déroulement de l'affaire et non à une étape extrinsèque ou accessoire.

[7] En bref, les éléments de la norme garantie par la Constitution sont les suivants:

- en général, on peut dire que la norme d'interprétation est élevée mais qu'il ne s'agit pas d'une norme de perfection.

– continuous: without breaks or interruptions, i.e., interpretation must be provided throughout the proceedings without any periods where interpretation is not available.

– precise: the interpretation should reflect the evidence given without any improvement of form, grammar or any other embellishment.

– impartial: the interpreter should have no connection to parties or interest in the outcome.

– competent: the quality of the interpretation must be high enough to ensure that justice is done and seen to be done.

– contemporaneous: the interpretation must be available as the evidence is given, though not necessarily simultaneously.

[8] If a breach of this standard is shown, the accused does not have to show that he has been prejudiced by the breach [at page 995]:

Section 14 expressly guarantees the right to the assistance of an interpreter when certain conditions precedent are met. Nowhere does it require or suggest that an *ex post facto* assessment of prejudice to an accused's right to full answer and defence be carried out before a violation of the right can be found. Furthermore, the right under s. 14 of the *Charter* is one held not only by accused persons, but also by parties in civil actions and administrative proceedings and by witnesses. If the right to interpreter assistance were based exclusively on the right to make full answer and defence and on avoiding prejudice to that right, there would be no reason for parties in non-criminal proceedings as well as witnesses to be separately guaranteed the right.

Section 14 guarantees the right to interpreter assistance without qualification. Therefore, it would be wrong to introduce into the assessment of whether the right has been breached any consideration of whether or not the accused actually suffered prejudice when being denied his or her s. 14 rights. The *Charter* in effect proclaims that being denied proper interpretation while the case is being advanced is in itself prejudicial and is a violation of s. 14. Actual resulting prejudice is a matter to be assessed and accommodated under s. 24(1) of the *Charter* when fashioning an appropriate and just remedy for the violation in question. In other words, the "prejudice" is in being denied the right to which one is entitled, nothing more.

– continuité: il ne doit pas y avoir de pauses ou d'interruptions, c.-à-d. que l'interprétation doit être fournie tout au long des procédures, sans aucune période où l'interprétation n'est pas disponible.

– fidélité: l'interprétation doit transmettre le témoignage sans aucune amélioration de forme, de grammaire ou autrement.

– impartialité: l'interprète ne devrait pas être lié aux parties ou avoir quelque intérêt que ce soit dans l'affaire.

– compétence: l'interprétation doit être d'assez bonne qualité pour assurer que justice soit rendue et paraisse avoir été rendue.

– concomitance: l'interprétation doit être disponible lors du témoignage, sans être nécessairement simultanée.

[8] Si la violation de cette norme est démontrée, l'accusé n'a pas à prouver qu'il a subi un préjudice [à la page 995]:

L'article 14 garantit expressément le droit à l'assistance d'un interprète lorsque certaines conditions préalables sont remplies. Nulle part ne prévoit-il ni ne donne-t-il à entendre que, pour pouvoir conclure que le droit a été violé, il faut effectuer une évaluation après coup de l'atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. En outre, le droit garanti à l'art. 14 de la *Charte* appartient non seulement aux accusés, mais aussi aux parties à des actions civiles et à des procédures administratives, de même qu'aux témoins. Si le droit à l'assistance d'un interprète était fondé exclusivement sur le droit de présenter une défense pleine et entière et sur la nécessité d'éviter toute atteinte à ce droit, il n'y aurait aucune raison de garantir séparément ce droit aux parties à des procédures non criminelles et aux témoins.

L'article 14 garantit sans réserve le droit à l'assistance d'un interprète. Par conséquent, il serait erroné de se demander, pour déterminer si le droit a été violé, si l'accusé a vraiment subi un préjudice lorsqu'on lui a refusé l'exercice de ses droits garantis par l'art. 14. La *Charte* proclame en fait que le refus de fournir une bonne interprétation pendant que l'affaire progresse est préjudiciable en soi et viole l'art. 14. Le véritable préjudice qui résulte est une question qui doit être examinée et réglée en fonction du par. 24(1) de la *Charte*, lorsqu'il s'agit de concevoir une réparation convenable et juste pour la violation en question. En d'autres termes, le «préjudice» réside exclusivement dans le fait de se voir refuser l'exercice d'un droit auquel on a droit.

[9] The applicant says that this framework applies to a hearing before the CRDD. He alleges that in his case, the standard of interpretation fell below the constitutionally guaranteed standard. As a result, the decision must be sent back for rehearing before a differently constituted panel, without the necessity of any prejudice being shown.

[10] The question as to whether section 14 applies to these proceedings is not controversial. In *Wyllie v. Wyllie* (1987), 37 D.L.R. (4th) 376 (B.C.S.C.), it was held that section 14 applied to all civil proceedings. In *Roy v. Hackett* (1987), 62 O.R. (2d) 365, the Ontario Court of Appeal held that section 14 applied to a labour arbitration hearing involving the Royal Canadian Mint as employer. The Court held that since the arbitration board was bound to apply principles of natural justice, section 14 applied. While those decisions are not binding on this Court, the plain language of the section together with the rationale in *Roy*, *supra*, suggests that section 14 applies to proceedings before the CRDD.

[11] Do some or all of the elements of the application of section 14 set out in *Tran* apply to proceedings before the CRDD? The elements of *Tran* are the framework for determining a breach of section 14, the elements of the constitutionally guaranteed standard of interpretation, the impossibility of waiver and the absence of a requirement to show prejudice. In *Xhelilaj v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 132 F.T.R. 161 (F.C.T.D.), Dubé J. applied the standard of interpretation set out in *Tran* to a refugee hearing where there were conspicuous problems with interpretation. Waiver (in the form of absence of complaint before the CRDD) and prejudice did not arise because there had been complaints about the quality of interpretation at the hearing and there was obvious prejudice. McGillis J. raised the issue of the application of *Tran* but expressly declined to decide it in *Banegas v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] F.C.J. No. 928 (T.D.) (QL). There is no other jurisprudence on this point in this Court.

[9] Le demandeur soutient que ce cadre s'applique à une audition devant la SSR. Il déclare qu'en l'instance la norme d'interprétation n'atteignait pas celle qui est garantie par la Constitution. Conséquemment, la décision doit être renvoyée à un tribunal différemment constitué pour nouvel examen, sans qu'il soit nécessaire de démontrer qu'il y a eu un préjudice.

[10] La question de savoir si l'article 14 s'applique à ces procédures n'est pas controversée. Dans *Wyllie v. Wyllie* (1987), 37 D.L.R. (4th) 376 (C.S.C.-B.), on a décidé que l'article 14 s'appliquait à toutes les procédures en matière civile. Dans *Roy c. Hackett* (1987), 62 O.R. (2d) 351, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé que l'article 14 s'appliquait à l'arbitrage d'un litige du travail où l'employeur était la Monnaie royale canadienne. La Cour a décidé que l'article 14 s'appliquait puisque le tribunal d'arbitrage devait appliquer les principes de justice naturelle. Bien que ces décisions ne lient pas notre Cour, les termes très clairs de l'article ainsi que l'analyse que l'on trouve dans *Roy*, précité, donnent à penser que l'article 14 s'applique aux procédures devant la SSR.

[11] Est-ce que tous les éléments que l'on trouve dans l'arrêt *Tran*, ou certains d'entre eux, liés à l'application de l'article 14, s'appliquent aussi aux procédures devant la SSR? Les éléments de l'arrêt *Tran* constituent le cadre qui permet de déterminer s'il y a eu violation de l'article 14, savoir les éléments de la norme d'interprétation que garantit la Constitution, le fait qu'on ne puisse y renoncer, et le fait qu'il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'un préjudice. Dans *Xhelilaj c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 132 F.T.R. 161 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Dubé a appliqué la norme d'interprétation énoncée dans *Tran* à une audition sur le statut d'un réfugié où il y avait des problèmes évidents d'interprétation. La question de la renonciation (soit l'absence d'une plainte devant la SSR) et celle du préjudice ne se posaient pas, puisqu'il y avait eu des plaintes au sujet de la qualité de l'interprétation à l'audience et que le préjudice était évident. Dans *Banegas c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 928 (1^{re} inst.) (QL), le juge McGillis a soulevé la question de l'application de l'arrêt *Tran*, mais elle a expressément évité d'y

[12] The framework for analysis of a breach of section 14 and the elements of the appropriate standard of interpretation recommend themselves for adoption by reason of their clarity and their applicability to a variety of settings. Judicial comity is another factor in the adoption of the standard of interpretation, given its prior adoption by Dubé J. in *Xhelilaj*. The more difficult issue is whether the absence of prejudice and the impossibility of waiver should or must also be adopted. The rationale for the rejection of proof of prejudice as a condition of obtaining relief from a breach of section 14 is difficult to refute. The fact that a right is constitutionally protected is a reflection of a societal consensus that this right should be beyond the reach of government and its agents. Requiring proof of prejudice as a condition of obtaining a remedy for infringement of a constitutionally protected right undermines the constitutional protection. It implicitly asserts that the right can be infringed so long as no prejudice results. This is an unwarranted qualification on the protection afforded by the Charter.

[13] The same is not true of the question of waiver, or more precisely, the requirement that where it is reasonable to expect it, a person complain of the infringement of their right at the first opportunity. In *Tran*, Lamer C.J. found the possibility of waiver to be incompatible with the situation of a person facing criminal charges and possible deprivation of liberty [at page 996]:

In other words, it is simply beyond the bounds of a civilized society such as ours to permit a person charged with a criminal offence and facing deprivation of liberty who genuinely cannot speak and/or understand the language of the proceedings to dispense either wittingly or unwittingly with the services of an interpreter.

[14] Is it beyond the bounds of a civilized society to expect a refugee claimant who seeks admission to Canada to complain at the first opportunity when he/she cannot understand the interpreter provided for

répondre. Il n'y a pas d'autre jugement de notre Cour sur cette question.

[12] Le cadre d'analyse permettant de déterminer s'il y a eu violation de l'article 14 et les éléments qui constituent la norme appropriée d'interprétation sont clairs et peuvent s'appliquer à diverses circonstances, ce qui va dans le sens de leur adoption. La courtoisie judiciaire milite aussi pour l'adoption de la norme d'interprétation, puisqu'elle a déjà été retenue par le juge Dubé dans *Xhelilaj*. Il est plus difficile de déterminer s'il y a lieu d'adopter aussi le critère de l'absence d'un préjudice ou celui de l'impossibilité d'une renonciation. Il est difficile de réfuter l'analyse portant qu'il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'un préjudice afin d'obtenir une réparation face à une violation de l'article 14. Le fait qu'un droit est protégé par la Constitution reflète un consensus social qu'il s'agit d'un droit auquel le gouvernement et ses agents ne peuvent porter atteinte. La protection constitutionnelle se trouve affaiblie s'il est nécessaire de démontrer l'existence d'un préjudice pour obtenir réparation face à la violation d'un droit protégé par la Constitution. Ceci voudrait dire implicitement qu'on peut violer le droit en question, à condition qu'il n'en résulte pas de préjudice. Ceci serait restreindre indûment la protection prévue par la Charte.

[13] Le même raisonnement ne s'applique pas à la question de la renonciation. Plus précisément, il s'agit de l'exigence qui veut qu'une personne doive se plaindre de la violation de son droit dès que possible, lorsque la chose est raisonnable. Dans l'arrêt *Tran*, le juge en chef Lamer a conclu que la renonciation était incompatible avec la situation d'une personne accusée d'une infraction criminelle et qui risquait d'être privée de sa liberté [à la page 996]:

En d'autres termes, ce serait simplement dépasser les bornes d'une société civilisée comme la nôtre que de permettre à une personne accusée d'une infraction criminelle, qui risque d'être privée de sa liberté et qui ne peut vraiment pas parler ou comprendre la langue des procédures, de renoncer sciemment ou non aux services d'un interprète.

[14] Serait-ce dépasser les bornes d'une société civilisée que de s'attendre à ce qu'un revendicateur du statut de réfugié au Canada se plaigne aussitôt que possible lorsqu'il ne peut comprendre l'interprète que

them by the CRDD? The applicant's onus to establish his/her entitlement to refugee status must surely extend to identifying known procedural defects as they occur instead of hoarding them as insurance against future disappointments.

[15] The jurisprudence in this Court is divided on the question of the requirement that interpretation errors be raised before the CRDD as a condition of obtaining relief from the Court in an application for judicial review. In *Shah v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 81 F.T.R. 251 (F.C.T.D.), Teitelbaum J. held that prior complaint was not required in order to be able to raise the issue of quality of interpretation as a ground of judicial review. He relied upon *Tung v. Minister of Employment and Immigration* (1991), 124 N.R. 388 (F.C.A.) as authority for that conclusion. In fact, *Tung* is silent on the question of whether an objection to the quality of the interpretation need be taken at the hearing. Furthermore, the Court in *Tung* concluded that the quality of the interpretation was manifestly inadequate simply on the basis of the transcript, without the benefit of any expert evidence as to various errors.

[16] In *Aquino v. Minister of Employment and Immigration* (1992), 144 N.R. 315, a Federal Court of Appeal decision, Mahoney J.A. held without reference to authority that the applicant's failure to raise the issue of interpretation at the hearing was fatal to his claim for relief:

As to interpretation, it is apparent from the transcript that the appellant understood some English and that one of the members of the panel understood Spanish. The appellant appears to have answered some questions without waiting for translation and the panel member interrupted the interpreter on several occasions to correct the translation. The appellant's counsel, who one assumes spoke no Spanish, did not object to the interpretation during the hearing although two adjournments were taken during the course of the appellant's testimony and counsel was clearly on notice, as a result of the member's interventions, that there were problems. In the circumstances, the appellant's present objection to the quality of interpretation is not a ground on which the appeal should succeed.

[17] As can be seen from this passage, the facts are perhaps determinative of the result. It would be

lui fournit la SSR? C'est le revendicateur qui doit établir son droit au statut de réfugié, fardeau qui s'étend sûrement à l'identification des vices de procédure dès qu'ils se produisent plutôt que de les garder en réserve comme police d'assurance en cas d'échec.

[15] Notre Cour est divisée sur la question de savoir s'il est nécessaire que les erreurs d'interprétation aient été soulevées devant la SSR pour obtenir réparation lors d'une demande de contrôle judiciaire. Dans *Shah c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 81 F.T.R. 251 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Teitelbaum a conclu qu'il n'était pas nécessaire qu'on ait déjà soulevé des objections pour pouvoir présenter la qualité de l'interprétation comme un motif justifiant le contrôle judiciaire. Il s'est appuyé sur l'arrêt *Tung c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1991), 124 N.R. 388 (C.A.F.), pour arriver à cette conclusion. En fait, la question de savoir si on doit s'objecter à la qualité de l'interprétation dès l'audience n'est pas mentionnée dans l'arrêt *Tung*. De plus, dans l'arrêt *Tung* la Cour a conclu que l'interprétation était manifestement inadéquate en se fondant uniquement sur la transcription, sans faire appel au témoignage d'experts au sujet des erreurs.

[16] Dans *Aquino c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1992), 144 N.R. 315, un arrêt de la Cour d'appel fédérale, le juge Mahoney a conclu, sans citer de jurisprudence, que le défaut de l'appellant de soulever la question de l'interprétation à l'audience faisait qu'il ne pouvait réclamer de réparation:

Quant à la qualité de l'interprétation, il ressort manifestement de la transcription que l'appellant comprenait un peu l'anglais et que l'un des membres du tribunal parlait espagnol. L'appellant semble avoir répondu à certaines questions sans attendre la traduction et le membre a interrompu l'interprète à plusieurs reprises pour corriger la traduction. L'avocat de l'appellant, qui ne devait pas parler espagnol, ne s'est pas opposé à l'interprétation bien que l'audience ait été suspendue à deux reprises pendant le témoignage de l'appellant et qu'à l'évidence, l'avocat savait, en raison des interventions du tribunal, qu'il y avait des problèmes. Dans les circonstances, l'opposition maintenant exprimée par l'appellant au sujet de la qualité de l'interprétation n'est pas un motif sur lequel l'appel devrait réussir.

[17] Comme on peut le voir dans cet extrait, il est possible que le résultat soit une question qui repose

reading more into the case than Mahoney J.A. intended to say that it stands for the bald proposition that no relief will be granted with respect to inadequate translation if no objection is taken at the hearing itself. A more accurate statement might well be that where the applicant is represented by counsel, and where there are manifest problems with interpretation, the claimant cannot say nothing at the hearing, and then raise the matter as a ground of relief in a subsequent application.

[18] In *Mila v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] F.C.J. No. 1133 (T.D.) (QL), McKeown J. rejected the application of a Romanian woman who was hard of hearing and who apparently had difficulty understanding the proceedings. After noting that no objection was taken at the hearing, McKeown J. found that the applicant suffered no prejudice and ruled against her.

[19] In *Yu v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 75 F.T.R. 241 (F.C.T.D.), Nadon J. allowed the application of a woman who showed that a crucial part of her testimony had not been properly translated. While expressing some reservations about the expert evidence, Nadon J. concluded that the doubt raised by it was sufficient to send the matter back for a new hearing. The judgment is silent on the question of whether an objection was taken at the hearing.

[20] In *Jiang v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 77 F.T.R. 36 (F.C.T.D.), Gibson J. allowed an application based upon inadequate interpretation where the interpreter consistently misstated certain dates which led to an adverse credibility with respect to the claimant. It appears that the issue was raised with the CRDD either at the hearing, or prior to the making of an application for judicial review.

[21] In *Mosa v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 154 N.R. 200, the Federal Court of Appeal allowed the application of an Ethiopian woman

sur les faits. J'étendrais probablement le sens visé par le juge Mahoney, J.C.A. si je concluais que cet extrait veut simplement dire qu'aucune réparation ne sera accordée face à une traduction inadéquate si aucune objection n'a été présentée à l'audience même. Il serait plus exact de dire que lorsqu'un demandeur est représenté par un avocat et qu'il y a des problèmes manifestes d'interprétation, il ne peut être question de ne pas le mentionner à l'audience pour ensuite en faire état comme motif de réparation dans une demande subséquente.

[18] Dans *Mila c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] F.C.J. n° 1133 (1^{re} inst.) (QL), le juge McKeown a rejeté la demande d'une Roumaine qui était malentendante et avait une capacité limitée de comprendre les procédures en cause. Après avoir noté qu'aucune objection n'avait été soulevée lors de l'audience, le juge McKeown a conclu que la requérante n'avait subi aucun préjudice et il a rejeté sa demande.

[19] Dans *Yu c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 75 F.T.R. 241 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Nadon a accueilli la demande d'une femme qui avait démontré qu'on n'avait pas correctement traduit une partie essentielle de son témoignage. Bien qu'ayant certaines réserves face au témoignage d'experts, le juge Nadon a conclu que les doutes qu'il soulevait suffisaient à justifier le renvoi de l'affaire pour une nouvelle audition. Les motifs de jugement ne disent pas s'il y avait eu des objections présentées à l'audience.

[20] Dans *Jiang c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 77 F.T.R. 36 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Gibson a accueilli une demande fondée sur l'insuffisance de l'interprétation puisque l'interprète avait constamment donné des dates fautives, ce qui a mené à la conclusion que le demandeur n'était pas crédible. Il semble que la question a été soulevée devant la SSR, soit à l'audience ou soit avant le dépôt de la demande de contrôle judiciaire.

[21] Dans *Mosa c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 154 N.R. 200, la Cour d'appel fédérale a accueilli la demande d'une Éthiopienne

when it was shown that a critical part of her testimony had not been properly interpreted. The decision is silent as to whether an objection was taken at the hearing itself.

[22] This review, which is far from exhaustive, shows that in some cases applicants have been allowed to raise issues of defective translation as grounds for judicial review when it may not have been raised before the CRDD. It is clear that counsel have not been allowed to let manifestly poor interpretation pass without objection and then raise poor interpretation as a ground for judicial review. *Aquino v. Minister of Employment and Immigration, supra*. There is an obligation on the part of counsel to draw such matters to the attention of the tribunal so that it can be remedied at the hearing itself. Counsel and their clients cannot hedge their bets by ignoring the issue and then raising it in the event of an unfavourable result.

[23] In general terms, the cases reviewed appear to suggest that where problems of interpretation could be reasonably addressed at the time of the hearing, there is an obligation to address them then and not later, in judicial review proceedings. There is an obligation on both the tribunal (see *Ming v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 336 (C.A.) and counsel (see *Aquino*) to take steps to see that interpretation is adequately addressed. Where the error cannot be detected until after the hearing (*Mosa*), the lack of prior complaint has not been held against the applicant.

[24] There does not appear to be anything in these cases which would preclude a requirement that a complaint about the quality of interpretation be made at the first opportunity where it is reasonable to expect such a complaint to be made.

[25] There is a powerful argument in favour of such a requirement arising from judicial economy. If applicants are permitted to obtain judicial review of adverse decisions by remaining silent in the face of known problems of interpretation, they will remain

puisque'il était démontré qu'on avait mal interprété une partie essentielle de son témoignage. Cette décision ne dit pas si des objections avaient été présentées à l'audience même.

[22] Bien qu'il ne soit pas du tout exhaustif, cet examen de la jurisprudence démontre que dans certaines affaires les demandeurs ont été autorisés à soulever la question de la mauvaise qualité de la traduction comme motif justifiant le contrôle judiciaire alors qu'il n'y avait peut-être pas eu d'objection devant la SSR. Il est clair que les avocats n'ont pas été autorisés à ignorer de façon manifeste une interprétation de mauvaise qualité pour ensuite la soulever comme motif justifiant le contrôle judiciaire. Voir *Aquino c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, précité. Les avocats ont l'obligation de porter ces questions à l'attention du tribunal pour qu'on puisse les corriger immédiatement. Les avocats et leurs clients ne peuvent prendre une police d'assurance en ignorant la question, pour ensuite la soulever en cas d'échec.

[23] En général, la jurisprudence examinée paraît suggérer que si les problèmes d'interprétation pouvaient raisonnablement être soulevés lors de l'audience, il existe une obligation de le faire plutôt que de réserver la question pour une procédure de contrôle judiciaire. Tant le tribunal (voir *Ming c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 C.F. 336 (C.A.)) que les avocats (voir *Aquino*) ont l'obligation de s'assurer que la question de l'interprétation est traitée de façon adéquate. Lorsqu'une erreur ne pouvait être détectée avant la fin de l'audience (*Mosa*), on n'a pas retenu contre le demandeur le fait qu'il n'y avait pas eu de plainte auparavant.

[24] Rien dans les affaires susmentionnées ne semble empêcher qu'on exige qu'une plainte au sujet de la qualité de l'interprétation soit faite à la première occasion, lorsqu'il est raisonnable de s'y attendre.

[25] L'économie des ressources judiciaires est un argument important à l'appui d'une telle exigence. Si les demandeurs peuvent obtenir le contrôle judiciaire des décisions qui leur donnent tort simplement en ne soulevant pas les problèmes patents d'interprétation,

silent. This will result in a duplication of hearings. It seems a better policy to provide an incentive to make the original hearing as fair as possible and to avoid repetitious proceedings. Applicants should be required to complain at the first opportunity when it is reasonable to expect them to do so.

[26] The crucial element is the reasonableness of the expectation that the claimant complain at the first opportunity. In many cases, the applicant is aware that he/she is having difficulty communicating with the interpreter. The reasons may vary but the applicant is aware of the difficulty. In those circumstances, it is reasonable to expect the applicant to speak up. There are other cases where the defective interpretation is not known to the applicant because the errors occur in the language of the tribunal in which the applicant is not competent. Such errors may only be discoverable after the fact, and in those cases, it is not reasonable to expect the applicant to make a complaint at the time of the hearing.

[27] For these reasons, I find that some but not all elements of the *Tran* decision apply to proceedings before the CRDD. The framework for analysis as to whether a section 14 violation has occurred, the elements of the standard of interpretation to be expected and the absence of a requirement for proof of prejudice as a condition precedent to gaining access to the Court's remedial power are applicable to refugee proceedings. However, complaints about the quality of interpretation must be made at the first opportunity, that is, before the CRDD, in those cases where it is reasonable to expect that a complaint be made.

[28] It will be a question of fact in each case whether it is reasonable to expect a complaint to be made. If the interpreter is having difficulty speaking the applicant's own language and being understood by him, this is clearly a matter which should be raised at the first opportunity. On the other hand, if the errors are in the language of the hearing, which the applicant does not understand, then prior complaint may not be a reasonable expectation.

[29] In this case, I find that the question of the quality of the interpretation should have been raised

c'est ce qu'ils feront. Ceci mènera à une duplication des audiences. Il serait de meilleure politique d'encourager la tenue de l'audience la plus équitable possible et ainsi éviter des procédures à répétition. Les demandeurs devraient être tenus de se plaindre à la première occasion, lorsqu'il est raisonnable de s'y attendre.

[26] L'élément clé est donc l'expectative raisonnable que le demandeur se plaigne à la première occasion. Dans plusieurs cas, le demandeur se rend compte qu'il peut difficilement communiquer avec l'interprète. Les motifs peuvent varier, mais le demandeur se rend compte de la difficulté. Dans ces circonstances, il est raisonnable de s'attendre à ce que le demandeur en fasse état. Il y a d'autres cas où les erreurs d'interprétation ne sont pas détectées par le demandeur, puisqu'elles se produisent dans la langue du tribunal et qu'il ne la connaît pas. De telles erreurs ne peuvent être découvertes qu'après le fait. Il n'est alors pas raisonnable de s'attendre à ce que le demandeur se plaigne au moment même de l'audience.

[27] Pour ces motifs, je conclus que seuls certains des éléments de l'arrêt *Tran* s'appliquent aux procédures devant la SSR. Il s'agit du cadre d'analyse permettant de déterminer s'il y a eu une violation de l'article 14, des éléments de la norme d'interprétation attendue, et du fait qu'il n'est pas nécessaire de démontrer l'exigence d'un préjudice pour obtenir une réparation de la Cour. Ces éléments s'appliquent aux procédures visant les réfugiés. Toutefois, les plaintes portant sur la qualité de l'interprétation doivent être présentées à la première occasion, savoir devant la SSR, chaque fois qu'il est raisonnable de s'y attendre.

[28] La question de savoir s'il est raisonnable de s'attendre à ce qu'une plainte soit présentée est une question de fait, qui doit être déterminée dans chaque cas. Si l'interprète a de la difficulté à parler la langue du demandeur ou à se faire comprendre par lui, il est clair que la question doit être soulevée à la première occasion. Par contre, si les erreurs se trouvent dans la langue dans laquelle a lieu l'audience, que le demandeur ne comprend pas, il ne peut être raisonnable de s'attendre à ce qu'il y ait eu plainte à ce moment-là.

[29] En l'instance, je conclus que la qualité de l'interprétation aurait dû être soulevée devant la SSR

before the CRDD because it was obvious to the applicant that there were problems between him and the interpreter. His affidavit refers to the difficulty he had understanding the interpreter and says that at times he did not understand what was being said. This is sufficient to require him to speak out at the time. His failure to do so then is fatal to his claim now. The applicant's assertion that he did not know he could object to the interpreter is not credible given that the first hearing was adjourned because he and the interpreter could not communicate. Clearly, the CRDD had shown it was alive to the issue of interpretation. As a result, I do not have to engage in an analysis as to whether all of the elements of *Tran* have been met since, even if they have, the applicant's failure to make a timely complaint in circumstances where it was reasonable to expect him to do so means that relief is not available to him.

[30] The next ground raised is the effectiveness of counsel who represented the applicant at the CRDD hearing. This arises in the context of counsel failing to ask a witness, Mr. Fateh, if he was aware of the applicant's involvement in the KDP party in Iran. In his affidavit, Mr. Fateh says he was not interviewed by counsel prior to giving evidence and that, if he had been asked, he could have testified as to his inquiries of the party apparatus in Iran who had confirmed the applicant's involvement in a cell in Bookan. This is significant because the CRDD disbelieved that the applicant was politically involved in Iran, which led to a finding of lack of credibility.

[31] The applicant relies upon *Mathon v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1988), 38 Admin. L.R. 193 (F.C.T.D.), where Pinard J. held that a lawyer's failure to file an application for reconsideration, within the time provided by the *Immigration Act, 1976* [S.C. 1976-77, c. 52] (the Act) was a denial of the applicant's rights under section 7 of the Charter not to be deprived of her right to "life, liberty and security of the person" except in accordance with the principles of fundamental justice. Pinard J. inquired

puisqu'il était évident pour le demandeur qu'il y avait des difficultés de communication avec l'interprète. Dans son affidavit, il déclare qu'il avait de la difficulté à comprendre l'interprète et il dit aussi qu'à certaines occasions il ne comprenait pas ce qui était dit. Ceci suffit à démontrer qu'il aurait dû en faire état à ce moment-là. Comme il ne l'a pas fait, sa réclamation ne peut avoir aucune suite. L'affirmation du demandeur portant qu'il ne savait pas qu'il avait le droit de contester l'interprète n'est pas crédible, puisque la première audience a été ajournée au motif qu'il ne pouvait communiquer avec l'interprète. Il est clair que la SSR avait démontré qu'elle était sensible à la question de l'interprétation. En conséquence, il n'est pas nécessaire que je me livre à une analyse pour déterminer s'il a été satisfait à tous les éléments de l'arrêt *Tran*, puisque, même si c'était le cas, le fait que le demandeur ne se soit pas plaint à temps, dans des circonstances où il était raisonnable qu'il le fasse, l'empêche d'obtenir la réparation demandée.

[30] Le deuxième motif soulevé porte sur l'efficacité de l'avocate qui a représenté le demandeur devant la SSR. Ce motif s'appuie sur le fait que l'avocate n'a pas demandé à un témoin, M. Fateh, s'il était au courant que le demandeur était impliqué dans le parti KDP en Iran. Dans son affidavit, M. Fateh déclare qu'il n'a pas été reçu en entrevue par l'avocate avant de témoigner et que, si on lui avait posé la question, il aurait pu témoigner au sujet de son enquête portant sur l'appareil du parti en Iran. Cette enquête avait confirmé que le demandeur était impliqué dans une cellule à Bookan. Cet aspect est significatif, puisque la SSR n'a pas cru que le demandeur avait une activité politique en Iran, ce qui l'a amené à une conclusion de non-crédibilité.

[31] Le demandeur cite *Mathon c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 38 Admin. L.R. 193 (C.F. 1^{re} inst.), où le juge Pinard a conclu que le défaut de l'avocat de présenter une demande de réexamen dans le délai prescrit par la *Loi sur l'immigration de 1976* [S.C. 1976-77, ch. 52] (la Loi) portait atteinte au droit de la demanderesse «à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne», garanti par l'article 7 de la Charte, atteinte qui n'était pas en conformité avec les principes de justice fondamentale.

whether counsel had breached the standard of care for solicitors in failing to file the request for reconsideration within the time provided by the Act and concluded that he had, which led to a finding of negligence. This in turn led to the availability of a Charter remedy [at pages 203-204]:

It is precisely because of the error and/or negligence of her counsel, who did not file the application for redetermination within the required deadline, even though the applicant had signed it at the proper time, that the applicant was deprived of a full and complete hearing before the Immigration Appeal Board. Accordingly, as the exclusion was solely the result of a lawyer's error and/or negligence, a litigant who has acted with care should not be required to bear the consequences of such an error or negligence.

[32] Pinard J. then referred to a number of criminal law cases holding that an accused should not suffer the consequences of his counsel's ineptness.

[33] In *Shirwa v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 2 F.C. 51 (T.D.), Denault J. reviewed a number of decisions in the Federal Court dealing with this issue and concluded as follows [at pages 60-61]:

While each of the foregoing cases involves a different type misconduct on the part of counsel, it seems clear that the incompetence of counsel in the context of a refugee hearing provides grounds for review of the tribunal's decision on the basis of a breach of natural justice. The criteria for reviewing such a decision are not as clear, but it is possible to derive a number of principles from these cases. In a situation where through no fault of the applicant the effect of counsel's misconduct is to completely deny the applicant the opportunity of a hearing, a reviewable breach of fundamental justice has occurred.

In other circumstances where a hearing does occur, the decision can only be reviewed in "extraordinary circumstances" where there is sufficient evidence to establish the "exact dimensions of the problem" and where the review is based on a "precise factual foundation". These latter limitations are necessary, in my opinion, to heed the concerns expressed by Justices MacGuigan and Rothstein that general dissatisfaction with the quality of representation should not provide grounds for judicial review of a negative

Le juge Pinard a examiné la question de savoir si l'avocat avait enfreint la norme de diligence requise des avocats en ne présentant pas la demande de réexamen de la revendication dans le délai prescrit par la Loi. Il a constaté que l'avocat avait enfreint la norme, ce qui a amené à une conclusion de négligence. Par conséquent, une réparation était disponible en vertu de la Charte [aux pages 203 et 204]:

Or, c'est précisément à cause de l'erreur et/ou de la négligence de son avocat, lequel n'a pas déposé dans les délais prescrits la demande de réexamen pourtant signée en temps utile par la requérante, que cette dernière fut privée d'une audition pleine et entière devant la Commission d'appel de l'immigration. Ainsi, la forclusion ayant été encourue uniquement à cause de l'erreur et/ou de la négligence d'un procureur, il n'incombe pas au justiciable qui a agi avec diligence de supporter les conséquences de semblables erreur ou négligence.

[32] Le juge Pinard a ensuite cité un certain nombre d'affaires criminelles, où l'on a décidé qu'un accusé ne doit pas supporter les conséquences de l'incurie de son avocat.

[33] Dans *Shirwa c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 2 C.F. 51 (1^{re} inst.), le juge Denault a examiné un certain nombre de décisions de la Cour fédérale traitant de cette question et il a conclu comme suit [aux pages 60 et 61]:

Bien que les affaires susmentionnées portent sur des fautes professionnelles distinctes, il appert que l'incompétence manifestée par un avocat à l'audition d'une demande de statut de réfugié justifie le contrôle judiciaire de la décision du tribunal, en raison de la violation d'un principe de justice naturelle. Les critères applicables à l'examen d'une telle décision ne sont pas clairement établis, mais il est possible de dégager un certain nombre de principes à partir de la jurisprudence précitée. Lorsque le requérant n'a commis aucune faute, mais le manque de diligence de son avocat a pour effet de le priver totalement de son droit d'être entendu, il y a manquement à un principe de justice naturelle, en sorte qu'un contrôle judiciaire est fondé.

Dans les autres cas où une audience a lieu, la décision rendue ne peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire que dans des «circonstances extraordinaires», lorsqu'il y a suffisamment d'éléments de preuve pour établir «l'étendue du problème» et que le contrôle judiciaire a «pour fondement des faits très précis». Ces restrictions sont essentielles, selon moi, afin de tenir compte des préoccupations exprimées par les juges MacGuigan et Rothstein, selon lesquelles l'insatisfaction d'ordre général ressentie à l'égard de la qualité de la

decision. However, where the incompetence or negligence of the applicant's representative is sufficiently specific and clearly supported by the evidence such negligence or incompetence is inherently prejudicial to the applicant and will warrant overturning the decision notwithstanding the lack of bad faith or absence of a failure to do anything on the part of the tribunal.

[34] Here, a meaningful hearing did occur so the case falls within the second case suggested by Denault J. Therefore, the decision can only be reviewed in "extraordinary circumstances" based on a "precise factual foundation". The negligence alleged against counsel at the CRDD hearing is that she did not interview a witness, Mr. Fateh, prior to the hearing and that she did not ask the witness a key question "Was the applicant active in the KDP in Iran?" Because Mr. Fateh was found to be credible by the CRDD, it is argued that his evidence would have been determinative of this point.

[35] This is what appears in the transcript near the beginning of Mr. Fateh's evidence in chief:

COUNSEL: Did you know the claimant back home in Bookan?

WITNESS: This individual?

COUNSEL: Yes.

WITNESS: No.

. . .

COUNSEL: Did you know the claimant's father?

WITNESS: No.

COUNSEL: Grandfather?

WITNESS: No.

COUNSEL: Did you know anything about the claimant's involvement, or the claimant's family's involvement with the KDP?

INTERPRETER: I'm sorry, he did not . . . I will repeat the question.

WITNESS: No.

représentation assurée par l'avocat dont le demandeur a, de son propre chef, retenu les services, ne saurait justifier le contrôle judiciaire d'une décision défavorable. Toutefois, lorsque l'incompétence ou la négligence du représentant ressort de la preuve de façon suffisamment claire et précise, elle est en soi préjudiciable au demandeur et elle justifie l'annulation de la décision, même si le tribunal n'a pas agi de mauvaise foi ni omis de faire quoi que ce soit.

[34] En l'instance, le demandeur a eu une véritable audience. L'affaire tombe donc sous la deuxième possibilité soulevée par le juge Denault. En conséquence, la décision ne peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire que dans des «circonstances extraordinaires» et lorsqu'il a «pour fondement des faits très précis». La négligence qu'on impute à l'avocate à l'audience de la SSR serait due au fait qu'elle n'a pas reçu un témoin, M. Fateh, en entrevue avant l'audience et qu'elle ne lui a pas posé la question importante suivante: «Le demandeur participait-il activement au KDP en Iran?» La SSR ayant conclu que M. Fateh était un témoin crédible, on soutient que son témoignage aurait permis de trancher cette question.

[35] Voici ce qu'on trouve à la transcription un peu après le début de l'interrogatoire principal de M. Fateh:

[TRADUCTION]

L'AVOCATE: Connaissez-vous le demandeur dans votre pays à Bookan?

LE TÉMOIN: Cette personne?

L'AVOCATE: Oui.

LE TÉMOIN: Non.

[. . .]

L'AVOCATE: Connaissez-vous le père du demandeur?

LE TÉMOIN: Non.

L'AVOCATE: Le grand-père?

LE TÉMOIN: Non.

L'AVOCATE: Étiez-vous au courant de la participation du demandeur ou de sa famille dans les activités du KDP?

L'INTERPRÈTE: Excusez-moi, il n'a pas [. . .] Je vais répéter la question.

LE TÉMOIN: Non.

[36] Mr. Yousefi makes no comment about errors of interpretation with respect to this exchange.

[37] In his affidavit, Mr. Fateh says the following:

4. Had I been asked directly whether I knew at the time of the hearing that the applicant was active in the support of the KDP party in Iran, I would have answered the truth: which is that I contacted the KDP underground organization in Iran (the KDP is illegal in Iran and I was advised that the applicant was involved in a cell in Bookan. I made this inquiry precisely for the purpose of verifying whether or not the Applicant was active in the KDP in Iran and to provide this evidence at the hearing. But I was never asked this question. I had expected that I was going to be asked this question, but I was not, to my surprise.

[38] According to the transcript, Mr. Fateh was asked the question and he answered no. This can not be the foundation for a finding of negligence on the part of counsel. With respect to the question of interviewing the witness, counsel's failure to interview the witness is not recommended practice. But the cases cited by counsel do not establish that it is invariably negligent for counsel not to do so. On balance, I do not find that this would justify the Court's interference with the decision.

[39] Finally, counsel argues that the CRDD misstated some of the evidence with respect to the applicant's involvement with the KDP in Canada, his personal knowledge of Mr. Fateh in Iran and his failure to make a refugee claim in other Convention countries through which he travelled. While the CRDD is not free to misstate the evidence and then to create credibility issues on the basis of the misstated evidence, such misstatements as occurred were minor and the conclusions ultimately drawn could be supported on other evidence before the CRDD.

[40] As a result, there will be an order that the application to set aside the decision of the CRDD is dismissed.

[41] The applicant has asked that the following two questions be certified:

[36] M. Yousefi n'indique aucune erreur d'interprétation qui porterait sur ce dialogue.

[37] Dan son affidavit, M. Fateh déclare ce qui suit:

[TRADUCTION]

4. Si on m'avait demandé clairement si je savais à l'époque de l'audience que le demandeur avait appuyé le parti KDP en Iran, j'aurais répondu par la vérité, savoir que j'ai contacté l'organisation clandestine KDP en Iran (le KDP est illégal en Iran) et qu'on m'a appris que le demandeur faisait partie d'une cellule à Bookan. J'ai fait cette demande justement pour déterminer si le demandeur participait activement au KDP en Iran, afin de pouvoir témoigner à l'audience. Mais on ne m'a jamais posé la question. Je croyais qu'on allait me poser cette question, mais à ma grande surprise on ne me l'a pas posée.

[38] Selon la transcription, on a posé la question à M. Fateh et il a répondu non. On ne peut se fonder sur cela pour conclure à la négligence de l'avocate. Quant au fait que l'avocate n'ait pas rencontré le témoin en entrevue, ceci ne correspond pas à la pratique recommandée. Toutefois, les affaires citées par l'avocat ne démontrent pas que cette lacune soit nécessairement de la négligence. Tout bien pesé, je n'arrive pas à la conclusion que ce facteur justifie l'intervention de la Cour dans la décision.

[39] Finalement, l'avocat soutient que la SSR a commis de graves erreurs dans son énoncé de la preuve portant sur la participation du demandeur aux activités du KDP au Canada, sur sa connaissance personnelle de M. Fateh en Iran, et sur le fait qu'il n'a pas présenté de réclamation de statut de réfugié dans les autres pays où il a séjourné qui sont aussi signataires de la Convention. Bien que la SSR ne puisse commettre des erreurs dans son énoncé de la preuve, pour ensuite s'appuyer sur ces erreurs pour conclure à un défaut de crédibilité, les erreurs qu'on peut trouver sont mineures et les conclusions tirées s'appuient sur d'autres éléments de preuve présentés à la SSR.

[40] En conséquence, une ordonnance sera délivrée qui rejettera la demande d'annuler la décision de la SSR.

[41] Le demandeur a proposé que la Cour certifie les deux questions suivantes:

- 1- Is the failure to object to the quality of interpretation at the hearing of a refugee claim at the Refugee Division of the Immigration and Refugee Board fatal to an objection to the quality of interpretation on an application for judicial review?
- 2- What standard of interpretation is required of a refugee claim at the Refugee Division of the Immigration and Refugee Board under s. 14 of the *Charter* of Rights and Freedoms?

[42] The respondent objects to the certification of any question on the ground that no deficiency in the interpretation was shown and that there is no conflict in the Trial Division as to whether *Tran* applies to hearings before the CRDD.

[43] Both proposed questions raise issues arising out of the decision of the Supreme Court in *Tran*. Rather than certifying a question as to some but not others of the elements identified in *Tran*, I prefer to certify a more inclusive question which, given the prevalence of interpreters in proceedings before the CRDD, is a serious question of general importance:

Does the analysis developed by the Supreme Court of Canada in *R. v. Tran, supra*, in relation to the application of section 14 of the *Charter* to criminal proceedings apply to proceedings before the CRDD, and in particular:

- 1- Must the interpretation provided to applicants be continuous, precise, competent, impartial and contemporaneous?
- 2- Must applicants show that they have suffered actual prejudice as a result of a breach of the standard of interpretation before the Court can interfere with the CRDD's decision?
- 3- Where it is reasonable to expect an applicant to do so, such as when an applicant has difficulty understanding the interpreter, must the applicant object to the quality of interpretation before the

[TRADUCTION]

- 1- Le défaut de présenter des objections fondées sur la qualité de l'interprétation à l'audience portant sur une revendication de statut de réfugié devant la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié porte-t-il un coup fatal à toute objection au sujet de la qualité de l'interprétation dans une demande de contrôle judiciaire?
- 2- Quelle est la norme d'interprétation exigée en vertu de l'art. 14 de la *Charte* des droits et libertés dans le cadre de la revendication du statut de réfugié devant la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié?

[42] Le défendeur s'oppose à la certification de toute question, au motif qu'aucun défaut dans l'interprétation n'a été démontré et qu'il n'y a pas de conflit au sein de la Section de première instance sur la question de savoir si l'arrêt *Tran* s'applique aux audiences devant la SSR.

[43] Les deux questions proposées soulèvent des questions liées à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Tran*. Plutôt que certifier une question portant sur certains des éléments identifiés dans l'arrêt *Tran* et non sur les autres, je préfère certifier une question plus globale qui, étant donné l'utilisation très répandue des interprètes dans les audiences devant la SSR, est une question grave de portée générale:

L'analyse de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Tran*, précité, qui porte sur l'application de l'article 14 de la *Charte* dans des procédures de nature criminelle, s'applique-t-elle aux procédures devant la SSR, notamment:

- 1- L'interprétation fournie aux demandeurs doit-elle être continue, fidèle, compétente, impartiale et concomitante?
- 2- Les demandeurs doivent-ils démontrer qu'ils ont subi un préjudice réel suite à la violation de la norme d'interprétation pour que la Cour puisse intervenir face à la décision de la SSR?
- 3- Lorsqu'il est raisonnable de s'attendre à ce que le demandeur le fasse, comme c'est le cas lorsqu'il a de la difficulté à comprendre l'interprète, le demandeur doit-il présenter ses objec-

CRDD as a condition of being able to raise the quality of interpretation as a ground of judicial review?

tions au sujet de la qualité de l'interprétation devant la SSR afin de pouvoir soulever la question de la qualité de l'interprétation comme motif justifiant le contrôle judiciaire?

ORDER

[44] It is hereby ordered that the applicant's application for judicial review of the decision of the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board dated November 27, 1998 is dismissed.

¹ Affidavit of Chris Yousefi, para. 2.

² The interpreter was asked if he and the witness Mostafa Fateh understood each other. He replied that they did. Tribunal record, at pp. 167-168.

³ **14.** A party or witness in any proceedings who does not understand or speak the language in which the proceedings are conducted or who is deaf has the right to the assistance of an interpreter.

⁴ *Tran, supra*, at p. 961.

ORDONNANCE

[44] Il est ordonné que la demande de contrôle judiciaire de la décision de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du 27 novembre 1998 soit rejetée.

¹ Affidavit de Chris Yousefi, par. 2.

² On a demandé à l'interprète s'il pouvait communiquer avec le témoin Mostafa Fateh et il a répondu que oui. Dossier du tribunal, aux p. 167 et 168.

³ **14.** La partie ou le témoin qui ne peuvent suivre les procédures, soit parce qu'ils ne comprennent pas ou ne parlent pas la langue employée, soit parce qu'ils sont atteints de surdité, ont droit à l'assistance d'un interprète.

⁴ *Tran, précité*, à la p. 961.

A-526-98

A-526-98

Yaspal Singh Kaloti (*Appellant*)**Yaspal Singh Kaloti** (*appelant*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**
(*intimé*)**INDEXED AS: KALOTI v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (C.A.)****RÉPERTORIÉ: KALOTI c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)**Court of Appeal, Décary, Sexton and Evans J.J.A.
—Toronto, March 3; Ottawa, March 13, 2000.Cour d'appel, juges Décary, Sexton et Evans, J.C.A.
—Toronto, 3 mars; Ottawa, 13 mars, 2000.

Citizenship and Immigration — Immigration practice — Appeal from dismissal of application for judicial review of IRB, Appeal Division's dismissal of appeal — Appellant applying for permanent residence of wife in 1993, again in 1995 — Both applications refused on ground spouse excluded from family class by Immigration Regulations, 1978, s. 4(3) as marriage not bona fide — IRB,AD confirming visa officer's decision, dismissing first appeal — Dismissing second appeal on basis of res judicata — No new evidence — Under Immigration Act, s. 69.4(1), (3) IRB,AD "court of record" having "as regards matters necessary or proper for due exercise of jurisdiction all such powers, rights, privileges as are vested in a superior court of record" — Thus having jurisdiction to control process, prevent abuse — Second appeal abusive attempt to relitigate matter litigated in previous appeal — IRB,AD having jurisdiction to summarily dispose of such appeal.

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Appel du rejet d'une demande de contrôle judiciaire de la décision de la section d'appel de la CISR de rejeter un appel — L'appellant a demandé la résidence permanente pour son épouse en 1993, et à nouveau en 1995 — Les deux demandes ont été rejetées étant donné qu'elle n'appartenait pas à la catégorie des parents en vertu de l'art. 4(3) du Règlement sur l'immigration de 1978 au motif que le mariage n'était pas authentique — La SACISR a confirmé la décision de l'agent des visas et rejeté le premier appel — Elle a rejeté le deuxième appel en raison du principe de res judicata — Pas de nouvelle preuve — En vertu de l'art. 69.4 (1) et (3) de la Loi sur l'immigration, la SACISR est une «cour d'archives» qui a «pour toutes questions relevant de sa compétence les attributions d'une cour supérieure d'archives» — Elle a donc compétence pour contrôler ses procédures et pour en prévenir l'abus — Le deuxième appel est un abus de procédure visant le réexamen de ce qui a déjà été tranché dans un appel précédent — La SACISR a compétence pour rejeter un tel appel sans formalités.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent residents — F.C.T.D. dismissing application for judicial review, certifying question as to whether sponsor can re-apply for admission to Canada of spouse as member of family class under Immigration Regulations, 1978, s. 4(3) on ground of change of circumstances where previous application denied on ground immigrant entered into marriage primarily to gain admission to Canada — Question going beyond circumstances — Inviting opinion as to right to even re-apply to visa officer — Inappropriate to speak of change of circumstances in s. 4(3) proceedings — Intent of sponsored spouse at time of marriage fixed in time, cannot change.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — La C.F. 1^{re} inst. a rejeté la demande de contrôle judiciaire, certifiant la question suivante: la personne assurant le parrainage peut-elle demander de nouveau l'admission au Canada de sa conjointe en tant que membre de la catégorie des parents en vertu de l'art. 4(3) du Règlement sur l'immigration de 1978 au motif que la situation a changé, lorsque la première demande a été rejetée sur le fondement que l'immigrante s'était mariée principalement pour obtenir l'admission au Canada — La question dépasse les circonstances — Elle sollicite un avis sur le droit de présenter une nouvelle demande à l'agent des visas — Il est inapproprié de dire que la situation a changé dans une procédure en vertu de l'art. 4(3) — L'intention de la conjointe faisant l'objet du parrainage est fixée dans le temps et elle est immuable.

Practice — Res judicata — Appeal from dismissal of application for judicial review of IRB,AD's dismissal of

Pratique — Res judicata — Appel du rejet d'une demande de contrôle judiciaire du rejet d'un appel par la SACISR —

appeal — Appellant applying for permanent residence of wife in 1993, 1995 — Applications refused on ground spouse excluded from family class by Immigration Regulations, 1978, s. 4(3) as marriage not bona fide — IRB,AD dismissing second appeal on basis of res judicata — Not necessary to resort to res judicata — Within IRB,AD's jurisdiction to summarily dismiss appeal to prevent abuse of process.

This was an appeal from the Trial Division's dismissal of an application for judicial review of the Immigration and Refugee Board, Appeal Division's dismissal of an appeal from the visa officer's refusal of an application for permanent residence. In 1993 the appellant's application for permanent residence of his wife was refused on the ground that she was not a member of the family class under Immigration Regulations, 1978, subsection 4(3) as the marriage was not *bona fide*, but was entered into primarily for the purpose of gaining admission to Canada. The Appeal Division confirmed the visa officer's decision and dismissed the appeal. In 1995 the appellant applied again to sponsor his spouse for permanent residence. That application was refused on the same grounds. The Appeal Division dismissed the second appeal on the basis of *res judicata*. Dubé J. denied the application for judicial review on the ground that subsection 4(3) is centred on the intention of a spouse at the time of the marriage which cannot be affected by a subsequent change of intentions. He certified the following question: whether an applicant can re-apply for admission to Canada of his spouse as a member of the family class under subsection 4(3) on the ground of a change of circumstances where a previous application by him has been denied on the ground that she entered into the marriage primarily for the purpose of gaining admission to Canada and not with the intention of residing permanently with her spouse.

Held, the appeal should be dismissed.

The certified question went beyond the circumstances herein. It invited an opinion as to the right of an applicant to even re-apply to a visa officer, an issue which did not arise here. Also, use of "change of circumstances" was inappropriate since the only "circumstance" in proceedings under subsection 4(3) was the intent of the sponsored spouse at the time of the marriage. That intention is fixed in time and cannot be changed. The second application was not based on any new evidence. Therefore, the issue was whether the Appeal Division has the authority to summarily dismiss an appeal which seeks to re-litigate, on essentially the same evidence, an issue which it has already decided. The answer was affirmative. Rearguing a case in appeal for the sake of reargument offends public interest. Under *Immigration Act*, subsections 69.4(1) and (3) the Appeal

L'appellant a demandé la résidence permanente pour son épouse en 1993 et en 1995 — Les demandes ont été rejetées étant donné que la conjointe n'appartenait pas à la catégorie des parents en vertu de l'art. 4(3) du Règlement sur l'immigration de 1978 au motif que le mariage n'était pas authentique — La SACISR a rejeté le deuxième appel en raison du principe de res judicata — Il n'est pas nécessaire d'avoir recours à la doctrine de res judicata — La SACISR a compétence pour rejeter l'appel afin de prévenir l'abus des procédures.

En l'espèce, l'appel est interjeté du rejet par la Section de première instance d'une demande de contrôle judiciaire de la décision de la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié confirmant la décision de l'agent des visas de rejeter une demande de résidence permanente. En 1993, la demande de l'appellant afin d'obtenir la résidence permanente pour son épouse a été rejetée étant donné qu'elle n'appartenait pas à la catégorie des parents en vertu du paragraphe 4(3) du *Règlement sur l'immigration de 1978*, au motif que le mariage n'était pas authentique puisqu'il avait été contracté principalement à des fins d'admission au Canada. La section d'appel a confirmé la décision de l'agent des visas et rejeté l'appel. En 1995, l'appellant a parrainé une nouvelle demande de résidence permanente pour sa conjointe. Cette demande a été rejetée pour les mêmes motifs. La section d'appel a rejeté le deuxième appel en raison du principe de *res judicata*. Le juge Dubé a rejeté la demande de contrôle judiciaire au motif que le paragraphe 4(3) est centré sur l'intention du conjoint au moment où il s'est marié, situation qu'un changement ultérieur des intentions ne saurait modifier. Il a certifié la question suivante: Un demandeur peut-il demander de nouveau l'admission au Canada de sa conjointe en tant que membre de la catégorie des parents en vertu du paragraphe 4(3) au motif que la situation a changé, lorsque la première demande qu'il a présentée a été rejetée sur le fondement que sa conjointe s'était mariée principalement dans le but d'obtenir l'admission au Canada et non dans l'intention de vivre en permanence avec lui.

Arrêt: l'appel est rejeté.

La question certifiée dépasse les circonstances de la présente affaire. Elle sollicite un avis sur le droit d'un demandeur de présenter une nouvelle demande à un agent des visas, question qui ne se pose pas ici. De plus, les termes «la situation a changé» sont inappropriés puisque la seule «situation» qui compte dans une procédure en vertu du paragraphe 4(3) est l'intention du conjoint qui fait l'objet d'un parrainage au moment du mariage. Cette intention est figée dans le temps et elle est immuable. La deuxième demande ne s'appuyait pas sur une nouvelle preuve. La question est donc de savoir si la section d'appel a compétence pour rejeter sans formalités un appel qui vise à soumettre de nouveau une question qu'elle a déjà tranchée en se fondant essentiellement sur la même preuve. La réponse est affirmative. Le fait de soumettre de nouveau une

Division is a “court of record” which has “as regards . . . matters necessary or proper for the due exercise of its jurisdiction, all such powers, rights and privileges as are vested in a superior court of record”. Therefore, the Appeal Division has jurisdiction to control its process and to prevent its abuse. It may entertain, as it did in this case, preliminary motions to summarily dispose of an appeal which is but an abusive attempt to relitigate what had been litigated in a previous appeal. A full hearing on the merits is not necessary.

It was implicit in the reasons for judgment of the Appeal Division and the Motions Judge that there was an abuse of process herein, and thus it would serve no useful purpose to send the matter back for express consideration of the abuse of process argument. It was not necessary to resort to the doctrine of *res judicata*.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 69.4(1) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18), (3) (as enacted *idem*), 77(3)(a) (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 15).
Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 4(3) (as am. by SOR/93-44, s. 4).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Bradford & Bingley Building Society v. Seldon, [1999] 1 W.L.R. 1482 (C.A.).

REFERRED TO:

O'Brien v. Canada (Attorney General) (1993), 12 Admin. L.R. (2d) 287; 153 N.R. 313 (F.C.A.); *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; (1985), 20 D.L.R. (4th) 651; [1985] 6 W.W.R. 127; 21 C.C.C. (3d) 7; 47 C.R. (3d) 193; 61 N.R. 159; *Levi Strauss & Co. v. Roadrunner Apparel Inc.* (1997), 76 C.P.R. (3d) 129; 221 N.R. 93 (F.C.A.); *Sawatsky v. Norris* (1992), 10 O.R. (3d) 67; 93 D.L.R. (4th) 238; 6 Admin. L.R. (2d) 228 (Gen. Div.); *Nisshin Kisen Kaisha Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, [1981] 1 F.C. 293; (1980), 11 D.L.R. (3d) 360 (T.D.); aff'd by [1982] 1 F.C. 530; (1981), 122 D.L.R. (3d) 599; 36 N.R. 181 (C.A.).

APPEAL from the Trial Division's dismissal of an application for judicial review (*Kaloti v. Canada*

affaire uniquement pour reprendre la même question va à l'encontre de l'intérêt public. En vertu des paragraphes 69.4(1) et (3) de la *Loi sur l'immigration*, la section d'appel est une «cour d'archives» qui a «pour toutes questions relevant de sa compétence les attributions d'une cour supérieure d'archives». La section d'appel a donc compétence pour contrôler ses procédures et pour en prévenir l'abus. Elle peut donc, comme elle l'a fait ici, entendre des requêtes préliminaires demandant qu'on rejette de façon sommaire un appel qui est un abus de procédure visant le réexamen de ce qui a déjà été tranché dans un appel précédent. Il n'est pas nécessaire d'aller plus loin et d'entendre l'affaire au fond.

Les motifs de jugement de la section d'appel et du juge des requêtes font implicitement ressortir qu'ils considéreraient qu'il y avait un recours abusif en l'instance et, dans les circonstances, il ne serait donc pas utile de renvoyer l'affaire pour qu'on examine expressément le question du recours abusif. Il n'est pas nécessaire en l'instance d'avoir recours à la doctrine de *res judicata*.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69.4(1) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18), (3) (édicte, *idem*), 77(3)(a) (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 15).
Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 4(3) (mod. par DORS/93-44, art. 4).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Bradford & Bingley Building Society v. Seldon, [1999] 1 W.L.R. 1482 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

O'Brien c. Canada (Procureur général) (1993), 12 Admin. L.R. (2d) 287; 153 N.R. 313 (C.A.F.); *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; (1985), 20 D.L.R. (4th) 651; [1985] 6 W.W.R. 127; 21 C.C.C. (3d) 7; 47 C.R. (3d) 193; 61 N.R. 159; *Levi Strauss & Co. c. Roadrunner Apparel Inc.* (1997), 76 C.P.R. (3d) 129; 221 N.R. 93 (C.A.F.); *Sawatsky v. Norris* (1992), 10 O.R. (3d) 67; 93 D.L.R. (4th) 238; 6 Admin. L.R. (2d) 228 (Div. gén.); *Nisshin Kisen Kaisha Ltd. c. La Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1981] 1 C.F. 293; (1980), 11 D.L.R. (3d) 360 (1^{re} inst.); conf. par [1982] 1 C.F. 530; (1981), 122 D.L.R. (3d) 599; 36 N.R. 181 (C.A.).

APPEL d'une décision de la Section de première instance rejetant une demande de contrôle judiciaire

(*Minister of Citizenship and Immigration*) (1998), 153 F.T.R. 289; 49 Imm. L.R. (2d) 187 (F.C.T.D.) of the dismissal of an appeal by the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board against a visa officer's denial of a spousal sponsorship for permanent residence application. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Stephen W. Green for appellant.
Kevin Lunney for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Green and Spiegel, Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] DÉCARY J.A.: In August 1990, the appellant filed an undertaking of assistance to sponsor the application for permanent residence of his fiancée whom he subsequently married in India in February 1993. In May 1993, a visa officer refused his application pursuant to subsection 4(3) of the *Immigration Regulations, 1978* [SOR/78-172 (as am. by SOR/93-44, s. 4)] (the Regulations) on the ground that the marriage was not *bona fide* but was entered into by the spouse primarily for the purpose of gaining admission to Canada and not with the intention of residing permanently with the appellant. The visa officer determined that the appellant's spouse was therefore not a member of the family class.

[2] The appellant appealed to the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board (hereinafter the Appeal Division) pursuant to paragraph 77(3)(a) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 15)]. The Appeal Division confirmed the decision of the visa officer and dismissed the appeal for lack of jurisdiction on February 20, 1995 because the appellant's spouse was a person described in subsection 4(3) of the *Immigration Regulations, 1978* and therefore not a member of the family class.

(*Kaloti c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*) (1998), 153 F.T.R. 289; 49 Imm. L.R. (2d) 187 (C.F. 1^{re} inst.) de la décision de la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié confirmant la décision de l'agent des visas de rejeter une demande de résidence permanente fondée sur le parrainage du conjoint. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

Stephen W. Green pour l'appellant.
Kevin Lunney pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Green and Spiegel, Toronto, pour l'appellant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: En août 1990, l'appellant a déposé un engagement d'aide en vue de parrainer la demande de résidence permanente de sa fiancée, qu'il a par la suite épousée en Inde en février 1993. En mai 1993, un agent des visas a rejeté sa demande, conformément au paragraphe 4(3) du *Règlement sur l'immigration de 1978* [DORS/78-172 (mod. par DORS/93-44, art. 4)] (le Règlement), au motif que le mariage n'était pas authentique et que la conjointe s'était mariée principalement à des fins d'admission au Canada et sans avoir l'intention de vivre en permanence avec l'appellant. L'agent des visas a conclu que la conjointe de l'appellant n'appartenait donc pas à la catégorie des parents.

[2] L'appellant a interjeté appel à la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (ci-après la section d'appel), en vertu de l'alinéa 77(3)a de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2 (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 15)]. Le 20 février 1995, la section d'appel a confirmé la décision de l'agent des visas et rejeté l'appel pour manque de compétence, vu que la conjointe de l'appellant était une personne décrite au paragraphe 4(3) du Règlement et qu'elle n'appartenait pas à la catégorie des parents.

[3] In 1995, the appellant made a new application to sponsor his spouse for permanent residence and paid a new fee for processing. The appellant's spouse was interviewed on October 17, 1995 in India and the appellant was interviewed on January 22, 1996. Following the interviews, the visa officer refused the application for permanent residence on the same grounds as are outlined above. The appellant filed a new notice of appeal to the Appeal Division.

[4] The respondent then made a motion to dismiss the appeal for lack of jurisdiction on the basis of *res judicata*. The motion was granted by the Appeal Division. The appellant applied to the Federal Court, Trial Division for leave and for judicial review. Mr. Justice Dubé dismissed the application for judicial review¹ but certified the following question of general importance:²

“May an applicant re-apply for admission to Canada of his spouse as a member of the family class under s. 4(3) of the **Immigration Regulations** on the ground of a change of circumstances where a previous application by him has been denied on the ground that she entered into the marriage primarily for the purpose of gaining admission to Canada and not with the intention of residing permanently with her spouse?”

[5] Relying on the decision of this Court in *O'Brien v. Canada (Attorney General)*³, Dubé J. expressed himself as follows:⁴

Consequently, I must find that, generally, *res judicata* has an application in public law. Otherwise applicants could re-apply “ad infinitum” and “ad nauseam” with the same application, an abuse of the process of administrative tribunals. However, that would not prevent an applicant from launching a second application based on change of circumstances provided, of course, that the change of circumstances was relevant to the matter to be decided.

Again, in the instant matter, the plain meaning of s. 4(3) of the **Immigration Regulations** is clearly centered on the intention of a spouse at the time of the marriage, a situation that cannot be affected by a subsequent change of intentions on her part. Therefore, the applicant's spouse was properly adjudged not to be a member of the family class and the matter became *res judicata*. It does not follow that she may not seek admission to Canada under some other provisions of the **Immigration Act**.

[3] En 1995, l'appelant a parrainé une nouvelle demande de résidence permanente pour sa conjointe et il a versé à nouveau les frais de traitement. La conjointe de l'appelant a été reçue en entrevue en Inde le 17 octobre 1995, et l'appelant a été reçu en entrevue le 22 janvier 1996. Suite à ces entrevues, l'agent des visas a rejeté la demande de résidence permanente pour les motifs qui ont déjà été cités. L'appelant a présenté un nouvel appel à la section d'appel.

[4] L'intimé a présenté une requête pour obtenir le rejet de l'appel pour manque de compétence en raison du principe de *res judicata*, requête qui a été accueillie par la section d'appel. L'appelant s'est alors adressé à la Section de première instance de la Cour fédérale pour obtenir le contrôle judiciaire. Le juge Dubé a rejeté la demande de contrôle judiciaire¹ mais il a certifié la question suivante de portée générale²:

«Un demandeur peut-il demander de nouveau l'admission au Canada de sa conjointe en tant que membre de la catégorie des parents en vertu de l'art. 4(3) du **Règlement sur l'immigration** au motif que la situation a changé, lorsque la première demande qu'il a présentée a été rejetée sur le fondement que sa conjointe s'était mariée principalement dans le but d'obtenir l'admission au Canada et non dans l'intention de vivre en permanence avec lui?»

[5] S'appuyant sur l'arrêt de notre Cour dans *O'Brien c. Canada (Procureur général)*³, le juge Dubé déclare ceci⁴:

En conséquence, je dois conclure qu'en général, le principe de *res judicata* s'applique en droit public. Autrement, les demandeurs pourraient présenter de nouveau la même demande *ad infinitum* et *ad nauseam*, ce qui constituerait un recours abusif aux tribunaux administratifs. Cependant, cela n'empêcherait pas un demandeur de déposer une deuxième demande fondée sur un changement de situation pourvu que, bien entendu, un tel changement soit pertinent à l'égard de l'affaire à trancher.

Encore une fois, en l'espèce, le sens évident du paragraphe 4(3) du **Règlement sur l'immigration** est clairement centré sur l'intention du conjoint au moment où il s'est marié, ce qui constitue une situation qu'un changement ultérieur des intentions de ce conjoint ne saurait modifier. En conséquence, c'est à bon droit qu'il a été jugé que la conjointe du demandeur n'appartenait pas à la catégorie des parents et que l'affaire avait qualité de chose jugée. Il ne s'ensuit pas cependant que cette dernière ne peut chercher à être admise au Canada en invoquant d'autres dispositions de la **Loi sur l'immigration**.

[6] The respondent, who had relied in both instances below on the doctrine of *res judicata*, refined his strategy in his submissions before us. He submitted that the proceeding undertaken by the appellant before the Appeal Division was an abuse of process, of a kind “which the doctrine of *res judicata* seeks to prevent”. According to counsel, resort to the doctrine of *res judicata* was “not ultimately necessary, as every statutory tribunal has an implied or ancillary jurisdiction to prevent an abuse of its own process”.

[7] The question as certified by the Motions Judge goes beyond the circumstances of this case. As phrased, it would invite an opinion as to the right of an applicant to even re-apply to a visa officer, an issue which does not arise here.

[8] Also, the certified question speaks in terms of “a change of circumstances”. These terms are inappropriate. The only “circumstance” in proceedings under subsection 4(3) of the Regulations is the intent of the sponsored spouse at the time of the marriage. That intention is fixed in time and cannot be changed. What the learned Judge must have meant, rather, was whether a new application could be made based on relevant and permissible new evidence pertaining to a spouse’s intent at the time of marriage. However, in this case, as counsel for the appellant has conceded, for all practical purposes the second application was not based on any new evidence.

[9] We are left with a rather simple question: does the Appeal Division have the authority to summarily dismiss an appeal when the appellant seeks to relitigate, on essentially the same evidence, an issue which the Appeal Division has already decided?

[10] The answer has to be in the affirmative. Rearguing a case in appeal for the sake of reargument offends public interest. It is well recognized that superior courts have the inherent jurisdiction to prevent an abuse of their process⁵ and there is some suggestion that administrative tribunals do too.⁶

[6] L’intimé, qui s’était appuyé sur la doctrine de *res judicata* dans les deux affaires en cour d’instance inférieure, a raffiné sa stratégie dans ses prétentions devant nous. Il soutient que la procédure entreprise par l’appelant devant la section d’appel était un recours abusif, justement [TRADUCTION] «ce que la doctrine de *res judicata* veut prévenir». Du point de vue de l’avocat, le recours à la doctrine de *res judicata* n’était pas [TRADUCTION] «nécessaire en dernière analyse, puisque tous les tribunaux établis par une loi ont une compétence implicite ou subsidiaire pour prévenir l’abus de procédure».

[7] La question certifiée par le juge des requêtes dépasse les circonstances de la présente affaire. Telle que formulée, elle sollicite un avis sur le droit d’un demandeur de présenter une nouvelle demande à un agent des visas, question qui ne se pose pas ici.

[8] De plus, la question certifiée parle d’un cas où «la situation a changé». Cette terminologie est inappropriée. La seule «situation» qui compte dans une procédure en vertu du paragraphe 4(3) du Règlement est l’intention du conjoint qui fait l’objet du parrainage au moment du mariage. Cette intention est figée dans le temps et elle est immuable. Le juge a sûrement voulu demander plutôt si on pouvait présenter une nouvelle demande fondée sur une nouvelle preuve pertinente et admissible quant à l’intention de la conjointe au moment du mariage. Toutefois, l’avocat de l’appelant dans la présente affaire a admis qu’à toutes fins utiles la deuxième demande ne s’appuyait pas sur une nouvelle preuve.

[9] Il ne reste donc à trancher qu’une question fort simple: la section d’appel a-t-elle compétence pour rejeter sans formalités un appel, lorsque l’appelant essaie de soumettre de nouveau une question déjà tranchée par la section d’appel en se fondant essentiellement sur la même preuve.

[10] La réponse doit être affirmative. Le fait de soumettre de nouveau une affaire en appel uniquement pour reprendre la même question va à l’encontre de l’intérêt public. Il est admis que les cours supérieures ont une compétence inhérente pour prévenir l’abus de leurs procédures⁵ et on avance même que les tribunaux administratifs auraient cette même compétence⁶.

[11] Whether that suggestion with respect to administrative tribunals is well founded need not be further explored here because by the very terms of its enabling statute, the Appeal Division is a “court of record” which has, “as regards . . . matters necessary or proper for the due exercise of its jurisdiction, all such powers, rights and privileges as are vested in a superior court of record” (subsections 69.4(1) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18] and (3) [as enacted *idem*] of the *Immigration Act*). Clearly, therefore, the Appeal Division has jurisdiction to control its process and to prevent its abuse. It may entertain, as it did in this case, preliminary motions to summarily dispose of an appeal which is but an abusive attempt to relitigate what had been litigated in a previous appeal. A full hearing on the merits of the appeal is not necessary.

[12] In the case at bar, counsel for the appellant expressed the view that it was open to an unsuccessful applicant to file a new sponsorship application and pay the scheduled fees in order to require the Appeal Board time and time again as the case may be, to go through a full hearing. The process, in other words, is there to be abused. That, of course, cannot be.

[13] While the issue of abuse of process was not squarely raised with the Appeal Division and the Motions Judge, it is implicit in their reasons for judgment that they were both of the view that there was, in the instant case, an abuse of process. The Appeal Division used the expression “appeal by attrition” to describe what was really happening and the Motions Judge did use the very words “abuse of process”. In the circumstances, it would serve no useful purpose to send the matter back for express consideration of the abuse of process argument. Nonetheless, one should remain aware of the distinction to be made between “*res judicata*” and “abuse of process” which has been recently described as follows by Auld L.J. in *Bradford & Bingley Building Society v. Seddon*:⁷

In my judgment, it is important to distinguish clearly between *res judicata* and abuse of process not qualifying as *res judicata*, a distinction delayed by the blurring of the two in the court’s subsequent application of the above dictum.

[11] Il n’est pas nécessaire ici de décider si la proposition avancée au sujet des tribunaux administratifs est fondée puisque, selon la terminologie même de sa loi habilitante, la section d’appel est une «cour d’archives» qui a pour «toute [. . .] question relevant de sa compétence, les attributions d’une cour supérieure d’archives» (paragraphe 69.4(1) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18] et (3) [édicte, *idem*] de la *Loi sur l’immigration*). Il est donc clair que la section d’appel a compétence pour contrôler ses procédures et pour en prévenir l’abus. Elle peut donc, comme elle l’a fait ici, entendre des requêtes préliminaires demandant qu’on rejette de façon sommaire un appel qui est un abus de procédure visant le réexamen de ce qui a déjà été tranché dans un appel précédent. Il n’est pas nécessaire d’aller plus loin et d’entendre l’affaire au fond.

[12] En l’instance, l’avocat de l’appelant a exprimé l’opinion qu’un demandeur qui n’avait pas eu gain de cause pouvait présenter une nouvelle demande de parrainage en payant les droits prévus et ainsi obtenir que la section d’appel revienne à nouveau et à répétition sur l’affaire, en tenant une nouvelle audience. En d’autres mots, les recours ou procédures existent pour qu’on en abuse. Il est clair que ce n’est pas le cas.

[13] Bien que la question de l’abus de procédure ou recours abusif n’ait pas été précisément soulevée devant la section d’appel et devant le juge des requêtes, leurs motifs de jugement font implicitement ressortir qu’ils considéraient qu’il y avait recours abusif en l’instance. La section d’appel a utilisé les termes [TRADUCTION] «appel par usure» pour décrire la situation et le juge des requêtes a utilisé très précisément les termes «recours abusif». Dans ces circonstances, il ne serait pas utile de renvoyer l’affaire pour qu’on examine la question du recours abusif. Néanmoins, il faut garder à l’esprit la distinction à faire entre «*res judicata*» et «recours abusif», qui a récemment été décrite de la façon suivante par le lord juge Auld dans *Bradford & Bingley Building Society v. Seddon*⁷:

[TRADUCTION] À mon avis, il est important de faire la distinction entre la *res judicata* et le recours abusif qui ne correspond pas à la *res judicata*. Cette distinction a mis du temps du fait que la cour a eu tendance à mélanger ces deux

The former, in its cause of action estoppel form, is an absolute bar to relitigation, and in its issue estoppel form also, save in “special cases” or “special circumstances” . . . The latter, which may arise where there is no cause of action or issue estoppel, is not subject to the same test, the task of the court being to draw the balance between the competing claims of one party to put his case before the court and of the other not to be unjustly hounded given the earlier history of the matter.

[14] I agree therefore with counsel for the respondent that it is not necessary in this case to resort to the doctrine of *res judicata*. The decision of the Appeal Division to summarily dismiss the appeal was open to it in the exercise of its jurisdiction to prevent an abuse of its process.

[15] The appeal should be dismissed with costs.

SEXTON J.A.: I agree.

EVANS J.A.: I agree.

¹ The impugned decision is reported at (1998), 153 F.T.R. 289 (F.C.T.D.).

² *Ibid.*, at p 292.

³ (1993), 12 Admin. L.R. (2d) 287 (F.C.A.).

⁴ *Supra*, note 1, at p. 292.

⁵ See *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, at p. 131, Dickson C.J.; *Levi Strauss & Co. v. Roadrunner Apparel Inc.* (1997), 76 C.P.R. (3d) 129 (F.C.A.), at p. 134, Létourneau J.A.

⁶ *Sawatsky v. Norris* (1992), 10 O.R. (3d) 67 (Gen. Div.), at p. 77, Misener J. See also, *Nisshin Kisen Kaisha Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, [1981] 1 F.C. 293 (T.D.), at p. 301; *Addy J.*, affd [1982] 1 F.C. 530 (C.A.), without discussing this point.

⁷ [1999] 1 W.L.R. 1482 (C.A.), at p. 1490.

notions dans l'application du raisonnement susmentionné. La première notion, qui est une fin de non-recevoir fondée sur la cause d'action, fait qu'on ne peut absolument pas revenir sur l'affaire. Il en va de même pour la fin de non-recevoir fondée sur la chose jugée, sauf dans certaines «affaires ou circonstances spéciales» [. . .] La deuxième notion, qui peut être invoquée lorsqu'il n'y a pas de cause d'action ou fin de non-recevoir, n'est pas assujettie au même critère. La cour doit alors trouver un juste équilibre entre le point de vue de la partie qui veut être entendue et celui de la partie qui s'appuie sur le dossier afin de ne pas être injustement persécuté.

[14] Je partage donc l'avis de l'avocat de l'intimé qu'il n'est pas nécessaire en l'instance d'avoir recours à la doctrine de *res judicata*. La décision prise par la section d'appel de rejeter sommairement l'appel qui lui était présenté se situe clairement dans le cadre de l'exercice de sa compétence de prévenir l'abus des procédures.

[15] L'appel est rejeté avec dépens.

LE JUGE SEXTON, J.C.A.: Je suis d'accord avec ces motifs.

LE JUGE EVANS, J.C.A.: Je suis d'accord avec ces motifs.

¹ La décision contestée est publiée à (1998), 153 F.T.R. 289 (C.F. 1^{re} inst.).

² *Ibid.*, à la p. 292.

³ (1993), 12 Admin. L.R. (2d) 287 (C.A.F.).

⁴ Précité, note 1, à la p. 292.

⁵ Voir *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, à la p. 131, le juge en chef Dickson; *Levi Strauss & Co. c. Roadrunner Apparel Inc.* (1997), 76 C.P.R. (3d) 129 (C.A.F.), à la p. 134, le juge Létourneau, J.C.A.

⁶ *Sawatsky v. Norris* (1992), 10 O.R. (3d) 67 (Div. gén.), à la p. 77, le juge Misener. Voir aussi *Nisshin Kisen Kaisha Ltd. c. La Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1981] 1 C.F. 293 (1^{re} inst.), à la p. 301, le juge Addy, conf. par [1982] 1 C.F. 530 (C.A.), sans toutefois que ce point ait été abordé.

⁷ [1999] 1 W.L.R. 1482 (C.A.), à la p. 1490.

A-308-99

**Thyssen Canada Limited, Securitas Bremer
Allgemeine Vers. A.G. (Appellants)**

v.

Mariana Maritime S.A. (Respondent)

**INDEXED AS: THYSSEN CANADA LTD. v. MARIANA (THE)
(C.A.)**

Court of Appeal, Décary, Robertson and Sexton JJ.A.
—Ottawa, February 22 and March 22, 2000.

Maritime law — Practice — Appeal from stay of action for damage to cargo in favour of London arbitration — Bills of lading for two shipments of steel coils incorporating terms and conditions of charter party, including law and arbitration clauses — Both relevant charter parties, time and voyage, providing for arbitration at London, English law governing — (1) Arbitration clauses not required to expressly extend ambit to disputes under bill of lading — Deemed incorporated into bill of lading as three conditions precedent met: (i) bill of lading specifically referring to incorporation of arbitration clause in charter party; (ii) arbitration clause so worded as to make sense in context of bill; (iii) arbitration clause not conflicting with express terms of bill — (2) Voyage charter party not unenforceable because shipowner not party thereto — (3) Once arbitration clause in another document incorporated into bill of lading, consignee bound — Since arbitration clauses essentially same, unnecessary to decide which charter party relevant document — Arbitration clauses not unenforceable on ground of uncertainty because bills of lading not specifically identifying in which charter party arbitration clause found — Appellant bound by provision in charter party even if no knowledge thereof when accepted bills of lading — Parties, sophisticated, familiar with exigencies of marketplace — Appellant not informing itself of terms — Hamburg Rules, in force in Romania, not applicable to provide choice of forum for arbitration as contrary to choice of law provisions in both charter parties, irrelevant to whether stay should be granted — Under Commercial Arbitration Code, once court finds arbitration clause effectively incorporated into bills of lading, not unenforceable, must grant stay in favour of arbitration.

A-308-99

**Thyssen Canada Limited, Securitas Bremer
Allgemeine Vers. A.G. (appellantes)**

c.

Mariana Maritime S.A. (intimée)

**RÉPERTORIÉ: THYSSEN CANADA LTD. c. MARIANA (LE)
(C.A.)**

Cour d'appel, juges Décary, Robertson et Sexton,
J.C.A.—Ottawa, 22 février et 22 mars 2000.

Droit maritime — Pratique — Appel d'une décision suspendant une action relative aux avaries subies par la cargaison d'un navire en faveur de la tenue d'un arbitrage à Londres — Connaissements portant sur deux cargaisons de rouleaux d'acier et incorporant toutes les modalités d'une charte-partie, y compris la clause concernant le droit applicable et la clause compromissoire — Les deux contrats d'affrètement, à temps et au voyage, prévoyaient le renvoi de tout différend à l'arbitrage à Londres et précisaient que le droit applicable était le droit anglais — 1) Il n'est pas nécessaire que la clause compromissoire étende expressément sa portée aux différends découlant des connaissements — La clause compromissoire est réputée avoir été incorporée dans le connaissance parce que trois conditions préalables sont réunies: (i) le connaissance incorpore expressément par renvoi la clause compromissoire stipulée à la charte-partie; (ii) la clause compromissoire est libellée de telle manière qu'elle s'applique logiquement au connaissance; (iii) la clause compromissoire ne contredit pas les modalités expresses du connaissance — 2) Le fait que le propriétaire du navire intimé ne soit pas partie au contrat d'affrètement au voyage ne rend pas celui-ci inexécutable — (3) Une fois incorporée par renvoi au connaissance, la clause compromissoire contenue dans un autre contrat lie le destinataire — Comme les clauses compromissoires sont essentiellement les mêmes, il n'est pas nécessaire de décider si quel contrat d'affrètement constitue le document applicable — Les clauses compromissoires ne sont pas inexécutables pour cause d'imprécision parce que les connaissements ne précisent pas la charte-partie qui s'applique — L'appellante est liée par ces dispositions du contrat d'affrètement même si elle en ignorait l'existence au moment où elle a accepté les connaissements — Parties expérimentées connaissant bien les exigences de ce domaine particulier — L'appellante a omis de s'informer des modalités du contrat — Les Règles de Hambourg, qui ont force de loi en Roumanie, n'ont pas pour effet de conférer à l'appellante le droit de choisir le lieu de l'arbitrage parce que cet argument contredit les dispositions relatives au choix du droit applicable qui sont stipulées dans les deux contrats d'affrètement et n'a aucun rapport avec la question de l'opportu-

This was an appeal from an order staying an action against the respondent, in favour of arbitration at London. The appellant, Thyssen Canada Limited, had arranged to have 18,000 metric tons of steel coils shipped on the *Mariana* from Romania to Windsor, Ontario. Two bills of lading were issued to correspond with two shipments of cargo. The parties identified on both bills of lading are the shipper, Metalexportimport S.A., a Romanian steel supplier, and the appellant as consignee. Both bills indicated that they were to be used with charter parties, although neither identified a specific charter party. The bills of lading contained a clause incorporating all terms and conditions of the charterparty, including the law and arbitration clause. There were two relevant charter parties: a 60 to 65-day time charter between the respondent shipowner and Hawknet Ltd., and a voyage charter party between Hawknet Ltd. and Metalexportimport. Both charter parties provided for arbitration at London and that English law governed. After a fire in the hold damaged the steel coils, the appellant commenced an admiralty action *in rem*, claiming \$1.2 million (U.S.) in general damages. Before the matter went to trial the action was stayed and the dispute was ordered to proceed to arbitration at London. The Motions Judge held that the bills of lading incorporated by reference the arbitration clause contained in the voyage charter party, and that the appellant, as the holder of the bill of lading, was bound by this arbitration clause.

The issues were: (1) whether the arbitration clauses applied since they did not expressly refer to disputes arising under a bill of lading; (2) whether the voyage charter party was unenforceable because the shipowner was not a party thereto; (3) whether the failure to identify on the bills of lading which charter party was to apply in respect of the incorporation of an arbitration clause resulted in an "uncertainty of terms" that made that clause unenforceable; and (4) whether Article 22 of the Hamburg Rules, which apply in Romania, applied to provide a choice of forum for arbitration to the appellant.

Held, the appeal should be dismissed.

(1) An arbitration clause in a charter party is not required to expressly extend its ambit to bill of lading disputes. An arbitration clause in a charter party will be deemed incorpo-

nité de suspendre l'instance — Suivant le Code d'arbitrage commercial, lorsqu'elle conclut que la clause compromissoire a effectivement été incorporée aux connaissements et qu'elle est exécutable, la Cour doit accorder la suspension demandée en faveur de la tenue d'un arbitrage.

Appel d'une ordonnance suspendant l'instance introduite contre l'intimée en faveur de la tenue d'un arbitrage à Londres. L'appelante, Thyssen Canada Limited, avait pris des dispositions pour faire transporter 18 000 tonnes métriques de rouleaux laminés à chaud à bord du *Mariana* entre la Roumanie et Windsor (Ontario). Deux connaissements correspondant aux deux cargaisons ont été établis. Les parties figurant sur les deux connaissements étaient le chargeur, Metalexportimport S.A., un fournisseur roumain d'acier, et l'appelante, qui y était désignée comme destinataire. Il était précisé dans les deux connaissements que ceux-ci devaient être accompagnés de contrats d'affrètement par charte-partie, sans que la charte-partie applicable soit toutefois précisée. Les connaissements contenaient une clause stipulant que toutes les modalités de la charte-partie, y compris la clause concernant le droit applicable et la clause compromissoire, étaient incorporées aux connaissements. Il y avait deux chartes-parties pertinentes: un contrat d'affrètement à temps de 60 à 65 jours entre le propriétaire du navire intimé et Hawknet Ltd., et un contrat d'affrètement au voyage entre Hawknet Ltd. et Metalexportimport. Les deux contrats d'affrètement prévoyaient le renvoi de tout différend à l'arbitrage à Londres et précisaient que c'était le droit anglais qui s'appliquait. Après qu'un incendie déclaré dans la cale eut endommagé les rouleaux d'acier, l'appelante a introduit une action réelle en matière d'amirauté par laquelle elle réclamait 1,2 millions de dollars (U.S.) en dommages-intérêts généraux. Avant que la Cour ne commence l'instruction de l'affaire, l'instance a été suspendue et le différend a été renvoyé à l'arbitrage à Londres. Le juge des requêtes a conclu que les connaissements incorporent par renvoi la clause compromissoire contenue dans le contrat d'affrètement au voyage et qu'en tant que porteur du connaissement, l'appelante était liée par la clause compromissoire en question.

Les questions en litige sont les suivantes: 1) les clauses compromissoires s'appliquent-elles, étant donné qu'aucune ne parle expressément de litiges pouvant découler d'un connaissement? 2) le contrat d'affrètement est-il inexécutable, étant donné que le propriétaire du navire intimé n'est pas partie à ce contrat? 3) le défaut de préciser dans les connaissements la charte-partie qui s'applique donne-t-il lieu à une «imprécision» qui rend la clause inexécutable? 4) l'article 22 des Règles de Hambourg, qui ont force de loi en Roumanie, a-t-il pour effet de conférer à l'appelante le droit de choisir le lieu de l'arbitrage?

Arrêt: l'appel doit être rejeté.

1) Il n'est pas nécessaire que la clause compromissoire stipulée dans un contrat d'affrètement par charte-partie étende expressément sa portée aux différends découlant des

rated into a bill of lading when the following three conditions precedent are met: (i) the bill of lading makes specific reference to the incorporation of the arbitration clause found in the charter party; (ii) the arbitration clause is so worded as to make sense in the context of the bill; and (iii) the arbitration clause does not conflict with the express terms of the bill. The facts herein fell within this category. It has been held that a bill of lading that expressly refers to the incorporation of an arbitration clause found in another document is sufficient evidence of the parties' intention to be bound by it and therefore the words of the arbitration clause as found in that document are to be manipulated to give effect to that intention.

(2) There was no need for the shipowner to be a party to the voyage charter party, as it was neither suing nor being sued in contract by either Metalexportimport or Hawknet. The issue was whether the respondent was entitled to rely on an arbitration clause which was incorporated, by reference, into a bill of lading. If, as between the shipper and shipowner, there is a contract represented by a bill of lading, then the only question is whether that contract has effectively incorporated by reference an arbitration clause set out in another document. Once incorporated into the bill of lading, the consignee is bound by this provision as is the consignor and the shipowner.

(3) The contract of affreightment was found in the voyage charter party. Thus the relevant charter party was the voyage charter party. Equally relevant was the reference in both bills of lading to "Freight payable as per Charter-party dated . . .". Again, the logical inference was that the relevant charter party was the voyage charter party because that was the contract under which the goods were being shipped and freight was payable. But since both arbitration clauses required disputes to be referred to arbitration at London, it was unnecessary to decide which charter party was the relevant document. There was no lack of certainty of terms.

The alternative argument, that the appellant could not be bound by a provision contained in a charter party of which it had no knowledge when it accepted the bills of lading, was not persuasive. Although a bill of lading does not fit within the classic model of a bargained agreement, these parties were familiar with the exigencies of this particular marketplace and were aware that commercial efficacy demands the use of contracts which cannot reasonably be expected to be read until a loss arises. The appellant failed

connaissements. La clause compromissoire stipulée dans un contrat d'affrètement par charte-partie est réputée avoir été incorporée dans un connaissance lorsque les trois conditions préalables suivantes sont réunies: (i) le connaissance incorpore expressément par renvoi la clause compromissoire stipulée à la charte-partie; (ii) la clause compromissoire est libellée de telle manière qu'elle s'applique logiquement au connaissance; (iii) la clause compromissoire ne contredit pas les modalités expresses du connaissance. Les faits de la présente espèce entrent dans cette catégorie. Il a été jugé qu'un connaissance qui incorpore expressément par renvoi la clause compromissoire stipulée dans un autre acte constitue une preuve suffisante de l'intention des parties d'être liées par cette clause pour qu'on puisse «manipuler» la phraséologie de la clause de façon à donner effet à cette volonté.

2) Il n'est pas nécessaire, par exemple, que le propriétaire du navire intimé soit partie au contrat d'affrètement au voyage, car il ne cherche pas à intenter une action en responsabilité contractuelle contre Metalexportimport ou Hawknet qui, pour leur part, ne le poursuivent pas. Il s'agit de savoir si l'intimée a le droit d'invoquer la clause compromissoire qui a été incorporée par renvoi au connaissance. S'il existe entre le chargeur et le propriétaire du navire un contrat qui a été constaté par un connaissance, la seule question à résoudre est celle de savoir si ce contrat incorpore effectivement par renvoi la clause compromissoire stipulée dans un autre document. Une fois incorporée au connaissance, cette disposition lie le destinataire au même titre que l'expéditeur et le propriétaire du navire.

3) Le contrat d'affrètement se trouve dans la charte-partie au voyage. La charte-partie applicable est le contrat d'affrètement au voyage. Le fait que les deux connaissances portent la mention suivante: [TRADUCTION] «Fret payable en conformité avec le contrat d'affrètement en date du [. . .]» est tout aussi éclairant. Une fois de plus, la conclusion logique est que le contrat d'affrètement applicable est le contrat d'affrètement au voyage, parce qu'il s'agit du contrat aux termes duquel les marchandises ont été transportées et en vertu duquel le fret était payable. Mais comme les clauses compromissoires en litige exigent toutes les deux que les différends soient renvoyés à l'arbitrage à Londres, il n'est pas nécessaire de décider si c'est le contrat d'affrètement au voyage qui constitue le document applicable. On ne peut prétendre que les dispositions de ces contrats ne sont pas suffisamment précises.

Le moyen subsidiaire suivant lequel l'appelante ne pouvait être liée par une disposition d'un contrat d'affrètement dont elle ignorait l'existence au moment où elle a accepté les connaissances n'est pas convaincant. Bien que le connaissance ne soit guère compatible avec la notion classique de contrat négocié, il s'agit par ailleurs de parties expérimentées qui connaissent bien les exigences de ce domaine particulier et qui étaient parfaitement conscientes du fait que l'efficacité commerciale exigeait qu'elles utilisent des

to inform itself of the terms pursuant to which it agreed to have its goods shipped. The appellant could not invoke legal principles designed to protect the weak from the strong.

(4) The appellant argued that the Hamburg Rules, Article 22, in force in Romania applied to provide a choice of forum for arbitration, and that it wished to commence arbitration proceedings in Canada. That argument could not succeed because it was contrary to the choice of law provisions in both charter parties, and was irrelevant to the decision as to whether a stay should be granted. The Court is not required to make determinations as to the proper law of a particular contract in proceedings initiated under the federal *Commercial Arbitration Act*, but only whether an enforceable arbitration clause subsisted. Under the *Commercial Arbitration Code*, which has the force of law in Canada, the Court must make two fundamental determinations: (i) whether the arbitration clause was effectively incorporated into the bills of lading (article 7(2)); and (ii) whether the arbitration agreement clause was null and void, inoperative or incapable of being performed (article 8(1)). The arbitration clauses were validly incorporated into the bills of lading, and they were not unenforceable. Thus the Court was required to grant a stay and direct that the matter be referred to arbitration at London. The arbitration panel at London must determine the proper law of the contract(s).

contrats dont, logiquement, elles devaient avoir pris connaissance avant la survenance d'une perte. L'appelante a tout simplement omis de s'informer des modalités par lesquelles elle avait convenu de faire transporter ses marchandises. Elle ne peut invoquer des principes juridiques conçus pour protéger le faible contre le fort.

4) L'appelante fait valoir que l'article 22 des Règles de Hambourg, qui ont force de loi en Roumanie, a pour effet de lui conférer le droit de choisir le lieu de l'arbitrage. Elle affirme qu'elle désire introduire une procédure d'arbitrage au Canada. Ce moyen est mal fondé parce qu'en plus de contredire les dispositions relatives au choix du droit applicable qui sont stipulées dans les deux contrats d'affrètement, il n'a aucun rapport avec la question de l'opportunité de suspendre l'instance. Il n'appartient pas à la Cour, lorsqu'elle est saisie d'une demande introduite en vertu de la *Loi sur l'arbitrage commercial*, de se prononcer sur le droit qui régit un contrat déterminé. Elle est uniquement appelée à décider s'il existe toujours une clause compromissoire exécutoire. Il ressort des dispositions du *Code d'arbitrage commercial*, qui a force de loi au Canada, que la Cour doit répondre à deux questions fondamentales: (i) celle de savoir si la clause compromissoire a effectivement été incorporée aux connaissements (article 7(2)); (ii) celle de savoir si la clause compromissoire est «caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée» (article 8(1)). Les clauses compromissoires ont été valablement incorporées aux deux connaissements et elles sont exécutoires. La Cour se voit dans l'obligation d'accorder la suspension demandée et d'ordonner que l'affaire soit renvoyée à l'arbitrage à Londres. C'est au tribunal arbitral de Londres qu'il appartiendra de se prononcer sur le droit applicable au(x) contrat(s).

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Commercial Arbitration Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17, ss. 2 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.)), c. 1, s. 8), 5 (as am. *idem*, s. 9; S.C. 1997, c. 14, s. 32).
- Commercial Arbitration Code*, being Schedule to the *Commercial Arbitration Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17, arts. 7, 8.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50.
- Hague-Visby Rules, being Schedule I to the *Carriage of Goods by Water Act*, S.C. 1993, c. 21.
- United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea*, 1978 ("Hamburg Rules"), being Schedule II to the *Carriage of Goods by Water Act*, S.C. 1993, c. 21, Art. 22.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Code d'arbitrage commercial*, qui constitue l'annexe de la *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 17, art. 7, 8.
- Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer*, 1978 («Règles de Hambourg»), qui constituent l'annexe II de la *Loi sur le transport des marchandises par eau*, L.C. 1993, ch. 21, art. 22.
- Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 17, art. 2 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 1, art. 8), 5 (mod., *idem*, art. 9; L.C. 1997, ch. 14, art. 32).
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50.
- Règles de La Haye-Visby, qui constituent l'annexe I de la *Loi sur le transport des marchandises par eau*, L.C. 1993, ch. 21.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

San Nicholas, The, [1976] 1 Lloyd's Rep. 8 (C.A.).

CONSIDERED:

Nanisivik Mines Ltd. v. F.C.R.S. Shipping Ltd., [1994] 2 F.C. 662; (1994), 113 D.L.R. (4th) 536; 167 N.R. 294 (C.A.).

AUTHORS CITED

Castel, Jean-Gabriel. *Canadian Conflict of Laws*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1997.

Mustill, Sir Michael J. and Stewart C. Boyd. *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, 2nd ed. London: Butterworths, 1989.

Scrutton on Charterparties and Bills of Lading, 20th ed. by Stewart C. Boyd et al. London: Sweet & Maxwell, 1996.

Scrutton on Charterparties and Bills of Lading, 18th ed. by Sir Alan Abraham Mocatta et al. London: Sweet & Maxwell, 1974.

Tetley, William. *International Conflict of Laws: Common, Civil and Maritime*. Montréal: Blais, 1994.

APPEAL from an order of a Motions Judge staying an action against the respondent, in favour of arbitration at London (*Thyssen Canada Ltd. v. Mariana Maritime S.A. et al.* (1999), 167 F.T.R. 105 (F.C.T.D.)). Appeal dismissed.

APPEARANCES:

A. Barry Oland for appellants.

Sean J. Harrington for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

A. B. Oland, Vancouver, for appellants.

McMaster Gervais, Montréal, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] ROBERTSON J.A.: This is an appeal from an order of a Motions Judge staying an action against the respondent, Mariana Maritime S.A., owners of the

JURISPRUDENCE

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

San Nicholas, The, [1976] 1 Lloyd's Rep. 8 (C.A.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Nanisivik Mines Ltd. c. F.C.R.S. Shipping Ltd., [1994] 2 C.F. 662; (1994), 113 D.L.R. (4th) 536; 167 N.R. 294 (C.A.).

DOCTRINE

Castel, Jean-Gabriel. *Canadian Conflict of Laws*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1997.

Mustill, Sir Michael J. and Stewart C. Boyd. *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, 2nd ed. London: Butterworths, 1989.

Scrutton on Charterparties and Bills of Lading, 20th ed. by Stewart C. Boyd et al. London: Sweet & Maxwell, 1996.

Scrutton on Charterparties and Bills of Lading, 18th ed. by Sir Alan Abraham Mocatta et al. London: Sweet & Maxwell, 1974.

Tetley, William. *International Conflict of Laws: Common, Civil and Maritime*. Montréal: Blais, 1994.

APPEL d'une ordonnance par laquelle le juge des requêtes a suspendu l'instance introduite contre l'intimée en faveur de la tenue d'un arbitrage à Londres (*Thyssen Canada Ltd. c. Mariana Maritime S.A. et al.* (1999), 167 F.T.R. 105 (C.F. 1^{re} inst.)). Appel rejeté.

ONT COMPARU:

A. Barry Oland pour les appelantes.

Sean J. Harrington pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

A. B. Oland, Vancouver, pour les appelantes.

McMaster Gervais, Montréal, pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: La Cour statue sur l'appel interjeté d'une ordonnance par laquelle un juge des requêtes a suspendu l'instance introduite contre

M.V. *Mariana*, in favour of arbitration in London (now reported at (1999), 167 F.T.R. 105 (F.C.T.D.)).

[2] The appellant, Thyssen Canada Limited, had through a German company Ferrostaal AG arranged to have 18,000 metric tons of steel coils supplied by a Romanian steel mill shipped on the *Mariana* from Constanza, Romania to Windsor, Ontario. Two bills of lading were issued to correspond with two shipments of cargo ultimately loaded onto the *Mariana*. Bill of Lading No.1 acknowledged receipt in good order and condition of 513 coils of hot rolled carbon steel coils and was signed May 31, 1998 by the Master of *Mariana*, Captain Nikolaos Prinias. Bill of Lading No. 2 acknowledged receipt of 298 carbon steel coils and was signed by Captain Prinias, June 8, 1998. The parties identified on both bills of lading are the shipper, Metalexportimport S.A., a Romanian steel supplier that had voyage-chartered the *Mariana* for the purpose of transporting the steel from Romania to Windsor, and the appellant as consignee. The face of each bill specifically identifies the form of bill of lading as: "Code Name 'Congenbill', Edition 1994". They also indicate that they are "To Be Used With Charter-Parties". Neither bill contains any typewritten or handwritten words on the face or reverse side to identify a specific charter party. What is found on the face of both bills of lading in the bottom left hand corner are the printed words:

"Freight payable as per
CHARTER-PARTY DATED
FREIGHT ADVANCE
received on account of freight
Time used for loading ____ days ____ hours.

[3] On the reverse side of the bills of lading is Clause 1 which states:

All terms and conditions, liberties and exceptions of the Charter Party dated as overleaf, including the Law and Arbitration Clause, are herewith incorporated". [Emphasis mine.]

l'intimée Mariana Maritime S.A., propriétaire du M.V. *Mariana*, en faveur de la tenue d'un arbitrage à Londres (cette décision est maintenant publiée à (1999), 167 F.T.R. 105 (C.F. 1^{re} inst.)).

[2] L'appelante Thyssen Canada Limited avait pris des dispositions avec une compagnie allemande, Ferrostaal AG, en vue de faire transporter 18 000 tonnes métriques de rouleaux laminés à chaud provenant d'une aciérie roumaine à bord du *Mariana* de Constanța, en Roumanie, à Windsor (Ontario). Deux connaissements correspondant aux deux cargaisons qui ont finalement été chargées à bord du *Mariana* ont été établis. Le premier, en date du 31 mai 1998, constatait la réception en bon état à bord du *Mariana* de 513 bobines de rouleaux en acier laminés à chaud et portait la signature du capitaine Nikolaos Prinias. Le second, daté du 8 juin 1998, était signé par le capitaine Prinias et accusait réception de 298 bobines de rouleaux en acier. Les parties figurant sur les deux connaissements étaient le chargeur, Metalexportimport S.A., un fournisseur roumain d'acier qui avait affrété le *Mariana* au voyage dans le but de transporter l'acier de la Roumanie à Windsor, et l'appelante, qui y était désignée comme destinataire. Les deux connaissements étaient consignés sur un formulaire «"Congenbill", édition 1994». Il était également précisé au recto de ce formulaire que les connaissements devaient être accompagnés de contrats d'affrètement par charte-partie. Aucun des connaissements ne contient, au recto ou au verso, de mention manuscrite ou dactylographiée permettant d'identifier la charte-partie applicable. On trouve toutefois la mention suivante, qui est imprimée au coin inférieur gauche au recto de deux connaissements:

[TRADUCTION]
«Fret payable conformément aux conditions de la
CHARTE-PARTIE DATÉE DU
AVANCE SUR FRET
reçu en acompte du fret
Temps consacré au chargement ____ jours ____ heures.

[3] Au verso des connaissements se trouve l'article 1, qui dispose:

[TRADUCTION] Toutes les conditions, facultés et exceptions prévues à la charte-partie portant la date indiquée au verso, y compris la clause concernant le droit applicable et la clause compromissoire, sont incorporées aux présentes». [Mots non soulignés dans l'original.]

[4] With respect to the shipment of the appellant's goods, there are two relevant charter parties. The first charter party consists of a time charter of the *Mariana* by Hawknet Ltd. of London on a New York Produce Exchange Form dated March 25, 1998 for a period of 60 to 65 days. This is properly called the head charter party because it is the charter party to which the shipowner is a party. In turn Hawknet entered into a voyage charter party with Metalexportimport S.A. of Bucharest, Romania for one voyage to the Great Lakes/Windsor region. That charter party was dated May 31, 1998. Clause 35 of the voyage charter party provides for arbitration between those parties and their choice of law. Specifically, Clause 35 states:

Any dispute arising out of this Charter-Party to be referred to arbitration in London, one Arbitrator to be nominated by the Owners and the other by the Charterers and in case the Arbitrators shall not agree then to refer to the decision of an Umpire to be appointed by them. The award of the Arbitrators or the Umpire to be final and binding upon both parties. The arbitrators are to be commercial shipping men and members of LMAA with daily chartering practice. English law to apply.

[5] Similarly, the head charter party between Mariana Maritime as owner and Hawknet as charterer provides for arbitration in London, pursuant to Clause 65. Clause 66 of the time charter party deals with choice of law and cargo claims. Those clauses read as follows:

65. All disputes from time to time arising out of this contract shall be referred to Arbitration in London in accordance with English Law and Practice. If a claim is made and cannot be amicably settled between the parties then one Arbitrator should be agreed by both parties each providing the other with a choice of three. If the parties cannot agree to one Arbitrator then one Arbitrator [*sic*] to be appointed by each party. If Arbitrators cannot agree between them, they shall nominate an Umpire, whose decision is to be final and binding for both parties. Should one of the parties neglect or refuse to appoint an Arbitrator 7 days after

[4] En ce qui concerne l'expédition des marchandises de l'appelante, deux chartes-parties nous intéressent. La première est un contrat d'affrètement à temps aux termes duquel la société Hawknet Ltd., de Londres, a affrété le *Mariana* pour une période de 60 à 65 jours à l'aide d'un formulaire du New York Produce Exchange daté du 25 mars 1998. C'est ce qu'on a appelé à juste titre le contrat d'affrètement principal, puisque qu'il s'agit du contrat d'affrètement par charte-partie auquel le propriétaire du navire est partie. La société Hawknet a à son tour conclu un contrat d'affrètement au voyage avec Metalexportimport S.A. de Bucarest, en Roumanie pour la traversée jusqu'à la région des Grands Lacs et de Windsor. Ce contrat d'affrètement portait la date du 31 mai 1998. L'article 35 du contrat d'affrètement au voyage concerne le renvoi à l'arbitrage et le droit choisi par les parties. En voici le texte:

[TRADUCTION] Tout différend découlant de l'exécution ou de l'interprétation du présent contrat sera renvoyé à l'arbitrage à Londres. Un arbitre sera désigné par les propriétaires et un autre par les affréteurs. En cas de désaccord entre les arbitres, le différend sera renvoyé à un juge-arbitre, qui sera désigné par eux. La sentence des arbitres et du juge-arbitre est définitive et exécutoire. Les arbitres doivent œuvrer dans le domaine de la navigation commerciale, être membres de la LMAA et posséder une expérience pratique dans le domaine de l'affrètement. Le droit applicable est le droit anglais.

[5] Le contrat d'affrètement principal conclu entre Mariana Maritime, en tant que propriétaire du navire, et Hawknet, en tant qu'affréteur, prévoit lui aussi, à son article 65, que tout arbitrage aura lieu à Londres. L'article 66 du contrat d'affrètement à temps porte sur le choix du droit applicable et sur les créances sur facultés. Voici le texte de ces deux articles:

[TRADUCTION]

65. Tout différend découlant de l'exécution ou de l'interprétation du présent contrat sera renvoyé à l'arbitrage à Londres en conformité avec le droit anglais et la procédure anglaise. Si une réclamation est formulée et qu'elle ne peut être réglée à l'amiable par les parties, celles-ci doivent s'entendre sur le choix d'un arbitre après s'être réciproquement proposé trois noms. Si les parties n'arrivent pas à s'entendre sur le choix de l'arbitre, chacune en désigne un. En cas de désaccord entre les arbitres, ceux-ci désignent un juge-arbitre, dont la décision est définitive et obligatoire pour les deux parties. Si l'une des parties néglige ou refuse de

receipt of written request of the other party, the Arbitrator of this other party shall decide the dispute as sole Arbitrator and his decision is to be final and binding. For disputes less than USD 50,000 F.A.L.C.U./L.M.A.A. quick arbitration clause to apply.

66. This Charter Party and any dispute arising hereunder shall be governed by and construed in accordance with English law both as regards substance(s) and procedure.

Cargo claims under this Charter Party to be settled according to NYPE Interclub Agreement as amended 1984. If cargo claims arise, the matter will be handled by the Owners' P. and I. Club.

[6] The appellant ultimately presented the bills of lading to agents of *Mariana* to obtain delivery of the cargo at Windsor, Ontario. However, before the cargo reached its destination a fire broke out in the No. 3 hold of the *Mariana* on June 9, 1998 causing damage to the appellant's hot rolled steel coils stowed within. The appellant claims, *inter alia*, \$1.2 million (U.S.) in general damages.

[7] To recover its damages, the appellant commenced an admiralty action *in rem* against the *Mariana* in the Federal Court Trial Division in October 1998. However, before the matter went to trial, the respondent applied to have the matter referred to arbitration in London and for a stay of proceedings on the ground that the two bills of lading incorporated by reference the arbitration clauses found in the respective charter parties. Pursuant to those clauses any dispute is to be referred to arbitration in London. The appellant disputed this contention on the ground that neither it nor the respondent were parties to the voyage charter party. The appellant also argued that there was no reference on the face of the bills of lading to any arbitration provision.

[8] The Motions Judge rejected the appellant's arguments and found that the bills of lading had

désigner un arbitre sept jours après y avoir été invité par écrit par l'autre partie, l'arbitre désigné par cette dernière partie tranche le litige en tant qu'arbitre unique et sa décision est définitive et exécutoire. La clause relative à l'arbitrage accéléré s'applique aux différends mettant en jeu des sommes inférieures à 50 000 \$ US (F.A.L.C.U./L.M.A.A.).

66. Le présent contrat d'affrètement par charte-partie et tout différend découlant de son exécution ou de son interprétation sont régis par le droit anglais, tant sur le plan du fond que sur celui de la procédure, et sont interprétés conformément au droit anglais.

Les créances sur facultés découlant du présent contrat d'affrètement par charte-partie seront réglées conformément à l'accord NYPE Interclub dans sa version modifiée en 1984. En cas de présentation d'une créance sur facultés, la mutuelle de protection et d'indemnisation des propriétaires se chargera de la question.

[6] L'appelante a finalement présenté les connaissements à des agents du *Mariana* en vue d'obtenir la livraison de la cargaison à Windsor, en Ontario. Or, avant que la cargaison ne parvienne à destination, un incendie s'est déclaré dans la cale n° 3 du *Mariana* le 9 juin 1998, endommageant les rouleaux d'acier laminés à chaud qui y étaient arrimés. L'appelante réclame notamment 1,2 millions de dollars (U.S.) en dommages-intérêts généraux.

[7] Pour obtenir les dommages-intérêts en question, l'appelante a introduit en octobre 1998 devant la Section de première instance de la Cour fédérale une action réelle en matière d'amirauté contre le *Mariana*. Toutefois, avant que la Cour ne commence l'instruction de l'affaire, l'intimée a présenté une demande en vue de soumettre la question à l'arbitrage à Londres et en vue d'obtenir la suspension de l'instance au motif que les deux connaissements incorporaient par renvoi les clauses compromissoires stipulées dans chacun des contrats d'affrètement. Ces clauses prévoient que tout différend doit être renvoyé à l'arbitrage à Londres. L'appelante a contesté cette prétention en affirmant que ni elle ni l'intimée n'étaient partie au contrat d'affrètement au voyage. L'appelante a également soutenu que les connaissements ne faisaient état d'aucune clause compromissoire.

[8] Le juge des requêtes a rejeté les arguments de l'appelante et a conclu que les connaissements incor-

effectively incorporated, by reference, the arbitration clause contained in the terms and conditions of the voyage charter party pursuant to which the steel coils were being shipped. He further found that the appellant as the holder of the bill of lading was bound by this arbitration clause. As a result, the Motions Judge ordered the action stayed pursuant to section 50 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985 c. F-7] and sections 2 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 1, s. 8] and 5 [as am. *idem*, s. 9; S.C. 1997, c. 14, s. 32] of the federal *Commercial Arbitration Act* [R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17], and directed that the dispute proceed to arbitration in London. The appellant now appeals that order. In my respectful view, the learned Motions Judge did not err in granting the stay and directing that the dispute proceed to arbitration in London.

[9] The appellant argues that it could not be bound by the bill of lading provision purporting to incorporate an arbitration clause (which also includes a choice of law provision) into its contract with the *Mariana* for several reasons. First, it argues that neither of the two potentially applicable arbitration clauses, that is, the one contained in the head charter party between the *Mariana* and the time charterers Hawknet, or the arbitration clause contained in the voyage charter party between Hawknet and Metalexportimport, could apply because neither clause expressly refers to disputes arising under a bill of lading. Second, the appellant argues that the failure to identify on the bills of lading, either by date or any other means, the specific charter party in which the arbitration clause can be found resulted in an “uncertainty of terms” that made any agreement to arbitrate unenforceable. Third, the appellant argues that Article 22 of the Hamburg Rules [*United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea*, 1978 (“Hamburg Rules”), being Schedule II to the *Carriage of Goods by Water Act*, S.C. 1993, c. 21] which are applicable in Romania applies by force of law to provide a choice of forum for arbitration to the appellant. The appellant submits that the Hamburg Rules do not permit any deviation from the legal rights set out in those Rules which it maintains are more favourable to it. I shall deal with each of these submissions in turn.

pouraient effectivement par renvoi la clause compromissoire contenue dans les modalités du contrat d’affrètement au voyage aux termes duquel les rouleaux d’acier étaient transportés. Il a également conclu qu’en tant que porteur du connaissement, l’appelante était liée par la clause compromissoire en question. En conséquence, le juge des requêtes a ordonné la suspension de l’instance en vertu de l’article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] et des articles 2 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 1, art. 8] et 5 [mod., *idem*, art. 9; L.C. 1997, ch. 14, art. 32] de la *Loi sur l’arbitrage commercial* [L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 17], et il a ordonné le renvoi du différend à l’arbitrage à Londres. L’appelante interjette appel de cette ordonnance. À mon humble avis, le juge des requêtes n’a pas commis d’erreur en accordant la suspension demandée et en ordonnant le renvoi du différend à l’arbitrage à Londres.

[9] L’appelante fait valoir plusieurs moyens pour affirmer qu’elle ne pouvait être liée par la disposition du connaissement qui était censée incorporer la clause compromissoire (et qui comprend également la disposition relative au choix du droit applicable) dans le contrat qu’elle avait conclu avec le *Mariana*. Tout d’abord, elle affirme qu’aucune des deux clauses compromissoires qui étaient susceptibles de s’appliquer—en l’occurrence la clause compromissoire stipulée dans le contrat d’affrètement principal intervenu entre le *Mariana* et l’affrèteur à temps Hawknet et la clause compromissoire contenue dans le contrat d’affrètement au voyage conclu entre Hawknet et Metalexportimport—ne pouvait s’appliquer, parce qu’aucune ne parle expressément de litiges pouvant découler d’un connaissement. L’appelante soutient deuxièmement que le défaut de préciser dans les connaissements en question la charte-partie dans laquelle on peut trouver la clause compromissoire, soit par une date ou par tout autre moyen, donne lieu à une «imprécision» qui rend inexécutable toute convention d’arbitrage. En troisième lieu, l’appelante affirme que l’article 22 des Règles de Hambourg [*Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer*, 1978 («Règles de Hambourg»), qui constituent l’annexe II de la *Loi sur le transport des marchandises par eau*, L.C. 1993, ch. 21], qui ont force de loi en Roumanie, a pour effet de conférer à l’appe-

[10] With respect to the appellant's contention that neither arbitration clause found in the respective charter parties expressly refers to disputes arising under the bill of lading, no authority was cited for the proposition that an arbitration clause found in a charter party must contain language expressly extending its ambit to bill of lading disputes. Indeed the law is otherwise. An arbitration clause in a charter party will be deemed to be incorporated into a bill of lading in either one of two circumstances.

[11] The first category consists of cases which meet the following three conditions precedent: (1) the bill of lading makes specific reference to the incorporation of the arbitration clause found in the charter party; (2) the arbitration clause is so worded as to make sense in the context of the bill; and (3) the arbitration clause does not conflict with the express terms of the bill. The facts of the present case fall within this category. The second category consists of cases where the bill of lading incorporates the terms of the charter party generally, that is to say there is no specific reference to the arbitration clause, but the arbitration clause or some other provision in the charter party makes it clear that the arbitration clause is to govern disputes under the bill as well as the charter party. This understanding of the law was adopted by this Court in *Nanisivik Mines Ltd. v. F.C.R.S. Shipping Ltd.*, [1994] 2 F.C. 662 (C.A.); see also *Scrutton On Charterparties and Bills of Lading*, 20th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1996), at pages 79-80.

[12] In *Nanisivik Mines* it was held, *inter alia*, that a bill of lading that expressly refers to the incorpo-

lante le droit de choisir le lieu de l'arbitrage. L'appelante affirme que les Règles de Hambourg ne tolèrent aucune dérogation aux droits qu'elles garantissent et qui, à son avis, lui sont plus favorables. Je me propose d'examiner chacun de ces moyens à tour de rôle.

[10] Pour ce qui est de son argument qu'aucune des clauses compromissoires que l'on trouve dans l'un ou l'autre des contrats d'affrètement ne parle explicitement des litiges pouvant découler des connaissements, l'appelant ne cite aucun précédent pour appuyer la proposition suivant laquelle la clause compromissoire stipulée dans un contrat d'affrètement par charte-partie doit contenir des dispositions qui en étendent expressément la portée aux différends découlant des connaissements. Les règles de droit applicables prévoient de fait le contraire. La clause compromissoire stipulée dans un contrat d'affrètement par charte-partie est réputée avoir été incorporée dans un connaissement dans deux cas bien précis.

[11] La première catégorie englobe les cas qui remplissent les trois conditions préalables suivantes: 1) le connaissement incorpore expressément par renvoi la clause compromissoire stipulée à la charte-partie; 2) la clause compromissoire est libellée de telle manière qu'elle s'applique logiquement au connaissement; 3) la clause compromissoire ne contredit pas les modalités expresses du connaissement. Les faits de la présente espèce entrent dans cette catégorie. La seconde catégorie concerne les cas dans lesquels le connaissement incorpore les stipulations du contrat d'affrètement en termes généraux sans renvoyer expressément à la clause compromissoire, mais en précisant bien dans la clause compromissoire ou dans une autre disposition du contrat que la clause compromissoire régit les différends découlant tant du connaissement que du contrat d'affrètement par charte-partie. C'est cette interprétation que notre Cour a retenue dans l'arrêt *Nanisivik Mines Ltd. c. F.C.R.S. Shipping Ltd.*, [1994] 2 C.F. 662 (C.A.); voir également *Scrutton On Charterparties and Bills of Lading*, 20^e éd. (Londres: Sweet & Maxwell, 1996), aux pages 79 et 80.

[12] Dans l'arrêt *Nanisivik Mines*, la Cour a notamment jugé qu'un connaissement qui incorpore expres-

ration of an arbitration clause found in another document is sufficient evidence of the parties' intention to be bound by it and, therefore, the words of the arbitration clause as found in that document are to be "manipulated" to give effect to that intention. At pages 677-678, Mahoney J.A., writing for the Court summarized the law on this point:

In summary, three different situations were considered in *Rena K, The*: (1) an arbitration clause in a charterparty that makes no reference to disputes under bills of lading issued pursuant to it together with a provision of the bill of lading incorporating generally the terms of the charter party without specific reference to the arbitration clause, (2) an arbitration clause in a charterparty which expressly provides that it applies to disputes under bills of lading issued pursuant to it together with a provision of the bill of lading incorporating generally the terms of the charterparty without specific reference to the arbitration clause and (3) a provision of the bill of lading incorporating terms of the charterparty including, by specific reference, its arbitration clause.

In the first situation, the arbitration clause does not bind the parties to the bill of lading because, incorporated in it, the arbitration clause does not, on a plain construction of its verbiage, apply to disputes under the bill of lading; the clause refers only to disputes arising under the charterparty. In the other two, it does bind the parties to a bill of lading: in the second because when incorporated, on a plain construction, it says it binds them and, in the third, because of the intention to apply it to disputes under the bill of lading as well as incorporate it is sufficiently clear that the words of the clause will be manipulated to give effect to that intention. [Emphasis mine.]

[13] The appellant's second argument is that the failure of both bills of lading to identify which of the two charter parties was to apply in respect of the incorporation of an arbitration clause renders that clause unenforceable. The appellant also argues that if the voyage charter party were deemed to be the relevant document then the arbitration clause found therein is unenforceable because the respondent shipowner is not a party to that contract. Only Metal-exportimport and Hawknet are parties to that contract. In the circumstances, it is necessary to dispose of the latter argument first.

sément par renvoi la clause compromissoire stipulée dans un autre acte constitue une preuve suffisante de l'intention des parties d'être liées par cette clause pour qu'on puisse «manipuler» la phraséologie de la clause de façon à donner effet à cette volonté. Aux pages 677 et 678, le juge Mahoney, qui écrivait au nom de la Cour, a résumé le droit sur ce point:

Pour résumer, trois cas possibles ont été considérés dans *Rena K, The*: (1) présence dans la charte-partie d'une clause compromissoire qui ne dit rien des différends relatifs aux connaissements délivrés dans le cadre de cette charte-partie, et dans le connaissement d'une clause y incorporant en termes généraux les stipulations de la charte-partie sans aucune référence expresse à la clause compromissoire; (2) présence dans la charte-partie d'une clause compromissoire expressément applicable aux différends relatifs aux connaissements délivrés dans le cadre de la charte-partie, et dans ces connaissements d'une clause y incorporant en termes généraux les stipulations de la charte-partie, sans référence expresse à la clause compromissoire; et (3) présence dans le connaissement d'une clause y incorporant les stipulations de la charte-partie, y compris, par référence expresse, la clause compromissoire.

Dans le premier cas, la clause compromissoire n'engage pas les parties au connaissement parce que, bien qu'elle y soit incorporée, elle ne s'applique pas, par interprétation simple de la phraséologie, aux différends relatifs au connaissement; elle ne vise que les différends survenus dans le cadre de la charte-partie. Dans les deux autres cas, elle engage effectivement les parties au connaissement; dans le deuxième cas parce que, une fois incorporée dans le connaissement, il n'est pas nécessaire de recourir à une interprétation compliquée pour constater qu'elle les engage expressément, et dans le troisième cas, parce que la volonté de l'appliquer aux différends survenus dans le cadre du connaissement et de l'incorporer à ce dernier est suffisamment claire pour qu'on puisse manipuler la phraséologie de la clause de façon à donner effet à cette volonté. [Mots non soulignés dans l'original.]

[13] Le second moyen qu'invoque l'appelante est que le défaut des deux connaissements de préciser lequel des deux contrats d'affrètement devait s'appliquer en ce qui concerne l'incorporation de la clause compromissoire rend cette clause inexécutable. L'appelante soutient également que, si le contrat d'affrètement au voyage était réputé être le document applicable, la clause compromissoire qui y est stipulée serait inexécutable, parce que le propriétaire du navire intimé n'est pas partie à ce contrat. Seules Metal-exportimport et Hawknet sont parties à ce contrat. Dans ces conditions, il est nécessaire de statuer d'abord sur le dernier moyen.

[14] No authority was cited to this Court to support the proposition that a party cannot rely on a contractual provision, which has been incorporated by reference, unless that party is also a party to the contract which is being referenced. In my opinion, the argument is misconceived. The real question is whether the parties to the bills of lading intended and agreed to be bound by an arbitration clause found in another document. There is no need, for example, for the respondent shipowner to be a party to the voyage charter party. It does not seek to sue in contract either Metalexportimport or Hawknet. Nor is either of those parties suing the respondent. The issue is not whether the respondent is a party to the charter party, but whether it is entitled to rely on an arbitration clause which has been incorporated, by reference, into a bill of lading. If, as between the shipper and the shipowner, there is a contract represented by a bill of lading, then the only question is whether that contract has effectively incorporated by reference an arbitration clause set out in another document. Once incorporated into the bill of lading, the consignee is bound by this provision as is the consignor and the shipowner.

[15] I return now to the argument that the failure of both bills of lading to identify which of the two charter parties was to apply is fatal to the application of the arbitration clause on the ground that there has been a failure to comply with the contractual requirement that there be "certainty of terms". The Motions Judge held that the voyage charter party between Metalexportimport and Hawknet is the relevant charter party. On the other hand, the decision of the English Court of Appeal in *San Nicholas, The*, [1976] 1 Lloyd's Rep. 8 (C.A.) suggests otherwise by adopting the view expressed in *Scrutton On Charterparties and Bills of Lading*, 18th ed., (1974), at page 63:

... a general reference will normally be construed as relating to the head charter, since this is the contract to

[14] Aucun précédent n'a été cité à la Cour pour appuyer la proposition qu'une personne ne peut invoquer une disposition contractuelle qui a été incorporée par renvoi que si cette personne était également partie au contrat auquel on renvoie. À mon avis, cet argument est mal fondé. La véritable question qui se pose est celle de savoir si les parties au connaissement avaient l'intention et ont convenu d'être liées par la clause compromissoire stipulée dans un autre document. Il n'est pas nécessaire, par exemple, que le propriétaire du navire intimé soit partie au contrat d'affrètement au voyage. En l'espèce, le propriétaire de navire intimé ne cherche pas à intenter une action en responsabilité contractuelle contre Metalexportimport ou Hawknet qui, pour leur part, ne le poursuivent pas. Il ne s'agit pas de savoir si l'intimée est partie au contrat d'affrètement, mais bien si elle a le droit d'invoquer la clause compromissoire qui a été incorporée par renvoi au connaissement. S'il existe entre le chargeur et le propriétaire du navire un contrat qui a été constaté par un connaissement, la seule question à résoudre est celle de savoir si ce contrat incorpore effectivement par renvoi la clause compromissoire stipulée dans un autre document. Une fois incorporée au connaissement, cette disposition lie le destinataire au même titre que l'expéditeur et le propriétaire du navire.

[15] Je reviens à l'argument suivant lequel le fait qu'aucun des deux connaissements ne précise lequel des deux contrats d'affrètement devait s'appliquer constitue un obstacle insurmontable à l'application de la clause compromissoire, étant donné qu'il y a ainsi eu violation de la disposition contractuelle qui exigeait que les clauses du contrat soient suffisamment précises. Le juge des requêtes a statué que le contrat d'affrètement au voyage intervenu entre Metalexportimport et Hawknet constitue le contrat applicable. En revanche, dans l'arrêt *San Nicholas, The*, [1976] 1 Lloyd's Rep. 8 (C.A.), la Cour d'appel d'Angleterre en est venue à une conclusion différente après avoir fait siens les propos formulés à cet égard dans *Scrutton On Charterparties and Bills of Lading*, 18^e éd., (1974), à la page 63:

[TRADUCTION] [...] un renvoi formulé dans des termes généraux sera normalement interprété comme un renvoi au

which the shipowner, who issues the bill of lading, is a party.

[16] If necessary, the *San Nicholas* case could be distinguished on the basis that the head charter party and the voyage charter party in that case were under one document. More importantly, the authors of *Scrutton On Charterparties and Bills of Lading*, 20th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1996) state at page 76 that if the incorporating clause fails to identify a specific charter party a court will assume that it is the one under which the goods are being carried, which in the present case is the voyage charter party. In my view, there are compelling reasons for adopting the more recent statement of the law. It is a basic tenet of maritime law that in addition to serving as a receipt for goods and a document of title, a bill of lading constitutes evidence of a contract of affreightment. In turn, a contract of affreightment is an agreement whereby a shipowner, or a person having for the time being the right to make such an agreement, agrees to carry goods of the shipper/charterer or to furnish a ship for that purpose: see *Scrutton On Charterparties and Bills of Lading*, 20th ed. at page 1. In the present case, the contract of affreightment is found in the voyage charter party between Metalexportimport as shipper/charterer and Hawknet as time charterers of the *Mariana*. It should follow that the relevant charter party is the voyage charter party and not the head charter party. Equally relevant is the fact that both bills of lading refer to "Freight payable as per Charterparty dated". Once again the logical inference is that the relevant charter party is the voyage charter party because that is the contract under which the goods are being shipped and freight is payable.

[17] Strictly speaking, it is unnecessary to offer a definitive opinion as to which of the two charter

contrat d'affrètement principal, étant donné que c'est le contrat auquel le propriétaire du navire, qui a délivré le connaissement, est partie.

[16] Si besoin est, il serait possible d'établir une distinction entre la présente espèce et l'affaire *San Nicholas* au motif que le contrat d'affrètement au voyage dont il était question dans cette dernière affaire était stipulé dans un seul document. Mais avant tout et par-dessus tout, les auteurs de l'ouvrage *Scrutton On Charterparties and Bills of Lading* 20^e éd., (Londres: Sweet & Maxwell, 1996) affirment, à la page 76, que, si le contrat d'affrètement applicable n'est pas précisé dans la clause d'incorporation, le tribunal présumera que c'est celui aux termes duquel les marchandises ont été transportées, c'est-à-dire, dans le cas qui nous occupe, le contrat d'affrètement au voyage. À mon avis, il existe des motifs impérieux de retenir l'énoncé du droit le plus récent. Suivant un des préceptes fondamentaux du droit maritime, en plus de servir d'accusé de réception des marchandises et de titre documentaire, le connaissement a pour objet de constater l'existence d'un contrat d'affrètement. Par ailleurs, un contrat d'affrètement est une convention aux termes de laquelle le propriétaire d'un navire, ou la personne dûment autorisée pour conclure une telle entente, convient de transporter les marchandises du chargeur/affréteur ou de mettre un navire à la disposition de ce dernier à cette fin (voir *Scrutton On Charterparties and Bills of Lading*, 20^e éd. à la page 1). Dans le cas qui nous occupe, le contrat d'affrètement se trouve dans la charte-partie au voyage conclue entre Metalexportimport, en sa qualité de chargeur/affréteur, et Hawknet, en tant qu'affréteur à temps du *Mariana*. Il s'ensuit que la charte-partie applicable est le contrat d'affrètement au voyage et non le contrat d'affrètement principal. Le fait que les deux connaissements portent la mention suivante: [TRADUCTION] «Fret payable en conformité avec le contrat d'affrètement en date du» est tout aussi éclairant. Une fois de plus, la conclusion logique est que le contrat d'affrètement applicable est le contrat d'affrètement au voyage, parce qu'il s'agit du contrat aux termes duquel les marchandises ont été transportées et en vertu duquel le fret est payable.

[17] À vrai dire, il n'est pas nécessaire de trancher définitivement la question de savoir lequel des deux

parties is applicable since the parties are agreed that there is no substantive difference between the arbitration clause found in each. Parenthetically, I note that the head charter party, in addition to nominating English law to govern the referral to arbitration in London also instructs that English law is to govern the substantive issues in dispute: see clauses 65 and 66 of the head charter party and compare with Clause 35 of the voyage charter party. The presence of a choice of law clause is raised again when dealing with the appellant's third argument.

[18] Accepting as I must that the two arbitration clauses in issue do not differ, at least to the extent that both require disputes be referred to arbitration in London, it is unnecessary to decide whether the voyage charter party is the relevant document as opposed to the head charter party. Certainly, it cannot be said that there is a lack of certainty of terms. Even if the two clauses had differed, for example, with one providing for arbitration in London and the other in Bucharest, the issue would have focussed on which of the two charter parties governed and not on whether the clauses were unenforceable on the ground of uncertainty.

[19] The appellant also raises an alternative submission. It asserts that it cannot be bound by a provision contained in a charter party of which it had no knowledge at the time it accepted the bills of lading. In my respectful view, this argument is not persuasive. If the obligation to arbitrate damage claims in London, or any other city, was of critical concern to the appellant then in theory it could have raised this matter at the time it entered into the contract to purchase the steel coils and insisted that any bills of lading comply with that contract. If the appellant did not bargain in this fashion, then presumably it made adequate arrangements to protect itself against finan-

contrats d'affrètement s'applique, étant donné que les parties conviennent qu'il n'y a pas de différence fondamentale entre la clause compromissoire que l'on trouve dans chacun d'entre eux. Incidemment, je constate qu'en plus de préciser que c'est le droit anglais qui régit le renvoi à l'arbitrage à Londres, le contrat d'affrètement principal stipule que le droit anglais doit régir les questions de fond en litige (voir les articles 65 et 66 du contrat d'affrètement principal et les comparer avec l'article 35 du contrat d'affrètement au voyage). La question de l'existence d'une disposition portant sur le choix du droit applicable se pose une fois de plus lorsqu'on examine le troisième moyen invoqué par l'appelante.

[18] Si, ainsi que je suis tenu de le faire, j'accepte que les deux clauses compromissoires en litige ne sont pas différentes l'une de l'autre, du moins dans la mesure où elles prévoient toutes les deux que les différends doivent être renvoyés à l'arbitrage à Londres, il n'est pas nécessaire de décider si c'est le contrat d'affrètement au voyage qui constitue le document applicable, par opposition au contrat d'affrètement principal. Certes, on ne saurait prétendre que les dispositions de ces contrats ne sont pas suffisamment précises. Même si les clauses avaient été différentes et que, par exemple, l'une aurait prévu l'arbitrage à Londres et l'autre, à Bucarest, le débat aurait néanmoins porté sur la question de savoir lequel des deux contrats d'affrètement s'applique et non sur la question de savoir si les clauses en question n'étaient pas exécutoires en raison de leur manque de précision.

[19] L'appelante fait valoir un moyen subsidiaire. Elle affirme qu'elle ne peut être liée par une disposition d'un contrat d'affrètement dont elle ignorait l'existence au moment où elle a accepté les connaissements. À mon humble avis, cet argument n'est pas convaincant. Si l'obligation de renvoyer la réclamation à Londres ou dans toute autre ville revêtait une importance critique aux yeux de l'appelante, celle-ci aurait pu en théorie soulever la question au moment où elle a conclu le contrat d'achat des rouleaux d'acier et insister pour que tout connaissement soit conforme à ce contrat. Si l'appelante ne l'a pas fait, elle a vraisemblablement fait le nécessaire pour se protéger

cial loss arising from damage to the goods in the normal commercial manner—the procurement of adequate insurance. Admittedly, a bill of lading may be looked on as a contract of adhesion (the so-called “standard form contract”) which does not fit within the classical model of a bargained agreement. But it is also true that we are dealing with sophisticated parties familiar with the exigencies of this particular marketplace; parties who are well aware that commercial efficacy demands the use of contracts which cannot reasonably be expected to be read until such time as a loss arises. In the end, the appellant cannot argue that there was no “agreement to arbitrate” when, in reality, it simply failed to inform itself of the terms pursuant to which it agreed to have its goods shipped. This is not a case where the appellant may invoke legal principles designed to protect the weak from the strong.

[20] The appellant’s final argument is that Article 22 of the Hamburg Rules which are in force in Romania apply by force of law to provide a choice of forum for arbitration to the appellant and that it wishes to commence arbitration proceedings in Canada under that provision: see Appendix to these reasons for full text. Article 22, paragraph 1 provides that it is permissible for a person to agree to refer disputes to arbitration. Article 22, paragraph 2 requires that the bill of lading contain a “special annotation” providing that the arbitration clause is binding as against a holder of the bill. If it does not the carrier is not entitled to invoke the clause. Article 22, paragraph 3 provides that the “claimant” has the right to select the place at which arbitrations can be commenced from a list set out in that Article, which includes the port of discharge (in this case Canada). Article 22, paragraph 4 dictates that the arbitration panel is to apply the Hamburg Rules to the underlying dispute. For greater certainty, Article 22, paragraph 5 states that the previous two subsections are deemed to be part of every arbitration clause.

contre les pertes financières causées par les avaries que pouvait subir la marchandise en utilisant la méthode commerciale habituelle, c’est-à-dire en souscrivant une police d’assurance adéquate. Certes, un connaissement peut être considéré comme un contrat d’adhésion (ce qu’on est convenu d’appeler un «contrat-type»), lequel n’est guère compatible avec la notion classique de contrat négocié. Mais il est également vrai que nous sommes en présence de parties expérimentées qui connaissent bien les exigences de ce domaine particulier et qui étaient parfaitement conscientes du fait que l’efficacité commerciale exigeait qu’elles utilisent des contrats dont, logiquement, elles devaient avoir pris connaissance avant la survenance d’une perte. L’appelante ne saurait donc prétendre qu’il n’y a pas eu de «convention d’arbitrage», alors qu’en réalité, elle a tout simplement omis de s’informer des modalités par lesquelles elle avait convenu de faire transporter ses marchandises. Il ne s’agit pas d’une situation dans laquelle l’appelante peut invoquer des principes juridiques conçus pour protéger le faible contre le fort.

[20] Le dernier moyen que fait valoir l’appelante est que l’article 22 des Règles de Hambourg, qui ont force de loi en Roumanie, a pour effet de conférer à l’appelante le droit de choisir le lieu de l’arbitrage. L’appelante affirme qu’elle désire introduire une procédure d’arbitrage au Canada en vertu de cette disposition (voir l’annexe des présents motifs, où est reproduit le texte intégral de ces dispositions). L’article 22, paragraphe 1 prévoit qu’une personne peut accepter de soumettre tout différend à l’arbitrage. L’article 22, paragraphe 2 exige que le connaissement renferme une «clause expresse» prévoyant que la clause compromissoire est opposable au porteur du connaissement, à défaut de quoi le transporteur n’a pas le droit d’invoquer la clause. L’article 22, paragraphe 3 prévoit que le «demandeur» a le droit de choisir le lieu d’introduction de la procédure d’arbitrage à partir de la liste de lieux proposée dans ce paragraphe, dont le port de déchargement (en l’occurrence, le Canada). L’article 22, paragraphe 4 dispose que le tribunal d’arbitrage doit appliquer les Règles de Hambourg au différend dont il est saisi. Il est précisé, à l’article 22, paragraphe 5 que les deux paragraphes qui précèdent sont réputés inclus dans toute clause compromissoire.

[21] According to the appellant, the Hamburg Rules are more favourable to cargo owners than are the Hague-Visby Rules [being Schedule I to the *Carriage of Goods by Water Act*, S.C. 1993, c. 21] which are in force in England. In short, the appellant wishes to arbitrate the dispute in Canada according to Romanian law which has adopted the Hamburg Rules. This is so despite the fact that both bills of lading require disputes to be referred to arbitration in London according to English, not Romanian law. It is worth noting that the issue of the proper law governing disputes which are subject to arbitration arises on no less than three distinct levels.

[22] First, there is the proper law of the arbitration agreement, that is to say, the law governing the obligations of the parties to submit disputes to arbitration and to honour an award. Second, there is the “curial law” which governs the manner in which the parties and the arbitrator are required to conduct the reference of a particular dispute. Third, it is necessary to determine the proper law of the contract, that is the law governing the contract which creates the substantive rights in respect of which the dispute has arisen: see generally Mustill & Boyd, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, 2nd ed. (London: Butterworths, 1989), at page 60 *et seq.* As to the proper law of the arbitration agreement it is necessary to ask whether the parties have expressly chosen the law which is to apply to the agreement. If so the choice of law will prevail even if the chosen law differs from the law of the underlying contract or the curial law: see Mustill & Boyd, at page 62; Tetley, *International Conflict of Laws: Common, Civil and Maritime*, (Montréal: Blais, 1994), at page 230; and J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 4th ed., (Toronto: Butterworths, 1997), at pages 593-594. However, the autonomy or freedom of choice rule is not absolute, at least in Canada: see Castel, at pages 594-595.

[23] In my respectful view, the appellant’s third argument cannot succeed. In effect it is arguing that

[21] Suivant l’appelante, les Règles de Hambourg sont plus favorables aux propriétaires de marchandises que ne le sont les Règles de La Haye-Visby [qui constituent l’annexe I de la *Loi sur le transport des marchandises par eau*, L.C. 1993, ch. 21], qui sont en vigueur en Angleterre. En résumé, l’appelante désire renvoyer le différend à l’arbitrage au Canada en conformité avec le droit de la Roumanie, qui a adopté les Règles de Hambourg et ce, malgré le fait que les deux connaissements prévoient que les différends doivent être renvoyés à l’arbitrage à Londres en conformité avec le droit anglais, et non avec le droit roumain. Il vaut la peine de souligner que la question du droit régissant les différends qui sont soumis à l’arbitrage se pose à pas moins de trois niveaux distincts.

[22] Il y a tout d’abord la question du droit applicable à la clause compromissoire, c’est-à-dire la question du droit régissant l’obligation faite aux parties de soumettre tout litige à l’arbitrage et de respecter toute sentence arbitrale. Deuxièmement, il y a la question des «règles judiciaires» qui régissent la façon dont les parties et l’arbitre doivent procéder au renvoi d’un différend déterminé. Troisièmement, il est nécessaire de déterminer quel droit s’applique au contrat, c’est-à-dire quel droit régit le contrat qui crée les droits substantiels qui ont donné naissance au litige (voir, de façon générale, Mustill & Boyd, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, 2^e éd. (Londres: Butterworths, 1989), aux pages 60 et suivantes). Pour ce qui est du droit applicable à la clause compromissoire, il est nécessaire de se demander si les parties ont expressément choisi le droit applicable. Dans l’affirmative, ce choix s’applique, même si le droit retenu diffère du droit du contrat sous-jacent ou des règles judiciaires applicables: voir Mustill & Boyd, à la page 62; Tetley, *International Conflict of Laws: Common, Civil and Maritime*, (Montréal: Blais, 1994), à la page 230; et J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 4^e éd., (Toronto: Butterworths, 1997), aux pages 593 et 594. Toutefois, l’autonomie ou la liberté de choix ne sont pas absolues, du moins au Canada: voir Castel, aux pages 594 et 595.

[23] À mon humble avis, le troisième moyen invoqué par l’appelante est mal fondé. Elle soutient en fait

the proper law of the arbitration agreement and underlying dispute is Romanian law. Not only does that argument fly in the face of the choice of law provisions found in both charter parties, but it is also irrelevant to the decision as to whether a stay should be granted. It is not the role of this Court in proceedings initiated under the federal *Commercial Arbitration Act* to make determinations as to the proper law of a particular contract. All that we are being asked to decide is whether an enforceable arbitration clause subsists. Recall that section 50 of the *Federal Court Act* grants the Court discretion to stay proceedings in any cause or matter and that pursuant to section 5 of the federal *Commercial Arbitration Act*, the *Commercial Arbitration Code* [being Schedule to the *Commercial Arbitration Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17] has the force of law in Canada: see Appendix to these reasons. Article 8 of the Code effectively provides that if an arbitration agreement subsists a court shall refer the matter to arbitration unless it finds that that agreement is unenforceable in the sense that it is “null and void” or “inoperative”.

[24] The provisions of the *Commercial Arbitration Code* render it clear that this Court must make two fundamental determinations. First, in accordance with article 7(2), it must determine whether the arbitration clause was effectively incorporated into the bills of lading. The second determination is whether the arbitration agreement clause is, according to article 8(1), “null and void, inoperative or incapable of being performed”. I have already rejected the appellant’s argument that the arbitration clauses were not validly incorporated into the two bills of lading, as well as its argument that the clauses are unenforceable on the grounds outlined earlier. Both issues were addressed by counsel in terms of Canadian law which, in admiralty cases, largely reflects English law. (It was not argued that Romanian law should be looked at solely for purposes of construing what is meant by the term “null and void” under article 8 of the *Commercial Arbitration Code*. For example, under Article 22, paragraph 2 of the Hamburg Rules, the bill of lading

que le droit qui s’applique à la clause compromissoire et au différend qui s’y rapporte est le droit roumain. En plus de contredire directement les dispositions relatives au choix du droit applicable qui sont stipulées dans les deux contrats d’affrètement, cet argument n’a aucun rapport avec la question de l’opportunité de suspendre l’instance. Il n’appartient pas à notre Cour, lorsqu’elle est saisie d’une demande introduite en vertu de la *Loi sur l’arbitrage commercial*, de se prononcer sur le droit qui régit un contrat déterminé. Tout ce qu’on nous demande de décider, c’est s’il existe toujours une clause compromissoire exécutoire. On se souviendra que l’article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* confère à la Cour le pouvoir discrétionnaire de suspendre les procédures dans toute affaire et qu’aux termes de l’article 5 de la *Loi sur l’arbitrage commercial*, le *Code d’arbitrage commercial* [qui constitue l’annexe de la *Loi sur l’arbitrage commercial*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 17] a force de loi au Canada (voir l’annexe jointe aux présents motifs). L’article 8 du Code prévoit effectivement que, si une convention d’arbitrage est toujours exécutoire, le tribunal renvoie l’affaire à l’arbitrage, à moins qu’il ne constate que la convention n’est pas susceptible d’être exécutée en ce sens qu’elle est «caduque» ou «inopérante».

[24] Il ressort à l’évidence des dispositions du *Code d’arbitrage commercial* que notre Cour doit répondre à deux questions fondamentales. En premier lieu, elle doit, conformément à l’article 7(2), déterminer si la clause compromissoire a effectivement été incorporée aux connaissements. En second lieu, elle doit décider si la clause compromissoire est «caduque, inopérante ou non susceptible d’être exécutée» au sens de l’article 8(1). J’ai déjà rejeté l’argument de l’appelante suivant lequel les clauses compromissoires n’ont pas été valablement incorporées aux deux connaissements, ainsi que son argument que les clauses en question ne sont pas exécutables pour les motifs déjà exposés. Les avocats ont débattu ces deux questions en fonction du droit canadien qui, dans les affaires ressortissant au droit maritime, correspond en grande partie au droit anglais. (Nul n’a soutenu que l’on devait tenir compte du droit roumain dans le seul but de déterminer le sens de l’expression «caduque» que l’on trouve à l’article 8 du *Code d’arbitrage commercial*. Ainsi,

must contain a “special annotation”, if it does not then the arbitration clause is non-binding on the holder of the bill.) Thus, it follows, that the Court is required to grant a stay and direct that the matter be referred to arbitration in London. It is for the arbitration panel in London to determine the proper law of the contract(s). Undoubtedly, it will wish to consider the choice of law provisions incorporated into the bills of lading.

[25] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

DÉCARY J.A.: I agree.

SEXTON J.A.: I agree.

l'article 22, paragraphe (2) des Règles de Hambourg exige que le connaissement renferme une «clause expresse», à défaut de quoi la clause compromissoire n'est pas opposable au porteur du connaissement. Il s'ensuit donc que la Cour se voit dans l'obligation d'accorder la suspension demandée et d'ordonner que l'affaire soit renvoyée à l'arbitrage à Londres. C'est au tribunal arbitral de Londres qu'il appartiendra de se prononcer sur le droit applicable au(x) contrat(s). Il voudra sans doute examiner pour ce faire les dispositions relatives au choix du droit applicables qui sont stipulées dans les connaissements.

[25] Par ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Je suis du même avis.

LE JUGE SEXTON, J.C.A.: Je suis du même avis.

APPENDIX

The Hamburg Rules

Article 22 reads as follows:

Article 22
Arbitration

1. Subject to the provisions of this article, parties may provide by agreement evidenced in writing that any dispute that may arise relating to carriage of goods under this Convention shall be referred to arbitration.

2. Where a charter-party contains a provision that disputes arising thereunder shall be referred to arbitration and a bill of lading issued pursuant to the charter-party does not contain a special annotation providing that such provision shall be binding upon the holder of the bill of lading, the carrier may not invoke such provision as against a holder having acquired the bill of lading in good faith.

3. The arbitration proceedings shall, at the option of the claimant, be instituted at one of the following places:

(a) a place in a State within whose territory is situated:

(i) the principal place of business of the defendant or, in the absence thereof, the habitual residence of the defendant; or

(ii) the place where the contract was made, provided that the defendant has there a place of business, branch or agency through which the contract was made; or

(iii) the port of loading or the port of discharge; or

(b) any place designated for that purpose in the arbitration clause or agreement.

4. The arbitrator or arbitration tribunal shall apply the rules of this Convention.

5. The provisions of paragraphs 3 and 4 of this article are deemed to be part of every arbitration clause or agreement, and any term of such clause or agreement which is inconsistent therewith is null and void.

6. Nothing in this article affects the validity of an agreement relating to arbitration made by the parties after the claim under the contract of carriage by sea has arisen.

Commercial Arbitration Code

Article 8 and the relevant definitions in Article 7 read as follows:

ANNEXE

Règles de Hambourg

L'article 22 dispose:

Article 22
Arbitrage

1. Sous réserve des dispositions du présent article, les parties peuvent prévoir, par un accord constaté par écrit, que tout litige relatif au transport de marchandises en vertu de la présente Convention sera soumis à l'arbitrage.

2. Lorsqu'un contrat d'affrètement contient une disposition prévoyant que les litiges découlant de son exécution seront soumis à l'arbitrage et qu'un connaissance émis conformément à ce contrat d'affrètement ne spécifie pas par une clause expresse que cette disposition lie le porteur du connaissance, le transporteur ne peut pas opposer cette disposition à un détenteur de bonne foi du connaissance.

3. La procédure d'arbitrage est engagée, au choix du demandeur:

a) soit en un lieu sur le territoire d'un État dans lequel est situé:

(i) l'établissement principal du défendeur, ou, à défaut, sa résidence habituelle, ou

(ii) le lieu où le contrat a été conclu, à condition que le défendeur y ait un établissement, une succursale ou une agence par l'intermédiaire duquel le contrat a été conclu, ou

(iii) le port de chargement ou le port de déchargement;

b) soit en tout autre lieu désigné à cette fin dans la clause ou le pacte compromissoire.

4. L'arbitre ou le tribunal arbitral applique les règles de la présente Convention.

5. Les dispositions des paragraphes 3 et 4 du présent article sont réputées incluses dans toute clause ou pacte compromissoire, et toute disposition de la clause ou du pacte qui y serait contraire est nulle.

6. Aucune disposition du présent article n'affecte la validité d'un accord relatif à l'arbitrage conclu par les parties après qu'un litige est né du contrat de transport par mer.

Code d'arbitrage commercial

Voici le texte de l'article 8 et des définitions pertinentes de l'article 7:

Article 7

. . .

(1) "Arbitration agreement" is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not. An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement.

(2) The arbitration agreement shall be in writing. An agreement is in writing if it is contained in a document signed by the parties or in an exchange of letters, telex, telegrams or other means of telecommunication which provide a record of the agreement, or in an exchange of statements of claim and defence in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by another. The reference in a contract to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement provided that the contract is in writing and the reference is such as to make that clause part of the contract.

Article 8

. . .

(1) A court before which an action is brought is a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

(2) Where an action referred to in paragraph (1) of this article has been brought, arbitral proceedings may nevertheless be commenced or continued, and an award may be made, while the issue is pending before the court.

Article 7

[. . .]

1. Une «convention d'arbitrage» est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée.

2. La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite. Une convention est sous forme écrite si elle est consignée dans un document signé par les parties ou dans un échange de lettres, de communications télex, de télégrammes ou de tout autre moyen de télécommunications qui en atteste l'existence, ou encore dans l'échange d'une conclusion en demande et d'une conclusion en réponse dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre. La référence dans un contrat à un document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage, à condition que le contrat soit sous forme écrite et que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat.

Article 8

[. . .]

1. Le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si l'une d'entre elles le demande au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend, à moins qu'il ne constate que la convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée.

2. Lorsque le tribunal est saisi d'une action visée au paragraphe 1 du présent article, la procédure arbitrale peut néanmoins être engagée ou poursuivie et une sentence peut être rendue en attendant que le tribunal ait statué.

T-1525-95

Michelin North America (Canada) Inc. (Appellant)

v.

Her Majesty the Queen (Respondent)**INDEXED AS: MICHELIN NORTH AMERICA (CANADA) INC.
v. CANADA (T.D.)**Trial Division, Blais J.—Toronto, February 29;
Ottawa, March 28, 2000.*Customs and Excise — Excise Tax Act — Refund under
Excise Tax Act, s. 68.2 — Legally effective sale — General
Anti-Avoidance Rule under ETA, s. 274 applied — Circum-
stances surrounding transactions fail to establish any bona
fide purpose other than to obtain tax benefit — Transaction
devoid of commercial objective.*

This was an appeal from a decision of the Canadian International Trade Tribunal (CITT) dated March 22, 1995 affirming the MNR's decision rejecting the appellant's application for a federal sales tax (FST) refund pursuant to section 68.2 of the *Excise Tax Act* (ETA) with respect to a sale of imported tires by Michelin to Uniroyal in December 1990. The CITT concluded that although the transaction was a legally effective sale for the purpose of section 68.2 of the ETA, it met the necessary conditions of the general anti-avoidance rule (GAAR) set out in section 274 of the ETA, and that the MNR had rightly denied the refund.

The two issues were whether the transaction was a legally ineffective sale which disentitled the appellant to the refund claimed, and whether GAAR applied in the circumstances to deny the appellant the refund claimed.

Held, the appeal should be dismissed.

With the contract documents, the appellant has demonstrated, as it had the onus of doing, that the sale was legally effective for the purpose of section 68.2 of the ETA.

However, GAAR applied to deny the appellant the refund even though it was not mentioned in the decision. Section 68.2 was clearly retroactive. It was incumbent on the appellant to prove that it had the right to a refund pursuant to section 68.2 of the ETA. It had to satisfy the conditions set out in subsection 68.2(1), but remain outside the scope of subsection 68.2(2). Absent section 274, the transaction would have allowed the appellant to receive a full refund of

T-1525-95

Michelin North America (Canada) Inc. (appelante)

c.

Sa Majesté la Reine (intimée)**RÉPERTORIÉ: MICHELIN NORTH AMERICA (CANADA) INC.
c. CANADA (1^{re} INST.)**Section de première instance, juge Blais—Toronto, 29
février; Ottawa, 28 mars 2000.*Douanes et accise — Loi sur la taxe d'accise — Rem-
boursement conformément à l'art. 68.2 de la Loi sur la taxe
d'accise — Vente légalement valable — Règle générale anti-
évitement prévue à l'art. 274 de la LTA appliquée — Les
circonstances dans lesquelles les opérations ont été faites
n'établissent pas l'existence d'un objectif véritable autre que
l'obtention d'un avantage fiscal — L'opération ne visait
aucun objectif commercial.*

Il s'agit d'un appel d'une décision rendue en date du 22 mars 1995 par laquelle le Tribunal canadien du commerce extérieur (le TCCE) a confirmé la décision du MRN de rejeter la demande de remboursement de la taxe de vente fédérale (la TVF) qu'a présentée l'appelante en application de l'article 68.2 de la *Loi sur la taxe d'accise* (la LTA) relativement à la vente de pneus importés par Michelin à Uniroyal en décembre 1990. Le TCCE a conclu que, même si l'opération constituait une vente légalement valable aux fins de l'article 68.2 de la LTA, elle remplissait les conditions nécessaires de la règle générale anti-évitement (la RGAÉ) prévue à l'article 274 de la LTA, et que c'est à bon droit que le MRN avait refusé le remboursement.

Les deux questions litigieuses sont de savoir si l'opération est une vente non valable légalement qui prive l'appelante du remboursement qu'elle a demandé et si la RGAÉ s'applique dans les circonstances de façon à priver l'appelante du remboursement qu'elle a demandé.

Jugement: l'appel est rejeté.

À l'aide des documents relatifs au contrat, l'appelante a démontré, comme il lui incombait de le faire, que la vente est légalement valable aux fins de l'article 68.2 de la LTA.

Cependant, la RGAÉ s'applique de façon à priver l'appelante du remboursement même si elle n'a pas été mentionnée dans la décision. L'article 68.2 a clairement un effet rétroactif. Il incombe à l'appelante d'établir qu'elle a droit à un remboursement conformément à l'article 68.2 de la LTA. Non seulement doit-elle remplir les conditions énoncées au paragraphe 68.2(1), mais elle doit également ne pas être visée par le paragraphe 68.2(2). N'eût été l'article

the FST paid at the rate of 13.5%, instead of the prescribed rebate of 8.1%. The tax benefit (defined in section 274) would have been \$800,521.20.

The circumstances surrounding the transaction fail to establish any *bona fide* purpose other than to obtain a tax benefit, and the appellant has not put forth any evidence which would contradict this conclusion. The appellant even conceded that the series of transactions with Uniroyal were conducted for the purpose of obtaining that tax benefit. The transaction was otherwise devoid of any commercial objective, and it had as its real purpose the avoidance of ordinary tax consequences.

The MNR was not precluded from raising GAAR at a later stage even though it had not even been mentioned in the notice of decision rejecting the refund application. The taxpayer's liability is the same whether the notice of assessment is mistaken or is never sent at all. Subsection 274(7) did not create an obligation on the MNR to inform the taxpayer that GAAR was being applied. It did not create an obligation that was any different from his normal obligation to inform the taxpayer of the reason why an application for refund was being rejected.

It was obvious that the transaction, which was followed by another transaction a few days later with the result that the goods sold on December 28, 1990 were sold back to Michelin on January 2, 1991, demonstrated that Michelin's objective behind the two transactions was to obtain a refund of 13.5% of the FST paid, whereas pursuant to the *Federal Sales Tax Inventory Rebate Regulations*, Michelin would have been entitled to a refund of 8.1%

274, l'opération aurait permis à l'appelante de recevoir un remboursement complet de la TVF, payable au taux de 13,5 %, au lieu du remboursement prévu de 8,1 %. L'avantage fiscal (défini à l'article 274) aurait été de 800 521,20 \$.

Les circonstances dans lesquelles l'opération a été faite n'établissent pas l'existence d'un objectif véritable autre que l'obtention d'un avantage fiscal, et l'appelante n'a produit aucune preuve qui contredit cette conclusion. L'appelante a même concédé que la série d'opérations impliquant Uniroyal a été conclue en vue d'obtenir cet avantage fiscal. L'opération ne vise pas d'autre objectif commercial et son véritable objectif consiste à éviter des conséquences fiscales habituelles.

Le MRN pouvait invoquer la RGAÉ à un stade ultérieur même s'il ne l'avait pas mentionnée dans son avis de décision de rejeter la demande de remboursement. L'obligation du contribuable est la même, que l'avis de cotisation soit erroné ou qu'il ne lui ait jamais été envoyé. Le paragraphe 274(7) n'imposait pas au MRN l'obligation d'informer le contribuable que la RGAÉ s'appliquait. Il n'imposait pas au MRN une obligation qui différait de l'obligation, qui lui incombe habituellement, d'informer le contribuable de la raison pour laquelle une demande de remboursement est rejetée.

Il est évident que l'opération, qui a été suivie quelques jours plus tard par une autre opération dans laquelle les marchandises qui ont été vendues le 28 décembre 1990 ont été revendues à Michelin le 2 janvier 1991, démontre que l'objectif que Michelin visait en effectuant les deux opérations consistait à obtenir un remboursement de 13,5 % de la TVF payée, alors qu'en vertu du *Règlement sur le remboursement de la taxe de vente fédérale à l'inventaire*, elle aurait eu droit à un remboursement de 8,1 %.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Civil Code of Lower Canada, Art. 1472.

Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 50(1) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 42, s. 4), 68.2 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 34; S.C. 1993, c. 27, s. 2), 81.19 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 38; (4th Supp.), c. 47, s. 52), 81.21 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 38; (4th Supp.), c. 47, s. 52), 81.22 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 38; (4th Supp.), c. 47, s. 52), 81.23 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 38; (4th Supp.), c. 47, s. 52), 81.24 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 38; (4th Supp.), c. 47, s. 52), 274 (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12).

Federal Sales Tax Inventory Rebate Regulations, SOR/91-52.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code civil du Bas-Canada, art. 1472.

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 74(5) (mod. par S.C. 1986, ch. 6, art. 37).

Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 50(1) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 42, art. 4), 68.2 (édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 34; L.C. 1993, ch. 27, art. 2), 81.19 (édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 38; (4^e suppl.), ch. 47, art. 52), 81.21 (édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 38; (4^e suppl.), ch. 47, art. 52), 81.22 (édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 38; (4^e suppl.), ch. 47, art. 52), 81.23 (édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 38; (4^e suppl.), ch. 47, art. 52), 81.24 (édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 38; (4^e suppl.), ch. 47, art. 52), 274 (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12).

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 74(5) (as am. by S.C. 1986, c. 6, s. 37).

Règlement sur le remboursement de la taxe de vente fédérale à l'inventaire, DORS/91-52.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

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; *OSFC Holdings Ltd. v. Canada* (1999), 99 DTC 1044 (T.C.C.); *RMM Canadian Enterprises Inc. v. Canada*, [1998] 1 C.T.C. 2300; (1997), 97 DTC 302 (T.C.C.); *Riendeau (L.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 64; (1991), 91 DTC 5416; 132 N.R. 157 (F.C.A.); affg [1990] 1 C.T.C. 141; (1989), 90 DTC 6076; 31 F.T.R. 123 (F.C.T.D.); *Haro Pacific Enterprises Ltd. v. Canada*, [1990] 2 C.T.C. 493; (1990), 90 DTC 6583 (F.C.T.D.).

APPEAL from a decision of the Canadian International Trade Tribunal (*Michelin Tires (Canada) Ltd. v. M.N.R.*, [1995] C.I.T.T. No. 20 (QL)) affirming the MNR's decision rejecting the appellant's application for a Federal Sales Tax refund pursuant to section 68.2 of the *Excise Tax Act* (ETA) with respect to a sale of imported tires by Michelin to Uniroyal. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Dalton J. Albrecht and *Richard B. Thomas* for appellant.
Michael F. Ciavaglia and *Susanne G. Pereira* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

McMillan Binch, Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] BLAIS J.: This is an appeal by Michelin North America (Canada) Inc. (Michelin) pursuant to section 81.24 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 38; (4th Supp.), c. 47, s. 52] of the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15, as amended (ETA), of the

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

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; *OSFC Holdings Ltd. c. Canada* (1999), 99 DTC 1044 (C.C.I.); *RMM Canadian Enterprises Inc. c. Canada*, [1998] 1 C.T.C. 2300; (1997), 97 DTC 302 (C.C.I.); *Riendeau (L.) c. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 64; (1991), 91 DTC 5416; 132 N.R. 157 (C.A.F.); conf. [1990] 1 C.T.C. 141; (1989), 90 DTC 6076; 31 F.T.R. 123 (C.F. 1^{re} inst.); *Haro Pacific Enterprises Ltd. c. Canada*, [1990] 2 C.T.C. 493; (1990), 90 DTC 6583 (C.F. 1^{re} inst.).

APPEL d'une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur (*Société canadienne des pneus Michelin Ltée c. M.R.N.*, [1995] T.C.C.E. n° 20 (QL)) confirmant la décision par laquelle le MRN a rejeté la demande de remboursement de la taxe de vente fédérale qu'a présentée l'appelante conformément à l'article 68.2 de la *Loi sur la taxe d'accise* (LTA) relativement à une vente de pneus importés par Michelin à Uniroyal. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

Dalton J. Albrecht et *Richard B. Thomas* pour l'appelante.
Michael F. Ciavaglia et *Susanne G. Pereira* pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

McMillan Binch, Toronto, pour l'appelante.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE BLAIS: Il s'agit d'un appel, fondé sur l'article 81.24 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 38; (4^e suppl.), ch. 47, art. 52] de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15, modifiée (la LTA), que Michelin North America (Canada) Inc.

decision of the Canadian International Trade Tribunal (CITT) dated March 23, 1995 [[1995] C.I.T.T. No. 20 (QL)] with respect to the denial by the Minister of National Revenue (Minister) of a refund pursuant to section 68.2 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 34; S.C. 1993, c. 27, s. 2] of the ETA. (Both parties have stated that the decision was March 23, 1995, however, the decision is dated March 22, 1995.)

[2] Section 81.24 of the ETA states that any party to an appeal to the Tribunal under section 81.19 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 38; (4th Supp.), c. 47, s. 52], 81.21 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 38; (4th Supp.), c. 47, s. 52], 81.22 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 38; (4th Supp.), c. 47, s. 52] or 81.23 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 38; (4th Supp.), c. 47, s. 52] may, within 120 days after the day on which the decision of the Tribunal is sent to that party, appeal the decision to the Federal Court, Trial Division. The appeal to the Tribunal was brought pursuant to section 81.19 of the ETA.

FACTS

[3] Both parties have agreed to file an agreed statement of facts.

DECISION OF THE CITT

[4] The CITT concluded that the December 28, 1990 transaction constitutes a legally effective sale for the purpose of section 68.2 of the ETA.

[5] After determining that it has jurisdiction to consider the applicability of the general anti-avoidance rule (GAAR), the Tribunal concluded that although there was a sale of the imported tires by Michelin to Uniroyal, the Tribunal was of the opinion that all the necessary conditions of section 274 [as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12] of the Act had been met. Having held that GAAR applied, the Tribunal concluded that the Minister rightly denied the federal sales tax (FST) refund.

(Michelin) a formé contre la décision, datée du 23 mars 1995 [[1995] T.C.C.E. n° 20 (QL)], que le Tribunal canadien du commerce extérieur (le TCCE) a rendue à l'égard du refus du ministre du Revenu national (le ministre) d'accorder un remboursement conformément à l'article 68.2 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 34; L.C. 1993, ch. 27, art. 2] de la LTA. (Les deux parties ont déclaré que la décision était datée du 23 mars 1995; en réalité, elle est datée du 22 mars 1995.)

[2] L'article 81.24 de la LTA prévoit que toute partie à un appel entendu par le Tribunal en vertu de l'article 81.19 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 38; (4^e suppl.), ch. 47, art. 52], 81.21 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 38; (4^e suppl.), ch. 47, art. 52], 81.22 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 38; (4^e suppl.), ch. 47, art. 52] ou 81.23 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 38; (4^e suppl.), ch. 47, art. 52] peut, dans un délai de 120 jours suivant la date d'envoi de la décision du Tribunal, en appeler de cette décision à la Section de première instance de la Cour fédérale. L'appel a été formé devant le Tribunal conformément à l'article 81.19 de la LTA.

LES FAITS

[3] Les deux parties ont convenu de déposer un exposé conjoint des faits.

LA DÉCISION DU TCCE

[4] Le TCCE a conclu que l'opération du 28 décembre 1990 constituait une vente légalement valable aux fins de l'article 68.2 de la LTA.

[5] Après avoir déterminé qu'il avait compétence pour juger de l'applicabilité de la règle générale anti-évitement (RGAE), le Tribunal a conclu que même si les pneus importés ont été vendus par Michelin à Uniroyal, toutes les conditions nécessaires de l'article 274 [édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12] de la LTA avaient été remplies. Ayant statué que la RGAE s'appliquait, le Tribunal a conclu que c'est à bon droit que le ministre avait refusé le remboursement de la taxe de vente fédérale (TVF).

THE APPELLANT'S POSITION

[6] The appellant asserts that the transaction was legal and that it is entitled to an FST refund in the amount of \$2,265,929 pursuant to section 68.2 of the ETA.

[7] The appellant further submits that the FST was paid in respect of the goods on which the application for a refund was based pursuant to subsection 50(1) [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 42, s. 4] of the ETA. The appellant points to the fact that the goods were sold on an FST exempt basis to Uniroyal and that the application for a refund was filed within the two-year limitation period.

[8] The appellant submits that the GAAR provision cannot be invoked by the respondent since GAAR was not assessed by the respondent in rejecting the refund application.

[9] Alternatively, the appellant submits that GAAR does not apply on its terms to the factual circumstances at hand and that the onus of proving the misuse of section 68.2 or an abuse of the ETA rests with the respondent.

THE RESPONDENT'S POSITION

[10] It is the respondent's position that, in all circumstances, the December 28, 1990 sale was legally ineffective, and that, therefore, the appellant was not entitled to claim a refund of FST under section 68.2 of the ETA.

[11] Alternatively, if the sale was legally effective, it was subject to the application of GAAR as set out in section 274 of the ETA. The respondent submits that GAAR applies to disentitle the appellant to the full FST refund for which it applied for.

ISSUES

[12] Referring to the pre-trial conference memorandum, there are two issues to be determined at trial:

LA POSITION DE L'APPELANTE

[6] L'appelante soutient que l'opération était légale et qu'elle avait droit à un remboursement de la TVF, soit la somme de 2 265 929 \$, en vertu de l'article 68.2 de la LTA.

[7] L'appelante a également fait valoir que la TVF avait été payée à l'égard des marchandises sur lesquelles la demande de remboursement était fondée, conformément au paragraphe 50(1) [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 42, art. 4] de la LTA. Elle fait remarquer que les marchandises ont été vendues à Uniroyal sur le fondement d'une exemption de la TVF et que la demande de remboursement a été présentée dans le délai prescrit de deux ans.

[8] L'appelante avance que la RGAÉ ne peut être invoquée par l'intimée étant donné que cette dernière n'en a pas tenu compte lorsqu'elle a rejeté la demande de remboursement.

[9] De façon subsidiaire, l'appelante soutient que la RGAÉ ne s'applique pas aux circonstances de l'espèce et qu'il incombe à l'intimée d'établir que l'article 68.2, voire la LTA, ont été utilisés abusivement.

LA POSITION DE L'INTIMÉE

[10] L'intimée soutient que, vu les circonstances, la vente du 28 décembre 1990 n'était pas légalement valable et qu'en conséquence, l'appelante n'avait pas le droit de présenter une demande de remboursement de la TVF au titre de l'article 68.2 de la LTA.

[11] De façon subsidiaire, dans le cas où la vente était légalement valable, elle était assujettie à l'application de la RGAÉ, comme le prévoit l'article 274 de la LTA. L'intimée fait valoir que la RGAÉ s'applique de façon à priver l'appelante du remboursement complet de la TVF qu'elle avait demandé.

LES QUESTIONS LITIGIEUSES

[12] J'estime, sur la base du mémoire de la conférence préparatoire à l'instruction, que la présente affaire soulève deux questions litigieuses:

1. Whether the December 28, 1990, transaction was a legally ineffective sale which disentitled the appellant to the refund claimed under section 68.2 of the *Excise Tax Act*.
 2. Whether the general anti-avoidance rule (GAAR) set out in section 274 of the *Excise Tax Act* applies in the circumstances to deny the appellant the refund claimed under section 68.2 of the *Excise Tax Act*.
1. L'opération du 28 décembre 1990 était-elle une vente non valable légalement qui privait l'appellante du remboursement qu'elle avait demandé au titre de l'article 68.2 de la *Loi sur la taxe d'accise*?
 2. La règle générale anti-évitement (RGAÉ) prévue à l'article 274 de la *Loi sur la taxe d'accise* s'applique-t-elle dans les circonstances de façon à priver l'appellante du remboursement qu'elle a demandé au titre de l'article 68.2 de la *Loi sur la taxe d'accise*?

ANALYSIS

[13] As to the first issue regarding the legality of the sale, the appellant has the burden of proof. It must demonstrate that the sale was legal.

[14] Clause 10 of the contract between Uniroyal and Michelin states that the agreement will be in accordance with the law of Quebec. The *Civil Code of Lower Canada* states at Article 1472 that:

1472. Sale is a contract by which one party gives a thing to the other for a price in money which the latter obliges himself to pay for it.

[15] In the present case, the tires were sold, both financial statements of the companies show the sale. Furthermore, there was a storage contract for which Uniroyal paid Michelin \$30,000/week. Uniroyal also obtained insurance for the relevant period. Resolutions were passed on both sides authorizing the sales. There was no condition in the agreement to repurchase the tires.

[16] Justice Wilson in *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at page 540, explained:

I am also of the view that the business purpose test and the sham test are two distinct tests. A transaction may be effectual and not in any sense a sham (as in this case) but may have no business purpose other than the tax purpose. The question then is whether the Minister is entitled to ignore it on that ground alone. If he is, then a massive inroad is made into Lord Tomlin's dictum that "Every man

L'ANALYSE

[13] En ce qui concerne la première question litigieuse, qui porte sur la légalité de la vente, le fardeau de la preuve incombe à l'appellante, qui doit établir que la vente était légale.

[14] La clause 10 du contrat que Uniroyal et Michelin ont conclu prévoit que l'entente est conforme au droit québécois. Voici ce que le *Code civil du Bas-Canada* prévoit, à l'article 1472:

1472. La vente est un contrat par lequel une personne donne une chose à une autre, moyennant un prix en argent que la dernière s'oblige de payer.

[15] En l'espèce, les pneus ont été vendus, les états financiers des deux sociétés faisant état de la vente. En outre, un contrat d'entreposage, en vertu duquel Uniroyal versait à Michelin 30 000 \$ par semaine, a été conclu. Uniroyal a également souscrit à des assurances pour la période pertinente. Les deux parties ont adopté des résolutions autorisant les ventes. L'entente ne contenait pas de condition en vue du rachat des pneus.

[16] M^{me} le juge Wilson a expliqué dans l'arrêt *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, à la page 540:

Je suis aussi d'avis que le critère de l'objet commercial et celui du trompe-l'œil sont deux critères distincts. Une opération peut être valide sans être un trompe-l'œil de quelque façon (comme en l'espèce), mais elle peut n'avoir d'autre objet commercial qu'un objet fiscal. La question est donc de savoir si le Ministre a le droit de ne pas en tenir compte pour ce seul motif. Dans l'affirmative, c'est une

is entitled if he can to order his affairs so as that the tax attaching under the appropriate Acts is less than it otherwise would be”: *Inland Revenue Commissioners v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1, at p. 19. Indeed, it seems to me that the business purpose test is a complete rejection of Lord Tomlin’s principle.

The appellant would clearly be liable to pay tax on the income from the flavourings business if the business purpose test is part of our law since it is freely admitted that the saving of tax for the Finlayson conglomerate was the sole motivation for the transaction. In my opinion, the Federal Court of Appeal in *Minister of National Revenue v. Leon*, [1977] 1 F.C. 249, characterized a transaction which had no business purpose other than the tax purpose as a sham and was in error in so doing. I do not view that case as introducing the business purpose test as a test distinct from that of sham into our law and, indeed, if it is to be so viewed, I do not think it should be followed. I think Lord Tomlin’s principle is far too deeply entrenched in our tax law for the courts to reject it in the absence of clear statutory authority. No such authority has been put to us in this case.

[17] I have carefully reviewed the documents filed relating to the contract of December 28, 1990 and, in my view, the CITT was right when it concluded that the December 28, 1990 transaction constitutes a legally effective sale for the purpose of section 68.2 of the ETA.

[18] Relating to the applicability of GAAR, the first argument submitted by the applicant to the effect that GAAR does not apply because it was not even mentioned in the decision is, in my view, not founded. Section 68.2 amended in 1993 is retroactive as it plainly sets out.

[19] Section 274 of the ETA states:

274. (1) In this section,

“tax benefit” means a reduction, an avoidance or a deferral of tax or other amount payable under this Part or an increase in a refund or rebate of tax or other amount under this Part;

énorme brèche dans l’opinion incidente de lord Tomlin: [TRADUCTION] «Tout homme a le droit, s’il le peut, de diriger ses affaires de façon que son assujettissement aux impôts prescrits par les lois soit moindre qu’il ne le serait autrement», *Inland Revenue Commissioners v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1, à la p. 19. En réalité, il me semble que le critère de l’objet commercial constitue un rejet total du principe énoncé par lord Tomlin.

L’appelante serait manifestement tenue de payer l’impôt sur le revenu de l’entreprise d’aromatisants si le critère de l’objet commercial faisait partie de notre droit puisqu’il est tout à fait reconnu que, pour le groupe Finlayson, l’économie d’impôt était le seul motif de l’opération. La Cour d’appel fédérale, dans l’arrêt *Ministre du Revenu national c. Leon*, [1977] 1 C.F. 249, a qualifié de trompe-l’œil une opération qui n’avait pas d’autre objet commercial que l’objet fiscal et, à mon avis, elle a eu tort de le faire. Je ne considère pas que cet arrêt-là introduit dans notre droit le critère de l’objet commercial en tant que critère distinct de celui du trompe-l’œil; s’il faut le considérer dans ce sens, je ne crois pas qu’il faille le suivre. Je crois que le principe exprimé par lord Tomlin est beaucoup trop ancré dans notre droit pour que les tribunaux puissent l’écarter en l’absence de disposition législative expresse. On ne nous a signalé aucun texte ayant cette portée, en l’espèce.

[17] J’ai soigneusement examiné les documents qui ont été déposés relativement au contrat du 28 décembre 1990; à mon avis, c’est à bon droit que le TCCE a conclu que l’opération du 28 décembre 1990 constitue une vente légalement valable pour les fins de l’article 68.2 de la LTA.

[18] En ce qui concerne l’applicabilité de la RGAÉ, je suis d’avis que le premier argument que l’appelante a soulevé, selon lequel la RGAÉ ne s’applique pas vu qu’elle n’a même pas été mentionnée dans la décision, n’est pas fondé. L’article 68.2, qui a été modifié en 1993, est un effet rétroactif, comme il le prévoit clairement.

[19] Voici le libellé de l’article 274 de la LTA:

274. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.

«attribut fiscal» S’agissant des attributs fiscaux d’une personne, taxe, taxe nette, crédit de taxe sur les intrants, remboursement ou autre montant payable par cette personne, ou montant qui lui est remboursable, en application de la présente partie, ainsi que tout autre montant à prendre en compte dans le calcul de la taxe, de la taxe nette, du crédit de taxe sur les intrants, du

“tax consequences” to a person means the amount of tax, net tax, input tax credit, rebate or other amount payable by, or refundable to, the person under this Part, or any other amount that is relevant to the purposes of computing that amount;

“transaction” includes an arrangement or event.

(2) Where a transaction is an avoidance transaction, the tax consequences to a person shall be determined as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that, but for this section, would result, directly or indirectly, from that transaction or from a series of transactions that include that transaction.

(3) An avoidance transaction means any transaction

(a) that, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for bona fide purposes other than to obtain the tax benefit; or

(b) that is part of a series of transactions, which series, but for this section, would result directly or indirectly in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for bona fide purposes other than to obtain the tax benefit.

(4) For greater certainty, subsection (2) does not apply in respect of a transaction where it may reasonably be considered that the transaction would not result, directly or indirectly, in a misuse of the provisions of this Part or in an abuse having regard to the provisions of this Part (other than this section) read as a whole.

(5) Without restricting the generality of subsection (2),

(a) any input tax credit or any deduction in computing tax or net tax payable may be allowed or disallowed, in whole or in part,

(b) any such credit or deduction or a part thereof may be allocated to any person,

(c) the nature of any payment or other amount may be recharacterized, and

(d) the tax effects that would otherwise result from the application of other provisions of this Part may be ignored,

remboursement ou de l'autre montant payable par cette personne ou du montant qui lui est remboursable.

«avantage fiscal» Réduction, évitement ou report de taxe ou d'un autre montant payable en application de la présente partie ou augmentation d'un remboursement visé par la présente partie.

«opération» Y sont assimilés les conventions, les mécanismes et les événements.

(2) En cas d'opération d'évitement, les attributs fiscaux d'une personne doivent être déterminés de façon raisonnable dans les circonstances de sorte à supprimer un avantage fiscal qui, en l'absence du présent article, découlerait, directement ou indirectement, de cette opération ou d'une série d'opérations dont celle-ci fait partie.

(3) L'opération d'évitement s'entend:

a) soit de l'opération dont, en l'absence du présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables—l'obtention d'un avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable;

b) soit de l'opération qui fait partie d'une série d'opérations dont, en l'absence du présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables—l'obtention d'un avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable.

(4) Il est entendu que l'opération dont il est raisonnable de considérer qu'elle n'entraîne pas, directement ou indirectement, d'abus dans l'application des dispositions de la présente partie lue dans son ensemble—abstraction faite du présent article—n'est pas visée par le paragraphe (2).

(5) Sans préjudice de la portée générale du paragraphe (2), en vue de déterminer les attributs fiscaux d'une personne de façon raisonnable dans les circonstances de sorte à supprimer l'avantage fiscal qui, en l'absence du présent article, découlerait, directement ou indirectement, d'une opération d'évitement:

a) tout crédit de taxe sur les intrants et toute déduction dans le calcul de la taxe ou de la taxe nette payable peut être en totalité ou en partie admise ou refusé;

b) tout ou partie de ce crédit ou de cette déduction peut être attribuée à une personne;

c) la nature d'un paiement ou d'un autre montant peut être qualifiée autrement;

d) les effets fiscaux qui découleraient par ailleurs de l'application des autres dispositions de la présente partie peuvent ne pas être pris en compte.

in determining the tax consequences to a person as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that would, but for this section, result, directly or indirectly, from an avoidance transaction.

(6) Where, with respect to a transaction, a notice of assessment, reassessment or additional assessment involving the application of subsection (2) with respect to the transaction has been sent to a person, any person (other than a person to whom such a notice has been sent) shall be entitled, within one hundred and eighty days after the day of mailing of the notice, to request in writing that the Minister make an assessment, a reassessment or an additional assessment, applying subsection (2) with respect to that transaction.

(7) Notwithstanding any other provision of this Part, the tax consequences to any person following the application of this section shall only be determined through a notice of assessment, reassessment or additional assessment involving the application of this section.

(8) On receipt of a request by a person under subsection (6), the Minister shall, with all due dispatch, consider the request and, notwithstanding subsections 298(1) and (2), assess, reassess or make an additional assessment with respect to the person, except that an assessment, a reassessment or an additional assessment may be made under this subsection only to the extent that it may reasonably be regarded as relating to the transaction referred to in subsection (6).

[20] Relating to the burden of proof: In my view, the burden of proof lies with the appellant. The appellant is trying to prove that it has a right to a refund pursuant to section 68.2 of the ETA. It must satisfy the conditions set out in subsection 68.2(1), but it must also be outside the scope of subsection 68.2(2).

[21] Absent section 274, the December 1990 transaction would have allowed the appellant to receive a full refund of the FST paid at a rate of 13.5%, as opposed to the prescribed rebate of 8.1% available to other taxpayers in similar circumstances. This tax benefit would constitute a windfall to the appellant in the amount of \$800,521.20.

[22] As the respondent suggests, this windfall constitutes a tax benefit as contemplated by section 274.

(6) Dans les 180 jours suivant la mise à la poste d'un avis de cotisation, de nouvelle cotisation ou cotisation supplémentaire qui tient compte du paragraphe (2) en ce qui concerne une opération, toute personne (à l'exclusion du destinataire d'un tel avis) a le droit de demander par écrit au ministre d'établir à son égard une cotisation, une nouvelle cotisation ou une cotisation supplémentaire en application du paragraphe (2) en ce qui concerne l'opération.

(7) Nonobstant les autres dispositions de la présente partie, les attributs fiscaux d'une personne, par suite de l'application du présent article, ne peuvent être déterminés que par avis de cotisation, de nouvelle cotisation ou de cotisation supplémentaire, en tenant compte du présent article.

(8) Sur réception d'une demande présentée par une personne conformément au paragraphe (6), le ministre doit, dès que possible, après avoir examiné la demande et par dérogation aux paragraphes 298(1) et (2), établir une cotisation, une nouvelle cotisation ou une cotisation supplémentaire, en se fondant sur la demande. Toutefois, une cotisation, une nouvelle cotisation ou une cotisation supplémentaire ne peut être établie en application du présent paragraphe que s'il est raisonnable de considérer qu'elle concerne l'opération visée au paragraphe (6).

[20] En ce qui concerne le fardeau de la preuve, je suis d'avis qu'il incombe à l'appelante. L'appelante cherche à établir qu'elle a droit à un remboursement conformément à l'article 68.2 de la LTA. Non seulement doit-elle remplir les conditions énoncées au paragraphe 68.2(1), mais elle doit également ne pas être visée par le paragraphe 68.2(2).

[21] N'eût été l'article 274, l'opération de décembre 1990 aurait permis à l'appelante de recevoir un remboursement complet de la TVF, payable au taux de 13,5 %, par opposition au taux prévu de 8,1 % qui s'applique à d'autres contribuables dans des circonstances similaires. Cet avantage fiscal aurait procuré à l'appelante la jolie somme de 800 521,20 \$.

[22] Comme le propose l'intimée, cette somme constitue un avantage fiscal au sens de l'article 274.

[23] The appellant bears the onus of establishing an objectively reasonable explanation that the primary purpose for the transactions was something other than to obtain the tax benefit. In *OSFC Holdings Ltd. v. Canada*, the Court provided:

I must answer the following questions in relation to the application of GAAR:

1. But for the application of section 245, would the incorporation of 1004568, the formation of STIL II, and the sale by Standard of its interest in STIL II to the Appellant, or any of those transactions, have resulted in a tax benefit?
2. If the answer to the first question is yes, may the transaction, or transactions, reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit?
3. If the answer to the first question is yes, and the answer to the second is no, did the transaction, or transactions, result, directly or indirectly in a misuse of the provisions of the Act, or an abuse of the provisions of the Act read as a whole?
4. If the first question is answered yes, the second no, and the third yes, then which of the remedies set out in subsection 245(5) is appropriate?¹

[24] The circumstances surrounding the transactions fail to establish any *bona fide* purpose other than to obtain a tax benefit, and the appellant has not put forth any evidence which would contradict this conclusion.

[25] In fact, the appellant concedes that the series of transactions with Uniroyal were conducted for the purpose of obtaining a refund of FST at the rate of 13.5% rather than the 8.1% FST rebate.

To be in a position to obtain a refund of the 13.5% FST that Michelin actually paid upon importation of the Imported Products rather than the 8.1% FST rebate, Michelin proposed to sell and Uniroyal Goodrich agreed to purchase the entire 1990 year end (Michelin's fiscal year ended on December 31) inventory of Imported Products on a tax-exempt basis.²

[26] I agree with counsel for the respondent that the transaction is otherwise devoid of any commercial

[23] Il incombe à l'appelante d'établir l'existence d'une explication objectivement raisonnable selon laquelle l'objectif principal des opérations était autre que l'obtention de l'avantage fiscal. Dans *OSFC Holdings Ltd. c. Canada*, la Cour a dit:

Je dois répondre aux questions suivantes se rapportant à l'application de la DGAE:

1. Sans l'application de l'article 245, est-ce que la constitution de la 1004568, la formation de la STIL II et la vente, par la Standard à l'appelante, de la participation de la Standard dans la STIL II ou l'une quelconque de ces opérations auraient donné lieu à un avantage fiscal?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, est-il raisonnable de considérer que la ou les opérations ont principalement été effectuées pour des objets véritables—l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable?
3. Si la réponse à la première question est affirmative et que la réponse à la deuxième question est négative, est-ce que la ou les opérations ont entraîné, directement ou indirectement, un abus dans l'application des dispositions de la Loi lue dans son ensemble?
4. S'il est répondu affirmativement à la première question, négativement à la deuxième question et affirmativement à la troisième, lequel des redressements prévus au paragraphe 245(5) est approprié¹?

[24] Les circonstances dans lesquelles les opérations ont été faites n'établissent pas l'existence d'un objectif véritable autre que l'obtention d'un avantage fiscal, et l'appelante n'a produit aucune preuve qui contredit cette conclusion.

[25] En fait, l'appelante a concédé que la série a été conclue d'opérations impliquant Uniroyal en vue d'obtenir un remboursement de la TVF au taux de 13,5 % au lieu de 8,1 %.

[TRADUCTION] Pour obtenir un remboursement au taux de 13,5 % de la TVF que Michelin a payée au regard de l'importation des produits en cause au lieu d'un remboursement au taux de 8,1 %, Michelin a proposé de vendre à Uniroyal Goodrich, qui a accepté d'acheter, tout l'inventaire de la fin de l'exercice 1990 (l'année financière de Michelin a pris fin le 31 décembre) des produits importés, sur la base que ceux-ci sont exempts d'impôt².

[26] Je suis également d'accord avec l'avocat de l'intimée que l'opération ne vise pas d'autre objectif

objective, and that it has as its real purpose the avoidance of ordinary tax consequences. In my opinion, it constitutes an abuse of the ETA as a whole.

A form of transaction that is otherwise devoid of any commercial objective, and that has as its real purpose the extraction of corporate surplus and the avoidance of the ordinary consequences of such a distribution, is an abuse of the Act as a whole.³

[27] In my view, the appellant failed to demonstrate that the December 28, 1990 transaction was not an avoidance transaction to which section 274 of the ETA should be applied.

[28] The appellant raised the fact that the Minister was precluded from raising GAAR at this stage of the proceedings before the CITT, because the notice of decision did not indicate that the appellant's application for a refund was being rejected on the basis of GAAR.

[29] In *Riendeau (L.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 64 (F.C.A.) (*Riendeau*), it was held at trial that as a matter of law, in the absence of some substantial and fundamental error on the Minister's part, the Minister was entitled to confirm his reassessment as he had done, even though it had originally been based upon a repealed subsection of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 74(5) (as am. by S.C. 1986, c. 6, s. 37)]. The Court of Appeal, dismissing the taxpayer's appeal, found that a taxpayer's liability to pay the tax is just the same whether a notice of assessment is mistaken or is never sent at all. Further, it matters little under what section of the *Income Tax Act*, an assessment is made. What does matter is that the tax is due. The CITT had noted that the Court was of the view that the Minister's mental process in making an assessment cannot affect a taxpayer's liability to pay the tax imposed by the *Income Tax Act* itself and the Minister may correct a mistake.

In our view, the Minister's mental process in making an assessment cannot affect a taxpayers's liability to pay the tax imposed by the Act itself. He may correct a mistake.

commercial, et que son véritable objectif consiste à éviter des conséquences fiscales habituelles. À mon avis, cela constitue une application abusive de la LTA dans son ensemble:

Une opération qui est par ailleurs dépourvue de tout objectif commercial, et dont le but réel est de dépouiller le surplus de l'entreprise et d'éviter les conséquences ordinaires de pareille répartition, constitue un abus de la Loi dans son ensemble³.

[27] À mon sens, l'appelante a omis d'établir que l'opération du 28 décembre 1990 ne constituait pas une opération d'évitement à laquelle l'article 274 de la LTA doit s'appliquer.

[28] L'appelante a souligné le fait que le ministre ne pouvait invoquer la RGAÉ à ce stade de l'instance devant le TCCE vu que l'avis de décision ne mentionnait pas que la demande de remboursement de l'appelante avait été rejetée sur le fondement de la RGAÉ.

[29] Dans *Riendeau (L.) c. M.R.N.*, [1992] 2 C.T.C. 64 (C.A.F.) (*Riendeau*), il a été conclu à l'instruction qu'en droit, en l'absence d'une quelconque erreur considérable et fondamentale de la part du ministre, ce dernier pouvait confirmer la nouvelle cotisation qu'il avait établie, même si elle était, à l'origine, fondée sur un alinéa abrogé de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 74(5) (mod. par S.C. 1986, ch. 6, art. 37)]. La Cour d'appel, rejetant l'appel que le contribuable avait formé, a conclu que l'obligation d'un contribuable de payer la taxe était exactement la même, qu'un avis de cotisation fût erroné ou qu'un tel avis ne lui eût jamais été envoyé. En outre, la question de savoir en vertu de quel article de la *Loi de l'impôt sur le revenu* la cotisation a été établie importe peu. Ce qui importe, c'est que la taxe doit être payée. Le TCCE a souligné que la Cour était d'avis que le processus mental du ministre pour établir une cotisation ne saurait modifier l'assujettissement au paiement de l'impôt prescrit par la *Loi de l'impôt sur le revenu* même, et que le ministre pouvait corriger une erreur:

Selon nous, le processus mental du ministre pour établir une cotisation ne saurait modifier l'assujettissement d'un contribuable au paiement de l'impôt prescrit par la Loi

The Trial Judge was right in rejecting the appellant's argument and in determining that the Minister was entitled to confirm the reassessments in question.⁴

[30] The CITT held that the Minister was not precluded from raising GAAR at that stage of the proceeding simply because the determination or decision did not indicate that GAAR was the basis for rejecting the application.

[31] Counsel for the appellant has argued that under subsection 274(7) there is a legislated obligation on the Minister to inform the taxpayer at the time of the assessment or reassessment that GAAR is being applied. The CITT held that it was not persuaded that subsection 274(7) created an obligation of the Minister that is any different from his normal obligation to inform the taxpayer of the reason why an application for refund is being rejected. It noted that subsection 274(7) simply indicates that if the GAAR is to be applied, it must be done by means of assessment, reassessment, determination or redetermination, and that in its view, this obligation was no different from the obligation to determine tax liability through such means under other sections of the Act. The CITT then noted, again, that the Minister could not have been aware at the time of the notice of determination that the GAAR could be applied, and that furthermore, subsections 274(7) and 68.2(2) of the *Excise Tax Act* do not provide that the Minister might have such an obligation when issuing a notice of decision.

[32] Thus, the CITT found that it did have jurisdiction to consider the applicability of GAAR. It then held that GAAR applied to deny the refund under section 68.2.

[33] In my view, this analysis is reasonable, and I am convinced that the GAAR applies. I do not see any reason to intervene.

[34] In *Haro Pacific Enterprises Ltd. v. Canada*, [1990] 2 C.T.C. 493 (F.C.T.D.), at page 496, Justice

même. Le ministre peut corriger une erreur. Le juge de première instance était fondé à rejeter l'argument de la partie appelante et à statuer que le ministre avait le droit de ratifier les nouvelles cotisations en question⁴.

[30] Le TCCE a conclu que le ministre n'était pas empêché d'invoquer la RGAÉ à ce stade de l'instance simplement parce que la détermination ou décision ne mentionnait pas que la RGAÉ constituait le fondement de la décision qui avait rejeté la demande.

[31] L'avocat de l'appelante a soutenu qu'au paragraphe 274(7), le législateur a prévu que le ministre avait l'obligation d'informer le contribuable, au moment d'établir la cotisation ou la nouvelle cotisation, que la RGAÉ s'appliquait. Le TCCE a dit qu'il n'était pas convaincu que le paragraphe 274(7) imposait au ministre une obligation qui diffèrait de l'obligation, qui lui incombe habituellement, d'informer le contribuable de la raison pour laquelle une demande de remboursement était rejetée. Il a fait remarquer que le paragraphe 274(7) mentionnait simplement que la RGAÉ ne devait être appliquée que dans le cadre de l'établissement d'une cotisation, nouvelle cotisation, détermination ou nouvelle détermination, et qu'à son avis, cette obligation ne diffèrait pas de l'obligation de déterminer les impôts à payer par l'entremise de tels moyens, en vertu d'autres articles de la Loi. Le TCCE a ensuite souligné, encore une fois, que le ministre ne pouvait, à l'époque de l'avis de détermination, savoir que la RGAÉ pouvait s'appliquer, et qu'en outre, les paragraphes 274(7) et 68.2(2) de la *Loi sur la taxe d'accise* ne prévoyaient pas qu'une telle obligation aurait pu lui incomber, au moment où il émettait un avis de décision.

[32] En conséquence, le TCCE a conclu qu'il avait effectivement compétence pour examiner l'applicabilité de la RGAÉ. Il a ensuite conclu que la RGAÉ s'appliquait de façon à priver l'appelante du remboursement prévu à l'article 68.2.

[33] À mon avis, cette analyse est raisonnable, et je suis convaincu que la RGAÉ s'applique. Je ne vois aucune raison d'intervenir.

[34] Dans *Haro Pacific Enterprises Ltd. c. Canada*, [1990] 2 C.T.C. 493 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 496, le

Reed clearly established that in an analysis of a transaction, the Court cannot consider as being irrelevant another transaction five days later that has the effect of highlighting the real consideration for the first transaction:

I agree that properties belonging to the plaintiff were transferred to the partnership, and this triggers the possibility of a section 97(2) election. The consideration received for that transfer was, however, as counsel for the defendant argues, both a partnership interest, and the \$950,000.00 paid as a cash payment a few days after the transfer. To characterize the facts in any other fashion would be artificial in the extreme. Accordingly, section 85(1)(b) applies. The amount received by the taxpayer on transfer of the property to the partnership was greater than the amount agreed upon by the plaintiff and the partnership in their section 97(2) election. Thus, the Minister was correct in deeming the plaintiff's proceeds of disposition of the property.

For the reasons given, the plaintiff's claim is dismissed; the defendant shall recover her costs of the action.

CONCLUSION

[35] In the present case, I am convinced that the transaction between Michelin and Uniroyal on December 28, 1990 is a sale pursuant to section 68.2 of the Act. Nevertheless, it is obvious that this transaction which was followed by another transaction a few days later with the result that the goods sold on December 28, 1990, were sold back to Michelin on January 2, 1991, demonstrates that Michelin's objective behind the two transactions was to get the full refund of 13.5% of the FST paid, where pursuant to the *Federal Sales Tax Inventory Rebate Regulations* [SOR/91-52], Michelin would have only been allowed to get a refund of 8.1% of the FST paid.

[36] Counsel for the appellant have clearly demonstrated that the appellant has paid 13.5% of FST on its inventory and the Minister's decision through the *Federal Sales Tax Inventory Rebate Regulations* will have the effect of refunding the appellant only 8.1% of the FST paid. The consequences will be that the

juge Reed a clairement établi qu'en analysant une opération, la Cour ne peut considérer qu'une autre opération n'est pas pertinente cinq jours plus tard dans le cas où cette dernière opération fait ressortir la véritable considération qui sous-tend la première opération:

J'admets que des propriétés appartenant à la demanderesse ont été transférées à la société de personnes, ce qui a fait naître la possibilité d'une option fondée sur le paragraphe 97(2). Cependant, la contrepartie obtenue lors de ce transfert se composait, comme l'a dit l'avocat de la défenderesse, d'une participation dans la société de personnes ainsi que d'une somme de 950 000 \$ payée en espèces quelques jours après le transfert. Toute autre description des faits serait extrêmement artificielle. En conséquence, l'alinéa 85(1)(b) s'applique. Le montant que la contribuable a reçu lors du transfert de la propriété à la société de personnes était supérieur à la somme convenue entre la demanderesse et la société en question dans leur option fondée sur le paragraphe 97(2). En conséquence, le ministre a eu raison de traiter comme il l'a fait le produit que la demanderesse a reçu de la vente de la propriété.

Pour les motifs exprimés ci-dessus, la demande de la demanderesse est rejetée; la défenderesse a droit à ses dépens en l'espèce.

CONCLUSION

[35] En l'espèce, je suis convaincu que l'opération que Michelin et Uniroyal ont effectuée le 28 décembre 1990 constitue une vente en vertu de l'article 68.2 de la Loi. Néanmoins, il est évident que cette opération, qui a été suivie quelques jours plus tard par une autre opération dans laquelle les marchandises qui ont été vendues le 28 décembre 1990 ont été revendues à Michelin le 2 janvier 1991, démontre que l'objectif que Michelin visait en effectuant les deux opérations consistait à obtenir le remboursement complet de 13,5 % de la TVF payée, bien qu'en vertu du *Règlement sur le remboursement de la taxe de vente fédérale à l'inventaire* [DORS/91-52], elle n'aurait eu droit qu'à un remboursement de 8,1 % de la TVF payée.

[36] L'avocat de l'appellante a clairement établi que sa cliente avait payé 13,5 % de TVF au regard de son inventaire, et que la décision du ministre aura pour effet, par l'entremise du *Règlement sur le remboursement de la taxe de vente fédérale à l'inventaire*, de lui donner droit à un remboursement de seulement 8,1 %

decision will leave the appellant with a tax overpayment of \$800,521.20, but for the reasons given above, this Court cannot interfere.

[37] For those reasons the appeal is dismissed with costs.

¹ (1999), 99 DTC 1044 (T.C.C.), at p. 1054; respondent's book of authorities, Tab 11.

² Agreed statement of facts, at p. 5, para. 11; trial record, vol. 1, Tab 3.

³ *RMM Canadian Enterprises Inc. v. Canada*, [1998] 1 C.T.C. 2300 (T.C.C.), at pp. 2325-2326; respondent's book of authorities, Tab 14.

⁴ *Riendeau, supra*, at p. 65.

de la TVF payée. Ainsi, en vertu de la décision, l'appelante aura payé 800 521, 20 \$ de taxes en trop, mais, pour les motifs qui précèdent, notre Cour ne peut intervenir.

[37] Pour ces motifs, l'appel est rejeté avec dépens.

¹ (1999), 99 DTC 1044 (C.C.I.), à la p. 1054; cahier de jurisprudence de l'intimée, onglet n° 11.

² Exposé conjoint des faits, à la p. 5, par. 11, dossier de l'instruction, vol. 1, onglet n° 3.

³ *RMM Canadian Enterprises Inc. c. Canada*, [1998] 1 C.T.C. 2300 (C.C.I.), aux p. 2325 et 2326; cahier de jurisprudence de l'intimée, onglet n° 14.

⁴ *Riendeau, supra*, à la p. 65.

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.

ADMINISTRATIVE LAW

JUDICIAL REVIEW

Application for judicial review of Registrar's decision statement of opposition to applicant's application for registration of "Showtime" trade-mark raised substantial issue for decision within Trade-marks Act, s. 38(5)—Respondent alleging applicant, US-based satellite subscription-broadcasting corporation, "poaching" in Canadian territory to direct detriment of respondent's similar business—Other preliminary issue whether, in light of applicable statutory scheme, judicial review available herein—Application dismissed—Statement of opposition raising substantial issue for decision—However, immediate judicial review of interlocutory decision available only where special circumstances: *Szczecka v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 116 D.L.R. (4th) 333 (F.C.A.); *Novopharm Ltd. v. Aktiebolaget Astra*, [1996] 2 F.C. 839 (T.D.)—General rule statutory provision of right of appeal to courts from administrative decision *prima facie* indicating legislative intention to exclude courts' exercise of supervisory jurisdiction: *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, Donald J. M. Brown and John M. Evans, Toronto: Canvasback Publishing, 1998—Adequate alternative remedy available to applicant: appeal at end of opposition proceeding (Act, s. 56(1))—Costs, delay and allegation respondent's opposition totally without merit not sufficient to exclude general rule—No "special circumstances" justifying judicial review—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 38(5), 56(1).

SHOWTIME NETWORKS INC. v. WIC PREMIUM TELEVISION LTD. (T-36-99, Gibson J., order dated 7/4/00, 10 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Removal of Permanent Residents

Judicial review of Minister's opinion applicant danger to public pursuant to Immigration Act, s. 70(5)—Applicant

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

granted permanent resident status as "backlog refugee" in 1991—In 1993 convicted of kidnapping with intent to hold for ransom, sentenced to 14 years' imprisonment—Court setting aside first danger opinion on ground failure to respond to request for extension of time within which to reply to notice of intention to seek opinion constituted breach of natural justice—After second notice of intention issued, applicant making submissions, Minister's delegate issuing opinion applicant danger to public—(1) Court not referring first opinion back for determination in accordance with such directions as considered appropriate, but simply set decision aside—Minister, delegate *functus officio* with respect to first opinion, but nothing in Court order or at law precluding Minister, delegate from exercising Minister's discretionary authority with respect to applicant on subsequent occasions—(2) That same individual acting as delegate on both opinions not *ipso facto* giving rise to reasonable apprehension of bias—If Minister's delegate not acting, Minister herself would act—As general principle, mere fact tribunal sitting on re-hearing of matter previously decided not by itself giving rise to reasonable apprehension of bias—Must be some other basis for arguing reasonable apprehension of bias—Member no more biased on second hearing than on first one—Issuance of danger opinion discretionary administrative decision—Must be exercised in good faith, based on perceived probabilities of risk, acceptability of that risk—As result of *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, requirements of fairness no longer minimal, but not unfair for Minister to delegate authority to same person for second opinion—(3) Applicant claiming since criminal record arising from one incident in 1992, issue whether applicant posing danger to public at time second opinion formed and in future—Mere fact Court may weigh certain factors differently, and come to different conclusion not making Minister's opinion perverse or capricious—In absence of written reasons, cannot determine whether Minister's delegate acted in bad faith or based decision on irrelevant criteria, evidence, or without regard to material—Standard of review that stipulated by L'Heureux-Dubé in *Baker*:

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

reasonableness *simpliciter*—(4) Notice to applicant referring to recent, current country information available at Immigration and Refugee Board Documentation Centres—Duty of fairness not requiring more than advising claimant will be relying on such information: *Chu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 161 D.L.R. (4th) 499 (F.C.A.) i.e. not required to provide specific evidence—(5) *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 646 (C.A.) holding Minister's opinion not requiring written reasons either under Charter, or pursuant to principles of fairness—But in *Baker*, S.C.C. holding, within context of administrative procedure involving discretionary decision by immigration officer dealing with applications pursuant to s. 114(2) (humanitarian and compassionate considerations), reasons required "in certain circumstances" eg. where decision has important significance for individual, when statutory right of appeal—Decision herein having enormous significance for individual, extremely critical to future—Applicant will leave behind wife, child in Canada, face presumably hostile Chinese authorities from whom fled to become refugee here—Under these specific circumstances, Minister's delegate having obligation to explain why decision, based solely on one crime, totally ignoring evidence suggesting applicant no longer danger to public—One-page report dealing briefly with kidnapping sentence not adequate reasons reflecting relevant factors involved in matter—Minister's opinion quashed for failure to give adequate reasons, matter referred back to respondent for redetermination in accordance with reasons—Questions certified: (1) whether breach of duty of fairness if summary report, danger to public ministerial opinion report forming part of materials before Minister's delegate and those reports not shared with person affected; (2) in light of *Baker*, is standard of review of Minister's delegate's decision under s. 70(5) "reasonableness *simpliciter*"; (3) in light of *Baker*, is duty of fairness in opinion reached pursuant to s. 70(5) "minimal"; (4) in light of *Baker*, are written reasons required for opinion pursuant to s. 70(5); (5) does duty of procedural fairness require provision of written reasons for Minister's opinion under s. 70(5)?—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 70(5) (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 13).

IP V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-787-98, Dubé J., order dated 3/2/00, 14 pp.)

STATUS IN CANADA

Citizens

Appeal from dismissal of citizenship application—According to immigration records applicant entering Canada as visitor on February 12, 1990; leaving on February 23, 1994; re-entering on February 7, 1995—Immigration not

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

having record of presence in Canada between February 23, 1994 and February 7, 1995—Applicant deposing left Canada on February 23, 1994, intending to enter United States to make visa application but refused entry; re-entered Canada without record made of entry—Applicant tendering sworn affidavit, business, banking records showing signature on various items throughout period in issue—Claiming purchased, ran smoke shop business in Canada during times of concern—Citizenship Judge finding application premature—If judge rejects uncontradicted evidence, reasons for rejection must be given—Citizenship Judge ignoring evidence suggesting applicant in Canada throughout period following arrival on February 12, 1990; dealing with application solely on basis of time in Canada since date of landing—In so doing, Citizenship Judge either failing to consider evidence before him, or considered it and found it wanting but did not give reasons for doing so—As statutory appeal, question is what remedial powers available to Court sitting as court of appeal—In *Ma v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 163 F.T.R. 156 (F.C.T.D.) Reed J. holding authority to refer matter back for rehearing inherent in appeal process—Whether power to refer matters back to Citizenship Judge limited to sending matter back for fresh hearing before different judge, or extending to sending matter back to same judge with direction reasons be provided for failure to consider pre-landing evidence of residence—In first case, applicant's relief fresh chance at obtaining citizenship; in second case, result stands, but applicant learning basis on which decision made—May be more economical to send matter back to be heard by different judge—Although possibly resulting in fresh appeal, Court not involved in managing it as would if matter sent back for reasons to be provided—In interests of simplicity, appeal allowed, matter sent back for rehearing before different Citizenship Judge—No order as to costs as difficulties encountered by applicant arising directly from fact of illegal status in Canada prior to February 7, 1995—If re-entered Canada as he says he did on February 23, 1994, absence of record may be due to fact not entitled to re-enter Canada.

KOR V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T-632-99, Pelletier J., order dated 14/2/00, 7 pp.)

Convention Refugees

Application for judicial review of immigration officer's decision denying landing to applicants because one of persons included in application person described in Immigration Act, s. 19(1)(j)—IRB recognized female applicants as Convention refugees, but male applicant excluded for having committed crime against humanity—S. 46.04(3) expressly giving immigration officer power to grant landing to interested party and to any dependant for whom landing

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Concluded

sought if satisfied neither applicant nor any of dependants person described in, for example Act, s. 19(1)(j)—The decision at issue referred only to application for permanent residency made by applicant wife and in no way constituted removal order—Power of decision granted immigration officer under Act, s. 46.04(3) not implicit but express and clearly defined by provision which, moreover, contains no expression of any intention by Parliament to involve an adjudicator—Application dismissed—Certified question: Under power of decision granted to him in Immigration Act, s. 46.04(3) may immigration officer, without intervention of adjudicator, refuse to grant landing to applicant and to any dependant for whom landing sought, on ground not satisfied neither applicant nor any of those dependants person described in s. 19(1)(j)?—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(1)(j) (as. am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 3), 46.04 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 1, s. 143; c. 49, s. 38).

FIGUEROA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1264-99, Pinard J. order dated 25/2/00, 9 pp.)

Permanent Residents

Application for judicial review of immigration officer's decision refusing application for permanent residence under Live-in Caregiver in Canada Class on ground applicant had accumulated 21 months' work experience instead of required 24 months—Applicant twice had to seek new employment—Application dismissed—Immigration officer having no discretion where live-in caregiver failing to comply with 24-month statutory requirement—No merit to argument residual discretion in officer to review matter under Immigration Act, s. 114(2) (humanitarian and compassionate application)—As immigration officer herein exercising ministerial duty, no discretion exists—Application to make humanitarian and compassionate application must be accompanied by fees—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 114(2) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 102).

LALUNA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1914-98, Tremblay-Lamer J., order dated 15/2/00, 7 pp.)

INCOME TAX

INCOME CALCULATION

Deductions

Appeal from trial judgment ((1997), 97 DTC 5353) dismissing appeal from Tax Court judgment dismissing appeal from reassessment for 1986—Appellant buys unde-

INCOME TAX—Continued

veloped land, subdivides it into building lots, services lots, sells them to builders—Regional development charge (RDC) introduced in 1985 as one-time payment to finance costs incurred by Regional Municipality of Ottawa-Carleton of providing various municipal services related to general urban expansion—RDC payable following registration of subdivision plan—Municipalities agreed not to issue building permits unless applicant producing certificate establishing RDC paid—RDC computed by reference to rate based on type of dwelling contemplated by subdivision plan—Rates phased in over three years—To avoid rate increase, appellant paid \$2.9 million RDC in late 1986 with respect to land for which draft plan of subdivision filed—RDC paid not related to 1986 land sales—In 1986 return appellant deducted RDC in computing profit from land development business—Minister disallowed deduction—Maintained disallowance on reassessment, relying on assumption Generally Accepted Accounting Principles (GAAP) not authorizing deduction of RDC—Tax Court denying appeal—Federal Court Trial Division holding RDC not deductible in 1986 because could not be "matched" against revenues in that year from land—Relying on F.C.A. opinion in *Canada v. Canderel Ltd.*, [1995] 2 F.C. 232 that matching principle of accounting elevated to status of legal principle, and on *Toronto College Park Ltd. v. Canada*, [1996] 3 F.C. 858 (C.A.) holding issue not which accounting method giving truer picture of profit, but whether expense can be matched with specific source of revenue—Subsequent to Trial Division decision herein, Supreme Court of Canada reversing F.C.A. decisions in *Canderel*, *Toronto College Park* holding "matching principle" not elevated to rule of law; goal in determining profit under Act to obtain accurate picture of taxpayer's income, true financial position for year and not necessarily to apply "matching principle" or any other method of accounting even though required by GAAP—*Per* Robertson J.A. (Strayer J.A. concurring): appeal allowed, having regard to intervening decisions of Supreme Court, reversing F.C.A.'s decisions on which Trial Division relied—Under Act, case law real estate taxes, interest expenses paid by trader with respect to raw land held in inventory can be deducted in computation of profits as normal operating expenses of land trader—However, where raw land undergoing development, GAAP requiring all expenses incurred from that point on be added to cost of land—Once recognized land being developed, GAAP requiring RDC be added to cost of land—(1) RDC deductible as expense to earn income from business—Income Tax Act, s. 18(1)(a) prohibiting deduction of expenses in computing income from business except to extent incurred for purpose of gaining or producing income from business or property—While expense only deductible if made in year, need not be traceable to revenues generated in year—Must be made for purpose of gaining or producing income from business—RDC payment made in course of appellant's income earning process, and *bona fide* business expense in year in which made—Decision to make lesser payment to

INCOME TAX—Continued

turn land inventory to account earlier sensible from business perspective—(2) RDC deductible in computing income for taxation year in which paid—In case of ordinary trading business, money used to acquire inventory not usually appearing in profit and loss account because that money replaced by inventory purchased—Background for calculation of profit for taxation year from business of buying and selling practice, which has hardened into rule of law, of computing profit for year by valuing “inventory” at beginning and at end of period at cost or market, whichever lower—Thus when inventory sold in year of acquisition, “cost” deducted from sale price to determine profit; but when, without being sold, value below cost before end of acquisition year, fall in value charged in year of acquisition and when sold in next year, only remainder of cost deducted in computing profit for that year—*A fortiori* decrease in traders non-capital property resulting from payment actually made in year may be reflected in that year—In this instance, no asset received to fill hole left by payment of RDC in appellant’s non-capital assets—Upon assumption supporting Minister’s assessment being proven to be indeterminate, burden of demonstrating reassessment should be upheld on Minister—Only way Minister could have discharged burden by showing fair market value of land at close of year greater than amount shown in financial statements by amount of RDC—Minister leading no evidence on point—(3) S. 18(9)(a)(ii) prohibiting deduction in respect of expense incurred on account of taxes in respect of period after end of year—Not prohibiting deduction of RDC as s. 18(9)(a)(i) restricted to payments, liability for which accruing over time—RDC, being one-time tax, not payment of this nature—Payment of RDC required to obtain land severance approval—Made in 1986 to avoid rate increases—Only period in respect of which outlay made period during which appellant chose to make it i.e. 1986—*Per* Robertson J.A. (*dissenting*): Leaving aside Trial Judge’s reliance on decisions no longer good law, question whether taxpayer entitled to deduct \$2.9 million prepayment as current expense under Income Tax Act, s. 9 having regard to principles set out in *Candereel* i.e. taxpayer free to choose any method of determining profit not inconsistent with provisions of Act, established principles or rules developed from case law, and well-accepted business principles—Well-accepted business principles including, but not limited to GAAP which themselves are not rules of law but interpretative aids—Taxpayer arguing under well-accepted business principles property taxes deductible as current expense, notwithstanding GAAP, and development charge in question property tax—Result mandated by GAAP which most closely accords with ordinary commercial principles that when raw land reaching development stage, all expenses incurred from that moment forward to be added to cost of land—Taxpayer, having failed to adduce any evidence that calculation of profit consistent with Act, case law, well-established business principles, not satisfying onus—No evidence accurate picture of income for year derived by

INCOME TAX—Continued

deducting \$2.9 million prepaid development expense rather than adding it to cost of undeveloped land in respect of which paid—Onus not shifting to Minister to show another method of computation would provide more accurate picture—Analogy between RDC, property taxes levied inappropriate—Development charge tax on property, but not following that both should receive identical treatment for income tax purposes—Property taxes recurring and annual expense inevitably paid within each taxation year—RDC one-time payment integrally connected to development of lands in question—Another reason why Minister may be prepared to accept deductibility of annual property taxes at pre-development stage that taxes on raw land relatively much lower than on developed land—Even if real property taxes deductible under well-accepted business principle, no basis for inferring RDC should receive same accounting treatment—Taxpayer unable to benefit from rules relating to inventory valuation—RDC must be added to cost of taxpayer’s land inventory—Cannot be taken into account in computing profit until land sold or found to have value less than cost—In absence of any evidence as to value of land, cannot conclude value of land in respect of which \$2.9 million paid not enhanced by expenditure—Unfair to impose obligation on Minister to establish value of land enhanced by expenditure when taxpayer not even claiming loss under s. 10(1)—No evidence in appeal record to support understanding s. 10(1) argument raised either before Tax Court or Trial Division—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 9(1), 10(1), 18(1)(a), (9)(a)(ii) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 9).

URBANDALE REALTY CORP. v. CANADA (A-449-97, Noël and Robertson J.J.A. (*dissenting*), judgment dated 10/2/00, 25 pp.)

NON-RESIDENTS

Appeal from Tax Court’s decision ((1998), 99 DTC 147) respondent exempt from taxation under Canada-United States Income Tax Convention (1980), Art. XIV—Under Art. XIV individual liable to taxation if having fixed base regularly available to him—Respondent resident of United States—In 1994, 1995, earned income by performing certain services in Canada as independent contractor—Training employees of PanCanadian Petroleum Limited (PanCan) at PanCan’s premises in Calgary—Given small room from which to work—Three months later moved to larger room which shared with other consultants—Later moved to another room also occupied by PanCan—Actual training taking place in offices of trainees, or in conference room—Use of space provided to trainers strictly limited—Available to them for purpose of contract only—Access to building controlled by magnetic card system, restricted to business hours, on week days only—Appellant not having business cards, letterhead identifying his place of business as PanCan—Not identified as working in PanCan premises on

INCOME TAX—Concluded

directory in lobby—Crown taking position Art. XIV not applicable, assessing tax—Tax Court allowing appeal, ordering reassessments vacated—Appeal dismissed—“Fixed base regularly available to him” not defined in Convention—Application of Art. XIV determined on case-by-case basis—Literal, legalistic interpretation to be avoided—Art. XIV considered in context within Convention—*Travaux préparatoires*, including OECD Model Conventions, commentaries, case law also considered—Where person denied benefit of Art. XIV on basis having fixed base regularly available to him in Canada, must ask whether person carried on business at that location during relevant period—Factors to be considered including, but not limited to, whether and by what legal right person exercised or could exercise control over premises, degree to which premises objectively identified with person’s business—Evidence as whole supporting conclusion premises of PanCan not location through which respondent carrying on business—Although had access to offices of PanCan and had right to use them, could do so only during PanCan’s office hours and only for purpose of performing services for PanCan required by contract—No right to use PanCan’s offices as base for operation of own business—Could not, did not use PanCan’s offices as own—Recognition of fact providers of independent personal services who, because of skill or services provide, require little in way of fixed place of business not justifying conclusion respondent must necessarily have fixed place of business wherever services provided—If PanCan’s premises found to constitute respondent’s place of business, duration of contract might have indicated place of business there permanent—However question of permanence not arising on facts herein—Convention Between Canada and the United States of America With Respect to Taxes on Income and on Capital, being Schedule I of Canada-United States Convention Act, 1984, S.C. 1984, c. 20, Art. XIV.

CANADA v. DUDNEY (A-707-98, Sharlow J.A., judgment dated 24/2/00, 13 pp.)

PATENTS**PRACTICE**

Appeal from Trial Division’s decision ([1999] 1 F.C. D-37) Commissioner of Patents had no discretion to extend time for appellant to apply for reinstatement of international patent application deemed to have been abandoned in February 1993—By virtue of Patent Cooperation Treaty and Patent Cooperation Treaty Regulations (Canadian Regulations), applicant entitled to seek registration in Canada within 30 months of priority date, namely February 1993, but failed to do so and application deemed abandoned as of that date—Canadian Regulations, s. 15(3) allowing further 12 months for appellant to request reinstatement of application, but request made 18 months after abandonment—Appeal dismissed—Commissioner had no authority to

PATENTS—Continued

extend period for reinstatement beyond 12-month period prescribed by Canadian Regulations, s. 15(3)—Treaty provision authorizing Contracting States to extend time (s. 48(2)(b)) not self-executing provision of international law having automatic legal effect upon adoption as national law—Rather, enabling provision requiring Canada to take some steps effective by Canadian law to extend time or authorize someone to exercise discretion to extend time—Canadian Regulations did not enact such change—Rather, Canadian Regulations, s. 15(3) specifically limiting time to 12 months—Patent Cooperation Treaty Regulations, SOR/89-453, s. 15(3) (as am. by SOR/94-284, s. 4)—Patent Cooperation Treaty, June 19, 1970, [1990] Can. T.S. No. 22, Art. 48(2)(b).

FIRST GREEN PARK PTY. LTD. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-674-98, Strayer J.A., judgment dated 22/3/00, 6 pp.)

Appeal from Motions Judge’s determination notice of compliance should not have been issued for Nu-Enalapril—Merck patentee for enalapril maleate, medicinal ingredient in Vasotec—Obtained notice of compliance for Vasotec in 1987—Enalapril maleate also medicinal ingredient in Apo-Enalapril, for which Apotex obtained notice of compliance in 1993, but as Apo-Enalapril infringing Merck’s patent no longer marketed—In September 1997 Nu-Pharm filed abbreviated new drug submission (ANDS) for Nu-Enalapril containing enalapril maleate—In ANDS information as to safety, efficacy of new drug inferred from similarity to “Canadian reference product” defined, *inter alia*, as drug in respect of which notice of compliance issued—Vasotec, Apo-Enalapril possible Canadian reference products—Requirements of Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations must also be satisfied before notice of compliance issuing—Register of “patent lists” foundation of those Regulations—Person obtaining notice of compliance for drug embodying patented medicine, and who is owner or exclusive licensee of patent, may file patent list—Anyone who files ANDS referring to drug for which patent list filed must comply with Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 5(1) requiring certain allegations be made by person filing submission for notice of compliance for drug comparing drug with, or making reference to, another drug marketed in Canada pursuant to notice of compliance issued to first person and in respect of which patent list submitted—No patent list for Apo-Enalapril because Apotex not holding patent—Notice of compliance for Apo-Enalapril obtained by comparison to Vasotec—Nu-Pharm’s ANDS specifying only Apo-Enalapril as Canadian reference product—In 1999 Minister of Health issuing notice of compliance—Whether Regulation 5(1) engaged by filing of ANDS if Canadian reference product named not subject of patent list, but notice of compliance for Canadian reference product obtained by comparison to drug that is subject of patent list—*Nu-Pharm Inc. v. Canada (Attorney*

PATENTS—Concluded

General) (1997), 73 C.P.R. (3d) 510 (F.C.T.D.); *affd* (1998), 80 C.P.R. (3d) 74 (F.C.A.), wherein F.C.A. held cannot circumvent Regulations by cross-referencing drug submission to generic, which filed abbreviated new drug submission, applied—There Nu-Pharm submitting new drug submissions cross-referenced to ANDS previously filed by another generic drug company—Cross-referenced information consisting of tests demonstrating drugs essentially same as those manufactured by innovators for which patent lists filed—F.C.A. holding, while Nu-Pharm claiming to compare its drug to generic's drug, in essence comparing it to that of original patentee because generic compared its drug to that of patentee—ANDS for Nu-Enalapril, by using Apo-Enalapril as Canadian reference product, inviting comparison to Vasotec just as if Vasotec named, because new drug submission for Apo-Enalapril used Vasotec as Canadian reference product—Nu-Pharm cannot deny wishes comparison to be made between Nu-Enalapril and Vasotec nor avoid obligations of Regulation 5(1)—Food and Drug Regulations, s. C.08.004.1, precluding Minister from issuing notice of compliance to second manufacturer for five years if all three conditions therein met—*Bayer Inc. v. Canada (Attorney General)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 293 (F.C.A.) holding Minister not relying on data contained in information, material filed by innovator when issues notice of compliance to generic drug manufacturer using innovator's drug as Canadian reference product; C.08.004.1 not automatically applying in such circumstances because similarity between two drugs could be determined without actually referring to innovator's confidential information filed with Minister—Nu-Pharm arguing to require compliance with Regulation 5(1) herein requiring modification of phrase “wishes to compare that drug with, or make reference to, another drug” in Regulation 5(1) so that reads “wishes to compare that drug directly or indirectly with, or make reference directly or indirectly to, another drug”—But Nu-Pharm not seeking indirect comparison to Vasotec—Seeking direct comparison to Vasotec although disguising fact by form of ANDS—Interpretation of Regulation 5(1) adopted by Motions Judge consistent with both words, objective of legislation—Application dismissed—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 5 (as am. by SOR/98-166, s. 4)—Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870, s. C.08.004.1 (as enacted by SOR/95-411, s. 6).

MERCK & CO., INC. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(A-804-99, Sharlow J.A., judgment dated 13/3/00,
15 pp.)

PRACTICE**APPEALS AND NEW TRIALS**

Motion to transfer appeal of prothonotary's order to Court of Appeal—Prothonotary striking out statement of claim—Registry refusing to accept notice of appeal for filing in

PRACTICE—Continued

Court of Appeal on basis Federal Court Rules, 1998, r. 51 permitting prothonotary's order to be appealed only to Trial Division—Plaintiff brought motion under r. 51 to appeal prothonotary's decision to Trial Division, together with motion to transfer appeal to Court of Appeal on basis prothonotary's order striking out statement of claim “final judgment” within Federal Court Act, s. 27(1)(a) from which appeal lying directly to Court of Appeal—Historical development of office of prothonotary reviewed—1970 Federal Court Act, s. 12(3) providing powers, duties, functions of prothonotaries determined by Rules—S. 46(1)(h) permitting judges to make rules concerning prothonotaries' jurisdiction—Former Federal Court Rules, R. 336(5) permitting appeal from prothonotary's order to Trial Division if matter in Trial Division and to Court of Appeal if matter in Court of Appeal—1985 Federal Court Act, s. 46(1) permitting rules committee to make general rules, orders—Federal Court Rules, 1998 subordinate legislation, cannot prevail over any provision in Act of Parliament—Given Act, ss. 12(3), 46(1)(h), Rules created framework governing jurisdiction to be exercised by prothonotaries—R. 50(1)(b) expressly prohibiting prothonotaries from hearing motions in Court of Appeal—R. 51 permitting party to appeal prothonotary's order to Trial Division—Under existing legislative scheme in context of historical development, prothonotaries judicial officers whose assistance necessary for efficient performance of Court's work, and whose powers, duties, functions determined by Rules—By virtue of Act, ss. 12(3), 46(1)(h) prothonotaries' jurisdiction defined, circumscribed by Rules—S. 46(1)(h) clearly requiring exercise of authority, jurisdiction by prothonotary must be “subject to supervision of Court”—In conformity with legislative mandate to prescribe not only jurisdiction but also method of supervision of prothonotaries by Court, Federal Court Rules, 1998, rr. 50, 51 enacted—In providing party may appeal prothonotary's order to judge of Trial Division, r. 51(1) constituting “supervision of Court” required by s. 46(1)(h)—In making r. 51(1), rules committee determining, in conformity with s. 46(1)(b), (h) desirable for effectual execution, working of Federal Court Act, attainment of intention, objects to require prothonotaries to be supervised initially on appeal by judges of Trial Division—That first level of appeal or supervision not derogating from right of party to appeal further to Court of Appeal under s. 27(1)—In circumstances, final or interlocutory order of prothonotary not becoming final or interlocutory order of Trial Division, for purposes of appeal to Court of Appeal under s. 27(1), until Trial Division rendering order on appeal of prothonotary's order under r. 51(1)—Alternatively final or interlocutory order of prothonotary not appealable directly to Court of Appeal under s. 27(1) on basis not final or interlocutory order of Trial Division—Prothonotaries not judges, and by virtue of Federal Court Act, ss. 4, 5 not members of either Trial Division or Court of Appeal—As result, prothonotary's order not final order or interlocutory order of Trial Division—Appeal not lying directly to Court of Appeal from

PRACTICE—Continued

prothonotary's order—R. 49 permitting only proceeding commenced in one division of Court to be transferred to other division—"Proceeding" used in context of actions, appeals, applications, all of which commenced by issuance of originating document—"Motion" defined as request to Court under, or to enforce, Rules—Motion therefore not proceeding, but request to Court within context of proceeding—By virtue of r. 51(1), prothonotary's order only appealable by way of motion to judge of Trial Division—Since such motion not proceeding, no jurisdiction to transfer it to Court of Appeal—Motion dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 4, 5, 27(1)(a)—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 12(3), 46(1)(b), (h)—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 49, 50, 51—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 336.

VAUGHAN V. CANADA (T-133-99, McGillis J., order dated 10/3/00, 15 pp.)

CASE MANAGEMENT*Status Review*

Completion of status review—Action involving large number of defendants as result of service, execution of "rolling" Anton Piller orders against various individuals—No factual nexus between defendants—Only connection between defendants infringement of plaintiff's intellectual property rights—At invitation of Richard A.C.J. (as he then was), three categories of defendants identified: (1) defendants in respect of whom plaintiff entitled to obtain default judgment but had not done so; (2) defendants in respect of whom plaintiff had no intention of pursuing matters to final order; (3) defendants in respect of whom plaintiff intended to proceed to final orders by way of summary judgment applications or motions for judgment—Fourth category not raised consisting of defendants against whom plaintiff already obtaining final order, or in which notice of discontinuance filed—Since those submissions made, default judgments granted, motions for summary relief brought, changing status of many claims—Case management not issue where default judgment obtained—Claim subject of final order, by consent or otherwise, not subject to case management—Action where permanent injunction obtained ought to be considered concluded—Having regard to activity on file since notice of status review issued, Court not in position to easily identify which claims could be subject of case management—Counsel asked to submit list of defendants whose claims subject to case management on basis not subject to final order or notice of discontinuance, and not abandoned—Usual practice to not permit further steps in proceeding once status review initiated—Any steps currently under way may be completed without further order, subject to any order Case Management Judge may make—No further steps may be undertaken prior to appointment of Case Management Judge—No new defendants should be

PRACTICE—Continued

added to statement of claim prior to appointment of case management judge, and thereafter only with leave because difficult to conduct orderly review when number of parties involved changing—Practical difficulties created by sheer volume of defendants calling for some limit upon their number.

TIME WARNER ENTERTAINMENT CO., L.P. V. DOE (T-1064-98, Pelletier J., order dated 5/4/00, 7 pp.)

CONTEMPT OF COURT

Show cause hearing launched by plaintiff against defendant and sole director following October 1998 injunction order issued by Associate Senior Prothonotary (ASP) by way of judgment by default in matter of trade-mark infringement—Both parties notified Court would raise issue of validity of injunction in view of Federal Court Rules, 1998, r. 50(1)(e) providing prothonotaries without jurisdiction to issue injunctions—Proper forum to challenge validity of injunction not at show cause hearing—Where litigant feels Court decision wrong, appropriate course of conduct to challenge it through available legal channels rather than by refusing to obey it—Evidence clear defendant and director were and still are in contempt of Court as continued to infringe trade-mark after being enjoined from doing so—Counsel for plaintiff described defendant's promotion as "willful, fraudulent scheme deserving of stern punishment"—Defendant Guaranteed Estate and director each fined \$5,000 and ordered to pay costs on solicitor-client basis, all payable within 30 days—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 50(1)(e).

MANUFACTURERS LIFE INSURANCE CO. V. GUARANTEED ESTATE BOND CORP. (T-1436-96, Dubé J., order dated 8/2/00, 7 pp.)

JUDGMENTS AND ORDERS*Default Judgment*

Application for order pursuant to settlement agreement between plaintiffs and defendant David Hui c/o Honey House Bedding & Housewares—Agreement providing for payment of certain sum of money as damages but if defendant pays lesser sum, excess of damages over amount paid will be forgiven—In default, however, defendant consents to judgment being entered for entire amount of damages less any amounts paid—Defendant also consenting to judgment for permanent injunction restraining him from infringing upon plaintiffs' trade-marks and to surrender of goods seized from him pursuant to prior Court order—Court asked to issue order incorporating permanent injunction and surrender of property seized, leaving it open to plaintiffs to apply for monetary judgment in event of default in payment of agreed upon amount—Application dismissed—In *Carpenter Fishing*

PRACTICE—Continued

Corp. v. Canada, [1998] 2 F.C. 548, Federal Court of Appeal held there should only be one judgment at conclusion of trial and that judgment ought not to be rendered in installments—Principle applicable to default judgments—No authority to spread final order of Court over number of orders—No need to depart from established principles herein—To extent motion seeking some final relief now but seeking to hold door open for further final order at later date, motion should not be granted.

WALT DISNEY CO. (CANADA) V. PERSONS UNKNOWN (T-1058-98, Pelletier J., order dated 23/2/00, 3 pp.)

Reversal or Variation

Application for reconsideration of order by way of endorsement on ground portion of order related to matter upon which no argument—Court initially ordering sale of former Canadian naval vessels to American buyers—Sale not completed—Order in question arising out of application to approve second sale—Defendants objecting to last three sentences of paragraph 8 of order as to ownership of military hardware, including missile system, on board—Paragraph referring to initial sale—Defendant Crawford, claiming to be purchaser from Canadian military—Concerned conclusion in order might prejudice claim against military as to ownership of ships—Conclusion as to ownership not supported by affidavit evidence at hearing resulting in order, but based on representations in earlier motion for inspection of ships, opposed on ground sensitive equipment on board—Prothonotary reminded of danger of confusing, perhaps misconstruing unsupported representations by counsel with affidavit evidence—Federal Court Rules, 1998, r. 397, providing for motions to reconsider, correct mistakes, not empowering judge to re-examine conclusions drawn from evidence: *Kun Shoulder Rest Inc. v. Joseph Kun Violin and Bow Maker Inc.* (1999), 172 F.T.R. 149 (F.C.T.D.)—*Kun Shoulder* not applicable herein as no evidence, merely representations at earlier stage, dealing with status of military equipment—Reconsideration deals with inadvertent mistake or omission: *Sivakumar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 150 F.T.R. 299 (F.C.T.D.)—Thus conclusion as to ownership of military, unsupported by affidavit evidence, inadvertent mistake subject to reconsideration—Removal of last sentence preserving *status quo* between military, Crawford—Amended order to issue—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 397.

UNITED PARTS OF FLORIDA INC. V. CRAWFORD (T-778-99, Hargrave P., order dated 17/1/00, 5 pp.)

Appeal from dismissal of motion for relief against operation of paragraph of judgment granting permanent injunction to respondents from infringing patent (1998), 78 C.P.R. (3d) 376—Judgment varied on appeal, but paragraph

PRACTICE—Continued

in question intact—Paragraph restraining defendant from infringing claims 1 to 5, 8 to 15 of patent, and in particular from manufacturing, using, offering for sale, selling tablets containing enalapril maleate—If motion successful, appellant could contest validity of claims 1, 8, 11 by limiting scope, operation of paragraph to tablets containing enalapril maleate and no other compound—Appellant arguing broad scope of claim 1 preventing it from using, selling compounds developed subsequent to trial judgment—Therefore unless paragraph 3 varied, appellant prevented from litigating validity of claim 1, other claims now seeking to impeach—In dismissing motion, MacKay J. noting validity of claim underlying finding of infringement, injunction—Holding Court lacking jurisdiction to vary terms of injunction, direct trial of issues—Appeal dismissed—In view of manner in which cause of action framed, issue of infringement not fundamentally confined to that involving only use, sale of enalapril maleate—Statement of claim seeking relief in respect of all acts of infringement by defendant, not only those acts involving use, sale of enalapril maleate—That plea not attacked as improper before action tried—Having regard to admission in amended statement of defence plaintiff entitled to exclusivity granted under Patent Act in respect of claims, issue with respect to validity of claim 1 cannot now be raised as action finally disposed of at trial and on appeal—Trial judgment based to extent on concession of exclusivity in determining claim infringed—Invalidity of claims 8, 11 as defence dismissed at trial—Alternatively issue of validity should have been raised at trial—While Patent Act, s. 56 sufficient defence to claimed infringement by use, sale of enalapril maleate prior to issuance of patent, not extending to use, sale of other compounds covered by claim 1 encompassed in plea in statement of claim—Policy of law strongly favouring finality of court orders, not only so as to ensure certainty of transactions but also integrity of judicial process—Policy consistently upheld in England, Canada for century and half—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 56 (as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 199).

APOTEX INC. V. MERCK & CO. INC. (A-36-98, Stone J.A., judgment dated 14/12/99, 10 pp.)

PARTIES*Intervention*

Motion by Métis National Council to be added as intervener—Action seeking declarations defendants breached constitutional, other obligations owed to plaintiffs—Lesser amount of compensation paid to Métis compared to other Aboriginal persons (status Indians) for displacement from hunting, fishing, trapping in northern Saskatchewan to allow for weapons range focus of claim—Applicant seeking intervener status because (1) decision will likely affect other Métis; and (2) has special knowledge, expertise with respect

PRACTICE—Concluded

to Métis claims that it considers will assist Court in litigation—Defendants opposing application for intervenor status—Arguing applicant’s interest in case similar to that said to be insufficient to justify intervenor status in *Tioxide Canada Inc. v. Canada* (1994), 174 N.R. 212 (F.C.A.) and *R. v. Bolton*, [1976] 1 F.C. 252 (C.A.)—In those cases individuals sought to intervene because had claims pending of similar nature, and legal rules established in plaintiffs’ cases would set precedents that would affect litigation being pursued by prospective interveners (referred to as “jurisprudential” interest in *Tioxide*)—While applicant not having direct interest in outcome of present litigation, individuals it represents do, and those interests likely to be substantial—Applicant’s interest stronger than mere jurisprudential interest, although that exists as well—Interests of individuals applicant seeking to protect grounded in same fact situation as those of plaintiffs, thus meeting first two parts of test set out in *Canadian Council of Professional Engineers v. Memorial University of Newfoundland* (1997), 135 F.T.R. 211 (F.C.T.D.)—Defendants arguing applicant will not offer different perspective to litigation, or alternatively applicant as intervenor will broaden scope of litigation so that becomes unwieldy, massive Aboriginal rights claim—Intervener may not litigate new issues: *Yale Indian Band v. Aitchelitz Indian Band* (1998), 151 F.T.R. 36 (F.C.T.D.)—Court confident applicant will not seek to expand parameters of claim, which in any event may not do—While argument intervenor may not contribute evidence different from what plaintiff intending to adduce may be correct, not meaning intervenor’s perspective on that evidence not different—In *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 1 F.C. 90, C.A. articulated relevant approach: to intervene in public interest litigation organization must be genuinely interested in issues raised by action and possess special knowledge, expertise related to issues raised—Applicant not public interest group—Represents individuals who have more direct interest in litigation than members of such groups—Present litigation raising Charter issues—Applicant not standing in less favourable position as prospective intervenor than public interest groups granted standing in *Rothmans, Workers’ Compensation* cases—Applicant bringing sufficiently different perspective to litigation from that of plaintiffs to entitle it to intervenor status, and involvement in litigation would assist Court in determination of dispute between parties—Intervener status granted.

MAURICE V. CANADA (MINISTER OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT) (T-1057-96, Reed J., order dated 17/2/00, 6 pp.)

RCMP

Appeal from Motions Judge’s decision granting application for judicial review ((1998), 149 F.T.R. 200)—In 1994 respondent claiming loss under RCMP Relocation Directive of \$207,000 as eligible proportion of decline in value from

RCMP—Continued

January 1, 1993 to sale in August 1994 of house in Toronto—House owned by Ms. Baker with whom respondent lived in common law relationship since January 1, 1993—Ms. Baker purchased house in 1988, sold house in 1994 at loss—RCMP Commissioner, relying on, adopting findings of Acting Chair of External Review Committee (Ms. Lynch): date of deemed acquisition of house day when respondent ceased to regard house owned in Victoria, previous posting, as principal residence—In allowing judicial review application, Motions Judge holding Ms. Lynch’s recognition in reasons of factual situations to which her interpretation not applicable indication “principal interpretative finding” “fundamentally flawed”—Appeal allowed—Motions Judge erred in assuming Ms. Lynch’s interpretation of Directive reviewable on standard of correctness—Elements of functional analysis for determining appropriate standard of review applied—(1) That some deference owed to Ms. Lynch’s decision suggested by Royal Canadian Mounted Police Act, s. 32 providing Commissioner’s decision in respect of any grievance final, binding and, except for judicial review under Federal Court Act, not subject to appeal, review by any Court—(2) Nature of decision-making scheme for dealing with grievances also indicating judicial restraint appropriate—Before Commissioner rendering decision on grievance must have been subject of internal “level 1” grievance adjudication and, in absence of waiver by member, report by External Review Committee—Only in most unusual circumstances should reviewing Court intervene in decisions made by series of tribunals specifically designed for task—(3) Since Commissioner confirmed findings by External Review Committee, relevant to consider institutional characteristics of Committee, which is expressly empowered to review interpretation of Directive by RCMP Regulations, 1988, s. 36(d)—Committee enjoying degree of independence from RCMP—As permanent, rather than *ad hoc* body, Committee acquiring considerable experience in interpretation, application of Directive, and entitled to measure of deference—(4) Issues in dispute squarely within expertise of Committee: involve interpretation of Directive, by no means “general law”—(5) Directive appendix to Administrative Manual, administrative quasi-legislation governing various aspects of RCMP members’ conduct, rather than either subordinate legislation promulgated under discrete statutory power, or formal contractual document—Policy objectives reimbursement of members for actual, reasonable, legitimate relocation expenses, and to minimize costs to public of relocation of officers—Commissioner’s decision relying upon reasoned, detailed findings by External Review Committee interpreting Directive should be subject to minimal judicial scrutiny—Only if decision patently unreasonable should it be set aside—Something to be said for both possible interpretations of Directive recognized by Ms. Lynch—Not patently unreasonable for Commissioner to adopt interpretation preferred by Ms. Lynch—Unusual facts herein not contemplated by drafters of Directive—That Ms. Lynch acknowl-

RCMP—Concluded

edging interpretation might require modification in light of different facts not indicating patently unreasonable—Commissioner's decision satisfied minimal standard of "patent unreasonableness"—Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C., 1985, c. R-10, s. 32 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 65)—Royal Canadian Mounted Police Regulations, 1988, SOR/88-361, s. 36(d) (as am. by SOR/95-535, s. 3).

MILLARD V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(A-495-98, Evans J., judgment dated 2/3/00, 8 pp.)

TRADE MARKS**PRACTICE**

Motion by defendants under r. 107 for postponing discovery and determination of remedial issues until after discovery and trial of question of liability—Plaintiff suing defendants for infringement and usurpation of plaintiff's exclusive rights in various trade-marks—Applicable test formulated in *Ilva Saronno S.p.A. v. Privilegiata Fabbrica Maraschino "Excelsior"*, [1999] 1 F.C. 146 (F.C.T.D.)—Affidavit filed by defendants in support of their motion containing no evidence allowing assessment as to whether severance at this point of issue of damages or profits likely to result in just, expeditious and least expensive determination—Motion dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 107.

VEUVE CLICQUOT PONSARDIN V. LES BOUTIQUES
CLICQUOT LTÉE (T-2080-98, Morneau P., order dated
14/3/00, 5 pp.)

REGISTRATION

Appeal from Registrar of Trade-marks, decision refusing application for registration filed by applicant for trade mark "Ixel" in connection with antidepressants—Registrar refused application owing to risk of confusion between applicant's mark "Ixel" and respondent's mark "Paxil"—Only issue in dispute between parties whether reasonable risk of confusion between marks in question as of date of Registrar's decision—Additional evidence adduced by each party significant and important as it covered basic issue as to degree of resemblance between trade-marks in question, aspect of evidence considered deficient by Registrar—It clearly indicated no risk of confusion in relation to French pronunciation of trade-marks—Evidence no longer contradictory—In pronunciation of trade-marks, emphasis must be placed on first syllable, which creates dominant impression in public's mind—First syllable, of "Paxil" and "Ixel" must therefore assume greater importance than unaccented suffix, in assessing risk of confusion—Visually, as well, beginning of words must have preponderance—Both marks invented words and intrinsically distinctive, not conveying any

TRADE MARKS—Concluded

particular idea and associated with identical products distributed through same channels—Respondent has failed to demonstrate trade-mark "Paxil" has become known in Canada as its trade-mark—Registrar's decision can no longer stand, since applicant has established no reasonable risk of confusion between its trade-mark "Ixel" and respondent's trade-mark "Paxil"—Appeal allowed.

PIERRE FABRE MÉDICAMENT V. SMITHKLINE BEECHAM
CORP. (T-2093-98, Pinard J., order dated 29-3-00, 10 p.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Application for judicial review from Tax Court of Canada judge's decision dismissing appeal from two determinations by MNR that claimant's employment in law firm of *de facto* spouse from 1992 to 1996 not insurable—Applicant claiming Unemployment Insurance Act, s. 3(2)(c) (which, except when Minister satisfied exception well-founded, excludes employment when employer and employee not dealing at arm's length) unconstitutional as violating right to equality under Charter, s. 15 and that determinations not consistent with facts—Application allowed (Desjardins J.A. dissenting)—Marceau J.A.: None of conditions for application of Charter, s. 15 laid down by the Supreme Court in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, present in case at bar—Differential treatment in procedure not based on personal characteristic of claimants in question; it does not limit access by anyone to benefits of Act since any contract regarded as genuine will be covered; and finally dignity of individual not affected—Impugned provision result of requirement of caution in accepting as genuine and proper contract of employment concluded between two already related persons—Investigation by T.C.C. judge did not meet requirements of justice: did not fulfil his role to investigate all facts with parties and witnesses called to testify under oath for first time and to consider whether Minister's conclusion still seemed reasonable—Décary J.A.: Although presumption of exception which a *de facto* spouse must rebut under Unemployment Insurance Act, s. 3(2)(c)(ii) before she can qualify for unemployment insurance benefits meets first two criteria for application of Charter, s. 15 according to *Law* (Act establishing formal distinction between claimant and others based on personal characteristic and claimant subject of different treatment based on listed or similar grounds), it does not meet third criterion (differential treatment does not demean claimant's human dignity)—However, no evidence on application of Charter, s. 15 nor on justification allowed by s. 1 before T.C.C. or in this Court—Desjardins J.A. (dissenting): Unemployment Insurance Act, s. 3(2)(c) read together with Income Tax Act, s. 251(1)(a) and (2)(a) violating Charter, s. 15—Although issue turning only on presumption, which creates burden of proof, presumption subject to provisions of Charter—Presumption based on personal

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Continued

characteristic of applicants, namely blood, marriage or adoption—Marital status analogous ground of discrimination within meaning of Charter, s. 15—And imposition of additional burden of proof reflecting existence of stereotype—Impugned provision in case at bar also demeaning human dignity—Application should be allowed and T.C.C. should proceed with a re-hearing dealing with Charter, s. 1, on basis that s. 3(2)(c) violating Charter, s. 15—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 3(2)(c)—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15—Income Tax Act, R.S.C., 1985, (5th Supp.), c. 1, s. 251(1)(a), (2)(a).

PÉRUSSE v. M.N.R. (A-722-97, Marceau, Desjardins (dissenting) and Décary J.J.A., judgment dated 10/3/00, 33 pp.)

Application for judicial review of Tax Court of Canada's decision, holding earnings paid to respondent during period in dispute insurable earnings—Respondent had been working as director of nursing at Amqui Hospital since September 4, 1990—In October 1990, she signed an agreement with

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded

employer providing deferred pay leave averaged over five years—Under agreement, respondent provided four years of services for which she agreed employer would hold back 20% of annual compensation for each of these years, to be returned to her in fifth year—During period in question, respondent provided no services to employer—T.C.J. mistaken about nature and effect of agreement signed by respondent and overlooked provisions of Unemployment Insurance Regulations, s. 13(1)—Under article 1 of agreement, deferred leave is leave of definite duration taken within period of deferment of compensation—Definition clearly establishing deferred leave without pay or without compensation—T.C.J. erred in comparing respondent's leave without pay to remunerated vacation period—Rather, amount salary earned for periods of work prior to period in dispute, but payment of which to respondent has been deferred in part—Amount received by respondent during period in question nothing but sum earned prior to that period and which, at her request, had been withheld as deferred payment—Application allowed—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 13(1) (as am. by SOR/80-805, s. 1).

CANADA v. HUARD (A-710-98, Létourneau J.A., judgment dated 17/2/00, 7 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande de révision judiciaire d'une décision d'un juge de la Cour canadienne de l'impôt rejetant l'appel contre deux décisions du MRN que les emplois qu'avait exercés la requérante dans le cabinet d'avocats de son conjoint de fait entre 1992 et 1996 étaient non-assurables—La requérante prétend d'abord que l'art. 3(2)c) de la Loi sur l'assurance-chômage (qui, sauf si on peut convaincre le ministre du bien-fondé d'une exception, exclut les emplois dans les cas où l'employeur et l'employé ont entre eux un lien de dépendance) est inconstitutionnel parce qu'il violerait le droit à l'égalité garanti par l'art. 15 de la Charte; ensuite, que les décisions ne respectaient pas les faits—Demande accueillie (le juge Desjardins étant dissidente)—Le juge Marceau, J.C.A.: Aucune des conditions d'application de l'art. 15 de la Charte dégagées par la Cour suprême du Canada dans son arrêt de principe *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, n'existe en l'espèce—La différence de traitement dans le processus n'est pas fondée sur une caractéristique personnelle des prestataires en cause, elle ne limite pas en définitive l'accès de qui que ce soit aux bénéficiaires de la Loi puisque tout contrat jugé sérieux sera couvert et, enfin, la dignité de la personne humaine de personne n'est pas impliquée—La disposition en cause traduit une exigence de prudence dans l'acceptation comme réel et sérieux du contrat de travail intervenu entre personnes déjà liées—L'enquête telle que conduite par le juge de la C.C.I. n'a pas satisfait les exigences de la justice: il n'a pas rempli son rôle de s'enquérir de tous les faits auprès des parties et des témoins appelés pour la première fois à s'expliquer sous serment et de se demander si la conclusion du ministre paraît toujours raisonnable—Le juge Décary, J.C.A.: Bien que la présomption d'exclusion que doit repousser une conjointe de fait aux termes de l'art. 3(2)c)(ii) de la Loi sur l'assurance-chômage avant de pouvoir se qualifier à des prestations d'assurance-chômage satisfasse aux deux premiers critères d'application de l'art. 15 de la Charte selon l'arrêt *Law* (la Loi établit une distinction formelle entre la requérante et d'autres personnes en raison d'une caractéristique personnelle et la requérante fait l'objet d'une différence

ASSURANCE-CHÔMAGE—Suite

de traitement fondée sur un des motifs énumérés ou analogues), elle ne satisfait pas au troisième (la différence de traitement ne porte pas atteinte à la dignité humaine de la requérante)—Il n'y avait toutefois devant la C.C.I. ni devant la présente Cour aucune preuve portant sur l'application de l'art. 15 de la Charte non plus que sur la justification permise par l'art. 1—Le juge Desjardins, J.C.A. (dissidente): L'art. 3(2)c) de la Loi sur l'assurance-chômage, lu conjointement avec l'art. 251(1)a) et (2)a) de la Loi de l'impôt sur le revenu, viole l'art. 15 de la Charte—Même si la question en litige ne porte que sur une présomption, qui, elle, entraîne un fardeau de preuve, cette présomption est soumise aux prescriptions de la Charte—La présomption est fondée sur une caractéristique personnelle des demandeurs, soit le sang, le mariage ou l'adoption—L'état matrimonial est un motif de discrimination analogue au sens de l'art. 15 de la Charte—Et l'imposition d'un fardeau de preuve additionnel reflète l'existence d'un stéréotype—La mesure attaquée en l'espèce porte atteinte à la dignité humaine—La demande devrait être accueillie et la C.C.I. devrait procéder à une nouvelle audition portant sur l'art. 1 de la Charte, en tenant pour acquis que l'art. 3(2)c) viole l'art. 15 de la Charte—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 3(2)c)—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, 15—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 251(1)a), (2)a).

PÉRUSSE C. M.R.N. (A-722-97, juges Marceau, Desjardins (dissidente) et Décary, J.C.A., jugement en date du 10-3-00, 33 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt qui a conclu que les gains versés à la défenderesse au cours de la période en litige étaient des gains assurables—La défenderesse travaillait comme directrice de soins infirmiers depuis le 4 septembre 1990 à l'Hôpital d'Amqui—En octobre 1990, elle a conclu avec

ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

son employeur une entente visant un congé à traitement différé à l'intérieur d'une période d'étalement de cinq ans—En vertu de cette entente, la défenderesse a fourni quatre années de prestation de services pour lesquelles elle a accepté que son employeur conserve, pour chacune de ces années, à charge de lui remettre la 5^e année, 20% de sa rémunération annuelle—Durant la période en litige, la défenderesse n'a fourni aucun service à son employeur—Le juge de première instance s'est mépris sur la nature et l'effet de l'entente signée par la défenderesse et il n'a pas tenu compte des dispositions de l'art. 13(1) du Règlement sur l'assurance-chômage—Selon l'article 1 de l'entente, le congé à traitement différé est un congé d'une durée déterminée pris à l'intérieur d'une période d'étalement de la rémunération—La définition établit clairement qu'il s'agit d'un congé sans solde ou sans rémunération—Le juge de première instance a commis une erreur en comparant le congé sans solde de la défenderesse à une période de vacances rémunérées—Il s'agit plutôt d'un montant qui est un traitement gagné pour des périodes de travail antérieures à la période en litige, mais dont le paiement à la défenderesse a été différé pour partie—Le montant que la défenderesse a touché durant la période en litige n'était rien d'autre qu'une somme qu'elle avait acquise antérieurement à cette période et qui, à sa demande, avait été retenue en vue d'un paiement différé— Demande accueillie—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., ch. 1576, art. 13(1) (mod. par DORS/80-805, art. 1).

CANADA C. HUARD (A-710-98, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 17-2-00, 7 p.)

BREVETS**PRATIQUE**

Appel d'une décision de la Section de première instance ([1999] 1 C.F. F-27)—Le commissaire aux brevets n'avait pas le pouvoir discrétionnaire d'accorder une prorogation de délai pour permettre à l'appelante de rétablir une demande de brevet internationale réputée abandonnée en février 1993—En vertu du Traité de coopération en matière de brevets et du Règlement d'application du Traité de coopération en matière de brevets (Règlement canadien), le demandeur pouvait demander l'enregistrement au Canada dans un délai de 30 mois à compter de la date de priorité, soit jusqu'en février 1993, mais il ne l'a pas fait et la demande a été considérée comme abandonnée à compter de cette date—Selon l'art. 15(3) du Règlement canadien, l'appelante avait un délai supplémentaire de 12 mois pour demander le rétablissement de la demande, mais elle l'a demandé 18 mois après l'abandon—Appel rejeté—Le commissaire n'avait pas le pouvoir de proroger le délai de rétablissement de la demande de brevet abandonnée au-delà de la période de 12 mois prévue à l'art. 15(3) du Règlement canadien—La disposition du Traité autorisant un État contractant à proroger les délais (art. 48(2)b)) n'est pas une disposition de

BREVETS—Suite

droit international directement applicable, qui, si elle est adoptée comme droit national, produit un effet juridique automatique—Au contraire, c'est une disposition habilitante qui porte que le Canada devra prendre des mesures valides en droit canadien pour proroger le délai ou autoriser une personne à exercer le pouvoir discrétionnaire de proroger le délai—Le Règlement canadien n'a pas introduit un tel changement—L'art. 15(3) du Règlement canadien vient précisément limiter le délai à 12 mois—Règlement d'application du Traité de coopération en matière de brevets, DORS/89-453, art. 15(3) (mod. par DORS/94-284, art. 4)—Traité de coopération en matière de brevets, 19 juin 1970, [1990] R.T. Can., n° 22, art. 48(2)b).

FIRST GREEN PARK PTY. LTD. C. CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL) (A-674-98, juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 22-3-00, 6 p.)

Appel interjeté à l'encontre de la décision de la juge des requêtes portant que l'avis de conformité relatif au produit Nu-Énalapril n'aurait pas dû être délivré—Merck est titulaire du brevet relatif au maléate d'énalapril, l'ingrédient médicamenteux du produit appelé Vasotec, et a obtenu un avis de conformité à l'égard de celui-ci en 1987—Le maléate d'énalapril est également l'ingrédient médicamenteux du produit Apo-Énalapril, pour lequel Apotex a obtenu un avis de conformité en 1993, mais ledit produit n'est plus commercialisé, puisqu'il constitue une contrefaçon du brevet de Merck—En septembre 1997, Nu-Pharm a déposé une présentation abrégée de drogue nouvelle (PADN) à l'égard des comprimés Nu-Énalapril renfermant du maléate d'énalapril—Dans une PADN, les renseignements concernant la sécurité et l'efficacité de la nouvelle drogue sont induits de la similitude de celle-ci avec un «produit de référence canadien», qui est défini, notamment, comme une drogue pour laquelle un avis de conformité a été délivré—Les produits Vasotec et Apo-Énalapril auraient pu être considérés comme des produits de référence canadiens—Pour obtenir la délivrance d'un avis de conformité, il est également nécessaire de prouver que le Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) est respecté, lequel Règlement repose sur un registre des «listes de brevets»—Une personne qui obtient un avis de conformité à l'égard d'une drogue contenant un médicament breveté et qui est le propriétaire du brevet ou le titulaire de licence exclusif s'y rapportant peut déposer une liste de brevets—Toute personne qui dépose une PADN renvoyant à une drogue à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise doit se conformer à l'art. 5(1) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), lequel exige la formulation de certaines allégations par la personne qui dépose une demande d'avis de conformité pour une drogue et souhaite en faire la comparaison, ou faire renvoi, à une autre drogue qui a été commercialisée au Canada aux termes d'un avis de conformité délivré à la première personne et à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise—Il n'y

BREVETS—Suite

aucune liste de brevets à l'égard du produit Apo-Énalapril, étant donné qu'Apotex n'est pas le titulaire du brevet—L'avis de conformité se rapportant au produit Apo-Énalapril a été obtenu au moyen d'une comparaison avec le Vasotec—Dans la PADN qu'elle a soumise à l'égard du produit Nu-Énalapril, Nu-Pharm mentionne uniquement le produit Apo-Énalapril à titre de produit de référence canadien—En 1999, le ministre de la Santé a délivré un avis de conformité—La question à trancher est celle de savoir si l'application de l'art. 5(1) du Règlement est déclenchée par le dépôt d'une PADN lorsque le produit de référence canadien qui y est désigné n'est pas l'objet d'une liste de brevets, mais que l'avis de conformité relatif au produit en question a été obtenu au moyen d'une comparaison avec une drogue figurant sur une liste de cette nature—Application de l'arrêt *Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général)* (1997), 73 C.P.R. (3d) 510 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (1998), 80 C.P.R. (3d) 74 (C.A.F.), où il a été décidé qu'il est interdit de contourner les exigences réglementaires en renvoyant, dans une présentation de drogue, à un produit générique faisant l'objet d'une présentation de drogue nouvelle abrégée—Dans cette affaire, Nu-Pharm avait déposé des présentations de drogue nouvelle qui renvoyaient à une autre PADN précédemment déposée par un autre fabricant de drogues génériques—Le renvoi concernait les résultats des épreuves indiquant que les drogues étaient essentiellement les mêmes que les drogues fabriquées par les inventeurs, à l'égard desquelles des listes de brevets avaient été déposées—La C.A.F. a jugé que, bien que Nu-Pharm soutienne qu'elle compare sa drogue à celle de l'entreprise générique, pour l'essentiel, elle compare sa drogue à celle du breveté initial, puisque l'entreprise générique a comparé sa drogue à celle de ce dernier—En mentionnant, dans sa PADN relative au Nu-Énalapril, le produit Apo-Énalapril à titre de produit de référence canadien, elle invite à faire une comparaison avec le Vasotec de la même façon que si celui-ci avait été désigné explicitement, parce que le Vasotec était le produit de référence canadien mentionné dans la présentation de drogue nouvelle concernant le produit Apo-Énalapril—Nu-Pharm ne peut nier qu'elle veut faire une comparaison entre le produit Nu-Énalapril et le Vasotec ni se soustraire aux obligations énoncées à l'art. 5(1) du Règlement—L'art. C.08.004.1 du Règlement sur les aliments et drogues empêche le ministre de délivrer un avis de conformité au deuxième fabricant avant l'expiration d'au moins cinq ans, si les trois conditions qui y sont énoncées sont réunies—Dans l'affaire *Bayer Inc. c. Canada (Procureur général)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 293 (C.A.F.), il a été décidé que le ministre ne s'appuie pas sur les données «figurant dans les renseignements et le matériel présentés» par l'innovateur lorsqu'il délivre un avis de conformité à un fabricant de drogues génériques qui ne fait qu'utiliser la drogue de l'innovateur à titre de produit de référence canadien; l'art. C.08.004.1 ne s'appliquait pas automatiquement à cette situation, parce qu'il était possible de déterminer le degré de similitude entre les deux drogues sans consulter les docu-

BREVETS—Fin

ments confidentiels de l'innovateur qui avaient été déposés auprès du ministre—Nu-Pharm allègue que le fait d'exiger la conformité avec l'art. 5(1) du Règlement en l'espèce équivaut à modifier les mots «souhaite en faire la comparaison, ou faire renvoi, à une autre drogue» de cette disposition par l'ajout des mots «directement ou indirectement» après le mot renvoi—Cependant, Nu-Pharm ne cherche pas à faire une comparaison indirecte avec le produit Vasotec; elle tente plutôt de faire une comparaison directe avec ce produit, bien qu'elle dissimule ce fait par la forme de sa PADN—L'interprétation que la juge des requêtes a proposée au sujet de l'art. 5(1) du Règlement est compatible tant avec le libellé qu'avec l'objectif du texte législatif—La demande est rejetée—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 5 (mod. par DORS/98-166, art. 4)—Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870, art. C.08.004.1 (édicte par DORS/95-411, art. 6).

MERCK & CO., INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(A-804-99, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 13-3-00, 16 p.).

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**EXCLUSION ET RENVOI***Renvoi d'un résident permanent*

Contrôle judiciaire de l'avis du ministre portant que le demandeur constitue un danger pour le public au Canada en vertu de l'art. 70(5) de la Loi sur l'immigration—Le demandeur a été admis comme résident permanent en 1991, à titre de «réfugié faisant partie de l'arrière»—En 1993, il a été déclaré coupable d'enlèvement d'une personne dans l'intention de la détenir en vue de rançon et condamné à 14 ans d'emprisonnement—La Cour a infirmé le premier avis de danger au motif que le défaut de répondre à une demande de prorogation de délai pour répondre à l'avis d'intention de solliciter un avis constitue une infraction à la justice naturelle—Après un deuxième avis d'intention, le demandeur a présenté son point de vue et le délégué du ministre a délivré un avis portant que le demandeur était un danger pour le public—1) La Cour n'a pas renvoyé le premier avis pour jugement conformément aux instructions qu'elle estimait appropriées, mais elle a tout simplement infirmé la décision—Le ministre et son délégué étaient *functus officio* par rapport au premier avis, mais rien dans l'ordonnance de la Cour ni dans la législation n'empêche le ministre ou son délégué d'exercer par la suite le pouvoir discrétionnaire du ministre au sujet du demandeur—2) Le fait que la même personne a reçu la délégation pour les deux avis ne suscite pas *ipso facto* une crainte raisonnable de partialité—Si ce n'était pas le délégué qui prenait la décision, ce serait le ministre lui-même—Règle générale, le seul fait que le même membre d'un tribunal siège à la nouvelle audition d'une affaire qu'il a déjà entendue ne suscite pas à lui seul de

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

crainte raisonnable de partialité—Il faut d'autres motifs pour invoquer la crainte raisonnable de partialité—Le membre n'est pas plus partial la deuxième fois qu'il l'était la première fois—La délivrance d'un avis de danger est une décision administrative discrétionnaire—Elle doit être faite de bonne foi au vu des perceptions quant à la probabilité du risque et à son acceptabilité—Suite à l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, les exigences en matière d'équité ne sont plus minimales, mais il n'y a pas d'entorse à l'équité du fait que le ministre délègue ses pouvoirs à la même personne pour le deuxième avis—3) Le demandeur soutient que comme son dossier criminel ne porte que sur un seul événement qui s'est produit en 1992, la question est celle de savoir s'il pose un danger pour le public au Canada au moment du deuxième avis et pour l'avenir—Le simple fait qu'une cour évalue certains facteurs de façon différente et arrive à une conclusion différente ne rend pas l'avis du ministre abusif ou arbitraire—En l'absence de motifs écrits, on ne peut déterminer si le délégué du ministre a agi de mauvaise foi ou a fondé sa décision sur des critères ou sur une preuve non pertinente, ou sans tenir compte des éléments dont il disposait—La norme de contrôle est celle énoncée par le juge l'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Baker*, la décision raisonnable *simpliciter*—4) L'avis au demandeur fait état des renseignements à jour les plus récents concernant les pays, disponibles dans les centres de documentation de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié—L'obligation d'équité n'exige rien d'autre qu'un avis au demandeur qu'on s'appuiera sur ces renseignements: *Chu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 161 D.L.R. (4th) 499 (C.A.F.), et donc pas une preuve précise—5) *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 2 C.F. 646 (C.A.) conclut que l'avis du ministre n'avait pas à être motivé par écrit en vertu de la Charte ou du principe d'équité—Toutefois, la C.S.C. dans l'arrêt *Baker* a conclu que, lorsqu'il s'agit d'une procédure administrative impliquant une décision discrétionnaire par un agent d'immigration qui traite de demandes présentées en vertu de l'art. 114(2) (motifs humanitaires), des motifs écrits sont nécessaires «dans certaines circonstances», savoir dans les cas où la décision revêt une grande importance pour l'individu ou lorsqu'il existe un droit d'appel prévu par la loi—La décision en l'instance a une signification extraordinairement importante pour la personne en cause et elle aura un impact fondamental sur son avenir—Le demandeur laissera sa femme et son enfant au Canada et il recevra vraisemblablement une réception hostile des autorités chinoises auxquelles il a échappé en se réfugiant ici—Dans ces circonstances particulières, le délégué du ministre avait l'obligation d'expliquer pourquoi sa décision, fondée sur un seul crime, ne tient pas du tout compte de la preuve qui donne à penser que le demandeur n'est plus un danger pour le public—Un rapport d'une page qui traite brièvement de la condamnation pour enlèvement ne constitue pas des motifs suffisants

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

faisant ressortir les facteurs pertinents en l'instance—L'avis du ministre est annulé pour défaut d'avoir donné des motifs suffisants et la question est renvoyée au défendeur pour nouvel examen en conformité des motifs—Questions certifiées: 1) Y a-t-il violation de l'obligation d'équité lorsque le rapport sommaire et le rapport d'avis ministériel sur le danger pour le public font partie des documents présentés au délégué du ministre alors qu'ils n'ont pas été communiqués à la personne en cause; 2) au vu de l'arrêt *Baker*, la norme de contrôle de la décision du délégué du ministre en vertu de l'art. 70(5) est-elle celle de la «décision raisonnable *simpliciter*»; 3) au vu de l'arrêt *Baker*, l'obligation d'équité dans le cadre d'un avis délivré en vertu du par. 70(5) est-elle «minimale»; 4) au vu de l'arrêt *Baker*, l'avis délivré en vertu de l'art. 70(5) doit-il être motivé par écrit; 5) l'obligation d'équité procédurale exige-t-elle que l'on fournisse des motifs écrits de l'avis du ministre délivré en vertu de l'art. 70(5)?—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 70(5) (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 13).

IP C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-787-98, juge Dubé, ordonnance en date du 3-2-00, 14 p.)

STATUT AU CANADA

Citoyens

Appel du rejet d'une demande de citoyenneté—Selon les dossiers d'Immigration, le demandeur est entré au Canada, en tant que visiteur, le 12 février 1990, il a quitté le pays le 23 février 1994, et y est revenu le 7 février 1995—Les dossiers n'établissent pas qu'il s'est trouvé au Canada entre le 23 février 1994 et le 7 février 1995—Le demandeur a témoigné qu'il a quitté le Canada le 23 février 1994 en vue de se rendre aux États-Unis pour présenter une demande de visa, mais qu'on lui avait refusé le droit d'y entrer; il est revenu au Canada, mais son entrée n'a pas été mentionnée dans un document—Le demandeur a produit un affidavit qu'il a signé de même que divers documents d'affaires et bancaires, faits à divers moments au cours de la période en cause, qui portaient sa signature—Le demandeur soutient qu'il a acheté une tabagie au Canada et qu'il exploitait son entreprise au cours de la période visée—Le juge de la citoyenneté a conclu que la demande était prématurée—Le juge qui rejette un élément de preuve non contredite doit exposer les motifs de sa décision—Le juge de la citoyenneté n'a pas tenu compte des éléments de preuve laissant entendre que le demandeur s'était trouvé au Canada pendant toute la période qui a suivi son arrivée au pays, le 12 février 1990; il a traité la demande en se fondant exclusivement sur la période pendant laquelle le demandeur s'est trouvé au Canada depuis la date de son obtention du droit d'établissement—Le juge de la citoyenneté a ainsi soit omis de tenir compte d'éléments de preuve dont il disposait, soit tenu compte de cette preuve et conclu qu'elle était insuffi-

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

sante, sans toutefois exposer les motifs pour lesquels il est parvenu à cette conclusion—Comme le présent appel est un appel prévu par la loi, la question est de savoir quels sont les pouvoirs réparateurs que notre Cour peut exercer lorsqu'elle agit en tant que cour d'appel—Dans *Ma c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 163 F.T.R. 156 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Reed a conclu qu'une procédure d'appel renferme le pouvoir inhérent de renvoyer la question pour nouvelle audition—Le pouvoir de renvoyer l'affaire à un juge de la citoyenneté se limite-t-il au pouvoir de renvoyer une affaire pour qu'un autre juge tienne une nouvelle audition, ou permet-il de renvoyer l'affaire au même juge, en l'accompagnant d'une directive enjoignant à ce dernier d'exposer des motifs pour étayer son omission de tenir compte de la preuve de résidence précédant l'obtention du droit d'établissement?— Dans le premier cas, la réparation que le demandeur obtiendrait serait une autre possibilité d'obtenir la citoyenneté; dans le deuxième cas, le résultat initial demeurerait inchangé, mais le demandeur serait informé du fondement de la décision—Il peut s'avérer plus économique de renvoyer l'affaire pour qu'un autre juge l'entende à son tour—Cela peut donner lieu à un nouvel appel, mais la Cour ne le traitera pas de la même façon que si l'affaire était renvoyée pour que des motifs soient exposés. Par souci de simplicité, la Cour accueille l'appel et ordonne que l'affaire soit renvoyée au juge de la citoyenneté pour qu'un autre juge l'entende à son tour—La Cour refuse d'adjuger des dépens, car les difficultés que le demandeur a subies découlent directement du fait qu'il avait un statut illégal au Canada avant le 7 février 1995—S'il est effectivement revenu au Canada, comme il le prétend, le 23 février 1994, il se pourrait fort bien que l'absence d'un document confirmant cela découle du fait qu'il n'avait pas le droit d'y revenir.

KOR C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (T-632-99, juge Pelletier, ordonnance en date du 14-2-00, 7 p.)

Réfugiés au sens de la Convention

Demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un agent d'immigration refusant d'accorder le droit d'établissement aux demandeurs parce qu'une des personnes incluses dans la demande est une personne décrite à l'art. 19(1j) de la Loi sur l'immigration—La CISR a reconnu les demanderesse comme réfugiées au sens de la Convention, mais le demandeur a été exclu pour avoir commis un crime contre l'humanité—L'art. 46.04(3) confère expressément à l'agent d'immigration le pouvoir d'accorder le droit d'établissement à l'intéressé et aux personnes à sa charge visées par la demande, s'il est convaincu qu'aucun d'entre eux n'est visé, notamment, par l'art. 19(1j) de la Loi—La décision en cause faisait uniquement référence à la demande de résidence permanente faite par l'épouse demanderesse et ne constituait en rien une mesure de renvoi—Le pouvoir

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

décisionnel accordé à un agent d'immigration par l'art. 46.04(3) de la Loi n'est pas implicite, mais au contraire exprès et clairement défini par la disposition qui, par ailleurs, n'exprime en rien la volonté du Parlement d'impliquer un arbitre—Demande rejetée—Question certifiée: En vertu du pouvoir décisionnel qui lui est accordé par l'art. 46.04(3) de la Loi sur l'immigration, un agent d'immigration peut-il, sans l'intervention d'un arbitre, refuser d'accorder le droit d'établissement à l'intéressé et aux personnes à sa charge visées par la demande, au motif qu'il n'est pas convaincu qu'aucun d'entre eux n'est visé par l'art. 19(1j) de la Loi?—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1j) (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 3), 46.04 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 1, art. 143; ch. 49, art. 38).

FIGUEROA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1264-99, juge Pinard, ordonnance en date du 25/2/00, 9 p.)

Résidents permanents

Demande de contrôle judiciaire contre la décision dans laquelle un agent d'immigration a refusé la demande de résidence permanente que la demanderesse avait présentée en invoquant la catégorie des aides familiaux résidents au Canada au motif que la demanderesse n'avait accumulé que 21 mois d'expérience de travail au lieu des 24 mois requis—La demanderesse a dû se chercher un nouvel emploi deux fois—Demande rejetée—L'agent d'immigration n'a pas de pouvoir discrétionnaire lorsque l'aide familial résidant ne satisfait pas à l'exigence de 24 mois prévue par la loi—L'argument selon lequel l'agent a le pouvoir discrétionnaire résiduel d'examiner l'affaire en vertu de l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration (demande fondée sur des considérations humanitaires) n'est pas fondé—Comme l'agent d'immigration en l'espèce remplissait une obligation ministérielle, il n'avait pas de pouvoir discrétionnaire—Une demande fondée sur des considérations humanitaires doit être accompagnée du prix prévu au Règlement—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 114(2) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 102).

LALUNA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1914-98, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 15-2-00, 7 p.)

DROIT ADMINISTRATIF*CONTRÔLE JUDICIAIRE*

Demande de contrôle judiciaire de la décision du registraire concluant que l'opposition à la demande d'enregistrement de la marque de commerce «Showtime» soulève une question sérieuse au sens de l'art. 38(5) de la Loi sur les marques de commerce—La défenderesse prétend que la

DROIT ADMINISTRATIF—Fin

demanderesse, une société de radiodiffusion par satellite d'émissions de télévision payante installée aux États-Unis, empiète sur le territoire canadien au détriment direct de l'entreprise similaire de la défenderesse—Se pose la question préliminaire supplémentaire de savoir si le recours en contrôle judiciaire est ouvert compte tenu du régime prévu par la Loi—Demande rejetée—L'opposition soulève une question sérieuse—Toutefois, une décision interlocutoire ne peut faire l'objet d'une demande de contrôle judiciaire immédiate que dans des circonstances spéciales: *Szczecka c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1994), 116 D.L.R. (4th) 333 (C.A.F.); *Novopharm Ltd. c. Aktiebolaget Astra*, [1996] 2 C.F. 839 (1^{re} inst.)—Règle générale, l'existence dans une loi d'un droit d'appel à l'encontre d'une décision administrative indique à première vue que le législateur avait l'intention d'écarter l'exercice du pouvoir de surveillance judiciaire: *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, Donald J. M. Brown et John M. Evans, Toronto: Canvasback Publishing, 1998—Un autre recours est ouvert à la demanderesse: l'appel à la fin de la procédure d'opposition (art. 56(1) de la Loi)—Les dépens, les retards et l'opinion de la demanderesse selon laquelle l'opposition est sans fondement ne sont pas des circonstances suffisantes pour exclure l'application de la règle générale—Il ne s'agit pas non plus de «circonstances spéciales» justifiant un contrôle judiciaire—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 38(5), 56(1).

SHOWTIME NETWORKS INC. C. WIC PREMIUM TELEVISION LTD. (T-36-99, juge Gibson, ordonnance en date du 7-4-00, 11 p.)

GRC

Appel de la décision rendue par un juge des requêtes ayant accueilli une demande de contrôle judiciaire ((1998), 149 F.T.R. 200)—En 1994, s'appuyant sur la Directive de la GRC sur la réinstallation, l'intimé avait réclamé une perte de 207 000 \$ à titre de fraction admissible de la baisse de valeur qu'a connue la maison à Toronto du 1^{er} janvier 1993 jusqu'au moment de sa vente, soit en août 1994—La maison appartenait à M^{me} Baker, avec qui l'intimé vivait en union libre depuis le 1^{er} janvier 1993—M^{me} Baker avait acheté la maison en 1988, puis l'avait revendue à perte en 1994—Le commissaire de la GRC s'est fondé sur les conclusions tirées par la présidente suppléante du Comité externe d'examen (M^{me} Lynch), qu'il a fait siennes: la date d'acquisition réputée de la maison est celle à laquelle l'intimé a cessé de considérer la maison qu'il possédait à Victoria, lieu de sa dernière affectation, comme étant sa résidence principale—Accueillant la demande de contrôle judiciaire, le juge des requêtes a statué que la reconnaissance par M^{me} Lynch, dans ses motifs, de situations factuelles auxquelles son interprétation ne s'appliquerait pas indiquait que sa «conclusion centrale» était «fondamentalement viciée»—Appel accueilli—Le juge des requêtes a commis une erreur en présumant

GRC—Suite

que l'interprétation de la Directive par M^{me} Lynch pouvait faire l'objet d'un contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte—Les éléments de l'analyse fonctionnelle permettent de déterminer la norme de contrôle appropriée—1) L'art. 32 de la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada laisse entendre qu'il doit y avoir une certaine retenue judiciaire à l'égard de la décision de M^{me} Lynch, en ce sens que la décision du commissaire est définitive et exécutoire et, sous réserve du contrôle judiciaire prévu dans la Loi sur la Cour fédérale, n'est pas susceptible d'appel ou de révision en justice—2) La nature du système décisionnel relatif aux griefs indique également que la retenue judiciaire s'impose—Avant que le commissaire ne rende une décision portant sur un grief, celui-ci doit avoir atteint à l'interne le «niveau 1» de l'arbitrage des griefs et, en l'absence d'une renonciation par le membre, avoir fait l'objet d'un rapport par le Comité externe d'examen—La cour qui siège en contrôle judiciaire ne peut intervenir dans les décisions rendues par une série de tribunaux qui ont été expressément affectés à cette tâche que dans des circonstances inhabituelles—3) Puisque le commissaire a confirmé les conclusions du Comité externe d'examen, il convient d'examiner les caractéristiques institutionnelles du Comité, lequel est expressément habilité à examiner l'interprétation de la Directive par l'art. 36d) du Règlement sur la GRC, 1988—Le Comité jouit d'un certain degré d'indépendance par rapport à la GRC—À titre d'organisme permanent plutôt que d'organisme *ad hoc*, on peut s'attendre à ce que le Comité acquière une expérience considérable dans l'interprétation et l'application de la Directive, aussi a-t-il droit à une certaine retenue judiciaire—4) Les questions en litige relèvent nettement de la compétence du Comité: elles ont trait à l'interprétation de la Directive, que l'on ne peut certainement pas considérer comme des «règles générales de droit»—5) La Directive elle-même est une annexe dans un Manuel d'administration, une espèce de quasi-loi administrative régissant divers aspects de la conduite des membres de la GRC, plutôt qu'une loi subordonnée promulguée en vertu d'un pouvoir particulier d'origine législative ou d'un document contractuel formel—L'objet de la Directive consiste en le remboursement aux membres des frais de réinstallation, réels, raisonnables et légitimes, et en la réinstallation des membres à un coût minime pour le public—Une décision du commissaire qui se fonde sur les conclusions raisonnées et détaillées du Comité externe d'examen interprétant la Directive ne devrait faire l'objet que d'une intervention judiciaire minimale—La décision ne devrait être annulée que si elle est manifestement déraisonnable—Comme l'a reconnu M^{me} Lynch dans le cadre de son interprétation de la Directive, l'un ou l'autre point de vue se justifierait—Il n'était donc pas manifestement déraisonnable pour le commissaire d'adopter l'interprétation privilégiée par M^{me} Lynch—Les faits inhabituels en l'espèce n'avaient pas été envisagés par les rédacteurs de la Directive—Le fait que M^{me} Lynch ait reconnu que son interprétation pouvait exiger une modification à la lumière de faits différents n'indique

GRC—Fin

pas que cette interprétation était manifestement déraisonnable—La décision du commissaire satisfait à la norme minimale du «manifestement déraisonnable»—Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), ch. R-10, art. 32 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 65)—Règlement sur la Gendarmerie royale du Canada, 1988, DORS/88-361, art. 36*d*) (mod. par DORS/95-535, art. 3).

MILLARD C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(A-495-98, juge Evans, jugement en date du 2-3-00,
8 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

CALCUL DU REVENU

Déductions

Appel d'un jugement ((1997), 97 DTC 5353) par lequel la Section de première instance a rejeté l'appel du jugement de la Cour canadienne de l'impôt rejetant l'appel interjeté à l'encontre d'une nouvelle cotisation pour l'année 1986—L'appelante achète des terrains vagues ou non lotis, les lotit, les viabilise, puis les vend à des constructeurs—La redevance d'aménagement régionale (RAR) a été introduite en 1985 à titre de paiement unique pour financer divers services municipaux assurés par la municipalité régionale d'Ottawa-Carleton relativement au développement urbain—Elle devait être payée à la suite de l'enregistrement du plan de lotissement—Les municipalités locales avaient accepté de ne délivrer un permis de construire que si l'auteur de la demande produisait un certificat attestant que la RAR avait été payée—La RAR était calculée en fonction d'un taux afférent au genre de logements envisagés par le plan de lotissement—L'entrée en vigueur de ces taux devait s'étaler sur une période de trois ans—Afin d'éviter l'augmentation des taux, l'appelante a payé la somme de 2 900 000 \$ au titre de la RAR à la fin de 1986, et ce en fonction de l'avant-projet de lotissement qu'elle a présenté—La RAR était étrangère aux ventes foncières de 1986—Dans sa déclaration de revenus pour 1986, l'appelante a déduit la RAR dans le calcul du bénéfice tiré de ses activités de promotion immobilière—Le ministre a rejeté la déduction—Il a, par une nouvelle cotisation, maintenu le rejet, se fondant sur la présomption selon laquelle les principes comptables généralement reconnus (PCGR) n'autorisaient pas la déduction de la RAR—La Cour de l'impôt a rejeté l'appel—La Section de première instance de la Cour fédérale a statué que la RAR n'était pas déductible pour 1986, parce qu'elle ne pouvait pas se «rattacher» à des revenus tirés cette année-là du terrain—Elle a invoqué l'opinion exprimée par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Canada c. Canderel Ltd.*, [1995] 2 C.F. 232, selon laquelle le principe comptable du rattachement a été élevé au statut de principe juridique, et, dans *Toronto College Park Ltd. c. Canada*, [1996] 3 C.F. 858 (C.A.), portant que

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

la question n'est pas de savoir laquelle des méthodes comptables reflète le plus fidèlement les bénéficiaires, mais plutôt d'établir si la dépense en question peut se raccorder à une source de revenu déterminée—Après le prononcé de la décision de la Section de première instance dans la présente espèce, la Cour suprême du Canada a infirmé les décisions rendues par la Cour d'appel fédérale dans les affaires *Canderel* et *Toronto College Park*, statuant que le «principe du rattachement» ne doit pas être érigé en règle de droit et que, dans la détermination du bénéfice sous le régime de la Loi, l'objectif est d'obtenir une image fidèle du revenu du contribuable et de sa véritable situation financière pour l'année, et non pas nécessairement d'appliquer le «principe du rattachement» ou toute autre méthode comptable, même si elle est requise par les PCGR—Le juge Robertson, J.C.A. (aux motifs duquel a souscrit le juge Strayer, J.C.A.): L'appel est accueilli, vu les deux arrêts que la Cour suprême a prononcés entre-temps, infirmant les décisions de la Cour d'appel fédérale sur lesquelles la Section de première instance a fondé son jugement—Selon la Loi et la jurisprudence, les impôts fonciers et les frais d'intérêt payés par un commerçant à l'égard de terrains vagues qu'il détient en stock peuvent être déduits dans le calcul du bénéfice puisqu'il s'agit de dépenses normales d'exploitation d'un promoteur immobilier—Cependant, lorsqu'un terrain vague est aménagé, les PCGR exigent que toutes les dépenses engagées à compter de ce moment soient ajoutées au coût du terrain—Dès lors que l'on reconnaît que le terrain était en cours d'aménagement, il devient manifeste que les PCGR exigent que la RAR soit ajoutée au coût du terrain—1) La RAR est déductible dans le calcul du revenu de l'appelante tiré de son entreprise—Aux termes de l'art. 18(1)*a*) de la Loi de l'impôt sur le revenu, une dépense n'est déductible dans le calcul du revenu du contribuable, tiré d'une entreprise ou d'un bien, que dans la mesure où elle a été faite ou engagée par le contribuable en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien—Une dépense ne peut être déduite que si elle est faite au cours de l'année, mais il n'est pas nécessaire qu'elle soit rattachée à des revenus réalisés au cours de l'année—Il faut que la dépense soit faite en vue de tirer un revenu d'une entreprise—Le paiement de la RAR a été fait dans le cadre du processus de production de revenu de l'appelante et il s'agissait d'une dépense d'entreprise légitime engagée dans l'année où elle a été faite—La décision de l'appelante de payer une somme moins élevée, afin de transformer plus tôt en revenu le terrain qu'elle détenait en stock, ne peut être mise en doute dans la perspective de l'entreprise de l'appelante—2) La RAR est déductible dans le calcul du revenu pour l'année d'imposition au cours de laquelle elle a été payée—Dans le cas d'une entreprise commerciale ordinaire, les fonds utilisés pour l'acquisition de stocks n'apparaissent pas généralement comme tel dans le compte de résultats parce qu'ils sont remplacés par le stock acheté—Le contexte dans lequel se fait le calcul du bénéfice tiré, pour une année d'imposition, d'une entreprise qui achète et vend, est l'usage qui est

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

devenu une règle de droit consistant à calculer le bénéfice pour une année en utilisant la valeur de l'«inventaire» au début et à la fin de la période au coût ou à la valeur marchande, le moins élevé de ces éléments étant à retenir—Par conséquent, lorsque le stock est vendu au cours de l'année d'acquisition, le «coût» est déduit du prix de vente afin de déterminer le bénéfice; mais si, sans être vendu, sa valeur est devenue inférieure à son coût avant la fin de l'année d'acquisition, la perte de valeur est imputée à l'année d'acquisition et, lorsqu'il est vendu au cours de l'année suivante, ce n'est que le solde du coût qui est déduit dans le calcul du bénéfice pour cette année-là—*A fortiori*, une diminution de la valeur des biens autres que les biens en immobilisation du commerçant découlant d'un paiement effectivement fait au cours de l'année peut être comptabilisée pour cette année-là—En l'espèce, aucun bien n'a été reçu en remplacement du trou créé par le paiement de la RAR dans les biens autres que les biens en immobilisation—La preuve ayant été faite que la présomption venant étayer la cotisation du ministre est non concluante, il incombait au ministre de démontrer que la nouvelle cotisation devait quand même être maintenue—La seule façon pour le ministre de s'acquitter de ce fardeau était de montrer que la juste valeur marchande du terrain à la fin de l'année excédait le montant figurant dans les états financiers d'un montant équivalent à la RAR—Le ministre n'a présenté aucune preuve à ce sujet—3) L'art. 18(9a)(ii) interdit toute déduction au titre d'une dépense engagée en paiement d'impôts ou de taxes visant une période postérieure à la fin de l'année—Il n'interdit pas la déduction de la RAR car il se limite aux paiements dont l'obligation de les faire naît du fait de l'écoulement du temps—Étant une taxe unique, la RAR ne constituait pas un paiement de cette nature—La RAR était un paiement qu'il fallait faire pour obtenir l'approbation du morcellement du terrain—Elle a été payée en 1986 afin d'éviter les augmentations de taux—La seule période visée par le débours était donc celle au cours de laquelle l'appelante avait choisi de le faire, soit son année d'imposition 1986—Le juge Robertson, J.C.A. (*dissident*): Compte non tenu du fait que le juge de première instance s'est fondé sur des décisions qui ne représentent plus l'état du droit, la question est de savoir si la contribuable a le droit, sous le régime de l'art. 9 de la Loi de l'impôt sur le revenu, de déduire, à titre de dépense courante, le paiement par anticipation de 2,9 millions de dollars, compte tenu des principes énoncés dans l'arrêt *Canderel*, c'est-à-dire que, pour déterminer le bénéfice, la contribuable est libre de choisir toute méthode qui n'est pas incompatible avec les dispositions de la Loi, les principes ou les règles tirés de la jurisprudence et, enfin, les principes commerciaux reconnus—Les principes commerciaux reconnus comprennent, notamment, les PCGR qui ne sont pas eux-mêmes des règles de droit, mais des outils d'interprétation—La contribuable prétend que, selon les principes commerciaux reconnus, les impôts fonciers sont déductibles à titre de dépense courante, malgré les PCGR, et que la redevance d'aménagement en

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

question est un impôt foncier—Lorsque des terrains vagues passent à l'étape de la mise en valeur, toutes les dépenses engagées à partir de ce moment doivent être ajoutées au coût du terrain—C'est là le résultat imposé par les PCGR et qui est le plus en accord avec les principes commerciaux ordinaires—La contribuable n'ayant présenté aucune preuve que sa méthode de calcul du bénéfice est compatible avec la Loi, la jurisprudence et les principes commerciaux reconnus, ne s'est pas acquittée de son fardeau—Il n'existe aucune preuve qu'une image fidèle du bénéfice pour l'année peut être obtenue en déduisant la redevance d'aménagement de 2,9 millions de dollars versée par anticipation plutôt qu'en l'ajoutant au coût du terrain non aménagé à l'égard duquel elle a été payée—Il n'incombait pas au ministre de prouver qu'une autre méthode de calcul fournirait une image plus fidèle—L'analogie entre une RAR et les impôts fonciers prélevés est mal fondée—La redevance d'aménagement est un impôt foncier, mais il ne s'ensuit pas que redevance et impôt devraient recevoir un traitement identique aux fins de l'impôt sur le revenu—Les impôts fonciers sont une dépense périodique et annuelle qui doit inévitablement être payée au cours de chaque année d'imposition—La RAR est un paiement unique qui est intégralement lié à l'aménagement des terrains en question—Une autre raison pour laquelle le ministre peut être disposé à accepter la déductibilité d'impôts fonciers annuels avant la mise en valeur d'un terrain est qu'en termes relatifs les impôts payables sur un terrain vague sont bien inférieurs aux impôts payables sur un terrain aménagé—Même si les impôts fonciers étaient déductibles d'après les principes commerciaux reconnus, cela ne permet pas de conclure que les redevances d'aménagement régionales devraient recevoir le même traitement comptable—La contribuable n'est pas en mesure de profiter des règles régissant l'évaluation des stocks—La RAR doit être ajoutée au coût du stock de terrains de la contribuable—Elle est un montant dont on ne peut tenir compte dans le calcul du bénéfice tant que le terrain n'est pas vendu ou qu'il n'est pas établi que sa valeur est inférieure à son coût—En l'absence d'une preuve relativement à la valeur des terrains, on ne peut conclure que la valeur du terrain à l'égard duquel les 2,9 millions de dollars ont été payés n'a pas été augmentée par la dépense—Il est injuste d'imposer au ministre l'obligation de prouver que la valeur du terrain en question a été augmentée par la dépense, alors que la contribuable n'a même pas réclamé une perte au titre de l'art. 10(1)—Aucun élément de preuve n'a pu être trouvé dans le dossier d'appel à l'appui de la conclusion que l'argument fondé sur l'art. 10(1) a été soulevé devant la Cour canadienne de l'impôt ou devant la Section de première instance—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 9(1), 10(1), 18(1a), (9a)(ii) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 9).

URBANDALE REALTY CORP. C. CANADA (A-449-97, juges Noël et Robertson (*dissident*), J.C.A., jugement en date du 10-2-00, 25 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**NON-RÉSIDENTS**

Appel de la décision de la Cour de l'impôt ((1998), 99 DTC 147) selon laquelle l'intimé est exonéré d'impôt conformément à l'art. XIV de la Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts sur le revenu (1980)—En vertu de l'art. XIV, une personne est assujettie à l'impôt si elle dispose de façon habituelle d'une base fixe—L'intimé est un résident des États-Unis—En 1994 et 1995, il a gagné un revenu en fournissant certains services au Canada en tant qu'entrepreneur indépendant—Il donnait une formation aux employés de PanCanadian Petroleum Limited (PanCan) dans les installations de PanCan à Calgary—On lui a fourni une petite pièce pour son travail—Après trois mois, on l'a placé dans une pièce plus grande, qu'il partageait avec d'autres experts-conseils—Plus tard, on l'a installé dans une autre pièce, occupée également par PanCan—La formation elle-même était donnée dans les bureaux des personnes en formation ou dans une salle de conférence—L'usage que les moniteurs faisaient de l'espace qui leur était alloué était strictement limité—Ils ne pouvaient en disposer qu'aux fins du contrat—Leur accès à l'immeuble était contrôlé par un système de cartes magnétiques et restreint aux heures ouvrables, les jours de semaine uniquement—L'appelant n'avait ni cartes d'affaires ni papier à en-tête indiquant que PanCan était son installation d'affaires—Rien ne le désignait comme travaillant dans les installations de PanCan dans le bottin placé dans le hall—La Couronne a prétendu que l'art. XIV ne s'appliquait pas et a déterminé l'impôt à payer—La Cour de l'impôt a fait droit à l'appel et a ordonné l'annulation des nouvelles cotisations—Appel rejeté—L'expression «dispose [...] de façon habituelle d'une base fixe» n'est pas définie dans la Convention—L'application de l'art. XIV doit être jugée au cas par cas—Il faut éviter une interprétation littérale ou légaliste—L'art. XIV est examiné dans son contexte dans la Convention—Les travaux préparatoires, y compris le modèle de convention de l'OCDE et les commentaires qui s'y rapportent, et la jurisprudence sont également examinés—Lorsqu'une personne se voit refuser l'avantage conféré par l'art. XIV pour le motif qu'elle dispose de façon habituelle d'une base fixe au Canada, il faut se demander si cette personne y a exercé les activités de son entreprise durant la période pertinente—Les facteurs à prendre en considération comprennent notamment la question de savoir si et en vertu de quel droit la personne intéressée a exercé ou pouvait exercer un contrôle sur les locaux et celle de savoir jusqu'à quel point les locaux s'identifiaient objectivement à l'entreprise de la personne intéressée—La preuve dans son ensemble appuie la conclusion selon laquelle les locaux de PanCan n'étaient pas une installation par l'intermédiaire de laquelle l'intimé exerçait les activités de son entreprise—Même s'il avait accès aux bureaux de PanCan et qu'il avait le droit de s'en servir, il pouvait le faire seulement pendant les heures de bureau de PanCan et uniquement dans le but de fournir des services à PanCan conformément à son contrat—Il n'avait pas le droit

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

d'utiliser les bureaux de PanCan en tant que base pour l'exercice des activités de sa propre entreprise—Il ne pouvait pas se servir et ne se servait pas des bureaux de PanCan comme s'ils étaient les siens—La reconnaissance du fait qu'il y a des personnes exerçant une profession indépendante, qui, en raison de leur compétence ou des services qu'ils fournissent, ont besoin de peu comme installation fixe d'affaires, ne justifie pas la conclusion selon laquelle l'intimé doit nécessairement avoir une installation fixe d'affaires partout où ses services sont fournis—Si les locaux de PanCan avaient été jugés constituer l'installation d'affaires de l'intimé, la durée du contrat aurait pu indiquer que son installation d'affaires à cet endroit était stable—Toutefois, compte tenu des faits de l'espèce, la question de la stabilité ne se pose pas—Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, qui constitue l'annexe I de la Loi de 1984 sur la Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts, L.C. 1984, ch. 20, art. XIV.

CANADA C. DUDNEY (A-707-98, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 24-2-00, 13 p.)

MARQUES DE COMMERCE**ENREGISTREMENT**

Appel d'une décision du registraire des marques de commerce refusant la demande d'enregistrement présentée par la demanderesse pour la marque de commerce IXEL en liaison avec des antidépresseurs—Le registraire a refusé la demande d'enregistrement en raison du risque de confusion entre la marque IXEL de la demanderesse et la marque PAXIL de la défenderesse—La seule question en litige entre les parties était de savoir s'il existe un risque raisonnable de confusion entre les marques en cause à la date de la décision du registraire—La preuve additionnelle produite par chacune des parties était significative et importante parce qu'elle couvrait une question fondamentale reliée au degré de ressemblance entre les marques en cause, aspect de la preuve jugé déficient par le registraire—Elle indiquait clairement qu'il n'y avait pas de risque de confusion relativement à la prononciation en français des marques en cause—La preuve n'était plus contradictoire—L'emphasis, dans la prononciation des marques, doit être mise sur la première syllabe, qui crée une impression dominante dans l'esprit du public—La première syllabe de chacune des marques PAXIL et IXEL doit prendre plus d'importance que leur suffixe, une syllabe non accentuée, dans l'évaluation du risque de confusion—Visuellement aussi, le début des mots doit avoir prépondérance—Les deux marques sont des mots inventés et intrinsèquement distinctifs, elles ne transmettent pas d'idée particulière et sont associées à des produits identiques distribués par les mêmes canaux—La défenderesse n'a pas démontré que la marque PAXIL est devenue connue au Canada en tant que sa marque—La décision du

MARQUES DE COMMERCE—Fin

registraire ne peut plus tenir, vu que la demanderesse a établi qu'il n'y avait pas de risque raisonnable de confusion entre sa marque IXEL et la marque PAXIL de la défenderesse—Appel accueilli.

PIERRE FABRE MÉDICAMENT C. SMITHKLINE BEECHAM CORP. (T-2093-98, juge Pinard, ordonnance en date du 29-3-00, 10 p.)

PRATIQUE

Requête présentée par les défenderesses en vertu de la règle 107 demandant l'ajournement des interrogatoires préalables et de la détermination des questions de redressement tant que les interrogatoires préalables et l'instruction concernant la question de la responsabilité n'auront pas eu lieu—La demanderesse poursuit les défenderesses pour contrefaçon et usurpation des droits exclusifs de la demanderesse dans diverses marques de commerce—Le test à appliquer est celui formulé dans *Ilva Saronno S.p.A. c. Privilegiata Fabbrica Maraschino «Excelsior»*, [1999] 1 C.F. 146 (1^{re} inst.)—L'affidavit déposé par les défenderesses au soutien de leur requête ne contient aucun élément de preuve permettant de conclure que le fait de soustraire du débat à ce stade-ci la question des dommages ou profits apportera probablement une solution qui soit juste et la plus expéditive et économique possible—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 107.

VEUVE CLICQUOT PONSARDIN C. LES BOUTIQUES CLIQUOT LTÉE (T-2080-98, protonotaire Morneau, ordonnance en date du 14-3-00, 5 p.)

PRATIQUE**APPELS ET NOUVEAUX PROCÈS**

Requête pour faire transférer l'appel de l'ordonnance du protonotaire devant la Cour d'appel—Le protonotaire a radié la déclaration—Le greffe a refusé le dépôt de l'avis d'appel devant la Cour d'appel en se fondant sur la règle 51 des Règles de la Cour fédérale (1998) suivant laquelle l'appel de l'ordonnance du protonotaire ne peut être présenté qu'à la Section de première instance—Le demandeur a présenté une requête en vertu de la règle 51 à la Section de première instance pour en appeler de la décision du protonotaire, ainsi qu'une requête pour faire transférer l'appel à la Cour d'appel au motif que l'ordonnance du protonotaire portant radiation d'une déclaration est un «jugement définitif» au sens de l'art. 27(1) de la Loi sur la Cour fédérale qui permet un appel directement à la Cour d'appel—Examen de l'évolution historique de la fonction de protonotaire—L'art. 12(3) de la Loi sur la Cour fédérale de 1970 prévoit que les pouvoirs et les fonctions du protonotaire sont déterminés par les règles—L'art. 46(1)*h*) permet aux juges de prendre des

PRATIQUE—Suite

règles sur la compétence des protonotaires—L'ancienne Règle 336(5) des Règles de la Cour fédérale permettait d'en appeler de l'ordonnance du protonotaire devant la Division de première instance si l'affaire était devant la Division de première instance et devant la Cour d'appel si l'affaire était devant la Cour d'appel—L'art. 46(1) de la Loi sur la Cour fédérale de 1985 permet au comité des règles d'adopter des règles et des ordonnances générales—Les Règles de la Cour fédérale (1998) sont une législation subordonnée qui ne peut prévaloir sur une disposition d'une loi fédérale—Étant donné les art. 12(3) et 46(1)*h*) de la Loi, les Règles établissent le cadre régissant la compétence que les protonotaires peuvent exercer—La règle 50(1)*b*) interdit expressément aux protonotaires d'entendre des requêtes devant la Cour d'appel—La règle 51 permet à une partie d'en appeler d'une ordonnance du protonotaire à la Section de première instance—En vertu du régime législatif actuel et dans une perspective historique, les protonotaires sont des officiers de justice dont l'assistance est nécessaire pour l'exécution des travaux de la Cour et dont les fonctions et pouvoirs sont déterminés par les Règles—En vertu des art. 12(3) et 46(1)*h*) de la Loi, la compétence des protonotaires est définie et circonscrite par les Règles—L'art. 46(1)*h*) requiert clairement que l'exercice de l'autorité et de la compétence du protonotaire se fasse «sous la surveillance de la Cour»—Conformément au mandat que lui impose la loi, la Cour a adopté les règles 50 et 51 des Règles de la Cour fédérale (1998) pour définir non seulement la compétence des protonotaires mais également la procédure de surveillance de ceux-ci—En prévoyant qu'une partie peut en appeler d'une ordonnance d'un protonotaire devant la Section de première instance, la règle 51(1) constitue la «surveillance de la Cour» requise par l'art. 46(1)*h*)—En établissant la règle 51(1), le comité des règles a déterminé, conformément à l'art. 46(1)*b*) et *h*), qu'il était souhaitable, dans le cadre des mesures nécessaires à l'application de la Loi sur la Cour fédérale, d'exiger que les protonotaires soient surveillés initialement par des juges de la Section de première instance—Ce premier niveau d'appel ou de surveillance ne déroge pas aux droits d'une partie d'en appeler ultérieurement à la Cour d'appel en vertu de l'art. 27(1)—Dans les circonstances, pour les fins d'un appel à la Cour d'appel en application de l'art. 27(1), une ordonnance définitive ou interlocutoire d'un protonotaire ne devient pas une ordonnance définitive ou interlocutoire de la Section de première instance avant que cette Section ne se prononce en appel, en vertu de la règle 51(1), sur cette ordonnance du protonotaire—Subsidiairement, une ordonnance définitive ou interlocutoire d'un protonotaire ne peut faire directement l'objet d'un appel devant la Cour d'appel en application de l'art. 27(1) parce qu'il ne s'agit pas d'une ordonnance définitive ou interlocutoire de la Section de première instance—Les protonotaires ne sont pas des juges et, suivant les art. 4 et 5 de la Loi sur la Cour fédérale, ils ne sont pas membres de la Section de première instance ni de la Cour d'appel—De ce fait, une ordonnance d'un protonotaire n'est pas une ordonnance définitive ou interlo-

PRATIQUE—Suite

cutoire de la Section de première instance—L'ordonnance d'un protonotaire ne peut faire l'objet d'un appel directement à la Cour d'appel—La règle 49 permet seulement qu'une instance introduite dans une section de la Cour soit transférée dans une autre section—Le terme «instance» est utilisé dans le cadre d'actions, d'appels et de demandes, lesquels sont tous introduits par la délivrance d'un acte introductif d'instance—Le terme «requête» est défini comme un document par lequel une personne demande à la Cour de se prévaloir des règles ou de les faire appliquer—Une requête n'est pas une instance mais une demande faite à la Cour dans le cadre d'une instance—En vertu de la règle 51(1) l'ordonnance d'un protonotaire ne peut être portée en appel que par voie de requête devant un juge de la Section de première instance—Comme cette requête n'est pas une instance, le juge de la Section de première instance n'a aucune compétence pour la transférer à la Cour d'appel—*Requête rejetée*—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 4, 5, 27(1)a)—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), ch. 10, art. 12(3), 46(1)b), h)—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 49, 50, 51—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 336.

VAUGHAN C. CANADA (T-133-99, juge McGillis, ordonnance en date du 10-3-00, 15 p.)

GESTION DE L'INSTANCE*Examen de l'état de l'instance*

Achèvement de l'examen de l'état de l'instance—Action comportant un grand nombre de défendeurs en raison de la signification et de l'exécution d'ordonnances Anton Piller successives visant diverses personnes—Aucun lien factuel entre les défendeurs—Le seul point commun entre les défendeurs est l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle de la demanderesse—À l'invitation du juge en chef adjoint Richard (désormais juge en chef), trois catégories de défendeurs ont été définies: 1) le défendeur à l'égard duquel le demandeur pouvait obtenir un jugement par défaut, mais ne l'a pas fait; 2) le défendeur à l'égard duquel le demandeur n'avait pas l'intention de poursuivre l'instance jusqu'à l'obtention d'une ordonnance définitive; et 3) le défendeur à l'égard duquel le demandeur avait l'intention d'obtenir une ordonnance finale en présentant une requête en jugement sommaire ou une requête en jugement—Une quatrième catégorie non mentionnée correspond au défendeur à l'égard duquel le demandeur a déjà obtenu une ordonnance définitive ou a déposé un avis de désistement—Depuis la présentation d'observations, des jugements par défaut ont été rendus et des requêtes en jugement sommaire ont été présentées, de sorte que, dans de nombreux cas, l'état de l'instance n'est plus le même—Lorsqu'un jugement par défaut a été obtenu, la question de la gestion de l'instance ne se pose plus—Lorsqu'une ordonnance définitive a été rendue, par consentement ou non, il n'y a plus lieu de gérer

PRATIQUE—Suite

l'instance—L'action dans le cadre de laquelle une injonction permanente est décernée est tenue pour réglée—Vu les démarches entreprises en l'espèce depuis l'avis d'examen, la Cour n'est pas en mesure de déterminer facilement à l'égard de quels défendeurs la gestion de l'instance pourrait avoir lieu—L'avocate est invitée à établir la liste des défendeurs qui sont visés par la gestion de l'instance du fait qu'aucune ordonnance définitive n'a été rendue, qu'aucun avis de désistement n'a été donné et que la demanderesse n'a pas renoncé à les poursuivre—En règle générale, la Cour ne permet pas la poursuite de l'instance une fois qu'un examen de l'état de l'instance a été entrepris—Toute démarche déjà entreprise peut être menée à terme sans qu'une autre ordonnance ne soit rendue en ce sens, sous réserve de toute ordonnance jugée opportune par le juge responsable de la gestion de l'instance—Aucune autre étape ne peut être franchie avant la désignation de ce dernier—Aucune autre personne ne doit être constituée partie défenderesse avant la désignation du juge responsable de la gestion de l'instance, ni sans l'autorisation de ce dernier par la suite, parce qu'il est difficile de procéder à un examen méthodique lorsque le nombre des personnes en cause varie—Les difficultés d'ordre pratique associées au grand nombre des parties défenderesses justifient un certain plafonnement de ce nombre.

TIME WARNER ENTERTAINMENT CO., L.P. C. PERSONNES INCONNUES (T-1064-98, juge Pelletier, ordonnance en date du 5-4-00, 9 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES*Annulation ou modification*

Demande de réexamen d'une ordonnance de directives au motif qu'une partie de l'ordonnance porte sur une question qui n'est pas en litige—À l'origine, la Cour a ordonné la vente des anciens navires de la Marine canadienne à des acheteurs américains—La vente ne s'est pas concrétisée—L'ordonnance en cause porte sur une demande visant l'approbation d'une deuxième vente—Les défendeurs s'objectent aux trois dernières phrases du paragraphe 8 de l'ordonnance qui portent sur la propriété de l'équipement militaire à bord, y compris un lance-fusées—Ce paragraphe renvoie à la vente initiale—Le défendeur Crawford soutient qu'il a acheté les navires des Forces canadiennes—Préoccupé du fait que la conclusion de l'ordonnance pourrait lui causer un préjudice dans sa réclamation contre les Forces au sujet de la propriété des navires—La conclusion quant au droit de propriété ne s'appuie sur aucun affidavit présenté à l'audience qui a donné lieu à l'ordonnance, mais sur des prétentions à l'encontre d'une requête antérieure portant sur l'inspection des navires, prétentions voulant qu'il y avait de l'équipement militaire d'accès restreint à bord—Le protonotaire souligne que c'est un rappel du danger qu'il y a de mal interpréter les prétentions des avocats qui ne sont pas

PRATIQUE—Suite

appuyées sur des affidavits—La règle 397 des Règles de la Cour fédérale (1998) permet de déposer un avis de requête pour réexamen et correction des erreurs, mais il ne confère pas au juge le pouvoir d'examiner de nouveau les conclusions qu'il a tirées de la preuve: *Kun Shoulder Rest Inc. c. Joseph Kun Violin and Bow Maker Inc.* (1999), 172 F.T.R. 149 (C.F. 1^{re} inst.)—*Kun Shoulder* ne s'appuie pas sur l'instance puisqu'il n'y avait pas eu de preuve portant sur le statut de l'équipement militaire, mais seulement des prétentions à une étape antérieure—Un réexamen porte sur une erreur ou sur une omission non intentionnelles: *Sivakumar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 150 F.T.R. 299 (C.F. 1^{re} inst.)—La conclusion qui porte sur le droit de propriété des Forces ne s'appuie pas sur un affidavit et constitue une erreur non intentionnelle pouvant être réexaminée—Le fait de retrancher la dernière phrase assure le maintien du statu quo entre les Forces et M. Crawford—Une ordonnance modifiée sera délivrée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 397.

UNITED PARTS OF FLORIDA INC. C. CRAWFORD (T-778-99, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 17-1-00, 5 p.)

Appel du rejet d'une requête visant à obtenir la suspension de l'exécution d'un paragraphe du jugement de première instance accordant une injonction permanente aux intimées pour interdire qu'il soit porté atteinte à leurs droits de brevet ((1998), 78 C.P.R. (3d) 376)—Le jugement a été modifié en appel mais le paragraphe en cause a été laissé intact—Ce paragraphe interdit à la défenderesse de contrefaire les revendications 1 à 5 et 8 à 15 du brevet et, en particulier, de fabriquer, d'utiliser, d'offrir en vente ou de vendre des comprimés d'apo-énalapril—Si la requête est accordée, il sera loisible à l'appelante de contester la validité des revendications 1, 8 et 11 en limitant la portée et l'application dudit paragraphe uniquement à des formes posologiques contenant du maléate d'énalapril et nul autre composé—L'appelante soutient que la portée de la revendication 1 l'empêche d'utiliser et de vendre des composés qui ont été élaborés après le prononcé du jugement de première instance—En conséquence, si le paragraphe 3 n'est pas modifié, l'appelante ne pourra contester la validité de la revendication 1 et des autres revendications qu'elle cherche à contester par la présente—Pour rejeter la requête, le juge MacKay s'est dit d'avis que la validité de la revendication est la base de la conclusion de contrefaçon et de l'injonction—Il a conclu que la Cour n'avait pas le pouvoir de modifier le dispositif de l'injonction, d'ordonner l'instruction de nouvelles questions litigieuses—Appel rejeté—Vu la façon dont la cause d'action est libellée, la question de la contrefaçon abordée au procès ne saurait se limiter essentiellement à l'utilisation et à la vente du maléate d'énalapril—La déclaration porte sur une réparation relative à tous les actes de contrefaçon commis par la défenderesse et pas seulement à l'égard des actes qui impliquaient l'utilisation

PRATIQUE—Suite

et la vente de maléate d'énalapril—Ce moyen n'a pas été attaqué pour cause d'irrégularité avant l'instruction de l'action—Vu qu'il a été admis dans la défense modifiée que le propriétaire enregistré du brevet aurait droit à l'exclusivité accordée par la Loi sur les brevets à l'égard des revendications du brevet, il n'est plus possible de contester dans le cadre de l'action la validité de la revendication 1 étant donné que l'action a été tranchée de façon définitive au procès et en appel—Le juge de première instance a, dans une certaine mesure, fondé son jugement sur l'aveu d'exclusivité sur les revendications du brevet en concluant que la revendication avait été contrefaite—Le moyen de défense fondé sur l'invalidité des revendications 8 et 11 a été rejeté par le juge—Par ailleurs, la question de la validité aurait dû être soulevée lors du procès lui-même—Bien que l'art. 56 de la Loi sur les marques de commerce se soit avéré un moyen de défense suffisant en réponse à l'allégation de contrefaçon du brevet découlant de l'utilisation et de la vente de maléate d'énalapril avant la délivrance du brevet, ce moyen de défense ne valait pas pour l'utilisation et la vente d'autres composés visés par la revendication 1 qui sont englobés par le moyen invoqué dans la déclaration—L'ordre public favorise fortement le caractère définitif des décisions des cours de justice, pour assurer non seulement la sécurité des opérations mais aussi l'intégrité du processus—Ce principe a constamment été confirmé tant en Angleterre qu'au Canada depuis un siècle et demi—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 56 (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 199).

APOTEX INC. C. MERCK & CO. INC. (A-36-98, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 14-12-99, 10 p.)

Jugement par défaut

Demande d'ordonnance aux termes d'un règlement à l'amiable entre les demandresses et le défendeur David Hui a/s de Honey House Bedding & Housewares—Règlement prévoyant le paiement d'une somme d'argent à titre de dommages-intérêts, mais si le défendeur paye un montant moindre, il y aura remise pour l'excédent des dommages-intérêts sur le montant versé—Cependant, en cas de défaut, le défendeur consent à l'enregistrement d'un jugement pour tout le montant des dommages-intérêts, déduction faite des sommes déjà versées—Le défendeur consent également à un jugement portant injonction permanente lui interdisant de contrefaire les marques de commerce des demandresses et à délaisser les biens qui ont été saisis aux termes d'une ordonnance antérieure de la Cour—La Cour a été appelée à prononcer une ordonnance incorporant l'injonction permanente et le délaissement des biens saisis, et laissant aux demandresses la possibilité de demander un jugement en réparation pécuniaire en cas de défaut du paiement convenu—Demande rejetée—Dans l'arrêt *Carpenter Fishing Corp. c. Canada*, [1998] 2 C.F. 548, la Cour d'appel fédérale a statué qu'il devrait n'y avoir qu'un seul jugement

PRATIQUE—Suite

à la clôture d'un procès et qu'un jugement ne doit pas être rendu par tranches—Principe applicable aux jugements par défaut—Aucune autorité ne permet de répartir l'ordonnance définitive de la Cour sur plusieurs ordonnances—Il n'est pas nécessaire de s'écarter des principes établis—Dans la mesure où la requête vise à obtenir un certain redressement définitif tout en gardant la porte ouverte pour une autre ordonnance définitive à une date ultérieure, la Cour ne peut l'accorder.

WALT DISNEY CO. (CANADA) C. PERSONNES INCONNUES (T-1058-98, juge Pelletier, ordonnance en date du 23-2-00, 4 p.)

OUTRAGE AU TRIBUNAL

Une audience a été sollicitée par la demanderesse pour enjoindre à la défenderesse et à son unique administrateur de se justifier après qu'une injonction eut été décernée par le protonotaire adjoint en octobre 1998 à l'issue d'une procédure par défaut dans une affaire de contrefaçon de marque de commerce—Les deux parties ont été informées que la Cour se pencherait sur la validité de l'injonction, compte tenu de la règle 50(1)e des Règles de la Cour fédérale (1998) selon lequel le protonotaire n'a pas compétence pour décerner une injonction—Ce n'est pas à l'audience faisant suite à l'ordonnance de se justifier qu'il convient de contester la validité d'une injonction—La partie qui estime qu'une décision de la Cour est erronée doit contester celle-ci en exerçant les recours prévus, et non refuser de s'y conformer—Il est flagrant, au vu de la preuve, qu'il y a eu et qu'il y a toujours outrage au tribunal de la part de la défenderesse et de son administrateur car ils ont continué de contrefaire les marques de commerce en cause, faisant ainsi fi de l'injonction—L'avocat de la demanderesse qualifie la promotion de la défenderesse de «manœuvre délibérément frauduleuse justifiant une peine sévère»—La défenderesse Guaranteed Estate et l'administrateur sont condamnés à une amende de 5 000 \$ chacun, plus les dépens sur une base procureur-client, le tout payable dans un délai de 30 jours—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 50(1)e.

MANUFACTURERS LIFE INSURANCE CO. C. GUARANTEED ESTATE BOND CORP. (T-1436-96, juge Dubé, ordonnance en date du 8-2-00, 7 p.)

PARTIES*Intervention*

Requête présentée par le Ralliement national des Métis en vue d'être ajouté comme intervenant—Action sollicitant des jugements déclaratoires selon lesquels les défendeurs ont manqué à leurs obligations constitutionnelles et à leurs autres obligations envers les demandeurs—La demande porte

PRATIQUE—Suite

sur le versement d'une indemnité moindre aux Métis qu'aux autres Autochtones (Indiens inscrits); cette indemnité leur a été versée parce qu'ils ont été déplacés de leur territoire de chasse, de pêche et de piégeage situé dans le nord de la Saskatchewan afin qu'un champ de tir puisse être créé—Le requérant sollicite la qualité d'intervenant parce que 1) la décision est susceptible de toucher les autres Métis et 2) il possède des connaissances particulières en ce qui concerne les demandes des Métis, qui, à son avis, seront utiles à la Cour en l'espèce—Les défendeurs contestent la demande visant à obtenir la qualité d'intervenant—Ils soutiennent que l'intérêt du requérant en l'espèce est semblable à celui qui a été jugé insuffisant pour justifier l'octroi de la qualité d'intervenant dans *Tioxide Canada Inc. c. Canada* (1994), 174 N.R. 212 (C.A.F.) et *R. c. Bolton*, [1976] 1 C.F. 252 (C.A.)—Dans ces affaires, des personnes ont essayé d'intervenir dans l'action des demandeurs parce qu'elles avaient des demandes pendantes de nature semblable et que les principes juridiques qui seraient énoncés dans l'action des demandeurs établiraient des précédents qui auraient un effet sur les demandes pendantes des intervenants proposés (dans la décision *Tioxide*, on a dit qu'il s'agissait d'un intérêt «jurisprudentiel») — Bien que le requérant n'ait pas un intérêt direct dans l'issue du présent litige, les personnes qu'il représente en ont un qui, selon toute vraisemblance, est substantiel—L'intérêt du requérant est plus solide qu'un simple intérêt jurisprudentiel, même si le requérant possède également un tel intérêt—L'intérêt des personnes que le requérant cherche à protéger s'appuie sur la même situation de fait que celle sur laquelle se fonde l'intérêt des demandeurs, ce qui permet donc de remplir les deux premières parties du critère établi dans la décision *Conseil canadien des ingénieurs c. Memorial University of Newfoundland* (1997), 135 F.T.R. 211 (C.F. 1^{re} inst.)—Les défendeurs prétendent que le requérant n'apportera pas un point de vue différent à l'instance et, subsidiairement, que le requérant en tant qu'intervenant va étendre la portée du litige de façon à le transformer en une revendication très complexe de droits ancestraux—L'intervenant ne peut pas introduire de nouvelles questions litigieuses: *Bande indienne Yale c. Bande indienne Aitchelitz* (1998), 151 F.T.R. 36 (C.F. 1^{re} inst.)—La Cour est persuadée que le requérant ne cherchera pas à étendre la portée de la demande, ce qu'il ne peut pas faire en toute hypothèse—Bien qu'un argument selon lequel l'intervenant ne peut pas déposer des éléments de preuve différents de ceux que le demandeur a l'intention de produire puisse être correct, cela ne signifie pas que le point de vue de l'intervenant quant à ces éléments de preuve n'est pas différent—Dans l'arrêt *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 1 C.F. 90, la C.A. a exposé une méthode pertinente: pour intervenir dans une poursuite où l'intérêt public est en jeu, un organisme doit être véritablement intéressé par les questions soulevées dans le cadre du litige et posséder des connaissances et une compétence pertinentes—Le requérant n'est pas un groupe de défense de l'intérêt public—Il représente des personnes

PRATIQUE—Suite

qui ont un intérêt plus direct dans le litige que celui que possèdent les membres de tels groupes—Le présent litige soulève des questions relatives à la Charte—Le requérant ne se trouve pas dans une situation moins favorable en tant qu'intervenant proposé que celle dans laquelle se trouvent les groupes de défense de l'intérêt public qui ont obtenu la qualité d'intervenant dans les affaires *Rothmans* et *Workers' Compensation*—Le requérant apporte au litige un point de

PRATIQUE—Fin

vue suffisamment différent de celui des demandeurs pour avoir droit à la qualité d'intervenant et son intervention à l'instance sera utile à la Cour pour trancher le litige qui oppose les parties—Qualité d'intervenant accordée.

MAURICE C. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN) (T-1057-96, juge Reed, ordonnance en date du 17-2-00, 7 p.)



If undelivered, return COVER ONLY to:

Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacre-Coeur Boulevard,
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9

En cas de non-livraison,

retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :

Travaux publics et Services
gouvernement Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Coeur,
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9