



**Canada
Federal Court
Reports**

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

1999, Vol. 4, Part 1

1999, Vol. 4, 1^{er} fascicule

Cited as [1999] 4 F.C., 3-224

Renvoi [1999] 4 C.F., 3-224

EDITOR

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

LEGAL STAFF

Senior Legal Editor

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

Legal Editors

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

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

PRODUCTION STAFF

Production Manager

LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

Publications Specialist

JEAN-PIERRE LEBLANC

Internet and CRIS Coordinator

LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant

PIERRE LANDRIAULT

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

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

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

Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Court Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3, telephone area code (613) 995-2706.

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

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

ARRÊTISTE EN CHEF

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

ARRÊTISTES

Arrêtiŕte principal

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

Arrêtiŕtes

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

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

Spécialiste des publications

JEAN-PIERRE LEBLANC

Coordonnatrice, Internet et SIRC

LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition

PIERRE LANDRIAULT

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

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

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

Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil des arrêts de la Cour fédérale, doivent être adressées à: Arrêtiŕte en chef, Recueil des arrêts de la Cour fédérale, Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3, au (613) 995-2706.

Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada doivent être adressées à l'arrêtiŕte en chef à l'adresse et au numéro de téléphone susmentionnés.

Les avis de changement d'adresse (avec indication de l'adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l'abonnement au Recueil des arrêts de la Cour fédérale, doivent être adressés aux Éditions du gouvernement du Canada, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, Ottawa (Canada) K1A 0S9.

Subscribers who receive the Federal Court Reports pursuant to the Canada Federal Court Reports Distribution Order should address any inquiries and change of address notifications to: Laura Vanier, Production Manager, Federal Court Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3.

Les abonnés qui reçoivent le Recueil des arrêts de la Cour fédérale en vertu du Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont priés d'adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changements d'adresse à: Laura Vanier, Gestionnaire, production et publication, Recueil des arrêts de la Cour fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3.

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

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

CONTENTS

Digests D-1

Appeals Noted I

Animal Alliance of Canada v. Canada (Attorney General) (T.D.) 72

Environment — Regulations Amending Migratory Birds Regulations *ultra vires* in so far as purporting to authorize killing of Ross geese and other species not easily distinguishable from snow geese during certain periods — Nothing in Migratory Birds Convention Act, 1994 or Migratory Birds Convention to support provisions of Amending Regulations relating thereto.

Canada v. Brelco Drilling Ltd. (C.A.) 35

Income tax — Income calculation — Dividends — Appeal from T.C.C. decision to ignore losses, other liabilities of foreign subsidiaries in determining deemed “income earned or realized” under ITA, s. 55(2) — Taxpayer receiving cash dividend of \$32 million, including same in income — Dividend deemed to be proceeds of disposition under s. 55(2) — Unrealized gain in subsidiaries, foreign affiliates consolidated in parent company — Affiliates having both income, debt — Whether foreign affiliates reducing taxpayer’s “safe income” — Object of s. 55 to prevent capital gains stripping, double taxation — T.C.C. failing to determine amount of safe income on facts of case — S. 55(2) requiring net calculation of all amounts which could reasonably be attributed to anything other than income earned, realized by foreign affiliate.

Construction of statutes — Meaning of Income Tax Act, s. 55(2) — Contextual, purposive approach should apply to

Continued on next page

SOMMAIRE

Fiches analytiques F-1

Appels notés I

Alliance animale du Canada c. Canada (Procureur général) (1^{re} inst.) 72

Environnement — Le Règlement modifiant le Règlement sur les oiseaux migrateurs est *ultra vires* dans la mesure où il entend autoriser la chasse aux oies de Ross et à d’autres espèces d’oiseaux difficiles à distinguer des oies des neiges pendant certaines périodes — Rien dans la Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs ni dans la Convention sur les oiseaux migrateurs n’appuie les dispositions du Règlement modificateur ayant trait à cette autorisation.

Canada c. Brelco Drilling Ltd. (C.A.) 35

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Dividendes — Appel de la décision de la C.C.I. de ne pas tenir compte des pertes et autres charges de sociétés étrangères affiliées pour calculer le «revenu gagné ou réalisé» réputé aux termes de l’art. 55(2) de la LIR — La contribuable a reçu un dividende en espèces de 32 000 000 \$, et l’a inclus dans le calcul de son revenu — Le dividende est réputé être un produit de disposition en vertu de l’art. 55(2) — Les gains non réalisés de certaines sociétés affiliées et sociétés étrangères affiliées ont été consolidés au sein de la société mère — Les sociétés affiliées avaient à la fois des revenus et des dettes — Les sociétés affiliées étrangères diminuent-elles le «revenu sauf» de la contribuable? — L’objet de l’art. 55 est d’empêcher le dépouillement de gains en capital et la double imposition — La C.C.I. n’a pas établi le revenu sauf en fonction des faits de l’affaire — L’art. 55(2) exige le calcul net de tous les montants qu’on pourrait raisonnablement attribuer à autre chose qu’à un revenu gagné ou réalisé par une société étrangère affiliée.

Interprétation des lois — Sens de l’art. 55(2) de la Loi de l’impôt sur le revenu — En matière d’interprétation des lois,

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

statutory interpretation unless meaning of provision clear, plain — When no doubt as to meaning of legislation, no ambiguity in application to facts, statutory provision must be applied regardless of object, purpose — Act, s. 55 not having clear, plain meaning — Court bound to give sensible meaning to provision.

Raman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (C.A.) 140

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Immigration inquiry process — Certified question: does SIO have jurisdiction to reopen hearing which resulted in removal order to allow person to make Convention refugee claim? — Doctrine of *functus officio* must be more flexible where no right of appeal — Where justice requires, administrative bodies should be able to reopen proceedings, but must be indications in enabling statute decision can be reopened — No such indication herein — Immigration Act, s. 44 stating refugee claims may not be determined if initiated after removal order made — Parliament thereby determining refugee claims must be initiated before removal order made — Refugee claims may not be heard in one specific circumstance: where refugee claim made after removal order — By referring to “appeal” from removal order in Immigration Act, s. 44(1), when no “appeal” actually exists, Parliament intending “appeal” to encompass judicial review — Judicial review appropriate process by which to contest removal order — Any common law right to reopen ousted by s. 44(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Upon arrival in Canada as visitor, appellant offered, declined to claim Convention refugee status, interpreter — Principles of fundamental justice mandate different procedures in different circumstances — Visitors have no right to enter into or remain in Canada — May be excluded with minimal procedural rights.

RJR-MacDonald Inc. v. Canada (T.D.) 3

Customs and Excise — Excise Tax Act — Appeal from disallowance of claim for refund of excise tax paid in

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

il faut adopter une approche contextuelle qui tient compte de l'objectif visé, à moins que le sens de la disposition ne soit clair et net — Lorsqu'il n'y a aucun doute quant au sens d'une mesure législative ni aucune ambiguïté quant à son application aux faits, elle doit être appliquée indépendamment de l'objectif visé — L'art. 55 de la Loi n'a pas un sens clair et net — La Cour doit lui donner un sens raisonnable.

Raman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.A.) 140

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Processus d'enquête en matière d'immigration — Question certifiée: l'agent principal a-t-il compétence pour rouvrir l'audience au terme de laquelle une mesure d'exclusion a été prononcée, de façon à permettre à une personne de réclamer la protection du statut de réfugié au sens de la Convention? — Le principe du *functus officio* doit être plus souple lorsqu'il n'y a pas de droit d'appel — Lorsque la justice l'exige, les organismes administratifs devraient avoir le pouvoir de rouvrir les instances, mais la loi habilitante doit porter à croire qu'une décision peut être rouverte — En l'espèce, rien ne porte à croire que tel est le cas — L'art. 44 de la Loi sur l'immigration dispose que les revendications du statut de réfugié ne peuvent faire l'objet d'une décision si elles sont déposées après qu'une mesure de renvoi a été prise — Le législateur a déterminé que les revendications du statut de réfugié doivent être présentées avant qu'une mesure de renvoi soit prise — Les revendications ne peuvent être entendues dans une situation en particulier, c'est-à-dire lorsque la revendication est présentée après qu'une mesure de renvoi a été prise — En faisant référence à un «appel» interjeté contre une mesure de renvoi, alors qu'en fait aucun «appel» n'est véritablement prévu, le législateur voulait que le mot «appel» utilisé à l'art. 44(1) de la Loi sur l'immigration englobe le contrôle judiciaire — Le contrôle judiciaire est la procédure appropriée pour contester une mesure de renvoi — Tout droit de common law prévoyant la réouverture de l'audience a été éteint par l'application à l'art. 44(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — À son arrivée au Canada à titre de visiteur, l'appelant s'est vu offrir la possibilité d'avoir les services d'un interprète et de revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention, mais il a refusé — Les principes de justice fondamentale dictent des procédures différentes selon les circonstances — Les visiteurs n'ont aucun droit d'entrer ou de demeurer au Canada — Ils peuvent en être exclus moyennant le respect de droits procéduraux minimes.

RJR-MacDonald Inc. c. Canada (1^{re} inst.) 3

Douanes et accise — Loi sur la taxe d'accise — Appel de la décision de rejeter la demande de remboursement de la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

respect of Sample Tobacco in 1987, 1988 — No difference between products sold in normal course of business to customers and sample tobacco — Sample tobacco provided free for advertising, promotional purposes to employees, wholesalers, retailers, business contacts, company and consumer events, to satisfy consumer complaints, short shipments to customers — Excise Tax Act, s. 23(1) imposing excise tax when goods mentioned in Schedule II (including cigarettes, manufactured tobacco) manufactured in Canada, delivered to purchasers — S. 23(2) providing tax payable by manufacturer at time of delivery — S. 23(10) providing goods manufactured for use by manufacturer and not for sale deemed delivered to purchaser when goods used or appropriated for use by manufacturer — S. 52(1)(d) permitting Minister to determine value for tax whenever difficult to determine value of goods manufactured in Canada because for use by manufacturer, and not for sale — Appeal allowed — S. 23(1), (2) must be read together — S. 23(10) concerning deemed delivery — Not providing for deemed sale, essential element of charging formula in s. 23(1), (2) taken together — S. 52(1) only applicable when circumstances, conditions rendering it difficult to determine value for consumption, sales tax because goods for use by manufacturer, producer and not for purpose of computing tax — Condition as to application of s. 52(1) not met — As neither sale nor deemed sale, plaintiff not liable to pay excise tax on sample tobacco.

Shilling v. M.N.R. (T.D.) 178

Native peoples — Taxation — Income Tax — Member of Rama band of Indians living in Toronto where working at native health centre — Employed by Indian, sole proprietor of native employment agency, at Six Nations of Grand River reserve — Indian Act, s. 87 providing Indians tax exemption for personal property situated on reserve — Historical review of Crown's position, case law on determination of whether employment income personal property of Indian situated on a reserve — Objective, interpretation of s. 87 — Whether situs-of-debtor rule surviving S.C.C. decision in *Williams* — Balance of connecting factors on case by case basis — Application of connecting factors test — Residence of employee — Location, nature of work, benefit to reserve — Indians, like other taxpayers, may arrange affairs for sole purpose of taking advantage of tax reductions permitted by Income Tax Act — No matter that employer on different

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

taxe d'accise payée à l'égard d'échantillons de tabac en 1987 et 1988 — Il n'y a pas de différence entre les produits vendus aux clients dans le cours normal des activités de l'entreprise et les échantillons de tabac — Des échantillons de tabac ont été fournis gratuitement, à des fins de publicité et de promotion, à des employés, à des grossistes, à des détaillants, à des relations d'affaires, lors d'événements de sociétés ou chez des clients et à l'occasion de plaintes des clients et de livraisons incomplètes — L'art. 23(1) de la Loi sur la taxe d'accise impose une taxe d'accise lorsque des marchandises énumérées à l'annexe II (y compris les cigarettes et le tabac fabriqué) sont de fabrication canadienne et livrées à des acheteurs — L'art. 23(2) prévoit que la taxe est exigible du fabricant au moment de la livraison — L'art. 23(10) prévoit que les marchandises fabriquées pour l'usage de leur fabricant et non pour la vente sont réputées avoir été livrées à leur acheteur lorsque les marchandises sont employées par leur fabricant ou destinées à l'être — En vertu de l'art. 52(1)d), chaque fois qu'il est difficile d'établir la valeur de marchandises fabriquées au Canada parce qu'elles sont destinées à l'usage de leur fabricant et non à la vente, le ministre peut en fixer la valeur pour la taxe — Appel accueilli — L'art. 23(1) et (2) doit être considéré ensemble — L'art. 23(10) concerne la livraison réputée — Il ne prévoit pas une vente réputée, la vente étant un élément essentiel de la formule d'imposition de l'art. 23(1) et (2) considéré ensemble — L'art. 52(1) ne s'applique que dans des circonstances ou conditions telles qu'il devient difficile d'établir la valeur pour la taxe de consommation ou de vente parce que les marchandises sont à l'usage du fabricant ou producteur et non pour les fins du calcul de la taxe — Les conditions d'application de l'art. 52(1) ne sont pas remplies — Comme il ne s'agit ni d'une vente ni d'une vente réputée, la demanderesse n'est pas tenue de payer une taxe d'accise sur les échantillons de tabac.

Shilling c. M.R.N. (1^{re} inst.) 178

Peuples autochtones — Taxation — Impôt sur le revenu — Une membre de la bande indienne de Rama vit à Toronto où elle travaille dans un centre de santé pour autochtones — Son employeur est un Indien, unique propriétaire d'une agence de placement pour autochtones, dans la réserve des Six nations de la rivière Grand — L'art. 87 de la Loi sur les Indiens exempte de taxation les biens d'un Indien situés sur une réserve — Historique de la position du ministère public et de la jurisprudence sur la question de savoir si le revenu d'emploi est un bien meuble d'un Indien situé sur une réserve — But et interprétation de l'art. 87 — La règle de la résidence du débiteur survit-elle à l'arrêt *Williams* de la C.S.C.? — Les facteurs de rattachement sont soupesés au cas par cas — Application du critère des facteurs de rattachement — Résidence de l'employé — Lieu et nature de l'emploi et bénéfice qu'en tire la réserve — Les Indiens,

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

reserve than plaintiff's Band — S. 87 broad, referring to property on "a reserve" not "the reserve" — Employer's location most important factor herein — Plaintiff's employment exempt from income tax as located on reserve.

Income Tax — Exemptions — Indians — Whether employment income of Indian from Rama reserve working at native health centre in Toronto exempt as income "situated on a reserve" (Indian Act, s. 87) — Employer an Indian carrying on business at Six Nations of Grand River reserve — Historical review of Crown's position, case law interpretation of s. 87 — Purpose of s. 87 — Location of employment income — Situs-of-debtor rule — Connecting factors test — Stress placed on employee's residence as connecting factor in Revenue Canada "Guidelines" may require amendment — Crown's argument employer's location only weak connecting factor, plaintiff having contracted with him for tax advantage, rejected — Indians, like others, may arrange affairs so as to reduce tax burden — Plaintiff's employment income tax exempt as located on reserve.

St-Hilaire v. Canada (Attorney General) (T.D.) ... 23

Public Service — Pensions — Judicial review of refusal to pay plaintiff, resident of Quebec, benefits under PSSA as surviving spouse, legal heir — Plaintiff guilty of manslaughter in stabbing death of husband, former public servant, contributor to pension fund under PSSA — Defendant citing rule of public order person may not profit from crime — PSSA, s. 12(4) rules of allocation to surviving spouse, children silent as to disentitlement in this regard — Federal statute wishing to depart from law applicable in province within its field of jurisdiction must do so expressly, as stipulated in preliminary article of Civil Code of Québec — Presumption legislation not intending to change law beyond that which declares expressly — Ordinary law of Quebec accepting person convicted of manslaughter may inherit from deceased — Rule of public order not applicable because not expressly stated in Act, contrary to ordinary law — As legal heir, surviving spouse entitled to benefits under PSSA.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

comme les autres contribuables, peuvent organiser leurs affaires dans le seul but de bénéficier de réductions d'impôt permises par la Loi de l'impôt sur le revenu — Peu importe que l'employeur soit sur une réserve différente de celle où se trouve la bande demanderesse — L'art. 87 est large et fait référence aux biens situés sur «une réserve» et non pas sur «la réserve» — Le lieu de résidence de l'employeur est le facteur le plus important en l'espèce — Le revenu d'emploi de la demanderesse est exempt d'impôt sur le revenu parce qu'il est situé sur une réserve.

Impôt sur le revenu — Exemptions — Indiens — Le revenu d'emploi d'une Indienne de la réserve de Rama, qui travaille dans un centre de santé pour autochtones situé à Toronto, est-il exempt d'impôt parce qu'il est «situé sur une réserve» (Loi sur les indiens, art. 87)? — L'employeur est un Indien qui fait affaire dans la réserve des Six nations de la rivière Grand — Historique de la position du ministère public et de l'interprétation jurisprudentielle de l'art. 87 — But de l'art. 87 — Lieu où est situé le revenu d'emploi — Règle de la résidence du débiteur — Critère des facteurs de rattachement — L'importance accordée à la résidence de l'employé en tant que facteur de rattachement dans les «lignes directrices» de Revenu Canada pourrait devoir être modifiée — L'argument du ministère public selon lequel la résidence de l'employeur n'est qu'un faible facteur de rattachement et que la demanderesse a signé un contrat avec lui en raison des avantages fiscaux est rejeté — Les Indiens, comme les autres, peuvent organiser leurs affaires de façon à réduire leur fardeau fiscal — Le revenu d'emploi de la demanderesse est exempt d'impôt parce qu'il est situé sur une réserve.

St-Hilaire c. Canada (Procureur général) (1^{re} inst.) 23

Fonction publique — Pensions — Contrôle judiciaire du refus de verser à la demanderesse, résidente du Québec, des prestations aux termes de la LPFP à titre de conjointe survivante et d'héritière légale — La demanderesse a été déclarée coupable d'homicide involontaire pour avoir poignardé à mort son mari, ancien fonctionnaire, qui contribuait au fonds de pension de retraite créé par la LPFP — Le défendeur a cité une règle d'ordre public selon laquelle une personne ne peut pas profiter de son crime — L'art. 12(4) de la LPFP prévoit les modalités d'allocation au conjoint survivant et aux enfants mais est silencieux quant à l'inadmissibilité à ce sujet — Une loi fédérale qui voudrait déroger au droit applicable dans une province dans son champ de compétence doit le faire de façon expresse comme le prévoit la disposition préliminaire du Code civil du Québec — Il existe une présomption selon laquelle une loi ne veut pas modifier le droit commun au-delà de ce qu'elle déclare expressément — Le droit commun au Québec accepte qu'une personne déclarée coupable d'homicide involontaire puisse hériter du défunt — La règle d'ordre

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Civil Code — Preliminary article of Civil Code of Québec stating Code foundation of all other laws, although other laws may complement, make exceptions to Code — Art. 620 providing persons convicted of making attempt on life of deceased unworthy of inheriting — Predecessor providing those convicted of killing or attempting to kill deceased unworthy of inheriting — While old wording excluding need for any conscious intent, since person can be convicted of killing without having intended it, phrase “making an attempt on the life” in Art. 620 implying intent to kill — Homicidal intent necessary condition for unworthiness.

Administrative law — Judicial review — Declarations — Plaintiff guilty of manslaughter in husband’s death — Seeking declaratory judgment Treasury Board not entitled to withhold payment of pension benefits under Public Service Superannuation Act on basis rule of public order person cannot profit from crime — Such rule not expressly incorporated in Act, contrary to ordinary law of Quebec person convicted of manslaughter may inherit from deceased — Declaration granted, order to go as asked.

Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (C.A.) 206

Citizenship and Immigration — Immigration practice — Motion for stay of appellant’s removal from Canada pending disposition of appeal from dismissal of application for judicial review of Minister’s danger opinion — Applicant, Tamil from Sri Lanka, Convention refugee — Member of LTTE, terrorist organization — Minister issuing security certificate pursuant to Immigration Act, s. 40.1 — Deportation order issued — In dismissing judicial review application, McKeown J. certifying questions for consideration — Application of tripartite test for granting stay formulated in *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.* — (1) Serious issues raised in certified questions — (2) When test formulated, H.L. probably not considering applicability in human rights context — Irreparable harm characterized in terms of that which cannot be compensated in monetary terms only in commercial context — No transgression of human right accurately measured, compensated by money, particularly in

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

public n’est pas applicable parce qu’elle n’est pas expressément énoncée dans la Loi et parce qu’elle est contraire au droit commun — En sa qualité d’héritière légitime et de conjointe survivante, la demanderesse a droit à des prestations aux termes de la LPFP.

Code civil — La disposition préliminaire du Code civil du Québec énonce que le Code constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger — L’art. 620 prévoit que les personnes qui sont déclarées coupable d’avoir attenté à la vie du défunt sont indignes de succéder — L’ancien article prévoyait que ceux qui étaient déclarés coupable d’avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt étaient indignes de succéder — Alors que l’ancienne formulation faisait abstraction de la nécessité d’une quelconque volonté, puisque l’on peut être convaincu d’avoir tué sans l’avoir voulu, l’expression «attenté à la vie» à l’art. 620 implique l’intention de tuer — L’intention homicide est une condition nécessaire pour entraîner l’indignité.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Jugements déclaratoires — La demanderesse est coupable d’homicide involontaire pour la mort de son mari — Elle cherche à obtenir un jugement déclaratoire statuant que le Conseil du Trésor n’a pas le droit de retenir les prestations de pension prévues par la Loi sur la pension de la fonction publique en se fondant sur la règle d’ordre public selon laquelle une personne ne peut pas profiter de son crime — Cette règle n’est pas expressément incorporée dans la Loi et est contraire au droit commun du Québec où une personne déclarée coupable d’homicide involontaire peut hériter du défunt — Jugement déclaratoire accueilli, ordonnance demandée rendue.

Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.A.) 206

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d’immigration — Requête visant à obtenir le sursis du renvoi de l’appelant du Canada jusqu’à la décision de l’appel qu’il a formé contre la décision de rejeter sa demande de contrôle judiciaire de l’opinion de danger qu’a émise le ministre — Le demandeur, un Tamoul originaire du Sri Lanka, est un réfugié au sens de la Convention — Il est un membre des LTTE, une organisation terroriste — Le ministre a délivré une attestation de sécurité en vertu de l’art. 40.1 de la Loi sur l’immigration — Une mesure d’expulsion a été prise — En rejetant la demande de contrôle judiciaire, le juge McKeown a certifié des questions pour examen — Application du critère à trois volets applicable à l’octroi d’un sursis, formulé dans *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.* — 1) Les questions certifiées soulèvent des questions sérieuses — 2) Lorsqu’elle a formulé le critère, la Chambre des lords n’a probablement

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

immigration cases involving deportation to country failing to abide by international norms respecting human rights — Two approaches to irreparable harm: assessment of risk of personal harm if person deported; assessment of effect of denial of stay application on person's right to have merits of case determined and to enjoy benefits associated with positive ruling — Subject to balance of convenience, if F.C.T.D. judges certifying questions of general importance, not unreasonable to defer execution of deportation orders where serious Charter issues relating to complex scheme for removing persons from this country and possibility would be exposed to inhumane treatment on arrival in former homeland — (3) Appellant's private interest outweighing public interest.

Administrative law — Judicial review — Injunctions — Motion for order staying removal of Convention refugee from Canada pending disposition of appeal from dismissal of application for judicial review of Minister's danger opinion — Application of tripartite test for granting stay formulated by H.L. in *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.* — (1) Certified questions raising serious issues; (2) irreparable harm, as raising serious Charter issues relating to complex scheme for removing persons from Canada, and possibility appellant would be exposed to inhumane treatment on arrival in former homeland; (3) appellant's private interest outweighing public interest as unclear appellant personally involved in acts of terrorism, no evidence appellant's presence in Canada representing threat to personal safety of Canadians, near certainty appellant will be subjected to inhumane treatment if returned to Sri Lanka — Allowing appellant to remain in Canada until appeal heard will not adversely affect Canada's reputation in international community with respect to fighting terrorism.

Judges and Courts — F.C.T.D. denying Convention refugee's application for interlocutory injunction to prevent

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

pas tenu compte de son applicabilité dans le contexte des droits de la personne — C'est uniquement dans un contexte commercial qu'on parle de préjudice irréparable du point de vue d'un préjudice qui ne peut être réparé par l'octroi d'une somme d'argent — Aucune violation d'un droit humain n'est mesurée avec précision ou réparée par l'octroi d'une somme d'argent, en particulier dans des affaires en matière d'immigration comportant l'expulsion dans un pays qui ne respecte pas les normes internationales en matière de droits de la personne — Il y a deux façons de voir le préjudice irréparable: la première consiste à évaluer le risque de préjudice personnel en cas d'expulsion et la deuxième consiste à évaluer l'effet du rejet d'une demande de sursis sur le droit d'une personne d'obtenir une décision sur le fond de sa cause et de profiter des avantages rattachés à une décision positive — Sous réserve de la prépondérance des inconvénients, si des juges de la Section de première instance de la Cour fédérale certifient des questions de portée générale, il n'est pas déraisonnable de reporter l'exécution des mesures d'expulsion lorsqu'il y a, dans l'optique de la Charte, des questions graves concernant un mécanisme complexe pour renvoyer des personnes du Canada et la possibilité qu'elles fassent l'objet d'un traitement inhumain à leur arrivée dans leur ancienne patrie — 3) L'intérêt personnel de l'appelant l'emporte sur l'intérêt public.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Injonctions — Requête visant à obtenir une ordonnance sursoyant au renvoi du Canada d'un réfugié au sens de la Convention jusqu'à la décision de l'appel qu'il a formé contre la décision de rejeter sa demande de contrôle judiciaire de l'opinion de danger qu'a émise le ministre — Application du critère à trois volets applicable à l'octroi d'un sursis qu'a formulé la Chambre des lords dans *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.* — 1) Les questions certifiées soulèvent des questions sérieuses; 2) Il y a un préjudice irréparable parce ce qu'on soulève, dans l'optique de la Charte, des questions graves concernant un mécanisme complexe pour renvoyer des personnes du Canada et la possibilité que l'appelant fasse l'objet d'un traitement inhumain à son arrivée dans son ancienne patrie; 3) L'intérêt personnel de l'appelant l'emporte sur l'intérêt public parce qu'on ne sait pas très bien si l'appelant a été personnellement mêlé à des actes de terrorisme; il n'y pas d'éléments de preuve que la présence de l'appelant au Canada constitue une menace pour la sécurité personnelle des Canadiens et, si l'appelant est renvoyé au Sri Lanka, il ferait presque certainement l'objet d'un traitement inhumain — La décision de permettre à l'appelant de demeurer au Canada jusqu'à ce que son appel ait été entendu n'affectera pas la réputation du Canada sur la scène internationale en ce qui concerne la lutte au terrorisme.

Juges et tribunaux — La Section de première instance de la Cour fédérale a rejeté la demande d'un réfugié au sens de la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

removal from Canada pending disposition of leave application — Ontario Court (General Division) granting interlocutory injunction to prevent deportation, but staying declaratory component — Problems with exercise of concurrent jurisdiction by two superior courts of record with respect to same constitutional challenges to federal legislation — Prohibition against collateral attacks on orders of superior court — One superior court may not exercise supervisory jurisdiction over another — Only S.C.C. having such power — Ontario courts prepared to entertain concurrent proceedings as denial of injunctive relief would render proceedings in F.C. moot.

Thangarajan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (C.A.) 167

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Appeal on certified question: does “special education” fall within “social services” in Immigration Act, s. 19(1)(a)(ii) — S. 19(1)(a)(ii) prohibiting admission to Canada of persons whose admission might reasonably be expected to cause excessive demands on social services — Respondent’s moderately mentally retarded son excluded from admission on ground admission would create excessive demands on Canadian social services — Motions Judge holding special education for mentally challenged children within public school system not social service within s. 19(1)(a)(ii) — Appeal allowed, question answered in affirmative — S. 19(1)(a) triggered when prospective immigrant found to be suffering from disease, disorder, disability or other health impairment — “Social services” in s. 19(1)(a)(ii) contemplating services provided to those in need after assessment of nature, severity or probable duration of disease, disorder, disability or other health impairment — As requirement for publicly funded special education arising from assessment of nature, severity, probable duration of mental disability, no reason why Parliament would exclude special education from ambit of social services in s. 19(1)(a)(ii) — Movement away from institutionalization of mentally disabled toward community living — As institutionalization would constitute social service for purposes of s. 19(1)(a)(ii), substitute publicly provided program, such as special education, also social service for those purposes — “Social services” meaning more than welfare.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Convention, visant l’octroi d’une injonction interlocutoire pour empêcher son renvoi du Canada jusqu’à la décision de sa demande d’autorisation — La Cour de l’Ontario (Division générale) a accordé une injonction interlocutoire pour empêcher l’expulsion, mais a suspendu l’élément déclaratoire de la demande — L’exercice d’une compétence concurrente par deux cours supérieures d’archives en ce qui a trait aux mêmes contestations de la constitutionnalité d’une loi fédérale est douteuse — Interdiction visant les contestations parallèles d’ordonnances rendues par une cour supérieure — Une cour supérieure ne peut pas exercer un pouvoir de surveillance sur une autre cour — Seule la C.S.C. est investie de ce pouvoir — Les cours de l’Ontario ont été disposées à connaître de poursuites concurrentes parce que le refus d’une injonction aurait rendu la poursuite devant la C.F. sans objet.

Thangarajan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.A.) 167

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Appel portant sur la question certifiée suivante: les «services sociaux» visés à l’art. 19(1)(a)(ii) de la Loi sur l’immigration comprennent-ils l’«éducation spécialisée»? — En vertu de l’art. 19(1)(a)(ii), les personnes dont l’admission risquerait d’entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ne sont pas admissibles au Canada — Le fils de l’intimé, qui présente un déficit intellectuel modéré, n’a pas été admis pour le motif que son admission entraînerait un fardeau excessif pour les services sociaux canadiens — Le juge des requêtes a conclu que l’éducation spécialisée que donne l’école publique aux enfants aux prises avec des difficultés mentales ne constitue pas un service social au sens de l’art. 19(1)(a)(ii) — L’appel est accueilli et la question reçoit une réponse positive — L’art. 19(1)(a) s’applique quand un immigrant éventuel est jugé souffrir d’une maladie ou d’une invalidité — Les «services sociaux» mentionnés à l’art. 19(1)(a)(ii) visent les services fournis aux personnes qui, à la suite d’une évaluation de la nature, de la gravité ou de la durée probable de leur maladie ou de leur invalidité, sont considérées dans le besoin — Comme l’exigence relative à l’éducation spécialisée subventionnée par l’État découle de l’évaluation de la nature, de la gravité et de la durée probable de l’altération des facultés mentales, il n’y a aucun motif pour lequel le législateur exclurait l’éducation spécialisée des services sociaux mentionnés à l’art. 19(1)(a)(ii) — Il y a un mouvement de rejet de l’institutionnalisation des personnes présentant un déficit intellectuel au profit de la vie en collectivité — Comme l’institutionnalisation constituerait un service social aux fins de l’art. 19(1)(a)(ii), un programme de remplacement subventionné par l’État tel que l’éducation spécialisée doit également être un service social aux fins de cette disposition — L’expression «services sociaux» a une signification plus large que le bien-être social.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Immigration Act, s. 3(f) requiring standards of admission not discriminating in manner inconsistent with Charter — Immigration Act, s. 19(1)(a) prohibiting admission of persons whose admission might reasonably be expected to cause excessive demands on social services — Respondent submitting s. 19(1)(a) discriminatory, should be narrowly construed so as to exclude special education from “social services” — In absence of proper debate with respect to Charter, s. 15, and s. 1 analysis, Court not prepared, on basis of general argument, to hold interpretation of “social services” in s. 19(1)(a)(ii) as including special education inconsistent with s. 3(f).

Weatherill v. Canada (Attorney General) (T.D.) .. 107

Judges and Courts — Canada Labour Relations Board Chair appointed during good behaviour for 10 years — Governor in Council ordering his removal before expiry of term based on Auditor General’s findings travel, hospitality expenses not reasonable compared to those of others in similar positions — S. 69 requiring Canadian Judicial Council, at Minister’s request, to conduct inquiry into whether person (other than judge of superior court or T.C.C.) appointed during good behaviour pursuant to Act of Parliament should be removed from office for certain reasons, including misconduct — Language of s. 69 parallel to that of s. 63(1), applicable to superior court judges — Answer to whether inquiry under Judges Act, s. 69 precondition to removal from office of person appointed pursuant to Act of Parliament to hold office during good behaviour same for superior court judges, persons to whom s. 69 applies — Whether constitutional validity of CLRB decisions requiring Board members have same security of tenure as have superior court judges — Board not a court though quasi-judicial body making very important decisions — Charter, s. 11(d) inapplicable to matters before CLRB — Assuming some need for security of tenure for CLRB members, requirement met by combination of three elements: statutory requirement of “cause” as ground for removal (Canada Labour Code, s. 10(2)); Governor in Council’s obligation to observe principles of natural justice when making removal decision; potential for independent inquiry under s. 69 (at Minister’s request) — If s. 69 never enacted, first two elements would suffice — Natural justice principles just as binding on Governor in Council’s exercise of statutory removal power as any statutory procedural requirements — Tribunal not lacking security of tenure merely because no statutory procedural protections regarding removal — Removal of person from office held during good behaviour cannot be done without affording person procedural

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l’égalité — L’art. 3f) de la Loi sur l’immigration exige que les critères d’admission excluent toute discrimination contraire à la Charte — En vertu de l’art. 19(1)a) de la Loi sur l’immigration, les personnes dont l’admission risquerait d’entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ne sont pas admissibles — L’intimé prétend que l’art. 19(1)a) est discriminatoire et devrait être interprété restrictivement de façon à exclure l’éducation spécialisée des «services sociaux» — En l’absence d’un débat approprié relativement à l’art. 15 de la Charte et d’une analyse fondée sur l’article premier, la Cour n’est pas prête à conclure, compte tenu de l’argumentation générale, qu’une interprétation de l’expression «services sociaux» contenue à l’art. 19(1)a)(ii) qui comprendrait l’éducation spécialisée est incompatible avec l’art. 3f).

Weatherill c. Canada (Procureur général) (1^{re} inst.) 107

Juges et tribunaux — Président du Conseil canadien des relations du travail nommé à titre inamovible pour 10 ans — Le gouverneur en conseil a décrété sa révocation avant l’expiration de son mandat à la lumière de la conclusion du vérificateur général que ses dépenses de voyage et d’hébergement n’étaient pas raisonnables comparativement à celles de titulaires de postes semblables — L’art. 69 oblige le Conseil canadien de la magistrature, sur demande du ministre, à enquêter sur les cas de révocation de titulaires de postes nommés à titre inamovible aux termes d’une loi fédérale (à l’exception des juges des juridictions supérieures ou de la C.C.I.) pour certains motifs, dont le manquement à l’honneur et à la dignité — La formulation de l’art. 69 est identique à celle de l’art. 63(1), qui s’applique aux juges de juridiction supérieure — La réponse à la question de savoir si l’enquête prévue par l’art. 69 de la Loi sur les juges constitue une condition préalable essentielle à la révocation des titulaires de postes nommés à titre inamovible en vertu d’une loi fédérale est la même pour les juges de juridiction supérieure que pour les personnes assujetties à l’application de l’art. 69 — Les membres du CCRT doivent-ils avoir le même degré d’inamovibilité que les juges de juridiction supérieure pour que leurs décisions soient valides sur le plan constitutionnel? — Le Conseil n’est pas une cour, même s’il est un organisme quasi-judiciaire qui rend des décisions très importantes — L’art. 11d) de la Charte ne s’applique pas aux affaires dont est saisi le CCRT — Si on tient pour acquis que les membres du CCRT doivent jouir d’une certaine inamovibilité, cette exigence a été remplie par la combinaison de trois éléments: l’exigence légale de l’existence d’une «cause» comme motif de révocation (art. 10(2) du Code canadien du travail); l’obligation du gouverneur en conseil d’appliquer les principes de la justice naturelle lorsqu’il prend une décision en matière de révocation; la possibilité de la tenue d’une enquête indépendante

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

protection, but full hearing with examination, cross-examination of witnesses, full disclosure of documents not essential.

Administrative law — Judicial review — CLRB Chair appointed during good behaviour for 10 years — Governor in Council ordering his removal before expiry of term based on Auditor General's findings travel, hospitality expenses not reasonable compared to those of others in similar positions — No denial of fundamental fairness in procedure leading to removal order — Press reports MPs, Prime Minister applauded when Minister of Labour announcing intention to commence removal proceedings not establishing reasonable apprehension of bias — Applicant neither denied opportunity to respond to allegations nor unfairly treated — Decision to not make submissions to Deputy Clerk, Governor in Council not due to lack of time, knowledge — Knew in general terms factual foundation for Auditor General's Report — Knew Auditor General had considered expense guidelines applicable to other public officials, though did not have access to actual claims — Knew substance of allegations under consideration with respect to removal decision — Had opportunity to discuss Report with auditors — Obtained expense guidelines applicable to organizations thought to be comparable to CLRB by mid-December — Governor in Council not acting unfairly in refusing further delay after interim injunction refused.

Labour relations — CLRB Chair appointed during good behaviour for 10 years — Governor in Council ordering removal before expiry of term based on Auditor General's findings travel, hospitality expenses not reasonable compared to those of others in similar positions — Inquiry under Judges Act, s. 69 not pre-condition to removal of person

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

en vertu de l'art. 69 (sur demande du ministre) — Si l'art. 69 n'avait jamais été édicté, les deux premiers éléments suffiraient — Les principes de la justice naturelle lient le gouverneur en conseil, dans le cadre de l'exercice du pouvoir de révocation que lui confère une loi, de la même façon que toute exigence procédurale prévue par une loi — Les membres d'un tribunal ne sont pas privés de l'inamovibilité uniquement parce que la loi n'accorde aucune protection procédurale en matière de révocation — La révocation du titulaire d'un poste occupé à titre inamovible ne peut avoir lieu sans qu'une protection procédurale ne lui soit accordée, mais une audience complète, comportant l'interrogatoire et le contre-interrogatoire des témoins ainsi que la divulgation totale des documents, n'est pas essentielle.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Président du CCRT nommé à titre inamovible pour 10 ans — Le gouverneur en conseil a décrété sa révocation avant l'expiration de son mandat à la lumière de la conclusion du vérificateur général que ses dépenses de voyage et d'hébergement n'étaient pas raisonnables comparativement à celles de titulaires de postes semblables — Il n'y a pas eu négation de la justice fondamentale dans le cadre du processus qui a mené au décret de révocation — Les articles de journaux indiquant que les députés et le Premier ministre avaient applaudi lorsque le ministre du Travail avait annoncé son intention d'entamer le processus de révocation n'ont pas établi l'existence d'une crainte raisonnable de partialité — Le demandeur n'a pas été privé de la possibilité de répondre aux allégations, et il n'a pas été traité inéquitement — La décision de ne pas faire d'observations au greffier adjoint et au gouverneur en conseil n'était pas due à un manque de temps et de renseignements — Le demandeur connaissait, de façon générale, le fondement factuel du rapport du vérificateur général — Il savait que le vérificateur général avait examiné les lignes directrices, en matière de dépenses, qui s'appliquaient aux autres fonctionnaires, même s'il n'avait pas accès à leurs demandes de dépenses — Il connaissait l'essentiel des allégations qui étaient examinées relativement à la révocation — Il a eu la possibilité de discuter du rapport avec les vérificateurs — Il a obtenu vers la mi-décembre les lignes directrices, en matière de dépenses, qui s'appliquent aux organismes qui avaient été estimés comparables au CCRT — Le gouverneur en conseil n'a pas agi de façon inéquitable en refusant d'accorder un délai supplémentaire après le rejet de la demande d'injonction provisoire.

Relations du travail — Président du CCRT nommé à titre inamovible pour 10 ans — Le gouverneur en conseil a décrété sa révocation avant l'expiration de son mandat à la lumière de la conclusion du vérificateur général que ses dépenses de voyage et d'hébergement n'étaient pas raisonnables comparativement à celles de titulaires de postes

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

appointed pursuant to Act of Parliament to hold office during good behaviour — No denial of fundamental fairness in procedure leading to removal order.

Practice — Affidavits — Affidavits of lawyer acting for applicant, but not in these proceedings, only evidence adduced by applicant — Federal Court Rules, 1998, r. 82 (prohibiting solicitor from both deposing to affidavit, presenting argument in Court) not applicable as affiant not counsel herein — R. 81 requiring affidavits to be confined to facts within personal knowledge of deponent — While open to Court to strike statements of fact for which applicant, executive assistant source of information, more appropriate to leave them in record, consider question of adverse inference (r. 81(2)) when dealing with issues to which relate — No reason to exclude statements on information and belief for which source of information person in PCO or Auditor General's Office merely on basis hearsay — Presumption truth of statements within respondents' knowledge — In absence of evidence to contrary, affiant open to cross-examination in same manner as any other deponent — No basis for determining whether anything in affidavits might have jeopardized applicant's solicitor-client privilege or for determining whether applicant prepared to waive privilege — That affiant acting for applicant not making it unfair to respondents for Court to permit affidavits to remain in record.

Ziyadah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) 152

Judges and Courts — Application for stay of removal order pending disposition of applications for leave to apply for judicial review, for judicial review, including application for extension of time within which to bring application — In *Sholev v. Canada (M.E.I.)*, MacKay J. finding statutory stay applied when application for leave to apply for judicial review of CRDD decision rejecting refugee claim made out of time, and after making of removal order — Relied upon discretionary power in Immigration Act, s. 82.1(5) allowing judge for special reasons to extend time for making application for leave, judicial review — Notwithstanding question certified for appeal, no appeal taken because of view appeal barred by s. 82.2, prohibiting appeal from F.C.T.D. judgment on application for leave to commence application for

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

semblables — L'enquête prévue par l'art. 69 de la Loi sur les juges ne constitue pas une condition préalable essentielle à la révocation des titulaires de postes nommés à titre inamovible en vertu d'une loi fédérale — Il n'y a pas eu négation de la justice fondamentale dans le cadre du processus qui a mené au décret de révocation.

Pratique — Affidavits — Les affidavits de l'avocat qui agissait pour le demandeur, mais pas en l'instance, étaient les seuls éléments de preuve produits par ce dernier — La règle 82 des Règles de la Cour fédérale (1998) (qui interdit à un avocat d'être l'auteur d'un affidavit et de présenter des arguments à la Cour) ne s'appliquait pas, car le déclarant n'était pas l'avocat du demandeur en l'espèce — La règle 81 exige que les affidavits se limitent aux faits dont le déclarant a une connaissance personnelle — Même si la Cour avait le pouvoir de radier les déclarations fondées sur les renseignements provenant du demandeur ou de son adjoint exécutif, il était plus opportun de les laisser dans le dossier et d'examiner la question des conclusions défavorables (règle 81(2)) au moment de l'étude des questions sur lesquelles ces déclarations portaient — Il n'y avait aucun motif pour écarter les déclarations fondées sur des renseignements et des croyances et pour lesquelles la source d'information était une personne employée par le BCP ou par le Bureau du vérificateur général pour l'unique raison qu'il s'agissait de oui-dire — Les défendeurs sont présumés connaître la véracité des déclarations — En l'absence de preuve contraire, l'auteur de l'affidavit était susceptible d'être contre-interrogé de la même façon que tout autre déclarant — Rien ne permettait de déterminer si les affidavits contenaient des éléments pouvant porter atteinte au secret professionnel de l'avocat du demandeur et si le demandeur était prêt à renoncer au privilège — Le fait que l'auteur de l'affidavit ait représenté le demandeur ne rendait pas injuste pour les défendeurs que la Cour permette que les affidavits demeurent au dossier.

Ziyadah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1^{re} inst.) 152

Juges et tribunaux — Requête en sursis à l'exécution d'une ordonnance de renvoi en attendant l'issue de la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire, avec demande de prorogation du délai de dépôt — Dans *Sholev c. Canada (M.E.I.)*, le juge MacKay a conclu que le sursis prévu par la loi s'appliquait dans ce cas où la demande d'autorisation d'agir en contrôle judiciaire contre la décision défavorable de la section du statut était faite après l'expiration des délais et où l'ordonnance de renvoi avait été prise — Cette conclusion était fondée sur le pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 82.1(5), de la Loi sur l'immigration selon lequel tout juge peut, pour des raisons spéciales, proroger le délai de demande d'autorisation d'agir en contrôle judiciaire — Bien qu'une question eût été certifiée aux fins d'appel, l'affaire

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

judicial review — Minister arguing *Sholev* should be disagreed with as wrongly decided — Independence of judiciary, necessity for certainty in law competing interests to be reconciled by thoughtful application of *stare decisis* doctrine — Decision of judge of co-ordinate Court should be given considerable weight unless cogent reasons to depart therefrom, particularly when no possibility of appeal to resolve uncertainty — Such reasons including: validity of impugned judgment affected by subsequent decisions; some binding authority in case law or relevant statute ignored; judgment unconsidered — As *Sholev* not ignoring any relevant authority, statutory provision, reasoning adopted, notwithstanding some support for argument wrongly decided.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Immigration inquiry process — Application for stay of removal order pending disposition of application for leave to apply for judicial review, for judicial review, including application for extension of time within which to bring application — Immigration Act, s. 49(1)(c)(i) staying execution of removal order where person, found not to be Convention refugee, filing application for leave to commence judicial review, or where time normally limited for filing application for leave elapsed, and where leave granted, until judicial review proceeding heard, disposed of — In *Sholev v. Canada (M.E.I.)*, F.C.T.D. finding statutory stay applied when application for leave to apply for judicial review of CRDD decision rejecting refugee claim made out of time, and after making of removal order — Relied upon discretionary power in s. 82.1(5) allowing judge for special reasons to extend time for making application for leave, judicial review — S. 82.2 prohibiting any appeal from F.C.T.D. judgment on application for leave to commence application for judicial review — Application dismissed on ground removal order stayed by s. 49(1)(c)(i) — Support for argument *Sholev* wrongly decided as s. 49(1)(c)(i) speaking of “time normally limited” — S. 82.1(5) arising from special circumstances, different from time normally limited — But *Sholev* applied in interest of rationality, consistency in law, as not ignoring relevant authority, statutory provision, no possibility of appeal to resolve conflicting opinions — Questions certified: does s. 82.2 preclude appeal of serious question of law of general importance arising from interlocutory proceedings in course of application for leave, judicial review; where s. 82.1 application filed out of time, does s. 49(1)(c)(i) apply to preclude execution of removal order pending disposition of application by Court?

SOMMAIRE (Suite)

n'a pas été portée en appel par suite de la croyance qu'un appel serait irrecevable par application de l'art. 82.2, qui exclut l'appel contre les décisions de la Section de première instance en matière de demandes d'autorisation d'agir en contrôle judiciaire — La ministre soutient qu'il faut écarter la décision *Sholev* qui était mal jugée — L'indépendance du juge et l'impératif de certitude dans les règles de droit sont deux impératifs contradictoires qu'il faut réconcilier par l'application réfléchie de la doctrine *stare decisis* — Toute décision d'une juridiction de même rang doit être respectée à moins qu'il n'y ait des raisons impérieuses de ne pas le faire — Par exemple, des décisions subséquentes ont remis en question la validité du jugement en question; la force obligatoire de la jurisprudence ou de la loi applicable n'a pas été prise en considération; le jugement était rendu sans délibéré — Puisque la décision *Sholev* n'a pas été rendue au mépris de la jurisprudence ou de la loi applicable, le raisonnement en est adopté, bien que l'argument qu'elle est mal jugée ne soit pas tout à fait sans fondement.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Processus d'enquête en matière d'immigration — Requête en sursis à l'exécution d'une ordonnance de renvoi en attendant l'issue de la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire, avec demande de prorogation du délai de dépôt — L'art. 49(1)(c)(i) de la Loi sur l'immigration prévoit le sursis à l'exécution de l'ordonnance de renvoi jusqu'au jugement sur la demande d'autorisation ou la demande de contrôle judiciaire, ou jusqu'à l'expiration du délai normal de demande d'autorisation, dans le cas où l'intéressé, qui s'est vu refuser le statut de réfugié au sens de la Convention par la section du statut, demande l'autorisation d'agir en contrôle judiciaire — Dans *Sholev c. Canada (M.E.I.)*, la Section de première instance a conclu que le sursis prévu par la loi s'appliquait dans ce cas où la demande d'autorisation d'agir en contrôle judiciaire contre la décision défavorable de la section du statut était faite après l'expiration des délais et où l'ordonnance de renvoi avait été prise — Cette conclusion était fondée sur le pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 82.1(5), selon lequel tout juge peut, pour des raisons spéciales, proroger le délai de demande d'autorisation d'agir en contrôle judiciaire — L'art. 82.2 exclut l'appel contre les décisions de la Section de première instance en matière de demandes d'autorisation d'agir en contrôle judiciaire — Recours rejeté par ce motif que l'ordonnance de renvoi était déjà suspendue par l'effet de l'art. 49(1)(c)(i) — L'argument que la décision *Sholev* était mal jugée se fonde sur l'art. 49(1)(c)(i), où il est question du «délai normal» — La prorogation de délai prévue à l'art. 82.1(5) s'applique aux circonstances extraordinaires, dérogeant au délai normal — La décision *Sholev* est cependant appliquée au nom de la rationalité et de l'uniformité dans l'interprétation et l'application des règles de droit, comme elle n'a pas été rendue au mépris de la jurisprudence ou de la loi applicable, et qu'il n'y a aucune possibilité

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

d'appel pour résoudre un conflit dans la jurisprudence —
Questions certifiées: l'art. 82.2 exclut-il l'appel sur une question grave de portée générale qui se dégage d'une procédure interlocutoire dans le contexte d'une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire? au cas où la demande fondée sur l'art. 82.1 est déposée après l'expiration du délai imparti, l'art. 49(1)c(i) s'applique-t-il pour empêcher l'exécution de l'ordonnance de renvoi en attendant que la Cour se prononce sur cette demande?

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Seneca, [1998] 3 F.C. 494 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-261-98), reasons for judgment handed down 29/9/99.

Friends of the West Country Assn. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans), [1998] 4 F.C. 340 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-550-98), reasons for judgment handed down 12/10/99.

SUPREME COURT OF CANADA

The appeal from *Canada v. Shell Canada Ltd.*, [1998] 3 F.C. 64 (C.A.) was allowed and the cross-appeal was denied by a decision dated 15/10/99. This decision will be published in the *Supreme Court Reports*.

Applications for Leave to Appeal

Al Sagban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 F.C. D-3 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. granted, 14/10/99.

Carpenter Fishing Corp. v. Canada, [1998] 2 F.C. 548 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 14/10/99.

Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 1 F.C. 605 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. granted, 14/10/99.

Afzal v. Canada, A-554-97, Stone J.A., judgment dated 3/12/98 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 21/10/99.

Jeyarajah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), A-749-98, Sexton J.A., judgment dated 12/2/99 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 21/10/99.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Seneca*, [1998] 3 C.F. 494 (1^{re} inst.), a été confirmée en appel (A-261-98), les motifs du jugement ayant été prononcés le 29-9-99.

La décision *Friends of the West Country Assn. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1998] 4 C.F. 340 (1^{re} inst.), a été confirmée en appel (A-550-98), les motifs du jugement ayant été prononcés le 12-10-99.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Le pourvoi principal contre *Canada c. Shell Canada Ltd.*, [1998] 3 C.F. 64 (C.A.), a été accueilli et le pourvoi incident rejeté par une décision en date du 15-10-99. Cette décision sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Demandes d'autorisation de pourvoi

Al Sagban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 C.F. F-8 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, 14-10-99.

Carpenter Fishing Corp. c. Canada, [1998] 2 C.F. 548 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 14-10-99.

Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 1 C.F. 605 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, 14-10-99.

Afzal c. Canada, A-554-97, le juge Stone, J.C.A., jugement en date du 3-12-98 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 21-10-99.

Jeyarajah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), A-749-98, le juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 12-2-99 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 21-10-99.

ISSN 0384-2568 (Print/imprimé)

ISSN 2560-9610 (Online/en ligne)

**Canada
Federal Court
Reports**

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

1999, Vol. 4, Part 1

1999, Vol. 4, 1^{er} fascicule

T-1686-91

T-1686-91

RJR-MacDonald Inc. (Plaintiff)**RJR-MacDonald Inc. (demanderesse)**

v.

c.

Her Majesty the Queen (Defendant)**Sa Majesté la Reine (défenderesse)****INDEXED AS: RJR-MACDONALD INC. v. CANADA (T.D.)****RÉPERTORIÉ: RJR-MACDONALD INC. c. CANADA (1^{re} INST.)**

Trial Division, Gibson J.—Toronto, April 8; Ottawa, April 30, 1999.

Section de première instance, juge Gibson—Toronto, 8 avril; Ottawa, 30 avril 1999.

Customs and Excise — Excise Tax Act — Appeal from disallowance of claim for refund of excise tax paid in respect of Sample Tobacco in 1987, 1988 — No difference between products sold in normal course of business to customers and sample tobacco — Sample tobacco provided free for advertising, promotional purposes to employees, wholesalers, retailers, business contacts, company and consumer events, to satisfy consumer complaints, short shipments to customers — Excise Tax Act, s. 23(1) imposing excise tax when goods mentioned in Schedule II (including cigarettes, manufactured tobacco) manufactured in Canada, delivered to purchasers — S. 23(2) providing tax payable by manufacturer at time of delivery — S. 23(10) providing goods manufactured for use by manufacturer and not for sale deemed delivered to purchaser when goods used or appropriated for use by manufacturer — S. 52(1)(d) permitting Minister to determine value for tax whenever difficult to determine value of goods manufactured in Canada because for use by manufacturer, and not for sale — Appeal allowed — S. 23(1), (2) must be read together — S. 23(10) concerning deemed delivery — Not providing for deemed sale, essential element of charging formula in s. 23(1), (2) taken together — S. 52(1) only applicable when circumstances, conditions rendering it difficult to determine value for consumption, sales tax because goods for use by manufacturer, producer and not for purpose of computing tax — Condition as to application of s. 52(1) not met — As neither sale nor deemed sale, plaintiff not liable to pay excise tax on sample tobacco.

Douanes et accise — Loi sur la taxe d'accise — Appel de la décision de rejeter la demande de remboursement de la taxe d'accise payée à l'égard d'échantillons de tabac en 1987 et 1988 — Il n'y a pas de différence entre les produits vendus aux clients dans le cours normal des activités de l'entreprise et les échantillons de tabac — Des échantillons de tabac ont été fournis gratuitement, à des fins de publicité et de promotion, à des employés, à des grossistes, à des détaillants, à des relations d'affaires, lors d'événements de sociétés ou chez des clients et à l'occasion de plaintes des clients et de livraisons incomplètes — L'art. 23(1) de la Loi sur la taxe d'accise impose une taxe d'accise lorsque des marchandises énumérées à l'annexe II (y compris les cigarettes et le tabac fabriqué) sont de fabrication canadienne et livrées à des acheteurs — L'art. 23(2) prévoit que la taxe est exigible du fabricant au moment de la livraison — L'art. 23(10) prévoit que les marchandises fabriquées pour l'usage de leur fabricant et non pour la vente sont réputées avoir été livrées à leur acheteur lorsque les marchandises sont employées par leur fabricant ou destinées à l'être — En vertu de l'art. 52(1)d), chaque fois qu'il est difficile d'établir la valeur de marchandises fabriquées au Canada parce qu'elles sont destinées à l'usage de leur fabricant et non à la vente, le ministre peut en fixer la valeur pour la taxe — Appel accueilli — L'art. 23(1) et (2) doit être considéré ensemble — L'art. 23(10) concerne la livraison réputée — Il ne prévoit pas une vente réputée, la vente étant un élément essentiel de la formule d'imposition de l'art. 23(1) et (2) considéré ensemble — L'art. 52(1) ne s'applique que dans des circonstances ou conditions telles qu'il devient difficile d'établir la valeur pour la taxe de consommation ou de vente parce que les marchandises sont à l'usage du fabricant ou producteur et non pour les fins du calcul de la taxe — Les conditions d'application de l'art. 52(1) ne sont pas remplies — Comme il ne s'agit ni d'une vente ni d'une vente réputée, la demanderesse n'est pas tenue de payer une taxe d'accise sur les échantillons de tabac.

This was an appeal from the Minister's disallowance of the plaintiff's claim for a refund of excise tax paid by it in respect of "Sample Tobacco" between January 1, 1987 and December 31, 1988. The plaintiff manufactures and sells tobacco products in Canada. From time to time it provides

Il s'agit d'un appel de la décision du ministre de rejeter la demande de remboursement de la taxe d'accise que la demanderesse a payée à l'égard d'«échantillons de tabac» entre le 1^{er} janvier 1987 et le 31 décembre 1988. La demanderesse fabrique et vend des produits du tabac au Canada.

tobacco products free of charge, for advertising and promotional purposes (Sample Tobacco). This includes products provided to employees, wholesalers and retailers, business contacts, company and consumer events, and products supplied to satisfy consumer complaints and short shipments to customers. There is no difference between the products sold in the normal course of business to customers and the Sample Tobacco. The plaintiff treated the Sample Tobacco in its books as a necessary expense of its business, and included the costs of manufacturing the Sample Tobacco in calculating the cost and sale price of the tobacco products manufactured and sold by it to customers in the normal course of business. The plaintiff paid federal sales tax and excise tax on the Sample Tobacco. The defendant accepted that the Sample Tobacco was not subject to federal sales tax.

Excise Tax Act, subsection 23(1) imposes an excise tax whenever goods mentioned in Schedule II (including cigarettes and manufactured tobacco) are manufactured in Canada and delivered to a purchaser thereof. Subsection 23(2) provides that the tax shall be payable by the manufacturer at the time of delivery to the purchaser. Subsection 23(10) provides that goods manufactured for use by the manufacturer and not for sale shall be deemed to have been delivered to a purchaser when the goods are used or appropriated for use. Paragraph 52(1)(d) provides that whenever it is difficult to determine the value of goods manufactured in Canada because they are for use by the manufacturer and not for sale, the Minister may determine the value for the tax, and those transactions shall be regarded as sales.

The issue was whether the Sample Tobacco was subject to excise tax under the *Excise Tax Act*.

Held, the appeal should be allowed.

Excise Tax Act, subsection 23(1) imposes excise tax on the plaintiff's products manufactured or produced in Canada that are delivered to a purchaser. It provides for the computation of the tax. Subsection 23(2) answers the questions "by whom" and "when". Subsection 23(2) is an adjunct of subsection 23(1) and the two subsections must be read together to provide a complete charging scheme.

Subsection 23(10) concerns deemed delivery. It does not provide for a deemed sale, an essential element of the charging formula in subsections 23(1) and (2) taken together.

Although subsection 52(1) appears in the Part of the Act dealing with sales or consumption tax, not with excise tax, its closing words provide that the deemed sale flowing from "transactions" described in the subsection is a deemed sale for the purposes of the Act and not merely for the purposes

À l'occasion, elle fournit gratuitement des produits du tabac à des fins de publicité et de promotion (les échantillons de tabac). Il s'agit de produits fournis à des employés, à des grossistes et à des détaillants, à des relations d'affaires, lors d'événements de sociétés ou chez des clients, et de produits fournis à l'occasion de plaintes des clients et de livraisons incomplètes. Il n'y a pas de différence entre les produits vendus aux clients dans le cours normal des activités de l'entreprise et les échantillons de tabac. La demanderesse a traité les échantillons de tabac dans ses livres comme une dépense d'affaire nécessaire et en a imputé le coût de fabrication au coût et au prix de vente des produits du tabac qu'elle fabriquait et vendait à ses clients dans le cours normal de ses activités. La demanderesse a payé la taxe de vente fédérale et la taxe d'accise sur les échantillons de tabac. La défenderesse a reconnu que les échantillons de tabac n'étaient pas assujettis à la taxe de vente fédérale.

Le paragraphe 23(1) de la *Loi sur la taxe d'accise* impose une taxe d'accise lorsque des marchandises énumérées à l'annexe II (y compris les cigarettes et le tabac fabriqué) sont de fabrication canadienne et livrées à leur acheteur. Le paragraphe 23(2) prévoit que la taxe est exigible du fabricant au moment de la livraison à l'acheteur. Le paragraphe 23(10) prévoit que les marchandises fabriquées pour l'usage de leur fabricant et non pour la vente sont réputées avoir été livrées à un acheteur lorsque les marchandises sont employées ou destinées à l'être. L'alinéa 52(1)d) prévoit que chaque fois qu'il est difficile d'établir la valeur de marchandises fabriquées au Canada parce qu'elles sont à l'usage du fabricant et non à vendre, le ministre peut en fixer la valeur pour la taxe et ces opérations sont considérées comme des ventes.

La question en litige est de savoir si les échantillons de tabac sont ou ne sont pas assujettis à la taxe d'accise en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*?

Jugement: l'appel doit être accueilli.

Le paragraphe 23(1) de la *Loi sur la taxe d'accise* impose une taxe d'accise sur les produits de la demanderesse fabriqués ou produits au Canada et livrés à un acheteur. Il prévoit le calcul de la taxe. Le paragraphe 23(2) répond aux questions «par qui?» et «quand?». Le paragraphe 23(2) est un complément du paragraphe 23(1) et les deux paragraphes doivent être considérés ensemble pour constituer un régime d'imposition complet.

Le paragraphe 23(10) concerne la livraison réputée. Il ne prévoit pas une vente réputée, la vente étant un élément essentiel de la formule d'imposition des paragraphes 23(1) et (2) considérés ensemble.

Bien que le paragraphe 52(1) se trouve dans la partie de la Loi portant sur la taxe de vente ou de consommation et non sur la taxe d'accise, ses derniers mots édictent que la vente réputée découlant des «opérations» qui y sont mentionnées constitue une vente réputée pour l'application de la

of the Part in which the subsection appears. The subsection only applies when goods are manufactured or produced in Canada under circumstances or conditions that “render it difficult to determine the value for the consumption or sales tax because . . . the goods are for use by the manufacturer or producer and not for sale” (underlining added). There was no evidence that difficulty was encountered in determining value for the purpose of computing tax. The condition as to the application of subsection 52(1) was not met, and even if the diversion of Sample Tobacco could be regarded as a transaction, reading the subsection as a whole, subsection 52(1) did not apply to deem that transaction a sale for the purposes of the Act.

There was neither a sale nor a deemed sale in Canada. The plaintiff was not liable to pay excise tax under Part III of the *Excise Tax Act* in respect of Sample Tobacco manufactured or produced in Canada by the plaintiff at the relevant time.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Excise Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 100, s. 31(1).
Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 23(1) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, s. 187), (2) (as am. *idem*), (3) (as am. *idem*, c. 7, s. 10), (3.1) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 15, s. 12), (10), 52(1) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 15, s. 20), 72(7) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 34), 81.22 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 38), Sch. II, ss. 1 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 12, s. 39), 2 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 53).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 48.
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, Tarif B.
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63.
Interest Rate (Excise Tax Act) Regulations, SOR/91-19.
Special War Revenue Act, R.S.C. 1927, c. 179, ss. 87(d),(2) (as enacted by S.C. 1931, c. 54, s. 12; rep. by S.C. 1935, c. 33, s. 1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Friesen v. Canada, [1995] 3 S.C.R. 103; (1995), 127 D.L.R. (4th) 193; [1995] 2 C.T.C. 369; 95 DTC 5551; 186 N.R. 243.

Loi et non pour la seule application de la partie dans laquelle le paragraphe se trouve. Le paragraphe s'applique uniquement quand les marchandises sont fabriquées ou produites au Canada dans des circonstances ou conditions «telles qu'il devient difficile d'en établir la valeur pour la taxe de consommation ou de vente parce que [. . .] ces marchandises sont à l'usage du fabricant ou producteur et non à vendre» (soulignement ajouté). Il n'y a pas d'élément de preuve faisant état d'une difficulté à établir la valeur pour les fins du calcul de la taxe. Les conditions d'application du paragraphe 52(1) ne sont pas remplies et, même si la mise à part des échantillons de tabac pouvait être considérée comme une opération, vu comme un tout, le paragraphe 52(1) n'a pas l'effet de constituer cette opération en vente réputée pour l'application de la Loi.

Il n'y a eu ni vente ni vente réputée au Canada. La demanderesse n'était pas tenue de payer la taxe d'accise en vertu de la partie III de la *Loi sur la taxe d'accise* à l'égard des échantillons de tabac fabriqués ou produits au Canada par la demanderesse pendant la période en cause.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63.
Loi spéciale des revenus de guerre, S.R.C. 1927, ch. 179, art. 87d),(2) (édicte par S.C. 1931, ch. 54, art. 12; abrogé par S.C. 1935, ch. 33, art. 1).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 48.
Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 23(1) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1, art. 187), (2) (mod., *idem*), (3) (mod., *idem*, ch. 7, art. 10), (3.1) (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 15, art. 12), (10), 52(1) (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 15, art. 20), 72(7) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 34), 81.22 (édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 38), ann. II, art. 1 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 12, art. 39), 2 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 53).
Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1952, ch. 100, art. 31(1).
Règlement sur le taux d'intérêt (Loi sur la taxe d'accise), DORS/91-19.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, tarif B.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Friesen c. Canada, [1995] 3 R.C.S. 103; (1995), 127 D.L.R. (4th) 193; [1995] 2 C.T.C. 369; 95 DTC 5551; 186 N.R. 243.

NOT FOLLOWED:

Vancouver Real Estate Board v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise (1962), 2 T.B.R. 247.

DISTINGUISHED:

The King v. Wampole (Henry K.) & Co. Ltd., [1931] S.C.R. 494; [1931] 3 D.L.R. 754; *Molson Newfoundland Brewery Ltd. v. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 141; (1993), 66 F.T.R. 115; 1 G.T.C. 6266 (F.C.T.D.); *The King v. Standard Brands, Ltd.*, not reported, Exchequer Court of Canada, judgment dated 10/7/34.

CONSIDERED:

Canada v. Dominion Tobacco Corp. (1989), 1 T.S.T. 3077 (Ont. Dist. Ct.).

REFERRED TO:

British Columbia Railway Company v. R., [1979] 2 F.C. 122; (1978), 1 C.E.R. 1; [1979] CTC 56; 79 DTC 5020 (T.D.); affd [1981] 2 F.C. 783; (1981), 3 C.E.R. 114; [1981] CTC 110; 36 N.R. 369 (C.A.); *Canada v. Molson Newfoundland Brewery Ltd.*, [1995] 1 C.T.C. 107; (1994), 2 G.T.C. 7088; 167 N.R. 109 (F.C.A.).

AUTHORS CITED

Canada. Department of National Revenue. Excise Division. *General Excise and Sales Tax Regulations*. Ottawa: Queen's Printer, 1961.

Canada. Department of National Revenue. Excise Division. *Regulations under the Special War Revenue Act*. Ottawa: Edmond Cloutier, King's Printer, 1947.

Canada. Department of National Revenue. Excise Division. *Regulations under The Excise Tax Act*. Ottawa: Edmond Cloutier, Queen's Printer, 1954.

APPEAL from the Minister's disallowance of the plaintiff's claim for a refund of excise tax paid by it in respect of tobacco provided free of charge for advertising and promotional purposes to employees, wholesalers, retailers, company and consumer events and to satisfy consumer complaints and short shipments to customers between January 1, 1987 and December 31, 1988. Appeal allowed.

DÉCISION NON SUIVIE:

Vancouver Real Estate Board v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise (1962), 2 T.B.R. 247.

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

The King v. Wampole (Henry K.) & Co. Ltd., [1931] R.C.S. 494; [1931] 3 D.L.R. 754; *Molson Newfoundland Brewery Ltd. c. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 141; (1993), 66 F.T.R. 115; 1 G.T.C. 6266 (C.F. 1^{re} inst.); *The King v. Standard Brands, Ltd.*, non publiée, Cour de l'Échiquier du Canada, jugement en date du 10-7-34.

DÉCISION EXAMINÉE:

Canada v. Dominion Tobacco Corp. (1989), 1 T.S.T. 3077 (C. dist. Ont.).

DÉCISIONS CITÉES:

British Columbia Railway Company c. R., [1979] 2 C.F. 122; (1978), 1 C.E.R. 1; [1979] CTC 56; 79 DTC 5020 (1^{re} inst.); conf. par [1981] 2 C.F. 783; (1981), 3 C.E.R. 114; [1981] CTC 110; 36 N.R. 369 (C.A.); *Canada c. Molson Newfoundland Brewery Ltd.*, [1995] 1 C.T.C. 107; (1994), 2 G.T.C. 7088; 167 N.R. 109 (C.A.F.).

DOCTRINE

Canada. Ministère du Revenu national. Division de l'accise. *Règlement général sur l'accise et la taxe de vente*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1961.

Canada. Ministère du Revenu national. Division de l'accise. *Règlement pris en vertu de la Loi spéciale des revenus de guerre*. Ottawa: Edmond Cloutier, Imprimeur du Roi, 1947.

Canada. Ministère du Revenu national. Division de l'accise. *Règlement pris en vertu de la Loi sur la taxe d'accise*. Ottawa: Edmond Cloutier, Imprimeur de la Reine, 1954.

APPEL de la décision du ministre de rejeter la demande de remboursement de la taxe d'accise que la demanderesse a payée à l'égard du tabac fourni gratuitement, à des fins de publicité et de promotion, à des employés, à des grossistes, à des détaillants, lors d'événements de sociétés ou chez des clients et à l'occasion de plaintes des clients et de livraisons incomplètes, entre le 1^{er} janvier 1987 et le 31 décembre 1988. Appel accueilli.

APPEARANCES:

W. Jack Millar and Dennis A. Wyslobicky for plaintiff.
Frederick B. Woyiwada for defendant.

SOLICITORS OF RECORD:

Millar Wyslobicky Kreklewetz, Toronto, for plaintiff.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

GIBSON J.:

(1) INTRODUCTION

[1] By a claim dated February 24, 1989, the plaintiff sought a refund of \$1,636,919¹ representing excise tax paid by it in respect of "Sample Tobacco" during the period from January 1, 1987 to December 31, 1988. By notice of determination dated December 13, 1989, the Minister of National Revenue (the Minister) disallowed the plaintiff's refund claim. The plaintiff objected to the Minister's determination by notice of objection dated March 13, 1990. The Minister did not respond to the notice of objection within the ensuing 180 days. In the result, the plaintiff appealed against the notice of determination by statement of claim filed June 26, 1991, pursuant to section 81.22 of the *Excise Tax Act*² (the Act) and section 48 of the *Federal Court Act*.³ These reasons arise out of the hearing of the plaintiff's appeal.

(2) RELIEF REQUESTED

[2] The plaintiff seeks the following relief:

- (a) that its appeal be allowed;
- (b) that the Minister's notice of determination be vacated;

ONT COMPARU:

W. Jack Millar et Dennis A. Wyslobicky pour la demanderesse.
Frederick B. Woyiwada pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Millar Wyslobicky Kreklewetz, Toronto, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

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

LE JUGE GIBSON:

1) INTRODUCTION

[1] Dans sa demande datée du 24 février 1989, la demanderesse a demandé le remboursement de la somme de 1 636 919 \$¹ représentant la taxe d'accise qu'elle a payée à l'égard «d'échantillons de tabac» pendant la période du 1^{er} janvier 1987 au 31 décembre 1988. Par avis de décision daté du 13 décembre 1989, le ministre du Revenu national (le ministre) a rejeté la demande de remboursement de la demanderesse. La demanderesse a formulé une opposition à la décision du ministre par avis d'opposition daté du 13 mars 1990. Le ministre n'a pas répondu à l'avis d'opposition dans les 180 jours. En conséquence, la demanderesse a interjeté appel de l'avis de décision du ministre par une déclaration produite le 26 juin 1991, conformément à l'article 81.22 de la *Loi sur la taxe d'accise*² (la Loi) et à l'article 48 de la *Loi sur la Cour fédérale*³. Les présents motifs découlent de l'audition de l'appel de la demanderesse.

2) LES REDRESSEMENTS DEMANDÉS

[2] La demanderesse demande les redressements suivants:

- a) que l'appel soit accueilli;
- b) que l'avis de décision du ministre soit annulé;

(c) that the defendant be ordered to repay to the plaintiff the amount of \$1,573,717.70 together with interest thereon in accordance with the Act;

(d) pre- and post-judgment interest;

(e) its costs of the appeal; and

(f) such other relief as this Court considers appropriate.

c) que la défenderesse soit condamnée à rembourser à la demanderesse la somme de 1 573 717,70 \$ avec intérêts conformément à la Loi;

d) les intérêts avant et après jugements;

e) les dépens du présent appel; et

f) tout autre redressement que la Cour estime approprié.

(3) FACTUAL BACKGROUND

[3] The hearing of the appeal proceeded entirely on the basis of an agreed statement of facts in the following terms:

The Plaintiff and Defendant, for the purposes of the trial of this action, agree to the facts set out in paragraphs 1 to 13 herein as if those facts had been established in evidence.

1. The Plaintiff is a corporation subsisting under the laws of Canada. During the relevant period, the Plaintiff carried on the business of manufacturing and selling tobacco products in Canada.
2. The tobacco products manufactured by the Plaintiff included cigarettes, fine cut tobacco, and cigars.
3. In carrying on its business, the Plaintiff from time to time provided tobacco products manufactured by it, free of charge, for advertising and promotional purposes (the "Sample Tobacco"). This included products provided to employees, wholesalers and retailers, business contacts, company and consumer events, and products supplied to satisfy consumer complaints and short shipments to customers.
4. There was no difference between the products which were sold in the normal course of business to customers, and the Sample Tobacco.
5. Finished tobacco products were shipped from the Plaintiff's plant in Montreal to various regional warehouses which in turn shipped the tobacco products to customers. In addition, some of the tobacco products were shipped to the sales branches and placed in a secure area within each branch.
6. Sample Tobacco was generally distributed by the Plaintiff's sales representatives. The sales representatives drew tobacco products from the secure areas in the branches for use as Sample Tobacco, as well as for

3) LES FAITS

[3] L'audition de l'appel a entièrement eu lieu en fonction d'un exposé convenu des faits ainsi conçu:

Pour les fins de l'audition de la présente action, la demanderesse et la défenderesse s'accordent sur les faits énoncés aux alinéas 1 à 13 ci-après comme si ces faits avaient été établis en preuve.

1. La demanderesse est une société par action de droit fédéral. Pendant la période en cause, la demanderesse exploitait le commerce de la fabrication et de la vente de produits du tabac au Canada.
2. Les produits du tabac fabriqués par la demanderesse consistaient en cigarettes, en tabac coupé fin et en cigares.
3. Dans l'exploitation de son entreprise, la demanderesse fournissait gratuitement, à l'occasion, des produits fabriqués de tabac à des fins de publicité et de promotion (les «échantillons de tabac»). Il s'agissait de produits fournis aux employés, aux grossistes et aux détaillants, à des relations d'affaires, à des événements chez des clients ou des sociétés et de produits fournis à l'occasion de plaintes des clients ou de livraisons incomplètes.
4. Il n'y avait pas de différence entre les produits vendus dans le cours normal des transactions avec les clients et les échantillons de tabac.
5. Les produits finis du tabac étaient livrés à partir de l'usine de la demanderesse à Montréal vers divers entrepôts régionaux qui à leur tour les expédiaient aux clients. De plus, certains des produits du tabac ont été expédiés aux divisions des ventes et entreposés dans un endroit protégé dans chaque division.
6. Les échantillons de tabac étaient généralement distribués par les agents des ventes de la demanderesse. Les agents des ventes retiraient les produits du tabac des endroits protégés dans les divisions et s'en servaient

drop shipment sales to customers and for product exchanges.

7. Sample Tobacco for distribution free of charge to employees was taken from secure areas located at the Montreal plant, the Plaintiff's Toronto head office and other employee work locations.
8. The Plaintiff treated the Sample Tobacco in its books and records as a necessary expense of its business and included the costs of manufacturing the Sample Tobacco in calculating the cost and sale price of the tobacco products manufactured and sold by it to customers in the normal course of business.
9. The Plaintiff paid excise tax and federal sales tax under Parts III and VI of the *Excise Tax Act* on tobacco products manufactured and sold by it to customers in the normal course of business.
10. The Plaintiff also paid federal sales tax and excise tax on the Sample Tobacco.
11. By separate refund claims dated February 24, 1989, the Plaintiff claimed a refund of the federal sales tax and excise tax paid on Sample Tobacco during the period January 1, 1987 to December 31, 1988.
12. The Defendant has accepted that the Sample Tobacco was not subject to federal sales tax under Part VI of the *Excise Tax Act* and has paid the Plaintiff's refund claim for federal sales tax thereon. The current action is in respect of the Plaintiff's refund claim for excise tax on the Sample Tobacco.
13. It is agreed by the parties that the amount in dispute in this action is \$1,573,717.70 for the excise tax paid on Sample Tobacco, plus applicable interest.

[4] All of the uses described in paragraph 3 of the agreed statement of facts were agreed between counsel to be "Sample" uses. That such was the case was not, therefore, in issue before the Court.

(4) THE ISSUE

[5] In the plaintiff's memorandum of fact and law, counsel wrote:

soit comme échantillons de tabac, soit pour des ventes à livraison directe à des clients et pour l'échange de produits.

7. Les échantillons de tabac destinés à la distribution gratuite aux employés étaient retirés des endroits protégés de l'usine de Montréal, du bureau-chef de la demanderesse à Toronto et d'autres lieux de travail des employés.
8. La demanderesse traitait les échantillons de tabac dans ses livres et registres comme une dépense d'affaire nécessaire et en imputait le coût de fabrication au calcul du coût et au prix de vente des produits du tabac qu'elle fabriquait et vendait à ses clients dans le cours normal des affaires.
9. La demanderesse payait la taxe d'accise et la taxe de vente fédérale conformément aux parties III et VI de la *Loi sur la taxe d'accise* sur les produits du tabac fabriqués et vendus par elle à ses clients dans le cours normal des affaires.
10. La demanderesse payait aussi la taxe de vente fédérale et la taxe d'accise sur les échantillons de tabac.
11. Dans des demandes distinctes de remboursement en date du 24 février 1989, la demanderesse a demandé le remboursement de la taxe de vente fédérale et de la taxe d'accise payées sur les échantillons de tabac pour la période du 1^{er} janvier 1987 au 31 décembre 1988.
12. La défenderesse a reconnu que les échantillons de tabac n'étaient pas assujettis à la taxe de vente fédérale en vertu de la partie VI de la *Loi sur la taxe d'accise* et a remboursé à la demanderesse la somme demandée à l'égard de la taxe de vente fédérale sur ceux-ci. La présente action porte sur la demande de remboursement de la demanderesse pour la taxe d'accise à l'égard des échantillons de tabac.
13. Les parties reconnaissent que le montant en litige en la présente action est de 1 573 717,70 \$ pour la taxe d'accise payée sur les échantillons de tabac et pour les intérêts y afférents.

[4] Les avocats ont convenu que tous les usages mentionnés à l'alinéa 3 de l'exposé convenu des faits constituaient des usages comme échantillons. En conséquence, cette question n'est pas en litige devant la Cour.

4) LA QUESTION EN LITIGE

[5] Dans son mémoire sur les faits et le droit, l'avocat de la demanderesse écrit:

The sole issue to be determined is whether or not the Sample Tobacco was subject to excise tax under the Act during the Period.

Counsel for the defendant adopted this issue statement. The issue is easily stated. It is not so easily resolved. As Gautreau D.C.J. wrote in *Canada v. Dominion Tobacco Corp.*:⁴

We now move into the labyrinthian [*sic*] world of excise duty, excise tax, manufacturer's or federal sales tax, and how it applies to the tobacco industry.

(5) THE STATUTORY FRAMEWORK

[6] It was common ground in argument before me that subsections 23(1) [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, s. 187] and (10) of the Act, as they read December 31, 1987, are critical to the determination of this matter. To these provisions, counsel for the plaintiff adds subsections 23(2) [as am. *idem*] and 52(1) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 15, s. 20], once again as they read December 31, 1987. Both subsections 23(10) and 52(1) were amended effective January 1, 1988 [R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 12, ss. 12, 19]. Counsel agreed at the hearing before me that those amendments would not in any sense affect the outcome of this matter. As at December 31, 1987, section 23 of the Act was in Part III entitled "EXCISE TAXES ON COSMETICS, JEWELLERY, RADIOS, ETC." Section 52 was in Part VI entitled "CONSUMPTION OR SALES TAX".⁵

[7] On December 31, 1987, subsections 23(1), (2) and (10) and subsection 52(1) read as follows:

23. (1) Whenever goods mentioned in Schedules I and II are imported into Canada or manufactured or produced in Canada and delivered to a purchaser thereof, there shall be imposed, levied and collected, in addition to any other duty or tax that may be payable under this or any other Act or law, an excise tax in respect of those goods at the rate set opposite the applicable item in whichever of those Schedules is applicable computed, where that rate is specified as a percentage, on the duty paid value or the sale price, as the case may be.

[TRADUCTION] La seule question en litige à trancher est celle de savoir si les échantillons de tabac sont ou ne sont pas assujettis à la taxe d'accise en vertu de la Loi pour cette période.

L'avocat de la défenderesse a qualifié ainsi la question en litige. La question en litige est facile à formuler. Elle n'est pas si facile à résoudre. Ainsi que le dit le juge Gautreau dans *Canada v. Dominion Tobacco Corp.*:⁴

[TRADUCTION] Nous entrons maintenant dans l'univers labyrinthien du droit d'accise, de la taxe d'accise, de la taxe de vente des fabricants ou de la taxe de vente fédérale et de la manière dont elle s'applique à l'industrie du tabac.

5) LE CADRE LÉGISLATIF

[6] Il était entendu lors des plaidoiries devant moi que les paragraphes 23(1) [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1, art. 187] et (10) de la Loi, dans leur version du 31 décembre 1987, sont déterminants pour la solution de l'espèce. À ces dispositions, l'avocat de la demanderesse ajoute les paragraphes 23(2) [mod., *idem*] et 52(1) [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 15, art. 20], encore une fois dans leur version du 31 décembre 1987. Les paragraphes 23(10) et 52(1) ont été modifiés, avec effet le 1^{er} janvier 1988 [L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 12, art. 12, 19]. Les avocats ont convenu lors de l'audition devant moi que ces modifications n'avaient aucun effet sur l'issue de la cause. Dans sa version du 31 décembre 1987, l'article 23 de la Loi se trouvait dans la partie III intitulée «TAXES D'ACCISE SUR LES COSMÉTIQUES, BIJOUX, POSTES DE RÉCEPTION DE T.S.F., ETC.». L'article 52 se trouvait dans la partie VI intitulée «TAXE DE CONSOMMATION OU DE VENTE»⁵.

[7] Au 31 décembre 1987, les paragraphes 23(1), (2) et (10) et le paragraphe 52(1) disaient ceci:

23. (1) Lorsque les marchandises énumérées aux annexes I et II sont importées au Canada, ou sont de fabrication ou de provenance canadienne et livrées à leur acheteur, il est imposé, prélevé et perçu, outre les autres droits et taxes exigibles en vertu de la présente loi ou de toute autre loi, une taxe d'accise sur ces marchandises, suivant le taux figurant en regard de l'article concerné de l'annexe pertinente, calculé, lorsqu'il est spécifié qu'il s'agit d'un pourcentage, d'après la valeur à l'acquitté ou le prix de vente, selon le cas.

(2) Where goods are imported, the excise tax imposed by subsection (1) shall be paid in accordance with the provisions of the *Customs Act* by the importer, owner or other person liable to pay duties under that Act, and where goods are manufactured or produced and sold in Canada, the excise tax shall be payable by the manufacturer or producer at the time of delivery of the goods to the purchaser thereof.

...

(10) When goods of any class mentioned in Schedules I and II are manufactured or produced in Canada and are for use by the manufacturer or producer thereof and not for sale, the goods shall, for the purposes of this Part, be deemed to have been delivered to a purchaser thereof, and the delivery shall be deemed to have taken place when the goods are used or appropriated for use, and the Minister may determine the value of the goods for the tax.

...

52. (1) Whenever goods are manufactured or produced in Canada under such circumstances or conditions as render it difficult to determine the value thereof for the consumption or sales tax because

(a) a lease of the goods or the right of using the goods but not the right of property therein is sold or given,

(b) the goods having a royalty imposed thereon, the royalty is uncertain, or is not from other causes a reliable means of estimating the value of the goods,

(c) such goods are manufactured or produced in or under any unusual or peculiar manner or conditions; or

(d) the goods are for use by the manufacturer or producer and not for sale,

the Minister may determine the value for the tax under this Act and all those transactions shall for the purposes of this Act be regarded as sales.

[8] At the relevant time, cigarettes, manufactured tobacco and cigars were all goods mentioned in Schedule II to the Act. Cigarettes and manufactured tobacco were subject to a "specific rate tax", in the case of cigarettes at the rate of \$0.10277 per five cigarettes or fraction in a package, and in the case of manufactured tobacco at the rate of \$6.254 per kilogram.⁶ Cigars were subject to an *ad valorem* tax at a rate of 30% computed, as indicated in subsection 23(1), on the sale price of the cigars, if manufactured in Canada. As indicated in the agreed statement of

(2) Lorsque les marchandises sont importées, la taxe d'accise prévue par le paragraphe (1) est payée conformément à la *Loi sur les douanes*, et lorsque les marchandises sont de fabrication ou de provenance canadienne et vendues au Canada, cette taxe d'accise est exigible du fabricant ou du producteur au moment de la livraison de ces marchandises à leur acheteur.

[. . .]

(10) Lorsque des marchandises énumérées aux annexes I et II sont de fabrication ou de provenance canadienne et sont destinées à l'usage de leur fabricant ou de leur producteur et non à la vente, ces marchandises, pour l'application de la présente partie, sont réputées avoir été livrées à leur acheteur, et la livraison est réputée consommée lorsque les marchandises sont employées ou destinées à l'être. Le ministre peut déterminer la valeur de ces marchandises pour la taxe.

[. . .]

52. (1) Chaque fois que des marchandises sont fabriquées ou produites au Canada dans des conditions ou circonstances telles qu'il devient difficile d'en établir la valeur pour la taxe de consommation ou de vente parce que, selon le cas:

a) le louage de ces marchandises ou le droit de s'en servir, mais non le droit de les posséder au titre de propriétaire, est vendu ou donné;

b) ces marchandises étant grevées de redevances, celles-ci sont incertaines ou ne constituent pas, pour d'autres causes, un moyen sûr d'estimer la valeur des marchandises;

c) ces marchandises sont fabriquées ou produites de manière ou en des conditions inusitées ou particulières;

d) ces marchandises sont à l'usage du fabricant ou producteur et non à vendre,

le ministre peut en fixer la valeur pour la taxe sous le régime de la présente loi et toutes ces opérations sont, pour l'application de la présente loi, considérées comme des ventes.

[8] Pendant la période en cause, les cigarettes, le tabac fabriqué et les cigares étaient tous des marchandises mentionnées à l'annexe II de la Loi. Les cigarettes et le tabac fabriqué étaient assujettis à une «taxe à taux spécifique»; dans le cas des cigarettes le taux était de 0,10277 \$ les cinq cigarettes ou fraction de cinq cigarettes par paquet et, dans le cas du tabac fabriqué, le taux était de 6,254 \$ le kilogramme⁶. Les cigares étaient assujettis à une taxe *ad valorem* au taux de 30 p. 100, calculée, selon le paragraphe 23(1), sur le prix de vente des cigares, s'ils étaient fabriqués au

facts set out above, at the relevant time the plaintiff carried on the business manufacturing and selling tobacco products in Canada. Thus, its products were subject to excise tax by virtue of subsection 23(1). Subsection 23(2) provided that the tax was payable by the manufacturer or producer at the time of the delivery of the goods to the purchaser.

[9] Also as indicated in the agreed statement of facts, Sample Tobacco was not sold but was diverted for use by the plaintiff. Subsection 23(10) provided that, in such circumstances, the Sample Tobacco was deemed to have been delivered to a purchaser with the delivery deemed to have taken place when the goods were used or appropriated for use by the plaintiff. Subsection 23(10) did not deem “own use” goods to have been sold.

[10] Subsection 52(1), with particular emphasis on paragraph (d) of that subsection for the purposes of this matter, provided that, when goods were manufactured or produced in Canada under circumstances or conditions that rendered it difficult to determine the value thereof for the consumption or sales tax, an *ad valorem* tax, because the goods were for use by the manufacturer or producer and not for sale, the Minister could determine the value “and all those transactions shall for the purposes of [the] Act be regarded as sales.”

(6) CASE LAW AND LEGISLATIVE AMENDMENTS REGARDING “SAMPLES”

[11] Case law concerning “Samples” relates to the treatment of “Samples” for the purposes of sales or consumption tax, and not of excise tax.

[12] In *The King v. Wampole (Henry K.) & Co. Ltd.*,⁷ Chief Justice Anglin wrote:

I was, at the hearing of this appeal, strongly of the view that the sample goods in question were subject to the tax sought to be collected in this case. My construction of clause (d) of section 87 is that the “use” by the manufacturer or producer

Canada. Comme il est dit dans l’exposé convenu des faits précité, pendant la période en cause, la demanderesse exploitait le commerce de la fabrication et de la vente de produits du tabac au Canada. En conséquence, ses produits étaient assujettis à la taxe d’accise prévue au paragraphe 23(1). Le paragraphe 23(2) disposait que la taxe était payable par le fabricant au moment de la livraison des marchandises à l’acheteur.

[9] Ainsi que le mentionne aussi l’exposé convenu des faits, les échantillons de tabac n’étaient pas vendus, mais réservés à l’utilisation de la demanderesse. Le paragraphe 23(10) disposait qu’en pareilles circonstances, les échantillons de tabac étaient réputés livrés à un acheteur, la livraison étant réputée consommée lorsque les marchandises avaient été employées par la demanderesse ou destinées à l’être. Le paragraphe 23(10) ne comportait pas de présomption que les marchandises «destinées à l’usage du fabricant» avaient été vendues.

[10] Le paragraphe 52(1), notamment l’alinéa d) pour les fins de l’espèce, disposait que, lorsque les marchandises étaient fabriquées ou produites au Canada dans des conditions ou circonstances telles qu’il était difficile d’en établir la valeur, pour la taxe de consommation ou de vente parce que ces marchandises étaient à l’usage du fabricant ou producteur et non à vendre, le ministre pouvait en fixer la valeur «et toutes ces opérations [étaient], pour l’application de [la] Loi, considérées comme des ventes.»

6) JURISPRUDENCE ET MODIFICATIONS LÉGISLATIVES AU SUJET DES «ÉCHANTILLONS»

[11] La jurisprudence sur les «échantillons» expose le traitement des «échantillons» pour les fins de la taxe de vente ou de consommation, mais non celui de la taxe d’accise.

[12] Dans l’affaire *The King v. Wampole (Henry K.) & Co. Ltd.*,⁷ le juge en chef Anglin écrit:

[TRADUCTION] Lors de l’audition de l’appel, j’étais fermement convaincu que les échantillons de marchandises en cause étaient sujets à la taxe réclamée en l’espèce. Mon interprétation de l’alinéa d) de l’article 87 veut que l’«utili-

of goods not sold includes any use whatever that such manufacturer or producer may make of such goods, and is wide enough to cover their "use" for advertising purposes by the distribution of them as free samples, as is the case here. I am, therefore, with great respect, unable to agree in the reasons assigned by the learned trial judge for dismissing this petition.

But, in clause 4 of the Special Case, we find the following statement:

4. The cost of producing such samples was paid by the company as a necessary expense of business, and the company in its books treated such expense as a necessary cost of production of articles manufactured and sold, in respect of which last mentioned articles the company has paid sales tax.

It is obvious to me that it cannot have been the intention of the Legislature to tax the same property twice in the hands of the manufacturer. Having regard to the admission of paragraph 4, above quoted, such double taxation would ensue were we to hold the samples here in question to be now subject to the consumption or sales tax, it being there admitted that the cost of producing such samples is included in the

cost of production of articles manufactured and sold, in respect of which . . . the company has paid sales tax.

If the cost or value of these goods used as samples has already been a subject of the sales tax in this way, it would seem to involve double taxation if they should now be held liable for sales tax on their distribution as free samples. But for the admission of paragraph 4, however, I should certainly have been prepared to hold that the "use" by the company of goods manufactured by it as free samples for advertising purposes is a "use" within clause (d) of section 87 of the *Special War Revenue Act*, R.S.C., 1927, ch. 179 [Footnote omitted.]

[13] The *Special War Revenue Act*⁸ was the predecessor of the *Excise Tax Act* and section 87 thereof, and paragraph (d) of that section were the predecessor of subsection 52(1) of the *Excise Tax Act* and paragraph (d) of that subsection. No material change was involved in the evolution of section 87 to the form of subsection 52(1) at the relevant time.

[14] In response to the *Wampole* decision, Parliament enacted a new subsection 87(2) of the *Special War Revenue Act* in 1931 [S.C. 1931, c. 54, s. 12].⁹ That subsection read as follows:

sation» par le fabricant ou producteur des marchandises qui ne sont pas vendues englobe toute utilisation que le fabricant ou producteur de ces marchandises peut en faire, et est assez général pour englober leur «utilisation» à des fins de publicité sous forme de distribution des marchandises à titre d'échantillons gratuits, comme c'est le cas en l'espèce. Je ne puis pas souscrire aux motifs donnés par le juge de première instance pour rejeter cette demande.

Cependant, on relève la déclaration suivante à l'alinéa 4 du mémoire spécial:

4. Le coût de la production de ces échantillons a été supporté par la compagnie à titre de dépense d'entreprise nécessaire, et, dans ses livres, la compagnie a traité cette dépense comme le coût nécessaire de la production d'articles fabriqués et vendus, à l'égard desquels la compagnie a payé la taxe de vente.

Il est clair selon moi que le législateur n'avait pas l'intention de taxer deux fois le même bien entre les mains du fabricant. Compte tenu de ce qui est admis au paragraphe 4 cité ci-dessus, il y aurait double taxation s'il fallait que nous considérions les échantillons dont il est question en l'espèce comme assujettis maintenant à la taxe de vente ou de consommation, étant admis que le coût de la production de ces échantillons est inclus dans le

coût de production des articles fabriqués et vendus, à l'égard desquels la compagnie a payé la taxe de vente.

Si le coût ou la valeur des marchandises utilisées comme échantillons a déjà été assujetti à la taxe de vente de cette manière, il y aurait, semble-t-il, double taxation s'il fallait maintenant que ces marchandises soient passibles de la taxe de vente lorsqu'elles sont distribuées gratuitement. N'eût été du paragraphe 4, cependant, j'aurais certainement été disposé à soutenir que l'«usage» par la compagnie des marchandises fabriquées comme échantillons gratuits à des fins publicitaires constitue un «usage» visé à l'alinéa d) de l'article 87 de la *Loi spéciale des revenus de guerre*, S.R.C. 1927, ch. 179 [note en bas de page omise].

[13] La *Loi spéciale des revenus de guerre*⁸ était la loi antérieure à la *Loi sur la taxe d'accise* et son article 87 et l'alinéa d) de ce dernier étaient les dispositions antérieures au paragraphe 52(1) de la *Loi sur la taxe d'accise* et de l'alinéa d) de celui-ci. Aucun changement important n'est intervenu dans la transition de l'article 87 au paragraphe 52(1) à l'époque en cause.

[14] En réaction à l'arrêt *Wampole*, le législateur a adopté un nouveau paragraphe 87(2) de la *Loi spéciale des revenus de guerre* en 1931 [S.C. 1931, ch. 54, art. 12]⁹. Ce paragraphe se lisait ainsi:

87. . . .

(2) Whenever goods are manufactured or produced in Canada and used by the manufacturer or producer thereof and not sold, or are given away or distributed by the manufacturer or producer thereof without consideration, the Minister may determine the value for the tax under this Act and all such transactions shall, for the purposes of this Act, be deemed to be sales, and the time when such goods are used or taken into consumption by the manufacturer or producer thereof, or distributed or given away by the manufacturer or producer thereof, shall be deemed to be the time of delivery.

[15] The issue returned before the courts in *The King v. Standard Brands, Ltd.*¹⁰ President Maclean of the Exchequer Court wrote:

It seems to me that the new section, 87(2), along with the interpretation given to the word "use" in 87(d) by the Supreme Court of Canada, constitute rather formidable obstacles for the defendant to overcome. It is agreed that sec. 87(2) was intended either to clarify, or to add something to, sec. 87(d), or to remove any doubt following the decisions in the Wampole case. It seems to me sec. 87(2) is conclusive against the defendant's contention.

There is no doubt but that s.s. 2 of sec. 87 was intended to meet the facts of this case, and it is unfortunate that this intention was not more clearly and fully expressed, if section 87 was to be amended at all. Sec. 87(2), I think, must be held to mean that sample goods, representative of saleable goods, distributed without consideration, are liable to the tax on delivery, that is when given away or distributed, and which for the purposes of the Act are to be deemed as sales. I have no doubt that this was what was intended, and that interpretation must, I think, be given to sub-section 2 of sec. 87. I cannot see what other interpretation can be placed upon it, and it matters not, it seems to me, if the cost of the sample goods, as advertising material, was in practice computed in the cost of the saleable goods, and there paid the tax.

[16] In 1935, subsection 87(2) was repealed [S.C. 1935, c. 33, s. 1] thereby, it would seem reasonable to assume, restoring the impact of the *Wampole* decision for sales or consumption tax purposes at least. This result would appear to have been acknowledged over the years by the Minister and to have extended to excise tax. Under date of January 1947, the Department of National Revenue, Excise Division published "Regulations" under the *Special War Revenue Act*.¹¹

87. [. . .]

(2) Lorsque des marchandises sont fabriquées ou produites au Canada et qu'elles sont utilisées par leur fabricant ou producteur et non vendues, ou qu'elles sont données ou distribuées gratuitement par leur fabricant ou producteur, le Ministre peut déterminer la valeur imposable en vertu de la présente loi, et toutes ces transactions sont, pour les fins de la présente loi, censées des ventes, et le moment où ces marchandises sont utilisées ou sorties pour la consommation par leur fabricant ou producteur, ou distribuées ou données par leur fabricant ou producteur, est censé le moment de la livraison.

[15] Le litige a de nouveau été soumis aux tribunaux dans l'affaire *The King v. Standard Brands, Ltd.*¹⁰. Le président Maclean de la Cour de l'Échiquier écrit:

[TRADUCTION] Il me semble que le nouveau paragraphe 87(2), et l'interprétation donnée au mot «utilisation» de l'alinéa 87d) par la Cour suprême du Canada, constituent des obstacles très difficiles à surmonter pour la défenderesse. Il est convenu que le paragraphe 87(2) visait soit à clarifier l'alinéa 87d) ou à y ajouter quelque chose ou encore à lever tout doute découlant de la décision de l'arrêt Wampole. Il me semble que le paragraphe 87(2) est déterminant à l'encontre de la position de la défenderesse.

Il n'y a pas de doute que la paragraphe 2 de l'article 87 visait à correspondre aux faits de l'espèce et il est malheureux que cette intention n'ait pas été plus clairement et plus complètement formulée s'il s'agissait vraiment de modifier l'article 87. Il faut conclure, je crois, que le paragraphe 87(2) signifie que les échantillons de marchandises, correspondant aux marchandises destinées à la vente, donnés ou distribués sans contrepartie, sont assujettis à la taxe lors de leur livraison, c'est-à-dire, lorsqu'ils sont donnés ou distribués, laquelle livraison est assimilée à une vente pour l'application de la Loi. Je n'ai pas de doute que c'est ce qui était voulu et que c'est l'interprétation à donner au paragraphe 2 de l'article 87. Je ne puis voir quelle autre interprétation on peut lui donner et, il est sans conséquence, quant à moi, que le coût des échantillons de marchandises, en tant que matériel publicitaire, ait été en réalité calculé dans le coût des marchandises destinées à la vente et visées par la taxe.

[16] Le paragraphe 87(2) a été abrogé en 1935 [S.C. 1935, ch. 33, art. 1], il serait donc raisonnable de croire qu'en conséquence, l'effet de l'arrêt *Wampole* se trouvait rétabli du moins à l'égard de la taxe de vente ou de consommation. Le résultat semble avoir été reconnu au cours des années par le ministre et avoir été étendu à la taxe d'accise. En janvier 1947, le ministère du Revenu national, Division de l'accise, publiait des «Règlements» en vertu de la *Loi spéciale*

At page 21 of the publication, under the heading “Samples”, the following appeared:

Samples which are manufactured in Canada and distributed gratis by the licensed manufacturers thereof are not subject to Excise Taxes.

[17] The same paragraph appeared in an equivalent publication under the *Excise Tax Act* dated March 1954.¹²

[18] Without explanation, the situation changed with the publication of “Circular ET 1” by the Department of National Revenue in April 1961.¹³ Under the heading “SAMPLES” at page 29 of that publication, the following appeared:

33. (1) Goods manufactured or produced in Canada, which are the regular product of the manufacturer, normally manufactured or produced for sale, when distributed free by the licensed manufacturer or producer thereof as samples, are not subject to sales or excise tax.

(2) The provisions of subsection (1) do not apply to goods of a class subject to excise duty under the Excise Act, effective on and after 1st January 1961.

The plaintiff’s Sample Tobacco was, at that time, and for the relevant period in relation to this matter, “goods of a class subject to excise duty under the Excise Act”. Thus, on the basis of no cited authority, and in the face of the *Wampole* decision, samples of a limited range of goods manufactured or produced in Canada were differentiated for sales or consumption tax and excise tax purposes from a much broader range of goods manufactured or produced in Canada.

[19] Not surprisingly, the matter once again returned before the courts in respect of sales or consumption tax. In the *Canada v. Molson Newfoundland Brewery Ltd.*,¹⁴ Mr. Justice Hugessen wrote:

We are all of the view that we, like the learned trial judge . . . , are bound by the decision of the Supreme Court in the case of *The King v. Wampole* That decision may ring curiously to modern ears and it might be doubted, if the matter were *tabula rasa*, that it would now be decided the same way; double taxation, if not the norm, is certainly not unusual and both the finding that the circumstances in

*des revenus de guerre*¹¹. À la page 21 de cette publication, sous le titre «Échantillons» apparaît ceci:

[TRADUCTION] Les échantillons fabriqués au Canada et distribués gratuitement par leur fabricants autorisés ne sont pas sujets à la taxe d’accise.

[17] Le même alinéa se retrouvait dans une publication équivalente relative à la *Loi sur la taxe d’accise* datée de mars 1954¹².

[18] La situation a changé, sans explication, lors de la publication par le ministère du Revenu national de la «Circulaire ET 1» en avril 1961¹³. Le texte suivant apparaît sous le titre «Échantillons», à la page 29 de cette publication:

[TRADUCTION] 33. (1) Les marchandises fabriquées ou produites au Canada, qui appartiennent à la production régulière du fabricant, normalement fabriquée ou produite en vue de la vente, ne sont pas assujetties à la taxe d’accise ou de vente si elles sont distribuées gratuitement par leur fabricant ou producteur autorisé.

(2) Les dispositions du paragraphe (1) ne s’appliquent pas aux marchandises d’une catégorie assujettie à un droit d’accise en vertu de la Loi sur l’accise, prenant effet à compter du 1^{er} janvier 1961.

Les échantillons de tabac de la demanderesse étaient, à l’époque pour la période en cause, «des marchandises d’une catégorie assujettie à un droit d’accise en vertu de la Loi sur l’accise». Donc, sans invoquer de texte précis, vu l’arrêt *Wampole*, les échantillons d’une gamme limitée de marchandises fabriquées ou produites au Canada étaient traités différemment, pour les fins de la taxe de vente ou de consommation et de la taxe d’accise, d’une gamme beaucoup plus vaste de marchandises fabriquées ou produites au Canada.

[19] Il n’est pas étonnant que la question ait été de nouveau soumise aux tribunaux pour ce qui est de la taxe de vente ou de consommation. Dans l’arrêt *Canada c. Molson Newfoundland Brewery Ltd.*¹⁴, le juge Hugessen dit:

Nous sommes unanimes pour dire que nous sommes liés, comme le juge de première instance, par l’arrêt que la Cour suprême a rendu dans l’affaire *The King v. Wampole* [. . .]. Cet arrêt peut sembler étrange aux esprits modernes, et l’on peut se demander, si, faisant table rase du passé, on rendrait la même décision aujourd’hui: la double imposition, si elle n’est pas la norme, n’est certainement pas inhabituelle, et,

Wampole amounted to such double taxation and the view that Parliament could not have intended that result might not have been the same today. The decision stands, however, and the legislation which it interpreted was substantially unchanged from that which the trial judge had to interpret.

Indeed, the legislative history shows that after *Wampole* provisions were first enacted and subsequently repealed with the specific effect and purpose of imposing, and then removing, tax on free samples given away by a manufacturer or producer for promotional or advertising purposes. In our view, such history positively supports the conclusion that Parliament had decided that the consumption or sales tax imposed by the former provisions of the *Excise Tax Act* should not attach to such samples.

. . .

The trial judge made a finding that the facts in the present case were in all material respects "the same as those in *Wampole*" . . . That finding has not been shown to us to be in error. [Citations omitted.]

[20] I find it significant that both Chief Justice Anglin in the quotation from *Wampole* that appears earlier in these reasons, and Mr. Justice Hugessen in the immediately foregoing quotation essentially invite different decisions from those they felt compelled to reach in circumstances where a different fact situation comes before the courts. As I have previously indicated, both *Wampole* and *Molson Newfoundland* related to sales or consumption tax. That tax is, also as previously indicated, an *ad valorem* tax that unquestionably results in double taxation where the costs of producing sample goods are recovered by increasing the price or value of similar goods that are sold. In similar circumstances, double taxation does not result in the case of a specific rate tax such as that applying to all of the Sample Tobacco in question other than cigars. Justice Hugessen goes further to suggest that perhaps even the double taxation impact should not, in the current environment, be considered a significant factor.

(7) GENERAL PRINCIPLES OF INTERPRETATION OF TAX LEGISLATION

[21] In *Friesen v. Canada*,¹⁵ Mr. Justice Major, for the majority, wrote at pages 113 and 114:

de nos jours, tant la conclusion que les circonstances de *Wampole* équivaldraient à une double imposition, que celle que le Parlement n'aurait pas pu la vouloir, ne tiendraient peut-être pas. Cet arrêt reste cependant valable et la législation qui y a été interprétée est à peu près la même que celle sur laquelle le juge de première instance a eu à se pencher.

L'histoire législative montre bien que, après *Wampole*, des dispositions ont été d'abord adoptées, puis abrogées, dans l'intention précise d'imposer une taxe, puis de la retirer, sur les échantillons distribués gratuitement par le fabricant ou le producteur à des fins promotionnelles ou publicitaires. À notre avis, cet historique appuie bien la conclusion selon laquelle le Parlement avait décidé que les taxes de consommation ou de vente imposées par l'ancienne disposition de la *Loi sur la taxe d'accise* ne devaient pas s'appliquer aux échantillons.

[. . .]

Le juge de première instance a conclu que les faits de l'espèce étaient à toutes fins pratiques «identiques à ceux dont il était question dans l'arrêt *Wampole*» [. . .] Il n'a pas été établi que cette conclusion était erronée. [Les citations ont été omises.]

[20] Je trouve remarquable qu'à la fois le juge en chef Anglin dans l'extrait de l'arrêt *Wampole* précité et le juge Hugessen dans l'extrait qui précède immédiatement appellent des décisions différentes de celles qu'ils étaient enclins à rendre lorsqu'une situation de fait différente est soumise aux tribunaux. Ainsi que je l'ai déjà mentionné, les arrêts *Wampole* et *Molson Newfoundland* portent sur la taxe de vente ou de consommation. Cette taxe est une taxe *ad valorem*, ce qui a déjà aussi été signalé, laquelle entraîne manifestement une double imposition lorsque les coûts de production des échantillons sont recouverts par l'augmentation du prix de vente ou de la valeur de marchandises semblables lors de leur vente. Dans des circonstances semblables, la double imposition ne se produit pas dans le cas d'une taxe à taux spécifique comme celle qui s'applique à tous les échantillons de tabac en cause, sauf les cigares. Le juge Hugessen va plus loin en suggérant qu'il est possible que les conséquences de la double imposition ne devraient pas être considérées, dans les circonstances, comme un facteur important.

7) PRINCIPES GÉNÉRAUX D'INTERPRÉTATION DES LOIS FISCALES

[21] Dans l'arrêt *Friesen c. Canada*¹⁵, le juge Major, rendant le jugement de la Cour, écrit aux pages 113 et 114:

In interpreting sections of the *Income Tax Act*, the correct approach, as set out by Estey J. in *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, is to apply the plain meaning rule. Estey J. at p. 578 relied on the following passage from E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

. . .

I accept the following comments on the *Antosko* case in P. W. Hogg and J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (1995), Section 22.3(c) "Strict and purposive interpretation", at pp. 453-54:

It would introduce intolerable uncertainty into the Income Tax Act if clear language in a detailed provision of the Act were to be qualified by unexpressed exceptions derived from a court's view of the object and purpose of the provision . . . (The *Antosko* case) is simply a recognition that "object and purpose" can play only a limited role in the interpretation of a statute that is as precise and detailed as the Income Tax Act. When a provision is couched in specific language that admits of no doubt or ambiguity in its application to the facts, then the provision must be applied regardless of its object and purpose. Only when the statutory language admits of some doubt or ambiguity in its application to the facts is it useful to resort to the object and purpose of the provision.

[22] I am satisfied that the foregoing applies with respect to the *Excise Tax Act* equally as it applies to the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63], although some might question whether the *Excise Tax Act* is as "precise and detailed" as the *Income Tax Act*.

(8) ANALYSIS

[23] It was not in question before me that subsection 23(1) of the Act, alone or in conjunction with subsection 23(2) is a charging provision, that is to say, as applicable to the facts of this matter, it imposes excise tax on the products of the plaintiff manufactured or produced in Canada that are delivered to a purchaser. It provides for the computation of the tax. It does not specify by whom the tax is payable or when the tax is

Pour interpréter les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il convient, comme l'affirme le juge Estey dans l'arrêt *Stuart Investments Ltd. c. la Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, d'appliquer la règle du sens ordinaire. À la page 578, le juge Estey se fonde sur le passage suivant de l'ouvrage de E. A. Driedger, intitulé *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la p. 87:

[TRADUCTION] Aujourd'hui, il n'y a qu'un seul principe ou solution: il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

[. . .]

J'accepte les commentaires suivants qui ont été faits à l'égard de l'arrêt *Antosko* dans l'ouvrage de P. W. Hogg et J. E. Magee, intitulé *Principles of Canadian Income Tax Law* (1995), dans la section 22.3c) [TRADUCTION] «Interprétation stricte et fondée sur l'objet visé», aux pp. 453 et 454:

[TRADUCTION] La Loi de l'impôt sur le revenu serait empreinte d'une incertitude intolérable si le libellé clair d'une disposition détaillée de la Loi était nuancé par des exceptions tacites tirées de la conception qu'un tribunal a de l'objet de la disposition. [. . .] [L'arrêt *Antosko*] ne fait que reconnaître que «l'objet» ne peut jouer qu'un rôle limité dans l'interprétation d'une loi aussi précise et détaillée que la Loi de l'impôt sur le revenu. Lorsqu'une disposition est rédigée dans des termes précis qui n'engendrent aucun doute ni aucune ambiguïté quant à son application aux faits, elle doit être appliquée nonobstant son objet. Ce n'est que lorsque le libellé de la loi engendre un certain doute ou une certaine ambiguïté, quant à son application aux faits, qu'il est utile de recourir à l'objet de la disposition.

[22] Je suis convaincu que ce qui précède s'applique autant à la *Loi sur la taxe d'accise* qu'à la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63], même si certains peuvent se demander si la *Loi sur la taxe d'accise* est aussi «précise et détaillée» que la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

8) ANALYSE

[23] Il n'a pas été contesté devant moi que le paragraphe 23(1) de la Loi, seul ou considéré avec le paragraphe 23(2), est une disposition d'imposition, c'est-à-dire pour autant qu'elle s'applique aux faits de l'espèce, elle impose une taxe d'accise sur les produits de la demanderesse fabriqués ou produits au Canada et livrés à un acheteur. Elle pourvoit au calcul de la taxe. Elle ne précise pas par qui la taxe est payable ou

payable. Thus, it can be said that subsection 23(1), of itself, is, at most, an incomplete charging provision. Subsection 23(2) answers the questions “by whom” and “when”. I conclude that subsection 23(2) is an adjunct of subsection 23(1) and the two subsections must be read together to provide a complete charging scheme.

[24] Subsections 23(3) [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 10], (3.1) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 15, s. 12] and (10) each provide special rules for particular situations where goods manufactured or produced in Canada that would otherwise be subject to excise tax are not sold or are not sold at what Parliament determined to be the appropriate point in their transit through the commercial chain.

[25] As indicated earlier in these reasons, subsection 23(10) provides a special rule for goods manufactured or produced in Canada and otherwise subject to excise tax that are diverted to the use of the manufacturer or producer and are not sold. Subsection 23(10) deems those goods to have been delivered to a purchaser with the delivery deemed to have taken place when the goods are used or appropriated for use by the manufacturer or producer. It does not provide for a deemed sale, an essential element of the charging formula in subsections 23(1) and (2) taken together, and it does not provide an identification of the person liable to pay tax, although that might be irrelevant since only the manufacturer or producer has anything to do with the goods and it would make little if any sense for any other person to be liable for the tax.

[26] Subsection 52(1) appears in the Part of the Act dealing with sales or consumption tax, not with excise tax. Nonetheless, the closing words of the subsection provide that the deemed sale flowing from “transactions” described in the subsection is a deemed sale for the purposes of the Act and not merely for the purposes of the Part in which the subsection appears.

à quel moment elle l’est. Donc, on peut dire que le paragraphe 23(1), par lui-même, constitue, au plus, une disposition d’imposition incomplète. Le paragraphe 23(2) répond aux questions «par qui?» et «quand?». Je conclus que le paragraphe 23(2) est le complément du paragraphe 23(1) et que les deux paragraphes doivent être considérés ensemble pour constituer un régime d’imposition complet.

[24] Les paragraphes 23(3) [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 10], (3.1) [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 15, art. 12] et (10) édictent chacun des règles spéciales pour des situations particulières lorsque des marchandises fabriquées ou produites au Canada, qui seraient autrement assujetties à la taxe d’accise, ne sont pas vendues ou ne sont pas vendues à ce que le législateur a établi comme l’étape appropriée dans leur cheminement à travers la chaîne commerciale.

[25] Comme je l’ai déjà mentionné dans les présents motifs, le paragraphe 23(10) pourvoit à une règle spéciale pour les marchandises fabriquées ou produites au Canada et par ailleurs sujettes à la taxe d’accise lorsqu’elles sont réservées à l’usage du fabricant ou producteur et ne sont pas vendues. Le paragraphe 23(10) rend ces marchandises réputées livrées à un acheteur, la livraison étant réputée avoir eu lieu lorsque les marchandises sont utilisées ou destinées à être utilisées par le fabricant ou producteur. Il ne pourvoit pas à une vente réputée, la vente étant un élément essentiel de la formule d’imposition des paragraphes 23(1) et (2) considérés ensemble, ni ne pourvoit à l’identification de la personne tenue de payer la taxe, bien que cela puisse être sans conséquence puisque seul le fabricant ou producteur a quoi que ce soit à voir avec les marchandises et qu’il serait peu ou pas logique que quelqu’un d’autre soit tenu de payer la taxe.

[26] Le paragraphe 52(1) se trouve dans la partie de la Loi portant sur la taxe de vente ou de consommation et non sur la taxe d’accise. Néanmoins, les derniers mots du paragraphe édictent que la vente réputée découlant des «opérations» qui y sont mentionnées constitue une vente réputée pour l’application de la Loi et non pour la seule application de la partie

Focussing on the facts of this matter, and the opening words and paragraph (d) of subsection 52(1), the subsection only applies when goods are manufactured or produced in Canada under circumstances or conditions that “render it difficult to determine the value thereof for the consumption or sales tax because . . . the goods are for use by the manufacturer or producer and not for sale”. [Underlining added.] The value of the goods is, of course relevant, because the consumption or sales tax is an *ad valorem* tax.

[27] As indicated in the agreed statement of facts, there was no difference between the products which were sold by the plaintiff in the normal course of its business to customers and the Sample Tobacco. Further, the agreed statement of facts also indicates that the plaintiff paid federal sales tax and excise tax on the Sample Tobacco. There was no evidence before the Court to indicate that difficulty was encountered in determining value for the purpose of computing tax. Thus, it would seem reasonable to conclude that Sample Tobacco was not manufactured or produced in Canada by the plaintiff under circumstances or conditions which rendered it difficult to determine the value thereof for the consumption or sales tax because the goods were for use by the manufacturer or producer and not for sale. I reach this conclusion.

[28] On the basis of the foregoing analysis of subsection 52(1), on the facts of this matter, I can only conclude that the condition as to its application is not met and that therefore, even if the diversion of Sample Tobacco could be regarded as a transaction,¹⁶ reading the subsection as a whole, I further conclude that the subsection simply does not apply to deem that transaction a sale for the purposes of the Act, including Part III dealing with excise tax.

[29] In reaching this conclusion, I respectfully disagree with the interpretation of subsection 52(1), then subsection 31(1) [R.S.C. 1952, c. 100], reflected at pages 249 and 250 of the decision of the Tariff Board in *Vancouver Real Estate Board v. Deputy*

dans laquelle le paragraphe se trouve. Étant donné les faits de l'espèce et vu les mots introductifs de l'alinéa d) du paragraphe 52(1), le paragraphe ne s'applique qu'aux marchandises fabriquées ou produites au Canada dans des circonstances ou conditions «telles qu'il devient difficile d'en établir la valeur pour la taxe de consommation ou de vente parce que [. . .] ces marchandises sont à l'usage du fabricant ou producteur et non à vendre». [Soulignement ajouté.] La valeur des marchandises importe évidemment, parce que la taxe de vente ou de consommation est une taxe *ad valorem*.

[27] Comme il est dit dans l'exposé convenu des faits, il n'y a pas de différence entre les produits vendus par la demanderesse dans le cours normal de ses affaires à ses clients et les échantillons de tabac. De plus, l'exposé convenu des faits mentionne aussi que la demanderesse a payé la taxe de vente fédérale et la taxe d'accise sur les échantillons de tabac. Il n'y a pas d'élément de preuve soumis à la Cour faisant état de difficulté à établir la valeur pour les fins du calcul de la taxe. Donc, il paraît raisonnable de conclure que les échantillons de tabac n'ont pas été fabriqués ni produits au Canada par la demanderesse dans des circonstances ou conditions qui rendent difficile d'en établir la valeur pour la taxe de consommation ou de vente parce que les marchandises étaient à l'usage du fabricant ou producteur et non à vendre. C'est la conclusion à laquelle j'arrive.

[28] Vu l'analyse qui précède paragraphe 52(1) et étant donné les faits de l'espèce, je ne puis que conclure que les conditions d'application de celui-ci ne sont pas remplies et qu'en conséquence, même si la mise à part des échantillons de tabac pourrait être considérée comme une transaction¹⁶, considérant le paragraphe comme un tout, je conclus de plus qu'il n'a pas l'effet de constituer cette transaction en vente réputée pour l'application de la Loi, y compris sa partie III portant sur la taxe d'accise.

[29] En concluant ainsi, je suis en désaccord avec l'interprétation du paragraphe 52(1), qui était alors le paragraphe 31(1) [R.S.C. 1952, ch. 100], qui ressort des pages 249 et 250 de la décision de la Commission du tarif dans l'affaire *Vancouver Real Estate Board v.*

Minister of National Revenue for Customs and Excise.¹⁷ The Tariff Board wrote:

The subsection [now 52(1)] deals with valuation difficulties; for the valuation difficulties it permits but does not compel the Minister to determine value; it lists four types of transactions which are not normally held to be sales; finally it deems the four types of transactions to be sales for the purchases of the Act.

The language of the statute about difficult circumstances was not conceived to restrict the entire ambit of the subsection but to explain the circumstances of the delegation of power to determine value made by Parliament to the Minister; it does not so restrict the deeming provision at the end of the subsection that difficulty, greater or lesser must be shown before it is effective.

I find no basis in the foregoing authorities on the interpretation of tax legislation that could lead to a conclusion that, whatever purposes underlay the conception of the opening words of subsection 52(1), the result was only to restrict the Minister's authority to determine value and not to restrict the circumstances in which there is a deemed sale.

[30] In order for liability for tax to arise, all the elements of the charging provision, in this case as I have earlier determined, subsections 23(1) and (2) read together, must be fulfilled or be deemed to be fulfilled.¹⁸ On the facts of this matter, the plaintiff manufactured or produced in Canada the Sample Tobacco. By virtue of subsection 23(10), the Sample Tobacco is deemed to have been delivered to a purchaser thereof and I am prepared to imply that the tax is payable by the plaintiff at the time of deemed delivery which is, once again pursuant to subsection 23(10), when the Sample Tobacco was used or appropriated for use by the plaintiff. One essential charging component remains missing. There simply was no sale in Canada, nor was there a deemed sale in Canada. In contrast, in each of subsections 23(3) and (3.1), earlier referred to, there is a deemed sale. If subsection 52(1) of the Act were applicable on the facts of this matter, and I have determined it is not, the missing element, a deemed sale, would be present. In the absence of that element, I conclude that, in respect of the goods in issue, that is, Sample Tobacco manufactured or

*Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise*¹⁷. La Commission du tarif écrit:

[TRADUCTION] [Ce qui est maintenant] le paragraphe 52(1) traite des difficultés d'évaluation; s'il y a difficulté d'évaluation, il permet au ministre, sans l'y obliger, de déterminer la valeur; le paragraphe mentionne quatre types de transactions qui sont normalement tenues pour des ventes; enfin, il constitue ces quatre types de transactions en ventes réputées pour l'application de la Loi.

Le texte de la Loi sur les circonstances présentant des difficultés ne visait pas à restreindre la portée du paragraphe, mais à expliquer les circonstances de la délégation par la législateur au ministre de la compétence de déterminer la valeur; il ne limite la disposition de présomption de la fin du paragraphe de sorte qu'il faille faire la preuve de difficultés plus ou moins grandes pour qu'il s'applique.

Je ne trouve pas de justification dans la jurisprudence qui précède sur l'interprétation des dispositions fiscales qui permette de conclure que, quels que soient les objets visés par les premiers mots du paragraphe 52(1), ils n'ont que pour effet de limiter la compétence du ministre à déterminer la valeur, mais ne limitent pas les circonstances dans lesquelles il y a vente réputée.

[30] Pour qu'il y ait obligation de payer une taxe, il faut que tous les éléments de la disposition d'imposition—c'est-à-dire en l'espèce, comme je l'ai déjà indiqué plus haut, les paragraphes 23(1) et (2) considérés ensemble, soient réalisés ou réputés réalisés¹⁸. Selon les faits de l'espèce, la demanderesse a fabriqué ou produit des échantillons de tabac au Canada. Par application du paragraphe 23(10), les échantillons de tabac sont réputés livrés à leur acheteur et je suis prêt à en conclure que la taxe est payable par la demanderesse au moment de la livraison réputée, laquelle a lieu, selon le paragraphe 23(10), lorsque les échantillons sont utilisés ou destinés à être utilisés par la demanderesse. Il manque toujours un élément essentiel de l'imputation. Il n'y avait tout simplement pas de vente au Canada, ni de vente réputée au Canada. Par contre, dans chacun des paragraphes 23(3) et (3.1) précités, il y a vente réputée. Si le paragraphe 52(1) de la Loi était applicable aux faits de l'espèce, et j'ai conclu qu'il ne l'est pas, l'élément manquant, soit la vente présumée, y serait. En l'absence de cet élément, je conclus qu'à l'égard des marchandises en cause,

produced in Canada by the plaintiff, at the relevant time, the plaintiff was not liable to excise tax under Part III of the *Excise Tax Act*.

(9) CONCLUSION

[31] On the basis of the foregoing brief analysis, judgment will go in favour of the plaintiff.

[32] Agreement was reached between the parties on the issue of pre-judgment interest.

The agreement was provided to the Court in the following terms:

The parties agree that any interest payable by the Defendant in this matter shall be calculated as set out below, in accordance with subsection 72(7) of the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985 c. E15 and the *Interest Rate (Excise Tax Act) Regulations*, SOR/91-19.

Principal Amount	\$1,573,717.70
Date Interest Begins	April 26, 1989
Assumed Closing Date	April 30, 1999
Total Days in Interest Period	3,657
Interest Rate	as prescribed
Interest Amount	\$1,592,417.35

My judgment will provide for pre-judgment interest as agreed and also for post-judgment interest. If the parties have any difficulty in reaching agreement on post-judgment interest, I stand prepared to address that issue, either on the basis of written submissions or through a teleconference.

[33] Both counsel before me were in agreement that costs should follow the event and that no special circumstances existed that would warrant variation from the normal scale. The plaintiff will have costs against the defendant assessed in accordance with Tariff B to the *Federal Court Rules, 1998*.¹⁹

¹ In the agreed statement of facts reproduced later in these reasons, this amount is adjusted to \$1,573,717.70.

² R.S.C., 1985, c. E-15 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 38] as it read December 31, 1987.

soit les échantillons de tabac fabriqués ou produits au Canada par la demanderesse pendant la période en cause, la demanderesse n'est pas assujettie à la taxe d'accise en vertu de la partie III de la *Loi sur la taxe d'accise*.

9) CONCLUSION

[31] En vertu de la brève analyse qui précède, il y aura jugement en faveur de la demanderesse.

[32] Les parties se sont entendues sur la question des intérêts avant jugement. Cet accord fourni à la Cour est ainsi conçu:

[TRADUCTION] Les parties conviennent que tout intérêt payable par la défenderesse sera calculé tel que ci-après mentionné, selon le paragraphe 72(7) de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985) ch. E-15 et le *Règlement sur le taux d'intérêt (Loi sur la taxe d'accise)*, DORS/91-19.

Montant principal	1 573 717,70 \$
Date du début des intérêts	26 avril 1989
Date prévue de règlement	30 avril 1999
Nombre total de jours d'intérêt	3 657
Taux d'intérêt	selon les règlements
Montant d'intérêts	1 592 417,35 \$

Le jugement accordera les intérêts avant jugement comme convenu et les intérêts après jugement. Si les parties ont de la difficulté à s'entendre sur les intérêts après jugement, je suis prêt à me prononcer sur cette question, soit sur la foi de présentations écrites, soit par téléconférence.

[33] Les deux avocats qui ont plaidé devant moi ont été d'accord que les dépens devraient suivre le sort de la cause et qu'il n'y a pas de circonstance spéciale justifiant de s'écarter du tarif normal. La demanderesse aura droit aux dépens contre la défenderesse calculé selon le tarif B des *Règles de la Cour fédérale (1998)*.¹⁹

¹ Ce montant a été révisé dans l'exposé convenu des faits ci-après cité et établi à 1 573 717,70 \$.

² L.R.C. (1985), ch. E-15 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 38] dans sa version au 31 décembre 1987.

³ R.S.C., 1985, c. F-7, as am.

⁴ (1989), 1 T.S.T. 3077 (Ont. Dist. Ct.), at p. 3077.

⁵ With the introduction of the Goods and Services Tax (GST) on January 1, 1991, the Consumption or Sales Tax provisions of the *Excise Tax Act* were repealed.

⁶ \$0,10688 per five cigarettes or fraction of a package and \$6.504 per kilogram effective February 19, 1987. See R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 42, s. 11, in force on February 27, 1986.

⁷ [1931] S.C.R. 494, at pp. 496-497.

⁸ R.S.C. 1927, c. 179.

⁹ See: *Molson Newfoundland Brewery Ltd. v. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 141 (F.C.T.D.), at pp. 146-147 under the heading "Legislative history".

¹⁰ Unreported, Exchequer Court of Canada, 10 July, 1934.

¹¹ Department of National Revenue Excise Division, *Regulations under the Special War Revenue Act*, Ottawa: Edmond Cloutier, King's Printer, 1947. It was not in dispute before me that these "Regulations" and subsequent publications of the Department of National Revenue, or "Revenue Canada" as it came to be known, were of no legal force or effect.

¹² Department of National Revenue, Excise Division, *Regulations under The Excise Tax Act*, March 1954, Ottawa: Edmond Cloutier, Queen's Printer, 1954.

¹³ Department of National Revenue Excise Division, *General Excise and Sales Tax Regulations*, April 1961, Ottawa: Queen's Printer, 1961.

¹⁴ [1995] 1 C.T.C. 107 (F.C.A.), an appeal from the trial decision cited in note 8.

¹⁵ [1995] 3 S.C.R. 103.

¹⁶ See *British Columbia Railway Company v. R.*, [1979] 2 F.C. 122 (T.D.); affd. [1981] 2 F.C. 783 (C.A.).

¹⁷ (1962), 2 T.B.R. 247.

¹⁸ See for ex.: *British Columbia Railway Company v. R.*, [1979] 2 F.C. 122 (T.D.).

¹⁹ SOR/98-106.

³ L.R.C. (1985), ch. F-7, mod.

⁴ (1989), 1 T.S.T. 3077 (C. dist. Ont.), à la p. 3077.

⁵ Les dispositions relatives à la taxe de vente ou de consommation de la *Loi sur la taxe d'accise* ont été abrogées par la mise en vigueur de la taxe sur les produits et services (TPS) le 1^{er} janvier 1991.

⁶ 0,10688 \$ les cinq cigarettes ou fraction de cinq cigarettes par paquet et 6,504 \$ le kilogramme en vigueur le 19 février, 1987. Voir L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 42, art. 11, entre en vigueur le 27 février, 1986.

⁷ [1931] R.C.S. 494, aux p. 496 et 497.

⁸ S.R.C. 1927, ch. 179.

⁹ Voir: *Molson Newfoundland Brewery Ltd. c. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 141 (C.F. 1^{re} inst.), aux p. 146 et 147, sous le titre «*Origine législative*».

¹⁰ Affaire non publiée, Cour de l'Échiquier du Canada, 10 juillet 1934.

¹¹ Ministère du Revenu national, Division de l'accise, *Règlement pris en vertu de la Loi spéciale des revenus de guerre*, (Ottawa: Edmond Cloutier, Imprimeur du Roi, 1947). Il n'est pas contesté ici que ce Règlement et les publications subséquentes du ministère du Revenu national dont le nom est devenu Revenu Canada, n'ont pas de portée ou d'effet juridique.

¹² Ministère du Revenu national, Division de l'accise, *Règlement pris en vertu de Loi sur la taxe d'accise*, mars 1954 (Ottawa: Edmond Cloutier, Imprimeur de la Reine, 1954).

¹³ Ministère du Revenu national, Division de l'accise, *Règlement général sur l'accise et la taxe de vente*, avril 1961 (Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1961).

¹⁴ [1995] 1 C.T.C. 107 (C.A.F.), appel du jugement de première instance mentionné à la note 8.

¹⁵ [1995] 3 R.C.S. 103.

¹⁶ Voir *British Columbia Railway Company c. R.*, [1979] 2 C.F. 122 (1^{re} inst.); conf. par [1981] 2 C.F. 783 (C.A.).

¹⁷ (1962), 2 T.B.R. 247.

¹⁸ Voir, par ex.: *British Columbia Railway Company c. R.*, [1979] 2 C.F. 122 (1^{re} inst.).

¹⁹ DORS/98-106.

T-769-98

T-769-98

Constance St-Hilaire (Plaintiff)**Constance St-Hilaire (demanderesse)**

v.

c.

Attorney General of Canada, Treasury Board of Canada (Defendants)**Procureur général du Canada, Conseil du Trésor du Canada (défendeurs)****INDEXED AS: ST-HILAIRE v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: ST-HILAIRE c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (1^{re} INST.)**

Trial Division, Blais J.—Québec, April 16; Ottawa, April 30, 1999.

Section de première instance, juge Blais—Québec, 16 avril; Ottawa, 30 avril 1999.

Public Service — Pensions — Judicial review of refusal to pay plaintiff, resident of Quebec, benefits under PSSA as surviving spouse, legal heir — Plaintiff guilty of manslaughter in stabbing death of husband, former public servant, contributor to pension fund under PSSA — Defendant citing rule of public order person may not profit from crime — PSSA, s. 12(4) rules of allocation to surviving spouse, children silent as to disentitlement in this regard — Federal statute wishing to depart from law applicable in province within its field of jurisdiction must do so expressly, as stipulated in preliminary article of Civil Code of Québec — Presumption legislation not intending to change law beyond that which declares expressly — Ordinary law of Quebec accepting person convicted of manslaughter may inherit from deceased — Rule of public order not applicable because not expressly stated in Act, contrary to ordinary law — As legal heir, surviving spouse entitled to benefits under PSSA.

Fonction publique — Pensions — Contrôle judiciaire du refus de verser à la demanderesse, résidente du Québec, des prestations aux termes de la LPFP à titre de conjointe survivante et d'héritière légale — La demanderesse a été déclarée coupable d'homicide involontaire pour avoir poignardé à mort son mari, ancien fonctionnaire, qui contribuait au fonds de pension de retraite créé par la LPFP — Le défendeur a cité une règle d'ordre public selon laquelle une personne ne peut pas profiter de son crime — L'art. 12(4) de la LPFP prévoit les modalités d'allocation au conjoint survivant et aux enfants mais est silencieux quant à l'inadmissibilité à ce sujet — Une loi fédérale qui voudrait déroger au droit applicable dans une province dans son champ de compétence doit le faire de façon expresse comme le prévoit la disposition préliminaire du Code civil du Québec — Il existe une présomption selon laquelle une loi ne veut pas modifier le droit commun au-delà de ce qu'elle déclare expressément — Le droit commun au Québec accepte qu'une personne déclarée coupable d'homicide involontaire puisse hériter du défunt — La règle d'ordre public n'est pas applicable parce qu'elle n'est pas expressément énoncée dans la Loi et parce qu'elle est contraire au droit commun — En sa qualité d'héritière légale et de conjointe survivante, la demanderesse a droit à des prestations aux termes de la LPFP.

Civil Code — Preliminary article of Civil Code of Québec stating Code foundation of all other laws, although other laws may complement, make exceptions to Code — Art. 620 providing persons convicted of making attempt on life of deceased unworthy of inheriting — Predecessor providing those convicted of killing or attempting to kill deceased unworthy of inheriting — While old wording excluding need for any conscious intent, since person can be convicted of killing without having intended it, phrase "making an attempt on the life" in Art. 620 implying intent to kill — Homicidal intent necessary condition for unworthiness.

Code civil — La disposition préliminaire du Code civil du Québec énonce que le Code constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger — L'art. 620 prévoit que les personnes qui sont déclarées coupable d'avoir attenté à la vie du défunt sont indignes de succéder — L'ancien article prévoyait que ceux qui étaient déclarés coupable d'avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt étaient indignes de succéder — Alors que l'ancienne formulation faisait abstraction de la nécessité d'une quelconque volonté, puisque l'on peut être convaincu d'avoir tué sans l'avoir voulu, l'expression «attenté à la vie» à l'art. 620 implique l'intention de tuer — L'intention homicide est une condition nécessaire pour entraîner l'indignité.

Administrative law — Judicial review — Declarations — Plaintiff guilty of manslaughter in husband's death — Seeking declaratory judgment Treasury Board not entitled to withhold payment of pension benefits under Public Service Superannuation Act on basis rule of public order person cannot profit from crime — Such rule not expressly incorporated in Act, contrary to ordinary law of Quebec person convicted of manslaughter may inherit from deceased — Declaration granted, order to go as asked.

This was an application for judicial review seeking a declaration that the Treasury Board's refusal to pay the plaintiff benefits under the *Public Service Superannuation Act* as the surviving spouse and heir of Gérard Morin was illegal, for an order directing the Attorney General to pay the sums of money owed to the plaintiff, and an order for provisional execution notwithstanding appeal. The plaintiff resides in Quebec. Gérard Morin had been a public servant from 1975 until the time of his death, and had contributed to the pension fund created by the Act. The plaintiff and Gérard Morin were married in 1981. In 1995 the plaintiff fatally stabbed her husband while they were both drunk. The plaintiff pleaded guilty to manslaughter. The sentencing judge found that the offence had been prompted by anger, not fear, and occurred in a situation of marital violence.

The preliminary article of the *Civil Code of Québec* states that the Code is the foundation of all other laws, although other laws may complement the Code or make exceptions to it. The plaintiff argued that as the law of succession is within the exclusive jurisdiction of the provinces, for federal law to apply in this area the federal statute in question must expressly have excluded the application of the *Civil Code of Québec*. The defendants argued that the *Public Service Superannuation Act* must be read in conjunction with the rule of public order that a person may not profit from his or her crime. The fact that Parliament did not include express rules on disentitlement was not conclusive since the rule of public order applied by implication. Alternatively manslaughter is a case of successional unworthiness under Civil Code, Article 620 which provides that persons convicted of making an attempt on the life of the deceased are unworthy of inheriting.

Held, the application should be allowed.

As the right claimed by the plaintiff originated in Quebec, the law applicable in that province must be considered. A federal statute which wishes to depart from the law appli-

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Jugements déclaratoires — La demanderesse est coupable d'homicide involontaire pour la mort de son mari — Elle cherche à obtenir un jugement déclaratoire statuant que le Conseil du Trésor n'a pas le droit de retenir les prestations de pension prévues par la Loi sur la pension de la fonction publique en se fondant sur la règle d'ordre public selon laquelle une personne ne peut pas profiter de son crime — Cette règle n'est pas expressément incorporée dans la Loi et est contraire au droit commun du Québec où une personne déclarée coupable d'homicide involontaire peut hériter du défunt — Jugement déclaratoire accueilli, ordonnance demandée rendue.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire en vue d'obtenir un jugement déclaratoire déclarant illégal le refus du Conseil du Trésor du Canada de verser à la demanderesse des prestations en vertu de la *Loi sur la pension de la fonction publique* en sa qualité de conjointe survivante et d'héritière de Gérard Morin, une ordonnance intimant au procureur général de remettre les sommes d'argent dues à la demanderesse et une ordonnance d'exécution provisoire, nonobstant appel. La demanderesse est une résidente du Québec. Gérard Morin était, jusqu'à la date de sa mort, et ce depuis 1975, un fonctionnaire et avait contribué au fonds de pension de retraite créé par la Loi. La demanderesse et Gérard Morin se sont mariés en 1981. En 1995, la demanderesse a poignardé à mort son mari alors qu'ils étaient tous deux enivrés. La demanderesse a plaidé coupable à une accusation d'homicide involontaire. Le juge qui a imposé la peine a conclu que l'infraction commise l'avait été sous le coup de la colère, et non de la peur, et était survenue dans un contexte de violence conjugale.

La disposition préliminaire du *Code civil du Québec* énonce que le Code constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au Code ou y déroger. La demanderesse a soutenu que le droit des successions étant de la compétence exclusive des provinces, pour faire appliquer le droit fédéral dans ce domaine il faudrait que la loi fédérale invoquée écarte expressément l'application du *Code civil du Québec*. Les défendeurs ont allégué que la *Loi sur la pension de la fonction publique* doit être lue en conjonction avec la règle d'ordre public selon laquelle une personne ne peut pas profiter de son crime. Le fait que le législateur n'ait pas inclus de règles explicites quant à l'inadmissibilité n'est pas déterminant puisque la règle d'ordre public est là de façon implicite. Subsidièrement, l'homicide involontaire est un cas d'indignité successorale prévue par l'article 620 du Code civil qui prévoit que les personnes qui sont déclarées coupable d'avoir attenté à la vie du défunt sont indignes de succéder.

Jugement: la demande doit être accueillie.

Étant donné que le droit réclamé par la demanderesse a pris naissance au Québec, on ne peut faire abstraction du droit applicable dans cette province. Une loi fédérale qui

cable in a province within its field of jurisdiction must do so expressly, as stipulated in the preliminary article of the *Civil Code of Québec. Public Service Superannuation Act*, subsection 12(4) lays down the provisions of allocation to the survivor and children, and nowhere is there any mention of a restriction in this regard. According to the principle of stability of law, statutes should be interpreted, as much as possible, in harmony with the general law. The legislator is presumed to have no intention to change the law beyond that which he declares expressly.

The ordinary law of Quebec accepts that a person convicted of manslaughter may inherit from the deceased. The wording of the Article 610 (the predecessor to Article 620) provided that those who have been convicted of killing or attempting to kill the deceased were unworthy of inheriting, and were excluded from successions. While the old wording excluded the need for any conscious intent, since a person can be convicted of killing without having intended it, the phrase "making an attempt on the life" in Article 620 implies the intent to kill. Homicidal intent is a necessary condition for causing unworthiness.

The rule of public order that a person cannot profit from his crime did not apply because it was not so expressly stated in the Act, or because it was contrary to the ordinary law, which permits a person convicted of manslaughter to be the heir of the deceased. The plaintiff was not unworthy by operation of law as a result of the nature of her crime. As the legal heir and surviving spouse, the plaintiff was entitled to the benefits associated with the Gérard Morin's pension under the *Public Service Superannuation Act*.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Civil Code of Lower Canada*, Arts. 610, 813.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. preliminary disposition, 620, 623, 3098.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18(1) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4).
Public Service Superannuation Act, R.S.C., 1985, c. P-36, s. 12(4).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

- R. c. St-Hilaire*, [1996] A.Q. No. 597 (Que. Sup. Ct.) (QL); *Cleaver v. Mutual Reserve Fund Life Association*, [1892] 1 Q.B. 147 (C.A.).

voudrait déroger au droit applicable dans une province dans son champ de compétence doit le faire de façon expresse comme le prévoit la disposition préliminaire du *Code civil du Québec*. Le paragraphe 12(4) de la *Loi sur la pension de la fonction publique* prévoit les modalités d'allocation au conjoint survivant et aux enfants et nulle part n'est-il fait mention d'une restriction à cet égard. Selon le principe de stabilité du droit, les lois doivent être interprétées, autant que possible, en harmonie avec le droit commun. Le législateur n'est pas présumé avoir voulu modifier le droit commun au-delà de ce qu'il en déclare expressément.

Le droit commun au Québec accepte qu'une personne déclarée coupable d'homicide involontaire puisse hériter du défunt. Le libellé de l'article 610 (ayant précédé l'article 620) prévoyait que ceux qui étaient déclarés coupable d'avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt étaient indignes de succéder et étaient exclus des successions. Alors que l'ancienne formulation faisait abstraction de la nécessité d'une quelconque volonté, puisque l'on peut être convaincu d'avoir tué sans l'avoir voulu, l'expression «attenté à la vie» à l'article 620 implique l'intention de tuer. L'intention homicide est une condition nécessaire pour entraîner l'indignité.

La règle d'ordre public selon laquelle une personne ne peut pas profiter de son crime ne s'appliquait pas parce qu'elle n'était pas expressément énoncée dans la Loi ou parce qu'elle était contraire au droit commun, qui permet à une personne déclarée coupable d'homicide involontaire d'hériter du défunt. La demanderesse n'était pas indigne de plein droit de par la nature de son crime. En sa qualité d'héritière légale et de conjointe survivante, la demanderesse avait droit aux prestations découlant de la pension de Gérard Morin aux termes de la *Loi sur la pension de la fonction publique*.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Code civil du Bas-Canada*, art. 610, 813.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. disposition préliminaire, 620, 623, 3098.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4).
Loi sur la pension de la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-36, art. 12(4).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS EXAMINÉES:

- R. c. St-Hilaire*, [1996] A.Q. n° 597 (C.S. Qué.) (QL); *Cleaver v. Mutual Reserve Fund Life Association*, [1892] 1 Q.B. 147 (C.A.).

REFERRED TO:

Banque Canadienne Nationale v. Carette, [1931] S.C.R. 33; *Lamontagne v. Quebec Railway, Light Heat & Power Co.* (1914), 50 S.C.R. 423.

AUTHORS CITED

Brière, G «Le nouveau droit des successions», *La collection bleue*, Montréal: Wilson & Lafleur, 1994.
 Brière, G «Les successions», coll. *Traité de droit civil*, 2e éd., Cowansville (Qué.): Éditions Yvon Blais, 1994.
 Brun, Henri et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 3e éd., Cowansville (Qué.): Éditions Yvon Blais Inc., 1997.
 Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed., Cowansville (Qué.): Éditions Yvon Blais Inc., 1991.

APPLICATION for judicial review seeking a declaration that the Treasury Board's refusal to pay the plaintiff benefits under the *Public Service Superannuation Act* as the surviving spouse and heir of Gérard Morin was illegal, and for an order directing the Attorney General to pay the sums of money owed to the plaintiff, and an order for provisional execution notwithstanding appeal. Application allowed.

APPEARANCES:

Suzy-Guyline Gagnon for plaintiff.
René Leblanc for defendants.

SOLICITORS OF RECORD:

Rochon, Belzile, Carrier, Auger & Associés, Québec, for plaintiff.
Deputy Attorney General of Canada for defendants.

The following is the English version of the reasons for order and order rendered by

[1] BLAIS J.: This is an application for judicial review pursuant to subsection 18(1) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4)] seeking a declaratory judgment that the

DÉCISIONS CITÉES:

Banque Canadienne Nationale c. Carette, [1931] R.C.S. 33; *Lamontagne v. Quebec Railway, Light Heat & Power Co.* (1914), 50 R.C.S. 423.

DOCTRINE

Brière, G «Le nouveau droit des successions», *La collection bleue*, Montréal: Wilson & Lafleur, 1994.
 Brière, G «Les successions», coll. *Traité de droit civil*, 2e éd., Cowansville (Qué.): Éditions Yvon Blais, 1994.
 Brun, Henri et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 3e éd., Cowansville (Qué.): Éditions Yvon Blais Inc., 1997.
 Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2e éd., Cowansville (Qué.): Éditions Yvon Blais Inc., 1990.

DEMANDE de contrôle judiciaire en vue d'obtenir un jugement déclaratoire déclarant illégal le refus du Conseil du Trésor de verser à la demanderesse des prestations en vertu de la *Loi sur la pension de la fonction publique* en sa qualité de conjointe survivante et d'héritière de Gérard Morin, une ordonnance intimant au procureur général de remettre les sommes d'argent dues à la demanderesse et une ordonnance d'exécution provisoire, nonobstant appel. Demande accueillie.

ONT COMPARU:

Suzy-Guyline Gagnon pour la demanderesse.
René Leblanc pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Rochon, Belzile, Carrier, Auger & Associés, Québec, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

Voici les motifs de l'ordonnance et l'ordonnance rendus en français par

[1] LE JUGE BLAIS: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire en vertu du paragraphe 18(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4)] pour un jugement déclara-

refusal by the defendant, the Treasury Board of Canada, Pensions Division, to undertake a reconciliation in the plaintiff's case is illegal, and seeking an order directing the Attorney General of Canada, acting through the Treasury Board of Canada, to pay the sums of money owed to the plaintiff and an order for provisional execution notwithstanding appeal.

[2] This application was made by a plaintiff residing in Quebec and is based on the *Public Service Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. P-36 (the Act) and on the *Civil Code of Québec* [S.Q. 1991, c. 64].

FACTS

[3] The undisputed facts giving rise to the application at bar may be summarized as follows:

The plaintiff claimed that she was entitled to benefits under the *Public Service Superannuation Act* first as a surviving spouse of the late Gérard Morin, and second as heir to the property of Gérard Morin.

[4] Until the date of his death on February 3, 1995 Gérard Morin had been, since at least June 10, 1975, a public servant of Her Majesty the Queen in right of Canada employed by the Department of Transport, and as such a "contributor" within the meaning of the Act to the pension fund created by the Act.

[5] Gérard Morin was also on the date of his death the plaintiff's spouse: the couple had no children.

[6] Gérard Morin died tragically from a knife wound to the abdomen.

[7] On January 8, 1996 the plaintiff pleaded guilty to a charge of manslaughter of Gérard Morin.

[8] On February 27, 1996, as a consequence of the said guilty plea, she was sentenced to a term of imprisonment of two years less one day, accompanied

ratoire déclarant illégal le refus du défendeur, le Conseil du Trésor du Canada, division des pensions, de procéder à une conciliation dans le dossier de la demanderesse et pour une ordonnance, ordonnant au procureur général du Canada, par l'entremise du Conseil du Trésor du Canada de remettre les sommes d'argent qui sont dues à la demanderesse et une ordonnance, ordonnant l'exécution provisoire nonobstant appel.

[2] Cette demande émane d'une demanderesse résidante du Québec et se base sur la *Loi sur la pension de la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-36 (la Loi) et sur le *Code civil du Québec* [L.Q. 1991, ch. 64].

LES FAITS

[3] Les faits non contestés donnant lieu à la présente demande se résument comme suit:

La demanderesse prétend avoir droit aux bénéfices aux termes de la *Loi sur la pension de la fonction publique* à titre de conjoint survivant de feu Gérard Morin d'une part, et à titre d'héritière des biens de Gérard Morin d'autre part.

[4] Gérard Morin était, jusqu'à la date de sa mort, le 3 février 1995, et ce depuis au moins le 10 juin 1975, un fonctionnaire de Sa Majesté la Reine aux droits du Canada à l'emploi du ministère des Transports, et à ce titre, un «contributeur», au sens de la Loi, au fonds de pension de retraite créée par la Loi.

[5] Gérard Morin était également, à la date de sa mort, l'époux de la demanderesse; le couple n'avait pas d'enfants.

[6] Gérard Morin est décédé tragiquement d'un coup de couteau à l'abdomen.

[7] Le 8 janvier 1996, la demanderesse plaidait coupable à une accusation d'homicide involontaire sur la personne de Gérard Morin.

[8] Le 27 février 1996, elle était condamnée, comme conséquence dudit plaidoyer de culpabilité, à une peine d'emprisonnement de deux ans moins un jour

by an order of three years' probation effective on her release.

[9] The circumstances surrounding the death of Gérard Morin are set out in the judgment on sentencing rendered by the Superior Court of Quebec on February 27, 1996 [[1996] A.Q. No. 597 (QL)] at the conclusion of three days of hearing presided over by André Trottier J.S.C.

[10] It thus appeared from the said judgment:

- that the plaintiff and Gérard Morin began cohabiting in 1978 and married in 1981;
- the couple consumed an excessive amount of alcohol, and the plaintiff also consumed drugs (cocaine) from time to time;
- their relationship was stormy and violent;
- the aggressiveness both verbal and physical between them was mutual;
- on February 2, 1995, the day before Gérard Morin died, the couple had consumed an excessive amount of alcohol, resulting in a visit by the police;
- on February 3, 1995, the day Gérard Morin died, the couple again became drunk, hurled accusations and insults at each other and went on to physical acts, Gérard Morin pushing the plaintiff against the wall of the kitchen and the plaintiff responding to this attack by dealing Gérard Morin the fatal knife wound to his abdomen.

[11] In determining the sentence Trottier J. mentioned the following factors [at paragraphs 21-23]:

[TRANSLATION] “the objective seriousness of the crime committed, causing a man’s death by the use of a knife; . . . in the circumstances, the offence committed was prompted by anger, not fear, and this precludes any claim that it was an accident; . . . this drama occurred in a situation of marital violence and in the circumstances the weight of judicial authority is that a fair balance must be maintained between human feelings and the legal bases of a sentence.”

assortie d’une ordonnance de probation de trois ans devenant effective à sa libération.

[9] Les circonstances entourant le décès de Gérard Morin sont relatées dans le jugement sur sentence rendu par la Cour supérieure du Québec le 27 février 1996 [[1996] A.Q. n° 597 (QL)] aux termes de trois jour d’audience présidés par l’honorable André Trottier, J.C.S.

[10] Il appert ainsi dudit jugement:

- que la demanderesse et Gérard Morin ont commencé à cohabiter en 1978 pour se marier en 1981;
- que le couple consommait de façon excessive de l’alcool, la demanderesse consommant au surplus de la drogue (cocaïne) à l’occasion;
- que leur relation était tumultueuse et violente;
- que l’agressivité dans le couple, tant sur le plan verbal que physique, était réciproque;
- que le 2 février 1995, veille du décès de Gérard Morin, le couple a consommé de l’alcool de façon excessive, entraînant une intervention policière;
- que le 3 février 1995, jour du décès de Gérard Morin, le couple s’est enivré de nouveau, s’est adressé mutuellement des reproches et insultes, et est passé aux actes physiques, Gérard Morin en repoussant la demanderesse sur le mur de la cuisine et celle-ci répondant à cette agression en administrant à Gérard Morin un coup de couteau fatal à l’abdomen.

[11] Aux fins de la détermination de la sentence, l’honorable juge Trottier a émis les considérations suivantes [aux paragraphes 21 à 23]:

«la gravité objective du crime commis entraînant mort d’homme par l’utilisation d’un couteau; [. . .] dans les circonstances, l’infraction commise le fut sous le coup de la colère et non de la peur, ce qui exclut toute prétention à un accident [. . .] ce drame s’inscrit dans le contexte de la violence conjugale et qu’en l’occurrence, la jurisprudence dominante est à l’effet de maintenir un juste équilibre entre les sentiments humains et les fondements juridiques d’une sentence.»

PLAINTIFF'S ARGUMENTS

[12] The plaintiff maintained that the only point for discussion in this Court was as to the application of the law in the circumstances, and that the Court did not have to rule on whether the plaintiff was unworthy of inheriting. This argument was concurred in by counsel for the defendants.

[13] Counsel submitted that it was the ordinary law applicable in Quebec that should be considered, not a common law principle as a result of which the defendants wished to apply a rule of public order not recognized by the ordinary law in Quebec.

[14] The preliminary article of the *Civil Code of Québec* in fact states that:

The Civil Code comprises a body of rules which, in all matters within the letter, spirit or object of its provisions, lays down the *jus commune*, expressly or by implication. In these matters, the Code is the foundation of all other laws, although other laws may complement the Code or make exceptions to it.

[15] Referring also to the writers Henri Brun and Guy Tremblay in their text *Droit constitutionnel*, 3rd ed., Éditions Yvon Blais Inc., at page 29, counsel added in support of his theory that:

[TRANSLATION] The Canadian common law rules must also give way to inconsistent rules contained in the legislation of the imperial Parliament (so far as these are applicable to Canada) and the federal and provincial legislatures.

[16] Accordingly, the plaintiff's status as heir under the ordinary law in Quebec suffices to entitle her to the benefits of the *Public Service Superannuation Act*, and there is no need to first proceed one step further by applying a rule of public order deriving from the common law.

[17] As the law of succession is within the exclusive jurisdiction of the provinces, for federal law to apply in this area the federal statute in question must expressly have excluded the application of the *Civil Code of Québec*.

[18] Unworthiness to inherit by operation of law, mentioned in Article 620 C.C.Q., only applies in the

PRÉTENTIONS DE LA DEMANDERESSE

[12] La demanderesse soulève que la seule question à être débattue devant cette Cour vise l'application de la loi en l'occurrence et que la Cour n'a pas à se prononcer sur l'indignité dont pourrait faire l'objet la demanderesse. Cette prétention est partagée par le procureur des défendeurs.

[13] La procureure soumet que c'est le droit commun applicable au Québec que l'on doit considérer et non un principe de common law selon lequel les défendeurs voudraient faire jouer une règle d'ordre public non reconnue par le droit commun au Québec.

[14] La disposition préliminaire du *Code civil du Québec* édicte d'ailleurs que:

Le Code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elle-mêmes ajouter au code ou y déroger.

[15] Citant également les auteurs Henri Brun et Guy Tremblay dans leur ouvrage *Droit constitutionnel*, 3^e édition, Éditions Yvon Blais Inc., à la page 29, la procureure ajoute au soutien de sa théorie que:

Les règles de common law canadienne doivent aussi céder le pas aux règles incompatibles contenues dans les lois des parlements impérial (en autant que celles-ci sont applicables au Canada), fédéral et provinciaux.

[16] Ainsi, le statut d'héritier de la demanderesse, en vertu du droit commun au Québec, suffit à lui conférer le droit aux bénéfices de la *Loi sur la pension de la fonction publique*, sans que besoin ne soit de franchir une autre étape au préalable en appliquant une règle d'ordre public prenant sa source dans la common law.

[17] Le droit des successions étant de la juridiction exclusive des provinces, pour faire appliquer le droit fédéral dans ce domaine il faudrait que la loi fédérale invoquée écarte expressément l'application du *Code civil du Québec*.

[18] Quant à l'indignité de succéder de plein droit, prévu à l'article 620 C.c.Q., elle ne trouve application

case of murder and so cannot be pleaded against the plaintiff.

[19] Article 623 of the *Civil Code of Québec* provides that where there is no unworthiness by operation of law it is possible to apply to the court for a declaration of unworthiness within one year after the opening of the succession. Only successors have this right.

[20] As no successors appeared the plaintiff retained her right to the estate of Gérard Morin.

[21] Further, Article 3098 of the *Civil Code of Québec* provides that succession to movable property is governed by the law of the last domicile of the deceased: in the case at bar it is the law of Quebec which should be applied; and under that law there is nothing to prevent the plaintiff from succeeding to Gérard Morin.

[22] Counsel further submitted that the official declaration of heredity contained in the record confirms the plaintiff's status as legal heir.

[23] Further, the plaintiff meets the tests for a surviving spouse set out in the *Public Service Superannuation Act*, and is thus entitled both as legal heir and as surviving spouse to receive the pension benefits provided for by the Act.

[24] Finally, counsel stated that it was not up to the Treasury Board to decide the fate of pension benefits owed to the estate of Gérard Morin. The Treasury Board had no interest in bringing an action and only successors concerned had such an interest.

DEFENDANTS' ARGUMENTS

[25] Counsel for the defendants argued that the *Public Service Superannuation Act* applies everywhere equally and must be read in conjunction with the rule of public order, which should also be applied every-

que dans les cas de meurtre et ne peut donc être invoquée contre la demanderesse.

[19] L'article 623 du *Code civil du Québec* quant à lui, prévoit qu'en l'absence d'indignité de plein droit, il est possible de demander et de faire déclarer l'indignité judiciaire dans l'année de l'ouverture de la succession. Cette possibilité étant ouverte aux successibles seulement.

[20] Les successibles ne s'étant pas manifestés, la demanderesse conserve alors son droit à la succession de Gérard Morin.

[21] De plus, l'article 3098 du *Code civil du Québec* prévoit que les successions portant sur des meubles sont régies par la loi du dernier domicile du défunt, et qu'en l'occurrence, c'est la loi au Québec qui doit trouver application et qu'en vertu de la loi, rien n'empêche la demanderesse de succéder à Gérard Morin.

[22] La procureure soumet également que la déclaration d'hérédité officielle figurant au dossier confirme le statut d'héritière légale de la demanderesse.

[23] En outre, la demanderesse répond aux critères de conjoint survivant édictés dans la *Loi sur la pension de la fonction publique* et celle-ci est donc en droit, autant à titre d'héritière légale, qu'à titre de conjoint survivant à recevoir les bénéfices de pension prévus par la Loi.

[24] Finalement, la procureure affirme que ce n'est pas au Conseil du Trésor de décider du sort des prestations de pension dues à la succession de Gérard Morin. Le Conseil du Trésor n'a pas l'intérêt de prendre action et seuls les successibles intéressés avaient cet intérêt.

PRÉTENTIONS DES DÉFENDEURS

[25] Le procureur des défendeurs fait valoir que la *Loi sur la pension de la fonction publique* s'applique partout de la même façon et qu'elle doit être lue en conjonction avec la règle d'ordre public qui doit elle

where because it is part of the Act.

[26] The rule of public order cited by the defendants originated in English jurisprudence in 1891 when Lord Justice Fry of the English Court of Appeal said, in *Cleaver v. Mutual Reserve Fund Life Association*, [1892] 1 Q.B. 147 (C.A.), at page 156:

It appears to me that no system of jurisprudence can with reason include amongst the rights which it enforces rights directly resulting to the person asserting them from the crime of that person.

[27] It is not the status of heir or survivor which is in dispute, but entitlement to benefits. To the entitlement rules contained expressly in the Act a second stage should be added, the rule of public order that a person may not profit from his or her crime.

[28] Counsel admitted that differences might exist in the circumstances in which the rule would apply, but there was no distinction between murder and manslaughter and these crimes called for application of the rule.

[29] Counsel argued that nothing in our constitutional law prevents federal law from contradicting the *Civil Code of Québec* in its sphere of constitutional jurisdiction.

[30] The fact that Parliament did not include express rules on disentitlement is not conclusive, since the rule of public order applies by implication. The fact that the Act is silent does not mean that Parliament intended to exclude the rule of public order.

[31] Counsel added that a public official may not assign his or her pension and it is the Act which determines the conditions of division. The plaintiff thus has no right of ownership so long as the conditions of entitlement have not been met. As the rule of public order precludes the plaintiff's entitlement here, the Treasury Board properly refused to pay the plain-

aussi s'appliquer partout parce qu'elle fait partie de la Loi.

[26] La règle d'ordre public invoquée par les défendeurs a pris naissance dans la jurisprudence d'Angleterre en 1891 alors que le lord juge Fry de la Cour d'appel d'Angleterre dans l'affaire *Cleaver v. Mutual Reserve Fund Life Association*, [1892] 1 Q.B. 147 (C.A.) énonçait à la page 156:

[TRADUCTION] Il me semble qu'aucun système de droit ne peut raisonnablement inclure parmi les droits qu'il sanctionne des droits que la personne qui les fait valoir a directement obtenus en commettant un crime.

[27] Ce n'est pas le statut d'héritier ou de conjoint survivant qui est contesté mais plutôt l'admissibilité aux bénéfices. Aux règles d'admissibilité contenues expressément dans la Loi il faut appliquer en deuxième étape, la règle d'ordre public selon laquelle une personne ne puisse profiter de son crime.

[28] Le procureur admet qu'il peut exister des nuances dans les circonstances où la règle va trouver application mais qu'il n'y a pas de distinction entre le meurtre et l'homicide involontaire et que ces crimes en déclenchent l'application.

[29] Le procureur a plaidé que rien dans notre droit constitutionnel ne s'oppose à ce que la Loi fédérale puisse contredire le *Code civil du Québec* dans sa sphère de juridiction constitutionnelle.

[30] Le fait que le législateur n'ait pas inclus de règles explicites quant à l'inadmissibilité n'est pas déterminant puisque la règle d'ordre public est là de façon implicite. Le silence de la Loi ne veut pas dire que le législateur a voulu exclure la règle d'ordre public.

[31] Le procureur ajoute que le fonctionnaire ne peut pas céder sa pension et que c'est la Loi qui en détermine les conditions de partage. La demanderesse n'a donc aucun droit de propriété tant que les conditions d'admissibilité ne sont pas rencontrées. La règle d'ordre public faisant ici obstacle à l'admissibilité de la demanderesse aux prestations, le Conseil du Trésor,

tiff the money claimed in her capacity as surviving spouse.

[32] Alternatively, counsel for the defendants submitted that manslaughter is a case of successoral unworthiness.

[33] There was no substantive change in the new wording of the cause of unworthiness mentioned in Article 620 C.C.Q., formerly Article 610 of the *Civil Code of Lower Canada*.

[34] Counsel suggested a parallel with Article 813 of the *Civil Code of Lower Canada* to interpret the concept “making an attempt on the life” contained in Article 620 C.C.Q., according to legal analysis at the time, that included manslaughter, and in particular causing death in a fit of anger occasioned by sudden provocation.

[35] The defendants therefore submitted that as the fact that she caused Gérard Morin’s death in a fit of anger precludes any argument that it was an accident, and she pleaded guilty to manslaughter, in the present state of the law and the applicable case law the plaintiff is unworthy by operation of law to succeed to Gérard Morin.

ANALYSIS

[36] As the right claimed by the plaintiff originated in Quebec, the Court considers that the law applicable in the province of Quebec cannot be disregarded.

[37] The Court accepts the plaintiff’s argument that a federal statute which wishes to depart from the law applicable in a province within its field of jurisdiction must do so expressly, as stipulated in the preliminary article of the *Civil Code of Québec*.

[38] In subsection 12(4) the *Public Service Superannuation Act* lays down the provisions of allocation to the surviving spouse and children and nowhere is there any mention of a restriction in this regard. The principle of stability of the law identified by Pierre-André

refuse à bon droit de remettre à la demanderesse les sommes réclamées en sa qualité de conjoint survivant.

[32] Subsidairement, le procureur des défendeurs soumet que l’homicide involontaire est un cas d’indignité successorale.

[33] Il n’y a pas eu de changement substantiel dans la nouvelle formulation de la cause d’indignité prévu à l’article 620 C.c.Q., anciennement l’article 610 du *Code civil du Bas-Canada*.

[34] Le procureur propose un parallèle avec l’article 813 du *Code civil du Bas-Canada* afin d’interpréter la notion «attenter à la vie» prévu à l’article 620 C.c.Q. qui selon la doctrine du temps inclut le meurtre involontaire et notamment de donner la mort dans un excès de colère causé par une provocation soudaine.

[35] Les défendeurs soumettent donc que dans la mesure où elle a causé la mort de Gérard Morin dans un excès de colère, toute prétention à un accident étant exclue, et où elle a plaidé coupable au crime d’homicide involontaire, la demanderesse est, dans l’état actuel du droit et de la jurisprudence pertinente, indigne de plein droit de succéder à Gérard Morin.

ANALYSE

[36] Étant donné que le droit réclamé par la demanderesse a pris naissance au Québec, la Cour considère qu’on ne peut faire abstraction du droit applicable dans la province de Québec.

[37] La Cour accepte l’argument de la demanderesse à l’effet qu’une loi fédérale qui voudrait déroger au droit applicable dans une province dans son champ de juridiction, doit le faire de façon expresse tel qu’il est stipulé dans le *Code civil du Québec* dans la disposition préliminaire.

[38] La *Loi sur la pension de la fonction publique* prévoit à l’article 12(4), les modalités d’allocation au conjoint survivant et aux enfants et nulle part n’est-il mention d’une restriction à cet égard. Le principe de stabilité du droit, identifié par Pierre-André Côté dans

Côté in his text *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed., 1991, Éditions Yvon Blais, at page 419, refers us to decisions of the Supreme Court:

A fundamental rule is that statutes should be interpreted, as much as possible, in harmony with the general law. The legislator is presumed to have no intention to change the law beyond that which he declares expressly.¹

[39] The ordinary law of Quebec accepts that a person convicted of manslaughter may inherit from the deceased. Article 620 C.C.Q. states:

Art. 620. The following persons are unworthy of inheriting by operation of law:

(1) a person convicted of making an attempt on the life of the deceased;

[40] The wording of the old Article 610 C.C.L.C. reads:

610. The following persons are unworthy of inheriting and, as such, are excluded from successions:

1. He who has been convicted of killing or attempting to kill the deceased;

[41] Whereas the old wording excluded the need for any conscious intent, since a person can be convicted of killing without having intended it, the new wording introduced an important dimension involving intent.

[42] In his volume titled *Les successions*² the writer Germain Brière explains that homicidal intent is a necessary condition for causing unworthiness by operation of law. He repeats this more positively in his volume titled *Le nouveau droit des successions*:³

[TRANSLATION] The question of whether manslaughter entails unworthiness by operation of law arises under art. 620 C.C.Q., as it arose under art. 610 C.C.L.C. It seems clear that such homicide does not entail successorial unworthiness, as the phrase "making an attempt on the life" implies the intent to kill.

[43] The other writers cited by counsel for the defendants in support of the contrary view expressed their opinions prior to the new law and so far no

son ouvrage *Interprétation des lois*, 2^e édition, (1990), Éditions Yvon Blais, à la page 479, nous réfère à la jurisprudence de la Cour suprême:

Une règle fondamentale est que les statuts doivent être interprétés, autant que possible, en harmonie avec le droit commun. Le législateur n'est pas présumé avoir voulu modifier le droit commun au-delà de ce qu'il en déclare expressément¹.

[39] Le droit commun au Québec accepte qu'une personne trouvée coupable d'homicide involontaire puisse hériter du défunt. L'article 620 C.c.Q. énonce:

Art. 620. Est de plein droit indigne de succéder:

1^o Celui qui est déclaré coupable d'avoir attenté à la vie du défunt;

[40] La formulation de l'ancien article 610 C.c.B.-C. se lisait:

610. Sont indignes de succéder et comme tels exclus des successions:

1. Celui qui est convaincu d'avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt;

[41] Alors que l'ancienne formulation faisait abstraction de la nécessité d'une quelconque volonté, puisque l'on peut être convaincu d'avoir tué sans l'avoir voulu, la nouvelle formulation apporte une dimension importante reliée à l'intention.

[42] En effet, l'auteur Germain Brière dans son volume intitulé *Les successions*² explique que l'intention homicide est une condition nécessaire pour entraîner l'indignité de plein droit. Il le réitère d'ailleurs de façon plus convaincue dans son volume intitulé *Le nouveau droit des successions*³:

La question de savoir si l'homicide involontaire coupable entraîne l'indignité de plein droit se pose sous l'article 620 C.c.Q. comme elle se posait sous l'article 610 C.c.B.-C. Il y a lieu de considérer que tel homicide ne fait pas encourir l'indignité successorale, vu que l'expression «attenté à la vie» implique l'intention de tuer.

[43] Les autres auteurs cités par le procureur des défendeurs au soutien de la théorie contraire se sont prononcés antérieurement au nouveau droit et aucune

Quebec courts appear to have ruled on the point.

[44] Having found that the rule of public order relied on by the defendants, to the effect that a person cannot profit from his crime, does not apply in the case at bar because it is not expressly stated in the Act or because it is contrary to the ordinary law, which permits a person convicted of manslaughter to be the heir of the deceased, this Court has decided to allow the plaintiff's application.

[45] The plaintiff is not unworthy by operation of law as the result of the nature of her crime and no successor has applied for a judicial declaration of unworthiness. The plaintiff is the legal heir of the deceased Gérard Morin and in that capacity, and in her capacity as surviving spouse, is entitled to the benefits associated with the pension of Gérard Morin pursuant to the *Public Service Superannuation Act*.

[46] FOR THESE REASONS, THE COURT

– Declares that the refusal by the respondent, the Treasury Board of Canada, Pensions Division, to pay the plaintiff the money to which she is entitled since the opening of the estate of the late Gérard Morin is illegal;

– Orders the Attorney General of Canada, through the Treasury Board of Canada, Pensions Division, to pay within 15 days of this judgment the money owed to the plaintiff since the opening of the estate of the late Gérard Morin; and

– Orders provisional execution notwithstanding appeal;

– The whole with costs.

¹ *Banque Canadienne Nationale v. Carette*, [1931] S.C.R. 33, at p. 42 (Rinfret J.). See also *Lamontagne v. Quebec Railway, Light, Heat & Power Co.* (1914), 50 S.C.R. 423.

² G. Brière, *Les successions*, 2nd ed., Cowansville (Qué.): Éditions Yvon Blais, 1994.

³ G. Brière, "Le nouveau droit des successions", *La collection bleue*: Montréal: Wilson & Lafleur, 1994 at p. 51.

jurisprudence du Québec ne semble s'être encore prononcée sur la question.

[44] Ayant déterminé que la règle d'ordre public invoquée par les défendeurs à l'effet qu'une personne ne puisse bénéficier de son crime, ne trouve pas application en l'espèce parce que non exprimée expressément dans la Loi ou à l'encontre du droit commun qui permet qu'une personne trouvée coupable d'homicide involontaire puisse hériter du défunt; cette Cour décide d'accueillir la demande de la demanderesse.

[45] La demanderesse n'est pas indigne de plein droit de par la nature de son crime et aucun successible n'a demandé l'indignité judiciaire. La demanderesse est l'héritière légale du défunt Gérard Morin et en cette qualité et en sa qualité de conjoint survivant elle a le droit aux bénéfices découlant de la pension de Gérard Morin aux termes de la *Loi sur la pension de la fonction publique*.

[46] POUR CES MOTIFS, LA COUR

– Déclare illégal le refus de l'intimé, le Conseil du Trésor du Canada, division des pensions, de verser à la demanderesse les sommes auxquelles elle a droit depuis l'ouverture de la succession de feu Gérard Morin;

– Ordonne au procureur général du Canada, par l'entremise du Conseil du Trésor du Canada, division des pensions, de remettre, dans les 15 jours de ce jugement, les sommes d'argent qui sont dues à la demanderesse depuis l'ouverture de la succession de feu Gérard Morin; et

– Ordonne l'exécution provisoire, nonobstant appel;

– Le tout avec dépens.

¹ *Banque Canadienne Nationale c. Carette*, [1931] R.C.S. 33, à la p. 42 (le juge Rinfret). Voir aussi: *Lamontagne v. Quebec Railway, Light, Heat & Power Co.* (1914), 50 R.C.S. 423.

² G. Brière, *Les successions*, 2^e éd., Cowansville (Qué.): Éditions Yvon Blais, 1994.

³ G. Brière, «Le nouveau droit des successions», *La collection bleue*: Montréal: Wilson & Lafleur, 1994, à la p. 51.

A-228-98

A-228-98

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

v.

c.

Brelco Drilling Ltd. (formerly Trimac Limited)
(*Respondent*)**Brelco Drilling Ltd. (auparavant Trimac Limited)**
(*intimée*)**INDEXED AS: CANADA v. BRELCO DRILLING LTD. (C.A.)****RÉPERTORIÉ: CANADA c. BRELCO DRILLING LTD. (C.A.)**Court of Appeal, Isaac C.J., Linden and Sexton J.J.A.
—Calgary, January 25; Ottawa, May 11, 1999.Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Linden et
Sexton, J.C.A.—Calgary, 25 janvier; Ottawa, 11 mai
1999.

Income tax — Income calculation — Dividends — Appeal from T.C.C. decision to ignore losses, other liabilities of foreign subsidiaries in determining deemed “income earned or realized” under ITA, s. 55(2) — Taxpayer receiving cash dividend of \$32 million, including same in income — Dividend deemed to be proceeds of disposition under s. 55(2) — Unrealized gain in subsidiaries, foreign affiliates consolidated in parent company — Affiliates having both income, debt — Whether foreign affiliates reducing taxpayer’s “safe income” — Object of s. 55 to prevent capital gains stripping, double taxation — T.C.C. failing to determine amount of safe income on facts of case — S. 55(2) requiring net calculation of all amounts which could reasonably be attributed to anything other than income earned, realized by foreign affiliate.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Dividendes — Appel de la décision de la C.C.I. de ne pas tenir compte des pertes et autres charges de sociétés étrangères affiliées pour calculer le «revenu gagné ou réalisé» réputé aux termes de l’art. 55(2) de la LIR — La contribuable a reçu un dividende en espèces de 32 000 000 \$, et l’a inclus dans le calcul de son revenu — Le dividende est réputé être un produit de disposition en vertu de l’art. 55(2) — Les gains non réalisés de certaines sociétés affiliées et sociétés étrangères affiliées ont été consolidés au sein de la société mère — Les sociétés affiliées avaient à la fois des revenus et des dettes — Les sociétés affiliées étrangères diminuent-elles le «revenu sauf» de la contribuable? — L’objet de l’art. 55 est d’empêcher le dépouillement de gains en capital et la double imposition — La C.C.I. n’a pas établi le revenu sauf en fonction des faits de l’affaire — L’art. 55(2) exige le calcul net de tous les montants qu’on pourrait raisonnablement attribuer à autre chose qu’à un revenu gagné ou réalisé par une société étrangère affiliée.

Construction of statutes — Meaning of Income Tax Act, s. 55(2) — Contextual, purposive approach should apply to statutory interpretation unless meaning of provision clear, plain — When no doubt as to meaning of legislation, no ambiguity in application to facts, statutory provision must be applied regardless of object, purpose — Act, s. 55 not having clear, plain meaning — Court bound to give sensible meaning to provision.

Interprétation des lois — Sens de l’art. 55(2) de la Loi de l’impôt sur le revenu — En matière d’interprétation des lois, il faut adopter une approche contextuelle qui tient compte de l’objectif visé, à moins que le sens de la disposition ne soit clair et net — Lorsqu’il n’y a aucun doute quant au sens d’une mesure législative ni aucune ambiguïté quant à son application aux faits, elle doit être appliquée indépendamment de l’objectif visé — L’art. 55 de la Loi n’a pas un sens clair et net — La Cour doit lui donner un sens raisonnable.

This was an appeal from a T.C.C. decision allowing the taxpayer’s appeal on the basis that there was no requirement to include the deficits of foreign affiliates in the calculation of its safe income. In November 1989, the respondent received a cash dividend of \$32 million from Tricil Ltd. (Tricil) in which it owned 50% of the shares, and included same in its income. Subsequently, it sold its shares in Tricil to Laidlaw Inc. Tricil was a Canadian company and a 100% shareholder of the U.S. resident corporation Tricil Inc. (Inc.) which, therefore, was a foreign affiliate of Tricil for the

Il s’agit d’un appel d’une décision de la C.C.I. qui a accueilli l’appel de la contribuable au motif que rien ne l’obligeait à tenir compte des pertes de sociétés étrangères affiliées dans le calcul de son revenu sauf. En novembre 1989, l’intimée a reçu un dividende en espèces de 32 000 000 \$ de Tricil Ltd. (Tricil), société dont elle détenait 50 p. 100 des actions, et elle a inclus cette somme dans ses revenus. Elle a par la suite vendu ses actions de Tricil à Laidlaw Inc. Tricil, une société canadienne, détenait 100 p. 100 des actions de Tricil Inc. (Inc.), société résidant

purposes of paragraphs 55(5)(d) and 93(1)(a) of the *Income Tax Act*. Inc. owned 100% of seven U.S. resident corporations, A, B, C, D, E, F, and G. The affiliates in question had both income and debts (losses). One of the purposes of the \$32 million dividend was to significantly reduce the taxable portion of the respondent's unrealized capital gain on its Tricil shares. The respondent accordingly applied subsection 55(2) of the Act to the dividends deeming them to be proceeds of disposition. In its 1989 taxation year the respondent designated \$25,735,216 of the dividends as separate dividends under paragraph 55(5)(f) on the basis that this was the portion of the unrealized capital gain on the respondent's Tricil shares which could reasonably be considered to be attributable to income earned or realized. The Minister reduced the safe income on hand available to the respondent to \$23,149,721 by offsetting the exempt deficits of corporations A, B, C, D, E, and Inc. against the exempt surpluses of corporations F and G. The Minister's decision was overruled by the Tax Court of Canada. The issue was whether the Tax Court Judge erred in holding that it was unnecessary for purposes of subsection 55(2) of the Act to consider the losses and other liabilities of foreign subsidiaries in determining the deemed "income earned or realized" under that provision.

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

Per Linden J.A.: In interpreting the *Income Tax Act*, the Court should take a contextual and purposive approach unless the meaning of the provision is clear and plain. When there is neither any doubt as to the meaning of the legislation nor any ambiguity in its application to the facts then the statutory provision must be applied regardless of its object or purpose. There are, however, many sections of the *Income Tax Act* which are ambiguous or unclear. Among them, section 55 is ambiguous in many of its parts and is far from having a clear and plain meaning. Despite these complexities, the Court must do its utmost to give a sensible meaning to that provision.

Subsection 55(2) of the Act was enacted by Parliament to counter "capital gain strippings". In the absence of this provision, corporations could, without attracting any tax, realize capital gains from related corporations by having those corporations issue dividends. To avoid double taxation, subsection 55(2) does not apply to a dividend (or that portion of the dividend) which can reasonably be considered to be attributed to income earned by the corporation issuing the dividend. That income is referred to as "safe income" which must be income on hand. So long as the approach taken by the Minister in allocating safe income is reasonable, subsection 55(2) should apply. The reasoning of the

aux États-Unis, qui était ainsi une société étrangère affiliée de Tricil aux fins des alinéas 55(5)d) et 93(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Inc. était propriétaire à 100 p. 100 de sept sociétés résidant aux États-Unis, les sociétés A, B, C, D, E, F et G. Les sociétés affiliées en cause avaient des revenus et des dettes (pertes). Le dividende de 32 000 000 \$ avait notamment pour objet de diminuer sensiblement la part imposable du gain en capital non réalisé de l'intimée pour ses actions Tricil. L'intimée a donc appliqué le paragraphe 55(2) de la Loi aux dividendes en les considérant comme le produit de la disposition des actions. Dans son année d'imposition 1989, l'intimée a désigné la somme de 25 735 216 \$ comme dividende distinct conformément à l'alinéa 55(5)f), considérant qu'il s'agissait là de la partie du gain en capital non réalisé relatif aux actions Tricil, vendues par l'intimée, qu'il serait raisonnable de considérer comme étant attribuable à un revenu gagné ou réalisé. Le ministre a diminué le revenu sauf en mains que l'intimée pouvait utiliser à 23 149 721 \$ en opérant une compensation entre les déficits exonérés des sociétés A, B, C, D, E et Inc., et les surplus exonérés des sociétés F et G. La décision du ministre a été infirmée par la Cour canadienne de l'impôt. Il s'agit de savoir si le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur de droit en concluant qu'aux fins du paragraphe 55(2) de la Loi, il n'est pas nécessaire de tenir compte des pertes et autres charges de sociétés étrangères affiliées pour calculer le «revenu gagné ou réalisé» réputé aux termes de cette disposition.

Arrêt (le juge Sexton, J.C.A., dissident): l'appel est accueilli.

Le juge Linden, J.C.A.: En interprétant la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la Cour doit adopter une approche contextuelle qui tient compte de l'objet même du texte, à moins que le sens de la disposition en cause ne soit clair et net. Lorsqu'il n'y a aucun doute quant au sens d'une mesure législative ni aucune ambiguïté quant à son application aux faits, elle doit être appliquée indépendamment de son objet. Il y a de nombreux articles ambigus et peu clairs dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Parmi eux, l'article 55 est, à de nombreux endroits, ambigu, et son sens est loin d'être clair et net. Malgré ces complexités, la Cour doit faire de son mieux afin de donner à cette disposition un sens raisonnable.

Le paragraphe 55(2) de la Loi a été édicté par le législateur afin de contrecarrer le «dépouillement de gains en capital». Avant son adoption, les sociétés pouvaient, sans être imposées, réaliser des gains en capital provenant de sociétés qui leur étaient liées en s'arrangeant pour que ces sociétés leur versent des dividendes. Afin d'éviter la double imposition, le paragraphe 55(2) ne s'applique pas à un dividende (ou partie d'un dividende) qu'il serait raisonnable de considérer comme étant attribuable à un revenu gagné par la société versant le dividende. Ce revenu, appelé «revenu sauf», doit être un revenu en mains. Dans la mesure où, pour déterminer le revenu sauf, le ministre adopte une

Tax Court Judge, that there is no legal basis for requiring exempt deficits — or any other cost which reduces the safe income on hand — to be taken into account in determining “income earned or realized”, was therefore flawed. Subsection 55(2) requires a calculation of safe income on hand based on the facts of each case. Such a determination was not carried out herein. The Tax Court Judge was under an obligation to determine the true value of safe income on hand on the facts of this case, but he failed to do so. While concluding that the Tax Court Judge erred, the Court could not accept the appellant’s approach, that in this case all losses must be taken into account because they reduce the safe income of the intercorporate dividend. That reasoning was flawed inasmuch as it might not reflect the actual value of the safe dividends. In order to decide whether the calculation presented by Revenue Canada was reasonable, the Tax Court had to hear evidence as to which factors do or do not reduce safe income on hand. No such consideration of the evidence was undertaken.

Per Sexton J.A. (dissenting): The Tax Court Judge did not err in finding that, as a matter of law, exempt deficits of foreign affiliates should not be deducted from the exempt surpluses of other foreign affiliates so as to reduce the parent corporation’s safe income. There is no provision in the *Income Tax Act* requiring exempt deficits to be taken into account in determining “income earned or realized”. The safe income earned by the parent corporation cannot exceed its fair market value. However, the fact that some of its subsidiaries might have losses could be simply ignored by a purchaser. Absent a guarantee or actual payment by the parent of its subsidiary’s losses, it is difficult to conceive of an example in which the losses of foreign affiliates would affect the safe income of a parent. Moreover, the Minister has not demonstrated that the losses had any impact on the respondent’s safe income. If it was intended that deficits from one subsidiary should be offset against exempt surpluses of another it would have been clearly provided in the legislation. It was not. Thus, the Tax Court Judge correctly concluded that subsection 55(2) exhibited “reasonable uncertainty resulting from lack of explicitness which should be resolved in favour of the taxpayer”.

The reduction of the taxable capital gain by the exempt surplus of a foreign affiliate is based on the same rationale that underlies the tax-free treatment accorded to intercorporate dividends. Section 55 was designed to prevent a taxable capital gain from becoming a tax-free intercorporate dividend. One of the principal reasons Parliament chose in paragraph 55(5)(d) to deem the exempt

démarche raisonnable, le paragraphe 55(2) s’applique. Le raisonnement adopté par le juge de la Cour de l’impôt, selon lequel les textes n’imposent pas que l’on tienne compte, dans le calcul du «revenu gagné ou réalisé», de déficits exonérés ou de tout autre coût ayant pour effet de diminuer le revenu sauf en mains, était donc défectueux. Le paragraphe 55(2) exige que le calcul du revenu sauf en mains se fasse en fonction des faits de chaque affaire. L’on n’a pas procédé ainsi dans cette affaire. Le juge de la Cour de l’impôt était tenu de dire qu’elle était, au vu des faits, la valeur véritable du revenu sauf en mains, ce qu’il n’a pas fait. Même en considérant que le juge de la Cour de l’impôt avait commis une erreur, la Cour ne pouvait retenir l’approche développée par l’appelante selon laquelle il y a lieu en l’espèce de prendre en compte l’ensemble des pertes puisqu’elles diminuent le revenu sauf du dividende intersociétés. Ce raisonnement était défectueux car il risquait de ne pas refléter la valeur effective des dividendes saufs. Pour savoir si le calcul retenu par Revenue Canada était raisonnable, la Cour de l’impôt devait se fonder sur des témoignages quant aux facteurs qui ont pour effet de diminuer ou non le revenu sauf en mains. La preuve n’a pas fait l’objet d’un tel examen.

Le juge Sexton, J.C.A. (dissent): Le juge de la Cour de l’impôt n’a commis aucune erreur en concluant que, selon le droit applicable, les déficits exonérés de sociétés étrangères affiliées ne doivent pas être déduits des surplus exonérés d’autres sociétés étrangères affiliées afin de diminuer le revenu sauf de la société mère. La *Loi de l’impôt sur le revenu* ne contient aucune disposition qui exige que les déficits exonérés soient pris en compte lors du calcul du «revenu gagné ou réalisé». Le revenu sauf gagné par la société mère ne peut dépasser la juste valeur marchande de celle-ci. Cela dit, l’acheteur peut tout simplement ignorer le fait que certaines des sociétés affiliées auraient subi des pertes. En l’absence de garantie ou de remboursement effectif par la société mère des pertes de ses sociétés affiliées, il est difficile d’imaginer un cas où les pertes des sociétés étrangères affiliées affecteraient le revenu sauf de la société mère. De plus, le ministre n’a pas démontré que les pertes avaient eu une incidence sur le revenu sauf de l’intimée. Si le législateur avait voulu que puisse être opérée une compensation entre les déficits d’une société affiliée et les surplus exonérés d’une autre, le texte de loi l’aurait certainement prévu. Or ce n’est pas le cas. C’est donc avec raison que le juge de la Cour de l’impôt a conclu qu’il y a, au paragraphe 55(2), une «incertitude raisonnable découlant du manque de clarté de la loi qui doit jouer en faveur du contribuable».

L’idée de retrancher du gain en capital imposable le surplus exonéré d’une société étrangère affiliée se fonde sur la même raison que la non-imposition des dividendes intersociétés. L’article 55 a été conçu pour éviter qu’un gain en capital imposable ne devienne un dividende intersociétés non imposable. Une des principales raisons pour lesquelles le législateur a choisi, par le biais de l’alinéa 55(5)d, de

surplus of a foreign affiliate as its income earned for purposes of subsection 55(2) was to minimize double taxation. Allowing the taxpayer to treat the full exempt surplus as safe income on hand recognizes that any further tax on the exempt surplus amounts to double taxation. A fair interpretation of section 55 of the Act dictates that foreign affiliate surpluses should not be netted with foreign affiliate losses. This interpretation is based on sound policy, as it promotes an important object of the Act by minimizing double taxation. The Minister has not pleaded the facts necessary to sustain the reassessment. He did not plead any facts to establish that the losses in the foreign affiliates impacted the safe income of the parent corporation. By failing to do so, he was missing an ingredient essential to the validity of the reassessment. There was no evidence in the record and no suggestion that the losses or deficits of the subsidiaries A, B, C, D, E, and Inc. were guaranteed by the respondent. It was open to the Minister to plead the necessary facts at trial. He chose not to do so. It would be unfair to the taxpayer to now give the Minister a second opportunity to establish the validity of the reassessment.

considérer le surplus exonéré d'une société étrangère affiliée comme un revenu gagné aux fins du paragraphe 55(2), était d'éviter autant que possible la double imposition. Le fait que l'on permette au contribuable de considérer comme revenu sauf en mains l'intégralité du surplus exonéré montre que l'on reconnaît que toute autre imposition du surplus exonéré équivaut à une double imposition. Une interprétation équitable de l'article 55 de la Loi fait que les surplus provenant d'une société étrangère affiliée ne devraient pas être consolidés avec les pertes d'une autre société étrangère affiliée. Cette interprétation est fondée sur de solides motifs de politique fiscale, puisqu'elle contribue à un but important de la Loi en minimisant la double imposition. Le ministre n'a pas allégué les faits permettant de justifier la nouvelle cotisation. Il n'a pas invoqué de faits alléguant que les pertes des sociétés étrangères affiliées ont eu une incidence sur le revenu sauf de la société mère. En ne démontrant pas cela, il lui manque un élément essentiel à la validité de la nouvelle cotisation. Le dossier ne contenait aucun élément démontrant ou suggérant que les pertes ou déficits des sociétés affiliées A, B, C, D, E et Inc. ont fait, de la part de l'intimée, l'objet d'une garantie. Il était loisible au ministre de plaider les faits nécessaires lors de l'instruction. Il a choisi de ne pas le faire. Il serait injuste envers le contribuable d'accorder maintenant au ministre une deuxième occasion de démontrer le bien-fondé de la nouvelle cotisation.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Convention Between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital, being Schedule I of the *Canada-United States Tax Convention Act, 1984*, S.C. 1984, c. 20.
Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 55(3.1) (as am. by S.C. 1995, c. 3, s. 16), (3.2) (as am. *idem*), (4) (as am. *idem*).
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 55(2) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 25), (a) (as am. by S.C. 1984, c. 45, s. 15), (b) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 24), (c) (as am. *idem*), (3) (as am. *idem*; 1984, c. 45, s. 15), (4) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 24), (5) (as am. *idem*; 1988, c. 55, s. 33), 93(1)(a) (as am. by S.C. 1991, c. 49, s. 69), 112(1) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 71), (2) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 72), 113(1) (as am. *idem*, c. 26, s. 73), 138(6) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 68; 1980-81-82-83, c. 48, s. 79; 1988, c. 55, s. 125).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada v. Antosko, [1994] 2 S.C.R. 312; (1994), 94 DTC 6314; 168 N.R. 16; *Alberta (Treasury Branches)*

LOIS ET RÈGLEMENTS

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*, S.C. 1984, ch. 20.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 55(3.1) (mod. par L.C. 1995, ch. 3, art. 16), (3.2) (mod. *idem*), (4) (mod. *idem*).
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 55(2) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 25), a) (mod. par S.C. 1984, ch. 45, art. 15), b) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 24), c) (mod. *idem*), (3) (mod. *idem*; 1984, ch. 45, art. 15), (4) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 24), (5) (mod., *idem*; 1988, ch. 55, art. 33), 93(1)a) (mod. par L.C. 1991, ch. 49, art. 69), 112(1) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 71), (2) (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 72), 113(1) (mod. par S.C. 1985, ch. 45, art. 126, ann. III, art. 76), 138(6) (mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 68; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 79; 1988, ch. 55, art. 125).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Canada c. Antosko, [1994] 2 R.C.S. 312; (1994), 94 DTC 6314; 168 N.R. 16; *Alberta (Treasury Branches)*

v. M.N.R.; Toronto-Dominion Bank v. M.N.R., [1996] 1 S.C.R. 963; (1996), 184 A.R. 1; 133 D.L.R. (4th) 609; [1996] 5 W.W.R. 153; 38 Alta. L.R. (3d) 1; 39 C.B.R. (3d) 157; [1996] 1 C.T.C. 395; 96 DTC 6245; 196 N.R. 105; 11 P.P.S.A.C. (2d) 1; 122 W.A.C. 1; *Canada v. Nassau Walnut Investments Inc.*, [1997] 2 F.C. 279; [1998] 1 C.T.C. 33; (1996), 97 DTC 5051; 206 N.R. 386 (C.A.); *Canada v. Placer Dome Inc.*, [1997] 1 F.C. 780; [1997] 1 C.T.C. 72; (1996), 96 DTC 6562 (C.A.).

CONSIDERED:

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; *J.F. Newton Ltd. v. Thorne Riddell* (1990), 50 B.L.R. 136; [1991] 2 C.T.C. 91; 91 DTC 5276 (B.C.S.C.); *Administration Gilles Leclair Inc. v. R.*, [1997] 3 C.T.C. 3053; (1996), 97 DTC 880 (T.C.C.); *del Valle (D.) v. M.N.R.*, [1986] 1 C.T.C. 2288; (1986), 86 DTC 1235 (T.C.C.).

REFERRED TO:

Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen, [1985] 2 S.C.R. 46; (1985), 21 D.L.R. (4th) 210; [1985] 2 C.T.C. 111; 85 DTC 5373; 60 N.R. 244; *Trico Industries Ltd. v. Canada*, [1994] 2 C.T.C. 2058; (1994), 94 DTC 1740 (T.C.C.); *Crown Forest Industries Ltd. v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 802; (1995), 125 D.L.R. (4th) 485; [1995] 2 C.T.C. 64; 95 DTC 5389; 97 F.T.R. 159; 183 N.R. 124.

AUTHORS CITED

- Arnold, Brian J. "Statutory Interpretation: Some Thoughts on Plain Meaning", in *Fiftieth Annual Tax Conference*, Toronto: Canadian Tax Foundation, 1998. (Publication forthcoming.)
- Brender, Mark D. "The Taxation of Corporate Reorganizations: Subsection 55(2): Part 2" (1997), 45 *Can. Tax J.* 806.
- Canadian Tax Reporter*, Don Mills (Ont.): CCH Canadian Ltd., para. 7986.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Hogg, Peter W. and J. E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.
- "Interpreting the *Income Tax Act*: Towards a Pragmatic Approach", 1999. (Unpublished paper.)
- Reed, Robert. "Section 55: A Review of Current Issues" in *Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1988.
- Richter, Kirsten. "The removal of accrued gains in capital stock holdings through use of 'safe income'" (1991), 39 *Can. Tax J.* 1349.

c. M.R.N.; Banque Toronto-Dominion c. M.R.N., [1996] 1 R.C.S. 963; (1996), 184 A.R. 1; 133 D.L.R. (4th) 609; [1996] 5 W.W.R. 153; 38 Alta. L.R. (3d) 1; 39 C.B.R. (3d) 157; [1996] 1 C.T.C. 395; 96 DTC 6245; 196 N.R. 105; 11 P.P.S.A.C. (2d) 1; 122 W.A.C. 1; *Canada c. Nassau Walnut Investments Inc.*, [1997] 2 C.F. 279; [1998] 1 C.T.C. 33; (1996), 97 DTC 5051; 206 N.R. 386 (C.A.); *Canada c. Placer Dome Inc.*, [1997] 1 C.F. 780; [1997] 1 C.T.C. 72; (1996), 96 DTC 6562 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

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; *J.F. Newton Ltd. v. Thorne Riddell* (1990), 50 B.L.R. 136; [1991] 2 C.T.C. 91; 91 DTC 5276 (C.S. C.-B.); *Administration Gilles Leclair Inc. c. R.*, [1997] 3 C.T.C. 3053; (1996), 97 DTC 880 (C.C.I.); *del Valle (D.) c. M.N.R.*, [1986] 1 C.T.C. 2288; (1986), 86 DTC 1235 (C.C.I.).

DÉCISIONS CITÉES:

Johns-Manville Canada Inc. c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 46; (1985), 21 D.L.R. (4th) 210; [1985] 2 C.T.C. 111; 85 DTC 5373; 60 N.R. 244; *Trico Industries Ltd. c. Canada*, [1994] 2 C.T.C. 2058; (1994), 94 DTC 1740 (C.C.I.); *Crown Forest Industries Ltd. c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 802; (1995), 125 D.L.R. (4th) 485; [1995] 2 C.T.C. 64; 95 DTC 5389; 97 F.T.R. 159; 183 N.R. 124.

DOCTRINE

- Arnold, Brian J. «Statutory Interpretation: Some Thoughts on Plain Meaning», dans *50^e Conférence annuelle sur la fiscalité*, Toronto: Association canadienne d'études fiscales, 1998. (En cours de publication.)
- Brender, Mark D. «The Taxation of Corporate Reorganizations: Subsection 55(2): Part 2» (1997), 45 *Rev. fisc. can.* 806.
- Canadian Tax Reporter*, Don Mills (Ont.): CCH Canadian Ltd., par. 7986.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Hogg, Peter W. et J. E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.
- «Interpreting the *Income Tax Act*: Towards a Pragmatic Approach», 1999. (Étude non publiée.)
- Reed, Robert. «Section 55: A Review of Current Issues» dans *Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1988.
- Richter, Kirsten. «The removal of accrued gains in capital stock holdings through use of "safe income"» (1991), 39 *Rev. fisc. can.* 1349.

Stikeman, H. Heward. *Canada Tax Service*, Vol. 5, Toronto: De Boo, at p. 55-125.

APPEAL from a decision of the Tax Court of Canada ([1998] 3 C.T.C. 2208; (1998), 98 DTC 1422) that it was unnecessary, for purposes of subsection 55(2) of the *Income Tax Act*, to consider the losses and other liabilities of foreign subsidiaries in determining the deemed “income earned or realized” under that provision. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Roger E. Taylor for appellant.
H. George McKenzie, Q.C., for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Felesky Flynn, Calgary, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LINDEN J.A.:

I. Introduction

[1] This appeal deals with one of the most complex sections of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, as amended (ITA). The issue is whether the Tax Court Judge [[1998] 3 C.T.C. 2208] erred in law when he held that it was unnecessary for purposes of subsection 55(2) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 24; c. 140, s. 25; 1984, c. 45, s. 15] of the ITA to consider the losses and other liabilities of foreign subsidiaries in determining the deemed “income earned or realized” pursuant to section 55 of the ITA.

II. Interpreting the *Income Tax Act*

[2] The Supreme Court of Canada has on many occasions discussed the proper way to interpret the *Income Tax Act*, stating that the Court should take a contextual and purposive approach to statutory

Stikeman, H. Heward. *Canada Tax Service*, vol. 5, Toronto: De Boo, à la p. 55-125.

APPEL interjeté contre une décision de la Cour canadienne de l'impôt ([1998] 3 C.T.C. 2208; (1998), 98 DTC 1422), selon laquelle il était inutile de tenir compte, aux fins du paragraphe 55(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des pertes et autres charges de sociétés affiliées étrangères en calculant le «revenu gagné réalisé» réputé aux termes de cette disposition. Appel accueilli.

ONT COMPARU:

Roger E. Taylor pour l'appelante.
H. George McKenzie, c.r., pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante.
Felesky Flynn, Calgary, pour l'intimée.

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

LE JUGE LINDEN, J.C.A.:

I. Introduction

[1] Le présent appel a trait à l'une des dispositions les plus complexes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, modifiée (LIR). Il s'agit de savoir si le juge de la Cour de l'impôt [[1998] 3 C.T.C. 2208] a commis une erreur de droit quand il a conclu qu'aux fins du paragraphe 55(2) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 24; ch. 140, art. 25; 1984, ch. 45, art. 15] de la LIR, il n'est pas nécessaire de tenir compte des pertes et autres charges de sociétés étrangères affiliées pour calculer le «revenu gagné ou réalisé» réputé aux termes de l'article 55 de la LIR.

II. Interprétation de la *Loi de l'impôt sur le revenu*

[2] La Cour suprême du Canada a eu, à de nombreuses reprises, l'occasion de se pencher sur la manière dont il convient d'interpréter la *Loi de l'impôt sur le revenu*, affirmant qu'en matière d'interprétation des

interpretation unless the meaning of the provision is clear and plain. In the seminal case of *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*,¹ Estey J. relied on the following passage from E. A. Driedger:²

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

[3] Despite occasional confusing and inconsistent statements in the jurisprudence, reading the words of the Act in their total context is still the proper approach to the ITA as long as the meaning is not “clear and plain”.³ In *Canada v. Antosko*, Iacobucci J. wrote for a unanimous Court that, if the meaning is “clear and plain”, that governs, but if it is not, context and purpose must be investigated:

While it is true that the courts must view discrete sections of the *Income Tax Act* in light of the other provisions of the Act and of the purpose of the legislation, and that they must analyze a given transaction in the context of economic and commercial reality, such techniques cannot alter the result where the words of the statute are clear and plain and where the legal and practical effect of the transaction is undisputed.⁴

[4] Unfortunately, though, it is rarely easy to ascertain the plain meaning of a provision of the ITA. As Mr. Justice Cory wrote, in *Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.*; *Toronto-Dominion Bank v. M.N.R.*, for the majority of the Supreme Court:

I accept the following comments on the *Antosko* case in P. W. Hogg and J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* . . . at pp. 453-454:

It would introduce intolerable uncertainty into the Income Tax Act if clear language in a detailed provision of the Act were to be qualified by unexpressed exceptions derived from a court’s view of the object and purpose of the provision . . . (The *Antosko* case) is simply a recognition that “object and purpose” can play only a limited role in the interpretation of a statute that is as precise and detailed as the Income Tax Act. When a provision is

lois, la Cour doit adopter une approche contextuelle qui tient compte de l’objet même du texte à moins que le sens de la disposition en cause ne soit clair et net. Dans l’arrêt faisant autorité, *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*¹, le juge Estey s’est appuyé sur ce passage tiré de l’ouvrage de E. A. Driedger²:

[TRADUCTION] Aujourd’hui il n’y a qu’un seul principe ou solution: il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

[3] Malgré les propos parfois déroutants ou contradictoires relevés dans la jurisprudence, l’interprétation des termes de la Loi pris dans leur contexte global est encore la bonne façon d’aborder la LIR, chaque fois que le sens des termes n’est pas «clair et net»³. Dans l’arrêt *Canada c. Antosko*, le juge Iacobucci a déclaré au nom d’une Cour unanime que, si le sens des mots est «clair et net», c’est lui qui s’impose, mais il convient, s’il n’en est pas ainsi, de se pencher sur le contexte des termes en question ainsi que sur l’objet même du texte:

Même si les tribunaux doivent examiner un article de la *Loi de l’impôt sur le revenu* à la lumière des autres dispositions de la Loi et de son objet, et qu’ils doivent analyser une opération donnée en fonction de la réalité économique et commerciale, ces techniques ne sauraient altérer le résultat lorsque les termes de la Loi sont clairs et nets et que l’effet juridique et pratique de l’opération est incontesté⁴.

[4] Malheureusement, il est rarement facile de saisir le sens précis d’une disposition de la LIR. Dans l’arrêt *Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.*; *Banque Toronto-Dominion c. M.R.N.*, le juge Cory a écrit au nom de la Cour suprême à la majorité:

J’accepte les commentaires suivants qui ont été faits à l’égard de l’arrêt *Antosko* dans l’ouvrage de P. W. Hogg et J. E. Magee, intitulé *Principles of Canadian Income Tax Law* [. . .] aux pp. 453 et 454:

[TRADUCTION] La Loi de l’impôt sur le revenu serait empreinte d’une incertitude intolérable si le libellé clair d’une disposition détaillée de la Loi était nuancé par des exceptions tacites tirées de la conception qu’un tribunal a de l’objet de la disposition [. . .] (L’arrêt *Antosko*) ne fait que reconnaître que «l’objet» ne peut jouer qu’un rôle limité dans l’interprétation d’une loi aussi précise et détaillée que la Loi de l’impôt sur le revenu. Lorsqu’une

couched in specific language that admits of no doubt or ambiguity in its application to the facts, then the provision must be applied regardless of its object and purpose. Only when the statutory language admits of some doubt or ambiguity in its application to the facts is it useful to resort to the object and purpose of the provision.

Thus, when there is neither any doubt as to the meaning of the legislation nor any ambiguity in its application to the facts then the statutory provision must be applied regardless of its object or purpose. I recognize that agile legal minds could probably find an ambiguity in as simple a request as “close the door please” and most certainly in even the shortest and clearest of the ten commandments. However, the very history of this case with the clear differences of opinion expressed as between the trial judges and the Court of Appeal of Alberta indicates that for able and experienced legal minds, neither the meaning of the legislation nor its application to the facts is clear. It would therefore seem to be appropriate to consider the object and purpose of the legislation. Even if the ambiguity were not apparent, it is significant that in order to determine the clear and plain meaning of the statute it is always appropriate to consider the “scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”.⁵ [Citation omitted.]

[5] The Supreme Court’s direction is unambiguous: while courts are not to alter the wording chosen by Parliament, there are many sections in this Act—which runs over 1000 pages of very small print—which are ambiguous or unclear. In those situations, courts cannot abdicate their role as interpreters of the law and must examine the context and purpose of the legislation in order to give a fair meaning to the provision in question, if they can do so.

III. ITA section 55

[6] Section 55, which contains some 4760 words, is ambiguous in many of its parts; to say that it has a “clear and plain meaning” is fanciful. The Tax Court Judge below described it in this manner:

In the case at bar, the Court was obliged to journey to areas where seasoned professionals recoil with more than feigned horror at even potential exposure to the legislative and regulatory morass respecting section 55 and the foreign affiliate Income Tax Regulations.⁶

disposition est rédigée dans des termes précis qui n’engendrent aucun doute ni aucune ambiguïté quant à son application aux faits, elle doit être appliquée nonobstant son objet. Ce n’est que lorsque le libellé de la loi engendre un certain doute ou une certaine ambiguïté, quant à son application aux faits, qu’il est utile de recourir à l’objet de la disposition.

En conséquence, lorsqu’il n’y a aucun doute quant au sens d’une mesure législative ni aucune ambiguïté quant à son application aux faits, elle doit être appliquée indépendamment de son objet. Je reconnais que des juristes habiles pourraient probablement déceler une ambiguïté dans une demande aussi simple que «fermez la porte, s’il vous plaît», et très certainement même dans le plus court et le plus clair des dix commandements. Cependant, l’historique même de la présente affaire, conjugué aux divergences évidentes d’opinions entre les juges de première instance et la Cour d’appel de l’Alberta, révèle que, pour des juristes doués et expérimentés, ni le sens de la mesure législative ni son application aux faits ne sont clairs. Il semblerait donc convenir d’examiner l’objet de la mesure législative. Même si l’ambiguïté n’était pas apparente, il importe de signaler qu’il convient toujours d’examiner «l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur» pour déterminer le sens manifeste et ordinaire de la loi en cause⁵. [Référence omises.]

[5] Les directives de la Cour suprême sont claires: les tribunaux ne doivent pas modifier la formulation adoptée par le législateur, mais cette Loi—qui compte plus de 1 000 pages de texte imprimé en tous petits caractères—contient de nombreuses dispositions ambiguës ou peu claires. En pareil cas, les tribunaux ne peuvent pas renoncer à leur rôle d’interprètes de la loi et ils doivent examiner le contexte et l’objet du texte afin de donner à la disposition en cause un sens qui soit juste, s’ils peuvent le faire.

III. L’article 55 de la LIR

[6] L’article 55, qui compte quelque 5 000 mots est, à de nombreux endroits, ambigu, et on ne saurait prétendre que son sens est «clair et net». En première instance, le juge de la Cour de l’impôt l’a décrit en ces termes:

Dans l’affaire qui nous intéresse, la Cour a dû s’aventurer dans des domaines où des professionnels aguerris reculent avec une horreur qui est loin d’être feinte devant la simple possibilité d’être exposés au borbier législatif et réglementaire se rapportant à l’article 55 et aux dispositions du Règlement de l’impôt sur le revenu relatives aux filiales étrangères⁶.

[7] In another case,⁷ Finch J., of British Columbia Supreme Court complained of the difficulty of section 55, saying:

It surpasses my imagination that anyone considers language such as this to be capable of an intelligent understanding, or that such language is thought to be capable of application to the events of real life, such as the sale of a business.

[8] Despite these complexities, however, it is the task of this Court to do its utmost to give a sensible meaning to the provision. Subsection 55(2), the key provision in section 55, reads as follows:

55. . . .

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

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

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

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

[9] This provision was enacted by Parliament to counter "capital gains stripping".⁸ In the absence of

[7] Dans une autre affaire⁷, le juge Finch de la Cour suprême de la Colombie-Britannique s'est plaint des difficultés que soulève l'article 55, s'exprimant en ces termes:

[TRADUCTION] J'ai peine à imaginer comment l'on pourrait prétendre qu'un tel langage se prête à l'entendement, ou qu'il est susceptible de s'appliquer effectivement aux réalités de la vie quotidienne, par exemple à la vente d'une entreprise ou d'un commerce.

[8] Malgré ces complexités, la Cour doit faire de son mieux afin de donner à cette disposition un sens raisonnable. Dans l'article 55, la disposition la plus importante est le paragraphe 55(2), rédigé en ces termes:

55. [. . .]

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

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

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

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

[9] Cette disposition a été édictée par le législateur afin de contrecarrer le «dépouillement de gains en

this provision, corporations could, without attracting any tax, realize capital gains from related corporations by having those corporations issue dividends. The operation of provisions such as section 113 [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 73] of the ITA avoided the tax payable on such dividends.⁹ In the past, corporations engaged in capital gains stripping, effectively realizing capital gains held by affiliates without attracting tax. Rather than avoiding double taxation, this technique circumvented taxation on amounts that had not been taxed at all. One practitioners' resource describes capital gains stripping with two examples:

For example, prior to the enactment of subsection 55(2), a corporation that desired to sell its shares in another corporation could first receive a tax-free dividend. It would then sell its shares at a price reduced by the amount of the dividend, thereby decreasing the capital gain which would otherwise have been realized had the sale been made without a dividend being declared. A seller might also avoid the realization of capital gains on other property it owned by transferring the property to the purchasing corporation using the subsection 85(1) election and receiving back preferred shares with a redemption price equal to the value of the transferred property but with a low paid-up capital. Most of the proceeds on a redemption of the shares would be deemed to be a tax-free dividend in the hands of the corporation.¹⁰

[10] In order to prevent capital gains stripping, subsection 55(2) attributes certain unrealized capital gains to the corporation receiving an otherwise tax-free dividend. Specifically, subsection 55(2) deems certain funds received as an otherwise tax-free dividend to be a capital gain. This Court has described the operation of subsection 55(2) as follows:

. . . if it can be shown that the entire amount of the dividend is attributable to or covered by safe income then subsection 55(2) is not applicable. If, however, a portion of the dividend or capital gain is attributable to something other than safe income, then the entire amount received by the corporation is deemed not to be a dividend.¹¹

capital»⁸. Avant son adoption, les sociétés pouvaient, sans être imposées, réaliser des gains en capital provenant de sociétés qui leur étaient liées en s'arrangeant pour que ces sociétés leur versent des dividendes. Des dispositions telles que l'article 113 [mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 73] de la LIR permettaient d'éviter que ces dividendes soient imposés⁹. Avant, les sociétés procédaient au dépouillement de certains gains en capital, réalisant en fait des gains en capital provenant de sociétés affiliées mais échappant à l'impôt. Cette manière de procéder était destinée non pas à éviter la double imposition mais à éviter tout impôt sur des sommes qui n'avaient pas été imposées au départ. On trouve, dans un manuel destiné aux praticiens, deux exemples permettant de décrire ce dépouillement de gains en capital:

[TRADUCTION] C'est ainsi que, avant l'adoption du paragraphe 55(2), une société qui entendait vendre les actions qu'elle détenait dans une autre société, pouvait d'abord toucher un dividende non imposable. Puis, elle vendait ses actions à un prix qu'elle amputait du montant du dividende, ce qui avait pour effet de réduire le gain en capital qui aurait été réalisé si la vente s'était faite sans déclaration de dividende. Un vendeur pouvait également éviter la réalisation de gains en capital provenant d'autres biens qu'il possédait en transférant la propriété à la société acheteuse en vertu du choix autorisé par le paragraphe 85(1) et en recevant en échange des actions privilégiées dont le prix de rachat était égal à la valeur des biens transférés mais avec un faible capital versé. Le gros du produit provenant du rachat des actions était réputé être un dividende non imposable aux mains de la société¹⁰.

[10] Afin d'empêcher le dépouillement des gains en capital, le paragraphe 55(2) attribue certains gains en capital non réalisés à la société touchant des dividendes par ailleurs libres d'impôt. Plus précisément, en raison du paragraphe 55(2), sont réputées gains en capital certaines sommes qu'une société touche au titre de dividendes par ailleurs libres d'impôt. Voici en quels termes la Cour a décrit le jeu du paragraphe 55(2):

[. . .] s'il peut être démontré que la totalité du dividende est attribuable à un revenu sauf ou fait intégralement partie de ce revenu, le paragraphe 55(2) n'est pas applicable. Toutefois, si une fraction du dividende ou du gain en capital est attribuable à autre chose qu'au revenu sauf, alors la totalité de la somme reçue par la société est réputée ne pas être un dividende¹¹.

[11] Thus in my view subsection 55(2) operates as follows:

(a) The taxpayer must be a corporation resident in Canada.

(b) The taxpayer must receive a taxable dividend for which certain deductions (subsections 112(1) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 71], (2) [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 72], or 138(6) [as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 68; 1980-81-82-83, c. 48, s. 79; 1988, c. 55, s. 125]) apply.

(c) The dividend must be received as part of a transaction or series of transactions.

(d) One of the purposes of the transaction must be to effect a significant reduction in capital gains which would be realized if the share had been sold by the recipient corporation just before the dividend.

(e) That portion of the capital gain which can reasonably be attributable to anything other than “income earned or realized” is attributed to the corporation as capital gain.¹²

[12] The key phrase from subsection 55(2) reads:

55. . . .

(2) Where a corporation resident in Canada has . . . received a taxable dividend . . . one of the purposes of which . . . was to effect a significant reduction in the portion of the capital gain that, but for the dividend, would have been realized on a disposition at fair market value of any share of capital stock immediately before the dividend and that could reasonably be considered to be attributable to anything other than income earned or realized by any corporation [Emphasis added.]

[13] Due to the operation of this phrase, to avoid double taxation, subsection 55(2) does not apply to a dividend (or that portion of the dividend) which can reasonably be considered to be attributed to income earned by the corporation issuing the dividend. That income is referred to colloquially as “safe income”.¹³ The more “safe income” held by the corporation issuing the dividend, the larger the tax-free dividend

[11] D’après moi, voici les conditions prévues par le paragraphe 55(2):

a) Le contribuable doit être une société résidant au Canada.

b) Le contribuable doit recevoir un dividende imposable à laquelle s’appliquent certaines déductions (les paragraphes 112(1) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 71], (2) [mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 72], ou 138(6) [mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 68; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 79; 1988, ch. 55, art. 125]).

c) Le dividende reçu doit s’inscrire dans le cadre d’une opération ou d’une série d’opérations.

d) Cette opération doit notamment avoir pour objet de diminuer sensiblement les gains en capital qui seraient réalisés si l’action avait été vendue par la société bénéficiaire juste avant l’attribution du dividende.

e) Cette partie du gain en capital qui peut raisonnablement être attribuée à autre chose qu’un «revenu gagné ou réalisé» est imputée à la société en tant que gain en capital¹².

[12] Les termes essentiels du paragraphe 55(2) sont les suivants:

55. [. . .]

(2) Lorsqu’une corporation résidant au Canada a reçu [. . .] un dividende imposable [. . .] dont l’un des objets [. . .] a été de diminuer sensiblement la partie du gain en capital qui, sans le dividende, aurait été réalisée lors d’une disposition d’une action du capital-actions à la juste valeur marchande immédiatement avant le dividende et qui pourrait raisonnablement être considérée comme étant attribuable à quoi que ce soit qui n’est pas du revenu gagné ou réalisé par une corporation [. . .] [Non souligné dans l’original.]

[13] En raison de cette formulation, et afin d’éviter la double imposition, le paragraphe 55(2) ne s’applique pas à un dividende (ou partie d’un dividende) qu’il serait raisonnable de considérer comme étant attribuable à un revenu gagné par la société versant le dividende. Ce revenu est familièrement appelé «revenu sauf» ou «revenu à l’abri»¹³. Plus le «revenu à l’abri» que détient la société attribuant le dividende est

which can be issued.

[14] Revenue Canada has adopted the position that, in order for income to be “safe,” it must be income on hand. In *Placer Dome, supra*, this Court expressly accepted Revenue Canada’s position that safe income must be income on hand. Robertson J.A. wrote for a unanimous panel that:

It is common ground that subsection 55(2) does not apply to dividends wholly attributable to income earned by Falconbridge after 1971 or what is referred to in tax circles as “safe income”. The amount that can be paid as a dividend without offending subsection 55(2) is colloquially referred to as a “safe dividend” and can be paid to the extent that there is safe income on hand immediately before the dividend is paid.¹⁴ [Emphasis added.]

[15] In *Walnut Investments, supra*, this Court expressly accepted Revenue Canada’s valuation of safe income. Robertson J.A. explained:

Subsection 55(2) applies if a dividend effects a significant reduction in a capital gain that could reasonably be considered to be attributable to anything other than safe income. Accordingly, assuming that the other requirements of that provision are satisfied, so long as the approach taken by the Minister in allocating safe income is reasonable, subsection 55(2) should apply regardless of whether the method chosen by [the appellant] could also be considered reasonable.¹⁵ [Emphasis added.]

[16] To avoid the operation of subsection 55(2) the taxpayer bears the onus “to establish the inapplicability of subsection 55(2) of the Act”.¹⁶ In other words, he must show that the dividends were paid out of “safe income,” which requires the calculation of funds on hand to pay the dividend. In this way, the matter is not unlike any other tax case: the Minister reassesses the taxpayer, and in doing so sets out a series of factual assumptions. It falls to the taxpayer to rebut those assumptions on the facts, or to show that the Minister’s assumptions do not bear the legal consequences contended for.

important, plus la société peut attribuer un gros dividende non imposable.

[14] Selon Revenu Canada, pour que ce revenu soit «sauf» il faut qu’il s’agisse d’un revenu «en mains». Dans l’affaire *Placer Dome*, précitée, la Cour a expressément retenu la thèse de Revenu Canada, selon laquelle un revenu sauf doit être un revenu «en mains». Se prononçant au nom d’une formation unanime de la Cour, le juge Robertson s’est exprimé en ces termes:

Il est acquis aux débats que le paragraphe 55(2) ne s’applique pas aux dividendes qui sont entièrement attribuables au revenu gagné par Falconbridge après 1971 ou à ce qu’on appelle dans les milieux fiscaux le «revenu à l’abri». La somme qui peut être versée sous forme de dividendes sans aller à l’encontre du paragraphe 55(2) est appelée familièrement «dividende à l’abri», et elle peut être payée dans la mesure où la société a un revenu sûr en mains immédiatement avant de verser le dividende¹⁴. [Non souligné dans l’original.]

[15] Dans l’arrêt *Walnut Investments*, précité, la Cour a expressément retenu la manière dont Revenu Canada avait évalué le «revenu sauf». Le juge Robertson s’est exprimé en ces termes au nom de la Cour d’appel:

Le paragraphe 55(2) s’applique lorsqu’un dividende a pour effet de réduire de façon significative un gain en capital qui pourrait raisonnablement être considéré comme étant attribuable à autre chose qu’au revenu sauf. Par conséquent, en supposant que les autres exigences de cette disposition sont réunies, et que la méthode adoptée par le ministre pour la répartition du revenu sauf est raisonnable, le paragraphe 55(2) devrait s’appliquer abstraction faite du caractère tout aussi raisonnable de la méthode choisie par Nassau¹⁵. [Non souligné dans l’original.]

[16] C’est au contribuable qui souhaite ne pas se voir appliquer le paragraphe 55(2) qu’il incombe «d’établir que le paragraphe 55(2) de la Loi ne s’applique pas»¹⁶, autrement dit, il doit démontrer que les dividendes versés avaient été prélevés sur un «revenu sauf», ce qui exige que l’on calcule le montant des fonds en mains sur lesquels a été prélevé le dividende. En cela, le cas ne diffère guère d’autres situations fiscales: le ministre établit une nouvelle cotisation du contribuable et, pour ce faire, énonce une série d’hypothèses factuelles. Il appartient alors au contribuable de réfuter ces hypothèses en s’appuyant lui-même sur les faits, ou bien de démontrer que les hypothèses du

[17] To assist with the interpretation of subsection 55(2), Parliament enacted subsections 55(3) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 24; 1984, c. 45, s. 15] to 55(5) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 24; 1988, c. 55, s. 33]. Paragraph 55(3)(a) exempts true intra-corporate dividends from the operation of subsection 55(2). Paragraph 55(3)(b), subsections 55(3.1) [R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (as am. by S.C. 1995, c. 3, s. 16)], 55(3.2) [as am. *idem*] set out the application of subsection 55(2) to so-called butterfly reorganizations. Thankfully, these complex provisions have little application to the case at bar. Subsection 55(4) [as am. *idem*] is a further anti-avoidance provision. It reads as follows:

55. . . .

(4) For the purposes of this section, where it can reasonably be considered that one of the main purposes of one or more transactions or events was to cause 2 or more persons to be related to each other or to cause a corporation to control another corporation, so that subsection (2) would, but for this subsection, not apply to a dividend, those persons shall be deemed not to be related to each other or the corporation shall be deemed not to control the other corporation, as the case may be.

[18] Thus, where corporations enter into transactions aimed at appearing to be (or at becoming) related corporations in order to avoid the operation of subsection 55(2), the corporations are deemed not to be related to each other. While this provision is not directly related to this case, it gives some idea of the breadth and flexibility which Parliament intended to give to the anti-avoidance devices in section 55.

[19] Subsection 55(5) is a provision which sets out some rules for determining safe income. Specifically, paragraph 55(5)(d) sets out rules for calculating safe income from foreign affiliates. That provision reads:

55. . . .

ministre n'entraînent pas, sur le plan juridique, les conséquences dont fait état le ministre.

[17] Afin de faciliter l'interprétation du paragraphe 55(2), le législateur a édicté les paragraphes 55(3) [mod par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 24; 1984, ch. 45, art. 15] à 55(5) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 24; 1988, ch. 55, art. 33]. L'alinéa 55(3)a dispense de l'application du paragraphe 55(2) les dividendes qui sont véritablement des dividendes intrasociété. L'alinéa 55(3)b et les paragraphes 55(3.1) [L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 (mod. par L.C. 1995, ch. 3, art. 16)] et 55(3.2) [mod., *idem*] prévoient la manière dont le paragraphe 55(2) s'applique à ce que l'on pourrait appeler des réorganisations «papillon». Heureusement, ces dispositions complexes ne s'appliquent guère en l'espèce. Le paragraphe 55(4) [mod., *idem*] est une autre disposition anti-évitement. Elle prévoit que:

55. [. . .]

(4) Pour l'application du présent article, lorsqu'il est raisonnable de considérer que l'un des principaux motifs d'événements ou d'opérations consiste à faire en sorte que des personnes deviennent liées entre elles ou qu'une société en contrôle une autre, de façon que le paragraphe (2) ne s'appliquerait pas, n'eût été le présent paragraphe, à un dividende, ce lien et ce contrôle sont réputés ne pas exister.

[18] Ainsi, lorsque des sociétés se livrent à des opérations visant à les faire passer pour des sociétés liées (ou pour le devenir effectivement) afin d'échapper à l'application du paragraphe 55(2), les sociétés en question sont réputées ne pas être liées. Cette disposition n'est pas directement pertinente en l'espèce, mais elle donne néanmoins une certaine idée de l'étendue et de la souplesse que le législateur a entendu donner au mécanisme anti-évitement de l'article 55.

[19] Le paragraphe 55(5) énonce un certain nombre de règles pour calculer le montant du revenu sauf. C'est, plus précisément, l'alinéa 55(5)d qui prévoit les règles permettant de calculer le montant du revenu sauf provenant de sociétés étrangères affiliées. Cette disposition prévoit que:

55. [. . .]

(5) For the purposes of this section,

...

(d) the income earned or realized by a corporation for a period ending at a time when it was a foreign affiliate of another corporation shall be deemed to be the aggregate of the amount, if any, that would have been deductible by that other corporation at that time by virtue of paragraph 113(1)(a) and the amount, if any, that would have been deductible by that other corporation at that time by virtue of paragraph 113(1)(b) if that other corporation

(i) owned all of the shares of the capital stock of the foreign affiliate immediately before that time,

(ii) had disposed at that time of all of the shares referred to in subparagraph (i) for proceeds of disposition equal to their fair market value at that time, and

(iii) had made an election under subsection 93(1) in respect of the full amount of the proceeds of disposition referred to in subparagraph (ii);

[20] The respondent's argument, reduced to its simplest form, is that paragraph 55(5)(d) sets out a complete code for the calculation of safe income as regards foreign affiliates.

IV. Facts

[21] At the Tax Court, the parties filed an agreed statement of facts which the Tax Court Judge accepted and summarized in this manner:

On November 29, 1989 the Appellant received a cash dividend of \$32,000,000 from Tricil and included same in income. It applied subsection 55(2) to that dividend resulting in it being deemed to be proceeds of disposition. It reduced the resulting deemed capital gain by the amount of "safe income" calculated by it. It had losses from other operations for that taxation year, the ultimate position of the Appellant being that it had a non-capital loss for that year.

On December 29, 1989 the Appellant sold all of its shares of Tricil to Laidlaw Inc.

In 1995 the Minister, pursuant to the Appellant's request, issued a Notice of Determination of Loss. It determined the loss to be less than the amount claimed by the Appellant,

(5) Aux fins du présent article,

[. . .]

d) le revenu gagné ou réalisé par une corporation pour une période se terminant à une date où elle était une corporation étrangère affiliée d'une autre corporation est réputé être le total de la somme éventuelle qui aurait été déductible à cette date par cette autre corporation en vertu de l'alinéa 113(1)a) et la somme éventuelle qui aurait été déductible à cette date par cette autre corporation en vertu de l'alinéa 113(1)b) si celle-ci

(i) était propriétaire de toutes les actions du capital-actions de la corporation étrangère affiliée immédiatement avant cette date,

(ii) avait disposé à cette date de toutes les actions visées au sous-alinéa (i) en contrepartie d'un produit de disposition égal à leur juste valeur marchande à cette date, et

(iii) avait fait un choix en vertu du paragraphe 93(1) relativement au montant global du produit de disposition visé au sous-alinéa (ii);

[20] Réduite à sa plus simple expression, la thèse de l'intimée est que l'alinéa 55(5)d) édicte pour le calcul du revenu sauf d'une société étrangère affiliée, un code qui est complet.

IV. Les faits

[21] Devant la Cour de l'impôt, les parties ont déposé un exposé conjoint des faits, que le juge de la Cour de l'impôt a admis et résumé sous la forme suivante:

Le 29 novembre 1989, l'appelante a reçu de Tricil des dividendes en espèces de 32 000 000 \$, qu'elle a inclus dans le calcul de son revenu. Elle a appliqué le paragraphe 55(2) à l'égard de ces dividendes, avec pour conséquence que ceux-ci ont été réputés être un produit de disposition. Elle a soustrait du gain en capital réputé qui en est résulté le montant du «revenu sauf» qu'elle avait calculé. L'appelante avait subi des pertes dans le cadre d'autres activités dans l'année d'imposition en question, et elle a fait valoir en fin de compte qu'elle avait subi, pour l'année en question, une perte autre qu'une perte en capital.

Le 29 décembre 1989, l'appelante a vendu la totalité de ses actions de Tricil à Laidlaw Inc.

En 1995, à la demande de l'appelante, la ministre a établi un avis de détermination d'une perte. Il a déterminé que la perte était inférieure au montant que l'appelante avait déduit,

the difference relating directly to the amount of "safe income" which could be applied to reduce the amount of the capital gain.

Each of Inc., A, B, C, D and E [affiliates of Tricil, Inc.] had an "exempt deficit" within the meaning of that expression for the purposes of the *Act* at the end of its taxation year ending prior to November 30, 1989. Each of B, C, D, and E incurred losses between its last prior taxation year and November 29, 1989.

Each of F and G [affiliates of Tricil, Inc.] had an exempt surplus within the meaning of that expression for the purposes of the *Act* at the end of its taxation year ending prior to November 30, 1989.

The Appellant computed its "safe income" as being \$25,735,216 and deducted that sum from the amount of deemed capital gain under subsection 55(2). The Minister

calculated the portion of the dividend from Tricil to Trimac that could reasonably be considered to be attributable to income earned or realized by Tricil and its subsidiaries after 1971 (hereinafter referred to as "Safe Income") . . . to be \$23,149,721, a difference of \$2,585,495.

This resulted in an increase in the Appellant's taxable capital gain of \$1,723,672 and a corresponding reduction in its non-capital loss.

The Minister prepared an Analysis of Safe Income Calculation of the Appellant which was attached as a schedule to the Agreed Statement of Facts . . . It shows, in respect of Tricil, the amounts of \$9,026,833 and \$2,845,896 totalling \$12,776,622. The parties agree that the total of these two amounts should be \$11,872,729. Therefore, one-half of the resulting \$903,893 overstatement of "safe income" should reduce the Appellant's share by \$451,946. It was agreed that if the Appellant succeeds in this appeal, this calculation error will be rectified resulting in a reduction of the Appellant's computation of "safe income". If, however, the Appellant is unsuccessful, the calculation error will not be rectified because the result would be an increase in the amount determined by the Court to be payable by the Appellant.

The Respondent's computation reduces the Appellant's "safe income" by the amount of the exempt deficits of Inc., A, B, C, D and E. The Appellant contends that the exempt deficits should not be "netted" with the exempt surpluses of F and G. The Respondent submits that all exempt deficits should be so "netted". [Footnotes omitted.]¹⁷

[22] The core facts in this case are therefore quite simple. In the taxation year, 1991, Brelco (formerly Trimac) undertook a transaction by which the unreal-

la différence étant directement liée au montant du «revenu sauf» qui pouvait être utilisé pour réduire le gain en capital.

À la fin de leur année d'imposition se terminant avant le 30 novembre 1989, les compagnies Inc., A, B, C, D et E [filiales de Tricil, Inc.] avaient toutes un «déficit exonéré» au sens où cette expression est utilisée dans la *Loi*. B, C, D et E ont toutes subi des pertes entre leur dernière année d'imposition précédente et le 29 novembre 1989.

À la fin de leur année d'imposition se terminant avant le 30 novembre 1989, F et G [filiales de Tricil, Inc.] avaient toutes deux un surplus exonéré au sens où cette expression est entendue dans la *Loi*.

L'appelante a déterminé que son «revenu sauf» était de 25 735 216 \$; elle a déduit ce montant du gain en capital réputé en vertu du paragraphe 55(2). Le ministre

[TRADUCTION] a déterminé que la partie du dividende versé par Tricil à Trimac qui pouvait raisonnablement être considérée comme étant attribuable au revenu gagné ou réalisé par Tricil et ses filiales après 1971 (ci-après appelé le «revenu sauf») [. . .] s'élevait à 23 149 721 \$, ce qui représente un écart de 2 585 495 \$.

Le montant de 1 723 672 \$ a donc été ajouté au gain en capital imposable de l'appelante, et la perte autre que la perte en capital qu'elle avait subie a été réduite du même montant.

Le ministre a effectué une analyse du calcul du revenu sauf de l'appelante, laquelle a été jointe en annexe à l'exposé conjoint des faits [. . .] D'après cette analyse, en ce qui concerne Tricil, les montants de 9 026 833 \$ et de 2 845 896 \$ totalisent 12 776 622 \$. Les parties conviennent que le total des deux montants en question devrait être de 11 872 729 \$. Par conséquent, la moitié de la différence de 903 893 \$ qui en résulte au titre du «revenu sauf» devrait réduire la part de l'appelante de 451 946 \$. Il a été convenu que, si l'appelante obtenait gain de cause dans l'appel en l'instance, cette erreur de calcul serait corrigée, ce qui donnerait lieu à une réduction du «revenu sauf» de l'appelante. Si, toutefois, l'appelante est déboutée, l'erreur de calcul ne sera pas corrigée puisqu'il en résulterait une hausse du montant payable par l'appelante selon la Cour.

Selon le calcul de l'intimée, le «revenu sauf» de l'appelante est réduit du montant des déficits exonérés de Inc., A, B, C, D et E. L'appelante soutient que les déficits exonérés ne doivent pas être «déduits» des surplus exonérés de F et de G. L'intimée soutient que tous les déficits exonérés doivent être ainsi «déduits»¹⁷. [Les notes en bas de page ne sont pas reproduites ici.]

[22] Les faits essentiels de cette affaire sont donc très simples. Dans l'année d'imposition 1991, Brelco (auparavant Trimac) a fait une opération en vertu de

ized gain in certain subsidiaries, notably including foreign affiliates, were consolidated in the parent company, Brelco. The affiliates in question had both income and debts (losses). ITA paragraph 55(5)(d), a deeming provision which sets the income levels of foreign affiliates for purposes of determining safe income (under subsection 55(2)), does not on its face take the losses of the foreign affiliate into account. The Minister nevertheless took the position that the foreign affiliate's losses reduced the safe cash on hand with which the affiliate could declare and pay the dividend, and thus needed to be considered for purposes of ITA subsection 55(2). Brelco appealed to the Tax Court of Canada.

[23] After reviewing the facts and the argument of the parties at length, the Tax Court Judge rejected the government's argument that subsection 55(2) was satisfied only after the taxpayer determined all the income which could not be attributed to income earned or realized by the affiliate corporation. Specifically, he held that since paragraph 55(5)(d) sets out specifically what calculations determined the income earned or realized by the affiliate corporation, academic or governmental speculation regarding what other factors might enter subsection 55(5) calculations were unwarranted by the ITA. He held that the use of such factors to calculate safe income were an attempt to give meaning to a statute "which is sorely wanting,"¹⁸ reasoning that such an attempt to construe the legislation would be tantamount to rewriting the legislation.

V. Submission of the appellant

[24] Revenue Canada argues that if a foreign affiliate owes or pays taxes, owes or pays dividends, or suffers operational losses, those costs must reduce "income earned or gained," because they are funds which are lost, i.e., not on hand to pay any dividend. To include those amounts as income earned or real-

laquelle le gain non réalisé de certaines sociétés affiliées, notamment des sociétés étrangères affiliées, a été consolidé au sein de Brelco, la société mère. Les sociétés affiliées en question avaient à la fois des revenus et des dettes (pertes). L'alinéa 55(5)d) de la LIR, une disposition déterminative qui fixe les règles concernant les niveaux de revenu de sociétés étrangères affiliées aux fins du calcul du revenu sauf (aux termes du paragraphe 55(2)), ne prend pas en compte, à première vue, les pertes subies par une société étrangère affiliée. Le ministre a néanmoins estimé que les pertes de la société étrangère affiliée avaient pour effet de diminuer le montant des fonds en mains à partir desquels la société affiliée pouvait déclarer et verser un dividende, et devaient donc être prises en compte aux fins du paragraphe 55(2) de la LIR. Brelco a fait appel devant la Cour canadienne de l'impôt.

[23] Après un examen approfondi des faits et des thèses développées par les partis, le juge de la Cour de l'impôt a rejeté l'argument avancé par le gouvernement, selon lequel les dispositions du paragraphe 55(2) exigeaient que le contribuable calcule l'intégralité du revenu qui n'était pas attribuable à un revenu gagné ou réalisé par la société affiliée. Il a plus précisément estimé que, l'alinéa 55(5)d) prévoyant expressément les calculs permettant de connaître le revenu gagné ou réalisé par la société affiliée, il n'y avait pas lieu, pour des fiscalistes du monde universitaire ou de l'administration, de se livrer à des conjectures quant aux autres facteurs qui pourraient éventuellement servir aux calculs prévus au paragraphe 55(5). Il a conclu que le recours à de tels facteurs afin de calculer le revenu sauf visait à donner un sens à une loi «qui en manque grandement»¹⁸, considérant que cet effort pour interpréter le texte tendait à une reformulation de la disposition en cause.

V. Thèse de l'appelante

[24] Revenue Canada affirme que si une société étrangère affiliée doit des impôts ou en paye, doit des dividendes, en verse, ou subit une perte d'exploitation, ces charges vont, par la force des choses, réduire le «revenu gagné ou réalisé» étant donné que ce sont des sommes perdues, c'est-à-dire des sommes qui ne sont

ized over-values the cash on hand, thereby wrongly inflating the potential amount of the tax-free dividends.

[25] The appellant further submits that subsection 55(2) requires the Tax Court to decide what portion of the unrealized capital gain “could reasonably be considered to be attributable to” the income earned or realized in Brelco’s foreign affiliates. The appellant argues that Parliament expressly drew the section in a broad way in order to ensure that the Tax Court did not engage in hair-splitting over what was and was not to be calculated as part of safe income.

[26] The appellant also argues that when Parliament used the words “could reasonably be considered to be attributable to” it permitted the Minister to assess tax on a reasonable calculation of safe income. In this case, Revenue Canada’s subtraction of the foreign affiliates’ losses from their safe income is, in its view, reasonable.

VI. Submission of the respondent

[27] The respondent argues that if Parliament wanted to reduce the amount earned or realized by foreign affiliates to reflect tax, dividends, or losses, it would have done so expressly. In the eyes of the respondent, subsection 55(5) specifically deems what income calculation is to be used for purposes of subsection 55(2). In the respondent’s view, there is no statutory authority for the appellant’s arguments that the phrase “can reasonably be attributable” allows the Minister to make any reasonable calculation of safe income.

[28] Further, the respondent suggests that the finding of the Tax Court Judge is really a finding that the losses of the foreign affiliates bore no relationship to

plus en mains pour servir à verser des dividendes. Inclure ces sommes dans le revenu gagné ou réalisé a pour effet de surévaluer l’argent en mains et donc de grossir à tort le montant potentiel des dividendes non imposables.

[25] L’appelante fait par ailleurs valoir qu’en raison du paragraphe 55(2), il incombe à la Cour de l’impôt de dire quelle est la partie du gain en capital non réalisé qu’il serait «raisonnable de considérer comme étant attribuable» au revenu gagné ou réalisé des sociétés étrangères affiliées de Brelco. L’appelante prétend que le législateur a expressément donné à ces dispositions une formulation suffisamment large pour assurer que la Cour de l’impôt ne pêchera pas par excès de subtilité lorsqu’il s’agit de dire ce qui doit entrer dans le calcul du revenu sauf.

[26] L’appelante affirme également que lorsque le législateur a opté pour la formule «qui pourrait raisonnablement être considérée comme étant attribuable à» il a ouvert au ministre la possibilité d’imposer le contribuable sur la base d’un calcul raisonnable du revenu sauf. En l’espèce, il était, selon elle, raisonnable de la part de Revenue Canada de soustraire du revenu sauf des sociétés étrangères affiliées, les pertes de ces dernières.

VI. Thèse de l’intimée

[27] L’intimée estime, pour sa part, que si le législateur avait entendu réduire le montant du revenu gagné ou réalisé par des sociétés étrangères affiliées, afin de tenir compte des impôts ou dividendes versés, ou des pertes subies, il l’aurait fait expressément. L’intimée estime que le paragraphe 55(5) prévoit explicitement quel est le calcul du revenu à retenir aux fins du paragraphe 55(2). L’intimée estime que l’on ne peut rien trouver dans la loi qui permette à l’appelante d’affirmer que le membre de phrase «qui pourrait raisonnablement être considérée comme étant attribuable» offre au ministre la possibilité de déterminer le montant du revenu sauf pourvu que son calcul soit raisonnable.

[28] De plus, selon l’intimée, le juge de la Cour de l’impôt a en fait conclu qu’il n’y avait aucun rapport entre les pertes des sociétés étrangères affiliées et le

Brelco's capital gain in respect of its shares in the affiliate.

[29] Finally, the respondent contends that in this case there is neither evidence nor assumption that the losses of foreign affiliates were related to the surpluses of foreign affiliates, or that those losses had any adverse impact on the earnings or price of Brelco's shares. When an asset is being valued, losses are only calculated to the extent that they contribute to the deterioration of share value, it is said.

VII. Analysis

[30] The Tax Court Judge held that, as there is no provision in the Act requiring that losses be taken into account in determining "income earned or realized" for purposes of subsection 55(2), such losses need not be taken into account. I understand his primary reason to be that Revenue Canada's position is not warranted by a plain reading of subsection 55(2). I cannot agree.

[31] I consider that the operation of subsection 55(2) has been settled. As noted above, in two recent decisions, unanimous panels of this Court have accepted that "safe income" means "safe income on hand". Those panels declared that safe income was a net calculation. In one of those cases, *Walnut Investments, supra*, a unanimous panel of this Court expressly accepted that so long as the approach taken by the Minister in allocating safe income is reasonable, subsection 55(2) should apply. There is no reason why this Court should depart from its jurisprudence. The reasoning of the Tax Court Judge, that there is no legal basis for requiring exempt deficits—or any other cost which reduces the safe income on hand—to be taken into account in determining "income earned or realized", is therefore flawed.

[32] Subsection 55(2) is not clear and unambiguous. Where the words of a provision are difficult to understand, as here, courts are required to look to the

gain en capital réalisé par Brelco en ce qui concerne les actions qu'elle détenait dans sa société affiliée.

[29] Et enfin, l'intimée prétend qu'en l'espèce il ne peut être ni démontré ni présumé que les pertes des sociétés étrangères affiliées étaient liées aux surplus des sociétés étrangères affiliées ou que ces pertes auraient eu pour effet de diminuer le rendement ou le prix des actions de Brelco. Celle-ci affirme que, pour l'évaluation d'un bien, on ne tient compte des pertes que dans la mesure où elles ont contribué à une baisse de la valeur des actions.

VII. Analyse

[30] Le juge de la Cour de l'impôt a estimé que, dans la mesure où la loi ne comprend aucune disposition exigeant que les pertes soient prises en compte pour le calcul du «revenu gagné ou réalisé» aux fins du paragraphe 55(2), il n'y a pas lieu de tenir compte de ces pertes. Je crois savoir que s'il a conclu ainsi, c'est surtout parce que, d'après lui, la thèse avancée par Revenu Canada ne se justifie pas au regard du sens évident du paragraphe 55(2). Ce n'est pas mon avis.

[31] En ce qui concerne l'application du paragraphe 55(2), j'estime que la question a déjà été réglée. Ainsi que nous l'avons relevé plus haut, la Cour a, dans deux arrêts récents, admis à l'unanimité que par «revenu sauf» on entend «revenu sauf en mains». Par deux fois une formation de la Cour a déclaré qu'un revenu sauf est le fruit d'un calcul net. Dans un de ces arrêts, l'arrêt *Walnut Investments*, précité, une formation de la Cour a expressément admis à l'unanimité que dans la mesure où, pour déterminer le revenu sauf, le ministre adopte une démarche raisonnable, le paragraphe 55(2) s'applique. La Cour n'a aucune raison de s'écarter de cette jurisprudence. Le raisonnement adopté par le juge de la Cour de l'impôt, selon lequel les textes n'imposent pas que l'on tienne compte, dans le calcul du «revenu gagné ou réalisé», de déficits exonérés ou de tout autre coût ayant pour effet de diminuer le revenu sauf en mains, est donc défectueux.

[32] Le paragraphe 55(2) n'est pas clair et précis. Lorsque les termes d'une disposition sont difficiles à comprendre, comme c'est le cas en l'occurrence, les

context, the object and the purpose of that provision. This Court did so in *Placer Dome*, *supra*, and *Walnut Investments*, *supra*. It would be wrong to alter that view now. While the application of those words may be difficult in a given case, courts cannot throw up their hands in defeat. Courts must assess, on the facts of the case, the value of safe income on hand. It is a difficult task, but not an impossible one.

[33] I am bolstered in these conclusions by the literature, which unanimously accepts that subsection 55(2) requires a calculation of safe income on hand, not exempt income generally. “Safe income on hand” refers to that portion of the safe income of a share which can reasonably be considered to contribute to the capital gain on that share. It is by definition a net calculation which begins with the deemed income in subsection 55(5), but which does not end there. In an article which persuasively argues that the government’s view of safe income on hand is too broad, one tax practitioner writes:

For example, income taxes, declared and unpaid dividends, and disallowed expenses, although not deductible in the computation of safe income, cannot generally be considered to contribute to the gain on shares of the corporation because the amounts have either been laid out . . . or set aside . . . to fulfil an obligation of the corporation. Similarly, according to Revenue Canada, expenses that are not deductible for tax purposes and losses realized in the holding period also reduce safe income because such amounts can never be on hand to contribute to the gain on the shares of the corporation.¹⁹

[34] The same author goes on to argue that losses of a subsidiary should only be calculated as part of safe income if the parent is liable for, e.g., has guaranteed, them.²⁰ While other authors argue for²¹ or against²² the government’s characterization of the factors which make up “safe income” for purposes of subsection 55(2), all the academic and judicial commentary regarding the factors which contribute to safe income agree on this: subsection 55(2) requires a calculation of safe income on hand based on the facts of each

tribunaux doivent se pencher sur le contexte et sur l’objet de la disposition en question. C’est ce que la Cour a fait dans les arrêts *Placer Dome* et *Walnut Investments*, précités. Ce serait une erreur de s’écarter de ce principe maintenant. Même si l’application des mots en question peut se révéler difficile dans un cas donné, les tribunaux ne peuvent tout de même pas démissionner devant la difficulté. Ils doivent évaluer, en fonction des faits, la valeur du revenu sauf en mains. La tâche est difficile mais non impossible.

[33] Mes conclusions sont appuyées par la doctrine qui admet à l’unanimité que le paragraphe 55(2) impose le calcul du revenu sauf en mains, et non pas, plus généralement, du revenu exonéré. On entend par «revenu sauf en mains» cette partie du revenu sauf d’une action que l’on peut raisonnablement considérer comme contribuant au gain en capital que procure cette action. Il s’agit, par définition, d’un calcul net qui commence avec le revenu réputé du paragraphe 55(5), mais qui ne s’y limite pas. Dans un article persuasif, un fiscaliste affirme que le gouvernement interprète de manière trop large la notion de revenu sauf en mains:

[TRADUCTION] Les impôts sur le revenu, les dividendes déclarés mais non versés, et les dépenses dont la déduction n’a pas été admise, bien qu’ils ne soient pas déductibles dans le calcul du revenu sauf, ne sauraient, d’une manière générale, être considérés comme contribuant au rendement des actions de la société étant donné qu’il s’agit de sommes qui ont été soit déboursées, soit provisionnées afin de s’acquitter d’une obligation de la société. Dans un même ordre d’idées, selon Revenu Canada, les dépenses qui ne sont pas déductibles aux fins de l’impôt et les pertes subies au cours de la période en question ont également pour effet de diminuer le revenu sauf étant donné qu’il s’agit de sommes qui ne peuvent jamais être «en mains» et donc contribuer aux gains tirés des actions de la société¹⁹.

[34] Le même auteur estime, ensuite, que les pertes d’une société affiliée ne doivent entrer dans le calcul du revenu sauf que si la société mère est responsable des pertes, c’est-à-dire en garantit le remboursement²⁰. Alors que d’autres auteurs confirment²¹, ou critiquent²², la manière dont le gouvernement choisit les facteurs entrant dans le calcul du «revenu sauf» aux fins du paragraphe 55(2), s’agissant des facteurs contribuant au revenu sauf, les universitaires et les juges s’entendent pour dire que le paragraphe 55(2)

case. I regret to say that such a determination was not carried out in this case.

[35] This Court has explained that the object and purpose of section 55 is to prevent capital gains stripping. This purpose is not inconsistent with the goal of avoiding double taxation. On the contrary, it was enacted to prevent abuse of the very section which seeks to avoid double taxation. With a proper factual determination of safe income, a court can determine the amount which, on the facts of the case, represents safe income on hand.²³ In the absence of evidence regarding what factors can reasonably be considered to contribute to the capital gain element of a declared dividend, a corporation might subvert the specific anti-avoidance purpose of section 55 with impunity, or Revenue Canada might include inappropriate factors in the determination of safe income on hand. In this case, the Tax Court Judge did not undertake the task of deciding the amount of safe income on the facts of this case. With respect, it was an error not to do so. While it was correct for the Tax Court Judge to accept the agreed statement of facts, he was also under an obligation to determine the true value of safe income on hand given those facts.

[36] I am not persuaded that paragraph 55(5)(d), reproduced above, forms a complete code as regards the calculation of safe income on hand for dividends paid by foreign affiliates. There are two reasons for this. First, such a reading of subsection 55(5) divorces the law from its original purpose and would permit capital gains stripping—the very mischief which section 55 seeks to prevent—in any situation where capital gain exists in foreign affiliates.

[37] Second, the language of the operative provision, subsection 55(2), is intended to cast its net more broadly than is contemplated by the respondent's argument. Subsection 55(2) applies to:

55. . . .

exige que le calcul du revenu sauf en mains se fasse en fonction des faits de chaque affaire. Je regrette de dire que l'on n'a pas procédé ainsi dans cette affaire.

[35] La Cour a expliqué que l'article 55 vise à prévenir le dépouillement de gains en capital. Cet objet n'est pas antinomique au dessein d'éviter la double imposition. Au contraire, cette disposition a été édictée afin d'éviter le recours abusif à la disposition visant expressément à éviter la double imposition. Au vu d'un calcul du revenu sauf fondé sur des éléments factuels précis, un tribunal peut déterminer le montant qui, compte tenu des faits de la cause, correspond au revenu sauf en mains²³. Faute de preuve concernant les facteurs qu'il serait raisonnable de considérer comme contribuant au volet gain en capital d'un dividende attribué, une société pourrait bien détourner impunément le but même de l'article 55 qui est de contrer les opérations d'évitement, ou bien Revenue Canada pourrait inclure à tort certains facteurs dans le calcul du revenu sauf en mains. En l'espèce, le juge de la Cour de l'impôt n'a pas entrepris la tâche consistant à déterminer, compte tenu des faits de la cause, le montant du revenu sauf. C'était, en toute déférence, une erreur de procéder ainsi. Bien qu'il ait eu raison d'admettre l'exposé conjoint des faits, le juge de la Cour de l'impôt était tout de même tenu de dire quelle était, au vu de ces faits, la valeur véritable du revenu sauf en mains.

[36] Je ne suis pas convaincu que l'alinéa 55(5)d), déjà reproduit, constitue un code complet régissant le calcul du revenu sauf en mains en ce qui concerne les dividendes versés par des sociétés étrangères affiliées. Il y a pour cela deux raisons. D'abord, en interprétant ainsi le paragraphe 55(5), on sépare la disposition de son objet premier et on ouvre la porte au dépouillement de gains en capital—manœuvre que l'article 55 avait précisément pour but d'empêcher—chaque fois qu'une société étrangère affiliée procure un gain en capital.

[37] Deuxièmement, la manière dont est formulée la disposition essentielle de cet article, le paragraphe 55(2), est censée lui ouvrir un champ d'action plus large que celui que propose l'intimée. Le paragraphe 55(2) s'applique à:

55. [. . .]

(2) . . . the portion of the capital gain that, but for the dividend, would have been realized on a disposition at fair market value of any share of capital stock immediately before the dividend and that could reasonably be considered to be attributable to anything other than income earned or realized by any corporation [Emphasis added.]

[38] Subsection 55(2) applies to “any corporation”. Had Parliament meant “any corporation, excepting foreign affiliates,” it would have said so. Subsection 55(2) is plainly intended to stop all capital gains stripping, not merely capital gains stripping by related domestic corporations. Further, the section applies to capital gains that could reasonably be attributed to anything other than income earned or realized. This necessitates sorting through all the factors which are alleged to affect safe income on hand. Where a foreign affiliate is involved, the calculation set out in paragraph 55(5)(d) represents the beginning of the process, deeming amounts deductible under paragraphs 113(1)(a) and 113(1)(b) to be income earned or realized by a corporation. This deeming, however, does not end the matter. Subsection 55(2) requires a net calculation of all those amounts which could reasonably be attributed to anything other than income earned or realized by the foreign affiliate.

[39] While I find that the Tax Court Judge erred, I cannot accept the appellant’s approach, i.e., that in this case all losses must be taken into account because they reduce the safe income of the intercorporate dividend. That reasoning is flawed inasmuch as it may not reflect the actual value of the safe dividends. In order to decide whether the calculation presented by Revenue Canada is reasonable, the Tax Court must hear evidence as to which factors do or do not reduce safe income on hand. The Tax Court must consider the Minister’s assumptions and decide whether they amount to a reasonable calculation of safe income. In this task, the parties will no doubt choose to call expert and other evidence regarding the reasonableness of Revenue Canada’s calculation of safe income. In

(2) [. . .] la partie du gain en capital qui, sans le dividende, aurait été réalisée lors d’une disposition d’une action du capital-actions à la juste valeur marchande immédiatement avant le dividende et qui pourrait raisonnablement être considérée comme étant attribuable à quoi que ce soit qui n’est pas du revenu gagné ou réalisé par une corporation [. . .] [Non souligné dans l’original.]

[38] Le paragraphe 55(2) s’applique à «une corporation». Si le législateur avait voulu qu’elle s’applique à «toute corporation sauf une corporation étrangère affiliée», il l’aurait précisé. Le paragraphe 55(2) entend clairement prévenir tout dépouillement de gains en capital et non pas seulement le dépouillement de gains en capital auxquels pourraient procéder des sociétés liées résidant au Canada. D’ailleurs, cette disposition s’applique aux gains en capital qui pourraient raisonnablement être considérés comme étant attribuables à tout ce qui n’est pas revenu gagné ou réalisé. Cela oblige de procéder au tri de tous les facteurs censés affecter le revenu sauf en mains. S’agissant d’une société étrangère affiliée, le calcul prévu à l’alinéa 55(5)d représente le début du processus et les montants pouvant être déduits en vertu des alinéas 113(1)a) et 113(1)b) sont réputés correspondre à un revenu gagné ou réalisé par une société. Cette présomption n’est pas en elle-même le dernier mot de l’affaire. En effet, le paragraphe 55(2) exige un calcul net de tous les montants qui pourraient raisonnablement être considérés comme étant attribuables à autre chose qu’un revenu gagné ou réalisé par une société étrangère affiliée.

[39] Même si j’estime que le juge de la Cour de l’impôt a commis une erreur, je ne saurais retenir l’approche développée par l’appelante selon laquelle il y a lieu en l’espèce de prendre en compte l’ensemble des pertes puisqu’elles diminuent le revenu sauf du dividende intersociétés. Ce raisonnement est défectueux car il risque de ne pas refléter la valeur effective des dividendes saufs. Pour savoir si le calcul retenu par Revenue Canada est raisonnable, la Cour de l’impôt doit se fonder sur des témoignages quant aux facteurs qui ont effectivement pour effet de diminuer ou non le revenu sauf en mains. La Cour de l’impôt doit examiner les hypothèses du ministre et décider si elles fondent effectivement un calcul raisonnable du revenu sauf. Dans cette tâche, les parties feront sans doute

this case, no such consideration of the evidence was undertaken. This Court cannot properly decide what is or is not an appropriate calculation of safe income on hand without evidence as to the actual effect of the various factors proposed both by the Crown and the taxpayer.

[40] I would therefore allow the appeal with costs to the appellant, set aside the decision below, and remit the matter back to the Tax Court of Canada with instructions to determine, on the facts of this case, the true value of "safe income on hand". That way, the portion of the capital gain which can reasonably be attributed to anything other than income earned or realized will be determined, following which the appropriate amount of tax-free dividends can be calculated and the proper amount of deemed capital gain, if any, can be determined.

ISAAC C.J.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[41] SEXTON J.A. (*dissenting*): I have read in draft the reasons of Linden J.A. and with great respect find that I cannot agree that this case should be remitted back to the Tax Court Judge. I do not believe that the Tax Court Judge erred in finding that as a matter of law exempt deficits of foreign affiliates should not be deducted from the exempt surpluses of other foreign affiliates so as to reduce the parent corporation's safe income. In addition, I have concluded that the Minister has not pleaded the necessary assumptions of fact to establish that the exempt losses had any impact on the parent's income.

Facts

[42] On November 29, 1989, the respondent, Brelco Drilling Ltd. (Brelco), formerly Trimac Limited (Trimac), received a cash dividend of \$32 million

appel à des témoignages d'experts ainsi qu'à divers autres éléments de preuve concernant le caractère raisonnable de la manière dont Revenu Canada a calculé le revenu sauf. Dans cette affaire, la preuve n'a pas fait l'objet d'un tel examen. La Cour n'est pas en mesure de dire quel est ou n'est pas le bon moyen de calculer le revenu sauf en mains faute d'élément de preuve concernant l'effet que peuvent effectivement avoir les divers facteurs invoqués aussi bien par Sa Majesté que par le contribuable.

[40] Je suis donc d'avis d'accueillir l'appel avec dépens en faveur de l'appelante, d'infirmer la décision dont il est fait appel et de renvoyer l'affaire devant la Cour canadienne de l'impôt qui devra déterminer, en fonction des faits de cette affaire, la valeur véritable du «revenu sauf en mains». La partie du gain en capital qu'il serait raisonnable de considérer comme étant attribuable à autre chose qu'un revenu gagné ou réalisé pourra ainsi être fixée, après quoi il sera possible de calculer le juste montant des dividendes nets d'impôt et du gain en capital réputé, s'il y en a.

LE JUGE EN CHEF ISAAC: Je partage cet avis.

* * *

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

[41] LE JUGE SEXTON, J.C.A. (*dissent*): J'ai lu dans leur version préliminaire les motifs exposés par le juge Linden et, en toute déférence, je ne pense pas qu'il y ait lieu de renvoyer l'affaire devant le juge de la Cour de l'impôt. J'estime que le juge de la Cour de l'impôt n'a commis aucune erreur en concluant que, selon le droit applicable, les déficits exonérés de sociétés étrangères affiliées ne doivent pas être déduits des surplus exonérés d'autres sociétés étrangères affiliées afin de diminuer le revenu sauf de la société mère. J'estime en outre que le ministre n'a pas invoqué les hypothèses de fait qui lui auraient permis de démontrer que les pertes exonérées avaient eu quelque incidence sur le revenu de la société mère.

Les faits

[42] Le 29 novembre 1989, l'intimée, Brelco Drilling Ltd. (Brelco), auparavant Trimac Limited (Trimac), a reçu un dividende en espèces de

from Tricil Ltd. (Tricil) in which it owned 50% of the shares. Subsequently, Trimac sold its shares in Tricil to Laidlaw Inc. Tricil, which was a Canadian company, was a 100% shareholder of the U.S. resident corporation Tricil Inc. (Inc.). Hence, Inc. was a foreign affiliate of Tricil for the purposes of paragraphs 55(5)(d) and 93(1)(a) of the *Income Tax Act*.

[43] Inc. owned 100% of seven U.S. resident corporations, A, B, C, D, E, F, and G. Corporations F and G had in the aggregate exempt surpluses of \$6,049,488. These surpluses represent amounts which could be repatriated by way of dividends to the respondent on a tax free basis by virtue of paragraph 113(1)(a) of the Act. The exempt surplus is deemed to be the "income earned or realized" by these corporations as foreign affiliates by virtue of paragraph 55(5)(d). Corporations A, B, C, D, E and Inc. had in the aggregate operational losses of \$5,118,119, of which the respondent's share was \$2,975,398.

[44] One of the purposes of the \$32 million dividend was to significantly reduce the taxable portion of the respondent's unrealized capital gain on its Tricil shares. The respondent accordingly applied subsection 55(2) of the Act to the dividends deeming them to be proceeds of disposition to the respondent. In its 1989 taxation year the respondent designated \$25,735,216 of the dividends as separate dividends pursuant to paragraph 55(5)(f) on the basis that this was the portion of the unrealized capital gain on the respondent's Tricil shares which could reasonably be considered to be attributable to income earned or realized. The Minister assessed tax to the respondent for the 1989 taxation year on the basis that the safe income on hand available to the respondent to reduce the deemed proceeds of disposition was only \$23,149,721. The difference between the respondent's calculation of safe income on hand and the Minister's calculation arose as a result of the Minister offsetting the exempt deficits of corporations A, B, C, D, E and Inc. against the exempt surpluses of corporations F and G. The respondent has taken the position that there should not be any such offset.

32 millions de dollars de Tricil Ltd. (Tricil), société dont elle détenait 50 p. 100 des actions. Trimac a par la suite vendu ses actions de Tricil à Laidlaw Inc. Tricil, société canadienne, détenait 100 p. 100 des actions de Tricil Inc. (Inc.), société résidant aux États-Unis. Inc. était ainsi une société étrangère affiliée de Tricil aux fins des alinéas 55(5)(d) et 93(1)(a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

[43] Inc. était propriétaire à 100 p. 100 de sept sociétés résidant aux États-Unis, les sociétés A, B, C, D, E, F et G. Les sociétés F et G avaient des surplus exonérés de 6 049 488 \$ au total. Ces surplus correspondaient aux sommes pouvant être rapatriées sous forme de dividendes à l'intimée, dividendes nets d'impôt aux termes mêmes de l'alinéa 113(1)(a) de la Loi. Le surplus exonéré est réputé par l'alinéa 55(5)(d) être le «revenu gagné ou réalisé» par ces sociétés en tant que sociétés étrangères affiliées. Les sociétés A, B, C, D, E et Inc. avaient, au total, une perte d'exploitation de 5 118 119 \$, dont la part incombant à l'intimée s'élevait à 2 975 398 \$.

[44] Le dividende de 32 millions de dollars avait notamment pour objet de diminuer sensiblement la part imposable du gain en capital non réalisé de l'intimée pour ses actions Tricil. L'intimée a donc appliqué le paragraphe 55(2) de la Loi aux dividendes, les considérant comme le produit de la disposition des actions qu'elle détenait auparavant. Dans son année d'imposition 1989, l'intimée a désigné comme dividendes distincts 25 735 216 \$ de dividendes conformément à l'alinéa 55(5)(f), considérant qu'il s'agissait là de la partie du gain en capital non réalisé relatif aux actions Tricil vendues par l'intimée, qu'il serait raisonnable de considérer comme étant attribuable à un revenu gagné ou réalisé. Le ministre a calculé l'impôt dû par l'intimée pour l'année d'imposition 1989, ne retenant que 23 149 721 \$ comme revenu sauf en mains que l'intimée pouvait utiliser afin de diminuer le montant de ce qui était réputé être le produit de la disposition des actions. La différence entre la manière dont l'intimée a calculé le revenu sauf en mains et la manière retenue par le ministre s'explique par le fait que le ministre a opéré une compensation entre les déficits exonérés des sociétés A, B, C, D, E et Inc. et les surplus exonérés des sociétés F et G. L'intimée

Statutory provisions

[45] The statutory sections relevant to this appeal are set out below:

55. . . .

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

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

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

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

. . .

(5) For the purposes of this section,

. . .

(d) the income earned or realized by a corporation for a period ending at a time when it was a foreign affiliate of another corporation shall be deemed to be the aggregate of the amount, if any, that would have been deductible by

estime qu'une telle compensation ne doit pas avoir lieu.

Dispositions législatives

[45] Les dispositions législatives qui s'appliquent au présent appel sont les suivantes:

55. [. . .]

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

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

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

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

[. . .]

(5) Aux fins du présent article,

[. . .]

d) le revenu gagné ou réalisé par une corporation pour une période se terminant à un moment où elle était une corporation étrangère affiliée d'une autre corporation est réputé être le total de la somme éventuelle qui aurait été

that other corporation at that time by virtue of paragraph 113(1)(a) . . . if that other corporation

(i) owned all of the shares of the capital stock of the foreign affiliate immediately before that time,

(ii) had disposed at that time of all of the shares referred to in subparagraph (i) for proceeds of disposition equal to their fair market value at that time, and

(iii) had made an election under subsection 93(1) in respect of the full amount of the proceeds of disposition referred to in subparagraph (ii);

. . .

93. (1) For the purposes of this Act, where a corporation resident in Canada has so elected, in prescribed manner and within the prescribed time, in respect of any share of the capital stock of a foreign affiliate of the corporation disposed of by it or by another foreign affiliate of the corporation, the following rules apply:

(a) the amount (in this subsection referred to as the “elected amount”) designated by the corporation in its election not exceeding the proceeds of disposition of the share shall be deemed to have been a dividend received on the share from the affiliate by the disposing corporation or disposing affiliate, as the case may be, immediately before the disposition and not to have been proceeds of disposition

. . .

113. (1) Where in a taxation year a corporation resident in Canada has received a dividend on a share owned by it of the capital stock of a foreign affiliate of the corporation, there may be deducted from the income for the year of the corporation for the purpose of computing its taxable income for the year, an amount equal to the aggregate of

(a) an amount equal to such portion of the dividend as is prescribed to have been paid out of the exempt surplus, as defined by regulation

Analysis

[46] At trial, the parties agreed upon a set of facts they considered relevant and which they considered to be adequate to dispose of the case. It was not submitted to this Court by either party that more evidence was necessary in order to decide the appeal nor was it suggested that the matter be remitted to the Tax Court. The issue before the Court was precisely stated by the Tax Court Judge at paragraph 12 [at page 2212] of his

déductible à cette date par cette autre corporation en vertu de l’alinéa 113(1)a) [. . .] si celle-ci

(i) était propriétaire de toutes les actions du capital-actions de la corporation étrangère affiliée immédiatement avant cette date,

(ii) avait disposé à cette date de toutes les actions visées au sous-alinéa (i) en contrepartie d’un produit de disposition égal à leur juste valeur marchande à cette date, et

(iii) avait fait un choix en vertu du paragraphe 93(1) relativement au montant global du produit de disposition visé au sous-alinéa (ii);

[. . .]

93. (1) Pour l’application de la présente loi, dans le cas où une corporation résidant au Canada fait un choix, selon les modalités et dans le délai réglementaires, concernant l’action du capital-actions d’une corporation étrangère affiliée donnée de cette corporation dont celle-ci, ou une autre de ses corporations étrangères affiliées, a disposé, les présomptions suivantes s’appliquent:

a) le montant, ne dépassant pas le produit de disposition de l’action, que la corporation indique dans le choix est réputé être un dividende qu’une des corporations ayant procédé à la disposition à reçu sur l’action de la corporation affiliée donnée immédiatement avant la disposition, et non un produit de disposition;

[. . .]

113. (1) Une corporation résidant au Canada qui, dans une année d’imposition, a reçu un dividende sur une action lui appartenant du capital-actions d’une corporation étrangère affiliée de cette corporation, peut déduire de son revenu pour l’année, aux fins du calcul de son revenu imposable pour cette année, le total des sommes suivantes:

a) la fraction du dividende qui est prescrite avoir été prélevée sur le surplus exonéré défini par règlement [. . .]

Analyse

[46] À l’instruction, les parties se sont entendues sur un ensemble de faits qu’elles jugeaient pertinents et qui, d’après elles, devaient permettre de trancher cette affaire. Ni l’une ni l’autre des parties n’a fait valoir devant la Cour la nécessité, pour trancher le présent appel, de produire d’autres preuves, et ni l’une ni l’autre n’a proposé que l’affaire soit renvoyée devant la Cour de l’impôt. Ainsi que le juge de la Cour de

reasons:

The Respondent's computation reduces the Appellant's "safe income" by the amount of the exempt deficits of Inc., A, B, C, D and E. The Appellant contends that the exempt deficits should not be "netted" with the exempt surpluses of F and G. The Respondent submits that all exempt deficits should be so "netted".

I do not accept that the facts agreed upon by the parties were insufficient to settle the issue before the Court.

[47] In essence, the appellant argues that the profits of successful subsidiaries should be consolidated with the losses of other subsidiaries, based on the wording of subsection 55(2). Thus this appeal hinges on a question of statutory interpretation, specifically on the meaning of the following words found in subsection 55(2):

55. . . .

(2) . . . one of the purposes of which . . . was to effect a significant reduction in the portion of the capital gain that, but for the dividend, would have been realized on a disposition at fair market value of any share of capital stock immediately before the dividend and that could reasonably be considered to be attributable to anything other than income earned or realized by any corporation after 1971 . . . [Emphasis added.]

The appellant argued that the proper approach was to examine the capital gain involved and analyze what portion could be reasonably considered to be attributed to something other than income earned or realized. In the appellant's view, the test is not simply what is "income earned or realized". Rather, only the portion of the "income earned or realized" that is on hand serves to reduce the taxable capital gain. Thus amounts, such as losses in foreign affiliates, which no longer represent value in the corporation must be subtracted from the amount of income earned by other affiliates calculated under subsection 55(5).

[48] The learned Tax Court Judge rejected the Minister's approach and concluded that the exempt surplus of F and G should not be reduced by the

l'impôt l'a expliqué au paragraphe 12 [à la page 2212] de ses motifs, la Cour était saisie de la question suivante:

Selon le calcul de l'intimée, le «revenu sauf» de l'appelante est réduit du montant des déficits exonérés de Inc., A, B, C, D et E. L'appelante soutient que les déficits exonérés ne doivent pas être «déduits» des surplus exonérés de F et de G. L'intimée soutient que tous les déficits exonérés doivent être ainsi «déduits».

Je ne suis pas d'accord que les faits sur lesquels les parties s'étaient entendues ne permettaient pas de trancher la question portée devant la Cour.

[47] L'appelante fait essentiellement valoir que, aux termes du paragraphe 55(2), les bénéfices des sociétés affiliées rentables devraient être consolidés avec les pertes des autres sociétés affiliées. Le présent appel dépend donc d'une question d'interprétation des lois et, plus précisément, du sens à donner au passage suivant du paragraphe 55(2):

55. [. . .]

(2) [. . .] l'un des résultats a été de diminuer sensiblement la partie du gain en capital qui, sans le dividende, aurait été réalisée lors d'une disposition d'une action du capital-actions à la juste valeur marchande, immédiatement avant le dividende qui pourrait raisonnablement être considérée comme étant attribuable à quoi que ce soit qui n'est pas du revenu gagné ou réalisé par une corporation après 1971. [. . .] [Non souligné dans l'original.]

Selon l'appelante, il convenait d'examiner le gain en capital en question et d'analyser la part qu'il serait raisonnable de considérer comme étant attribuable à autre chose qu'un revenu gagné ou réalisé. L'appelante prétend que l'on ne peut pas simplement se fonder pour cela sur le «revenu gagné ou réalisé». Il s'agit, plutôt, de ne retenir que la part du «revenu gagné ou réalisé» qui est en mains et qui diminue le gain en capital imposable. C'est ainsi que des sommes telles que les pertes de sociétés étrangères affiliées, qui ne constituent plus, pour la société, une valeur, doivent être soustraites du revenu gagné par d'autres sociétés affiliées et calculées dans les conditions prévues au paragraphe 55(5).

[48] Le juge de la Cour de l'impôt a rejeté l'approche adoptée par le ministre, et conclu que les surplus exonérés de F et de G ne devraient pas être amputés

exempt deficits of A, B, C, D, E and Inc. in the computation of income earned or realized after 1971. He found [at paragraph 51, pages 2224-2225]:

I am instructed by paragraph 55(5)(d) as to what “the income earned or realized by a corporation” is deemed to be for the purposes of section 55. Subsection (2) of Section 55 provides that the portion of a dividend “that could reasonably be considered to be attributable to anything other than income earned or realized by any corporation after 1971” shall be deemed not to be a dividend but to be proceeds of disposition. The exempt surplus of F and G, foreign affiliates of the Appellant, is by virtue of the interaction of paragraph 55(5)(d), subsection 93(1) and subsection 113(1) “income earned or realized by any corporation” within the meaning of that term in subsection 55(2). There is no comparable legislative or regulatory instruction respecting exempt deficits. Accordingly, I have concluded that the exempt surplus of F and G should not be reduced by the exempt deficits of A, B, C, D, E and Inc. in the computation of “income earned or realized after 1971”.

[49] I agree with the learned Tax Court Judge. There is no provision in the Act requiring exempt deficits to be taken into account in determining “income earned or realized”. The only statutory requirement is contained in paragraph 55(5)(d), which establishes through paragraph 113(1)(a) and subsection 93(1) that the income earned of a foreign affiliate is deemed to be its exempt surplus.

[50] In oral argument, counsel for the Minister provided hypothetical examples in which he assumed that the “fair market value” of a parent corporation would be calculated by valuing the subsidiaries as a group. He argued that to determine the fair market value of the parent, the losses contained in the subsidiaries had to be deducted from what would otherwise be paid by the purchaser.

[51] With respect, this is an erroneous approach. I agree that the safe income earned by the parent cannot exceed its fair market value. However, the fact that some of the subsidiaries might have losses could be simply ignored by a purchaser. A purchaser could wind up the subsidiaries with an exempt deficit and in the absence of a guarantee would not be bound to pay off those losses. Thus a more accurate assessment of “fair market value” would involve calculating the sum

des déficits exonérés de A, B, C, D, E et Inc. lors du calcul du revenu gagné ou réalisé après 1971. Il a estimé que [au paragraphe 51, pages 2224 et 2225]:

L’alinéa 55(5)d) prévoit ce que le «revenu gagné ou réalisé d’une corporation» est réputé être aux fins de l’article 55. Le paragraphe (2) de l’article 55 prévoit que la partie d’un dividende «qui pourrait raisonnablement être considérée comme étant attribuable à quoi que ce soit qui n’est pas du revenu gagné ou réalisé par une corporation après 1971» est réputé ne pas être un dividende, mais un produit de disposition. Le surplus exonéré de F et de G, qui sont des filiales étrangères de l’appelante, est, du fait de l’interaction entre l’alinéa 55(5)d), le paragraphe 93(1) et le paragraphe 113(1), un «revenu gagné ou réalisé par une corporation» au sens où cette expression est utilisée au paragraphe 55(2). Il n’y a aucune directive législative ou réglementaire comparable relativement aux déficits exonérés. Par conséquent, j’ai conclu que les déficits exonérés de A, B, C, D, E et Inc. ne devraient pas être utilisés pour réduire les surplus exonérés de F et de G dans le calcul du «revenu gagné ou réalisé après 1971».

[49] Je suis du même avis que le juge de la Cour de l’impôt. La Loi ne contient aucune disposition qui exige que les déficits exonérés soient pris en compte lors du calcul du «revenu gagné ou réalisé». La seule exigence d’origine législative figure à l’alinéa 55(5)d) qui prévoit, en vertu de l’alinéa 113(1)a) et du paragraphe 93(1), que le revenu gagné d’une société étrangère affiliée est réputé être son surplus exonéré.

[50] Lors des plaidoiries, l’avocat du ministre a fourni à la Cour des exemples hypothétiques dans le cadre desquels le calcul de la «juste valeur marchande» d’une société mère serait basé sur l’évaluation de l’ensemble des sociétés affiliées. Selon lui, pour fixer la juste valeur marchande de la société mère, il fallait déduire du prix que serait autrement disposé à payer l’acheteur, les pertes des sociétés affiliées.

[51] J’estime que ce n’est pas l’approche qu’il convient d’adopter. Je conviens que le revenu sauf gagné par la société mère ne peut pas dépasser la juste valeur marchande de celle-ci. Cela dit, l’acheteur peut tout simplement ignorer le fait que certaines des sociétés affiliées auraient subi des pertes. L’acheteur pourrait procéder à la liquidation des sociétés affiliées qui ont un déficit exonéré et, en l’absence d’une garantie, ne serait pas tenu d’assumer les pertes. C’est

total of the assets contained in the various corporations. The final purchase price would reflect the "fair market value" of those assets. In the instant case corporations A, B, C, D, E and Inc. added no value to Tricil, and thus a purchaser would not pay an additional amount for them. However, the losses in those separately incorporated subsidiaries, in the absence of a guarantee of payment of those losses, will not decrease the "fair market value" of the parent. Indeed, it is possible a purchaser might be willing to pay more for the losses in those subsidiaries if those losses were useful for tax purposes.

[52] The passage quoted by my colleague from the *Canadian Tax Journal* supports my position:

It is important to note that there is no clear statutory authority for Revenue Canada's position regarding the application of losses to the safe-income calculation. I question whether it is fair to state that the losses of a subsidiary *generally* reduce the safe income on hand of the parent corporation. In many cases, it would seem more appropriate to state that safe income should be computed as an aggregation of positive amounts. Under this approach, safe income on hand of a parent corporation would not be reduced by the losses or deficit of a subsidiary, except to the extent that the parent has guaranteed the losses of the subsidiary or is otherwise obligated to fund those losses. For example, assume that a parent corporation has \$1 million of safe income and its subsidiary has a \$1 million deficit and nominal capital. If the parent has not guaranteed the losses of the subsidiary, any value assigned to the shares of the parent will be reasonably attributable to safe income. In these circumstances, the losses of the subsidiary should not be applied to reduce the parent's safe income to zero. To do so would, in effect, suggest that the subsidiary's value is less than zero. Although the subsidiary's shares are worthless, in many cases, it would be incorrect to state that they have a negative value, especially where the parent could simply abandon the subsidiary before the sale of its own shares.²⁴

[53] I agree with the view expressed above. Absent a guarantee or actual payment by the parent of subsidiary losses, it is difficult to conceive of an

ainsi que, pour obtenir une évaluation plus précise de la «juste valeur marchande» il faudrait calculer le total de l'actif des diverses sociétés. Le prix d'achat finalement arrêté correspondrait à la «juste valeur marchande» de ces éléments d'actif. En l'espèce, les sociétés A, B, C, D, E et Inc., n'ont apporté aucune plus-value à Tricil et, par conséquent, un acheteur ne paierait pas un montant supplémentaire pour les obtenir. Par contre, en l'absence d'une garantie de remboursement des pertes, les pertes subies par ces sociétés affiliées, qui constituent autant de sociétés distinctes, n'auront pas pour effet de diminuer la «juste valeur marchande» de la société mère. Il est même possible qu'un acheteur soit disposé à payer davantage pour reprendre les pertes des ces sociétés affiliées dans la mesure où ces pertes pourraient lui conférer un avantage fiscal.

[52] L'extrait de la *Revue fiscale canadienne* cité par mon collègue étaye mon argument:

[TRADUCTION] Il est important de noter l'absence d'une disposition législative claire étayant la thèse de Revenu Canada quant à la prise en compte des pertes pour calculer le revenu sauf. Je me demande s'il est juste de dire que les pertes d'une société affiliée réduisent *en général* le revenu sauf en mains de la société mère. Souvent, il semblerait plus juste de dire que le revenu sauf devrait être calculé en tant qu'agrégat de chiffres positifs. Dans le cadre de cette démarche, le revenu sauf en mains d'une société mère ne peut être amputé des pertes ou déficits d'une société affiliée, sauf dans la mesure où la société mère s'est portée garante des pertes de la société affiliée ou elle se voit tenue elle-même de les financer. À supposer, par exemple, qu'une société mère ait un revenu sauf de 1 million de dollars et que sa société affiliée ait un déficit de 1 million de dollars et un capital insignifiant. Si la société mère n'a pas garanti le remboursement des pertes de la société affiliée, toute valeur assignée aux actions de la société mère pourrait raisonnablement être considérée comme attribuable au revenu sauf. En pareilles circonstances, les pertes de la société affiliée ne devraient pas servir à réduire à néant le revenu sauf de la société mère. Ce serait dire, en fait, que la valeur de la société affiliée est inférieure à zéro. Bien que les actions de la société affiliée n'aient aucune valeur, il serait dans de nombreux cas inexact de dire qu'elles ont une valeur négative, surtout lorsque la société mère a la possibilité d'abandonner purement et simplement la société affiliée avant de mettre en vente ses propres actions²⁴.

[53] C'est aussi mon avis. En l'absence de garantie ou de remboursement effectif, par la société mère, des pertes de ses sociétés affiliées, il est difficile d'imagi-

example in which the losses of foreign affiliates would affect the safe income of a parent. Moreover, in this case, it is abundantly clear that the Minister has failed to demonstrate that the losses had any impact on the respondent's safe income. Before turning to this point, I will address the issue of safe income and the rationale behind paragraph 55(5)(d).

The calculation of safe income

[54] In reaching his decision, the Tax Court Judge found that the correct starting point for determining safe income was with the income earned or realized. In his words, the simplest way to determine "anything other than income earned or realized by any corporation after 1971" is to:

. . . commence with a computation of "income earned or realized" because paragraph 55(5)(d) states specifically what that amount is deemed to be. There is no provision in Part LIX of the Regulations requiring exempt deficits to be taken into account in determining "income earned or realized". The only statutory requirement is contained in paragraph 55(5)(d). The inclusion of that provision in the *Act* ends this matter.²⁵

[55] In my view this is a sensible way of applying a very difficult section. My colleague has argued that this approach is inconsistent with comments made in *Canada v. Placer Dome Inc.*²⁶ and *Canada v. Nassau Walnut Investments Inc.*²⁷ With respect, I do not think these cases are relevant to the issue at hand, as neither discussed the question of whether subsidiary losses could reduce the safe income on hand of a separately incorporated parent. In *Placer Dome*, the taxpayer disputed that the purpose of the transaction was to reduce the capital gain. Thus the issue was whether subsection 55(2) applied at all and the debate focused on the meaning of a different part of the subsection than the part at issue in the case at bar. Similarly, *Walnut Investments*, which examined the operation of paragraph 55(5)(f) and the designation of separate dividends, is not on point to the instant case. In that case there was no discussion of safe income on hand which is relevant to the present case.

ner un cas où les pertes des sociétés étrangères affiliées affecteraient le revenu sauf de la société mère. Il est en outre tout à fait clair en l'espèce que le ministre n'a pas démontré que les pertes avaient eu une incidence sur le revenu sauf de l'intimée. Avant d'aborder cette question, je tiens à examiner la question du revenu sauf et de la raison d'être de l'alinéa 55(5)d.

Le calcul du revenu sauf

[54] Dans le cadre de sa décision, le juge de la Cour de l'impôt a estimé que pour fixer le montant du revenu sauf, il faut commencer par calculer le revenu gagné ou réalisé. Selon lui, la manière la plus simple de déterminer le montant de «quoi que ce soit qui n'est pas du revenu gagné ou réalisé par une corporation après 1971» est:

[. . .] de calculer d'abord le «revenu gagné ou réalisé» puisque l'alinéa 55(5)d) édicte explicitement ce que ce montant est réputé être. Il n'y a aucune disposition à la partie LIX du Règlement qui requiert que les déficits exonérés soient pris en compte dans le calcul du «revenu gagné ou réalisé». La seule exigence d'origine législative est prévue à l'alinéa 55(5)d). L'inclusion de cette disposition dans la *Loi* met fin au propos²⁵ [. . .]

[55] C'est à mon avis une manière rationnelle d'appliquer une disposition très difficile. Mon collègue fait valoir que cette approche n'est pas compatible avec ce qui a été affirmé dans les arrêts *Canada c. Placer Dome Inc.*²⁶ et *Canada c. Nassau Walnut Investments Inc.*²⁷. En toute déférence, j'estime que ces arrêts ne sont pas pertinents relativement à la question qui se pose en l'espèce car ni l'un ni l'autre n'a analysé la question de savoir si les pertes d'une société affiliée pouvaient diminuer le revenu sauf en mains d'une société mère juridiquement indépendante. Dans l'affaire *Placer Dome*, le contribuable niait que l'opération en question ait eu pour objet de diminuer le gain en capital. Il s'agissait donc de savoir si le paragraphe 55(2) s'appliquait même et le débat a porté sur le sens d'une autre partie du paragraphe que celle dont il est question en l'espèce. De même, l'affaire *Walnut Investments*, qui portait sur le fonctionnement de l'alinéa 55(5)f) et la désignation de dividendes distincts, n'a rien à voir avec la présente affaire. Cet autre arrêt n'évoquait pas le revenu sauf en mains, qui est pertinent en l'espèce.

[56] As has been broadly recognized, it is difficult to discern the intent of Parliament from the words employed in subsection 55(2). However, it seems to me that if it was intended that deficits from one subsidiary should be offset against exempt surpluses of another it would have been clearly provided in the legislation. It was not. Thus, the Tax Court Judge correctly relied on *Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen*²⁸ to conclude that subsection 55(2) exhibited [at paragraph 51, page 2225] “reasonable uncertainty resulting from lack of explicitness which should be resolved in favour of the taxpayer”.

[57] The conclusion that foreign affiliate surpluses should not be netted with foreign affiliate losses advances another aim of the Act: namely to reduce double taxation. The following examines the issue of double taxation as it relates to section 55.

Rationale of including exempt surpluses as income earned

[58] The reduction of the taxable capital gain by the exempt surplus of a foreign affiliate is based on the same rationale that underlies the tax-free treatment accorded to intercorporate dividends. It is well accepted that the rationale behind the tax-free treatment of intercorporate dividends is that the corporation which earns the money in the first instance is subject to taxation and it is not equitable to expose the same income to taxation a second time when it is passed by way of dividend from the subsidiary corporation to the parent.²⁹ In section 113, Parliament extended this preferential tax treatment to dividends flowing from the exempt surplus of a foreign affiliate to its Canadian parent.

[59] Section 55 was designed to prevent a taxable capital gain from becoming a tax-free intercorporate dividend. Subsection 55(5) establishes the rules for calculating a taxpayer’s safe income. Of special note is paragraph 55(5)(f) which allows the taxpayer to designate a portion of a taxable dividend as a separate

[56] Il est généralement admis qu’il n’est pas facile de déceler l’intention du législateur d’après la formule employée au paragraphe 55(2). Il me semble, cependant, que si le législateur avait voulu que puisse être opérée une compensation entre les déficits d’une société affiliée et les surplus exonérés d’une autre, le texte de loi l’aurait clairement prévu. Or ce n’est pas le cas. C’est donc avec raison que le juge de la Cour de l’impôt [au paragraphe 51, page 2225] s’est fondé sur l’arrêt *Johns-Manville Canada Inc. c. La Reine*²⁸ pour conclure qu’il y a, au paragraphe 55(2), une «incertitude raisonnable [. . .] découlant du manque de clarté de la loi (qui) doit jouer en faveur du contribuable».

[57] La conclusion selon laquelle les surplus des sociétés étrangères affiliées ne devraient pas être consolidés avec les pertes provenant de sociétés étrangères affiliées, contribue à un autre objet de la Loi, à savoir, minimiser la double imposition. Examinons maintenant la question de la double imposition en ce qu’elle a trait à l’article 55.

La raison pour laquelle il y a lieu de considérer les surplus exonérés comme un revenu gagné

[58] L’idée de retrancher du gain en capital imposable le surplus exonéré d’une société étrangère affiliée se fonde sur la même raison que la non-imposition des dividendes intersociétés. Il est généralement admis que la non-imposition des dividendes intersociétés se justifie par le fait que la société qui fait des bénéfices est elle-même assujettie à l’impôt et qu’il n’est pas équitable d’imposer une deuxième fois un même revenu, qui passe, sous forme de dividendes, de la société affiliée à la société mère²⁹. Par l’article 113, le législateur a étendu cet avantage fiscal aux dividendes versés à la société mère canadienne et provenant du surplus exonéré d’une société étrangère affiliée.

[59] L’article 55 a été conçu pour éviter qu’un gain en capital imposable ne devienne un dividende intersociétés non imposable. Le paragraphe 55(5) fixe les règles applicables au calcul du revenu sauf d’un contribuable. Notons en particulier l’alinéa 55(5)(f) qui permet à un contribuable de désigner comme

dividend. With paragraph 55(5)(f), Parliament has expressed its intent that section 55 should operate without effecting double taxation. In *Administration Gilles Leclair Inc. v. R.*³⁰ the following comments were made to that effect:

It appears to be assumed by all authors who have written on the subject that the purpose of paragraph 55(5)(f) of the *Act* is to avoid the double taxation of corporate income. That provision is integrated into the capital gains taxation scheme provided for by subsection 55(2) of the *Act* in the case of share redemptions, which makes it possible not to tax as a capital gain the portion attributable to income earned or realized after 1971.³¹

Paragraph 55(5)(f) ensures that any portion of the dividend that is attributable to the income earned of the taxpayer will not be considered as proceeds of disposition. As stated above, it protects the taxpayer from double taxation.

[60] One of the principal reasons Parliament chose in paragraph 55(5)(d) to deem the exempt surplus of a foreign affiliate as its income earned for purposes of subsection 55(2) was to minimize double taxation. The appellant's position, which calls for the deduction of exempt losses of other foreign affiliates in the computation of safe income, is outside the language of section 55 and directly negates the objective of minimizing double tax.

[61] In the present case, it should be noted that the affiliates are located in the United States, which has signed the Canada-United States Income Tax Convention (1980) [*Convention Between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital*, being Schedule I of the *Canada-United States Tax Convention Act, 1984*, S.C. 1984, c. 20] with Canada. The primary purpose of this treaty is to minimize double taxation. In explaining the rationale behind the Convention, Iacobucci J. stated it "was deemed important, in order to promote international trade between Canada and the U.S., to spare . . . corporations double taxation".³²

dividende distinct une partie d'un dividende imposable. En adoptant l'alinéa 55(5)(f), le législateur a montré qu'il entendait que l'application de l'article 55 n'entraîne aucune double imposition. Dans l'affaire *Administration Gilles Leclair Inc. c. R.*³⁰, on trouve des propos qui vont effectivement en ce sens:

Il semble acquis par tous les auteurs qui ont écrit sur ce sujet que l'alinéa 55(5)(f) de la *Loi* a pour but de ne pas taxer deux fois le revenu au niveau corporatif. Il s'agit d'une disposition intégrée au régime d'imposition relatif au gain en capital prévu par le paragraphe 55(2) de la *Loi* lors du rachat d'actions qui permet de ne pas imposer comme gain en capital la partie attribuable à du revenu gagné ou réalisé après 1971.³¹

L'alinéa 55(5)(f) permet d'assurer que la partie du dividende attribuable au revenu gagné du contribuable ne sera pas considérée comme le produit d'une disposition. Ainsi que nous l'avons dit plus haut, cela permet d'éviter que le contribuable soit imposé deux fois.

[60] Une des principales raisons pour lesquelles le législateur a choisi, par le biais de l'alinéa 55(5)(d), de considérer le surplus exonéré d'une société étrangère affiliée comme un revenu gagné aux fins du paragraphe 55(2), était d'éviter autant que possible la double imposition. L'argument défendu par l'appelante, selon lequel il convient de déduire, pour calculer son revenu sauf, les pertes provenant d'autres sociétés étrangères affiliées, déborde les termes de l'article 55 et va directement à l'encontre du but de cette disposition qui est d'éviter autant que possible la double imposition.

[61] Notons en l'espèce qu'il s'agit de sociétés affiliées installées aux États-Unis, pays qui a conclu avec le Canada la Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts (1980) [*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*, S.C. 1984, ch. 20]. Ce traité vise principalement à minimiser la double imposition. Expliquant la raison d'être de ce traité, le juge Iacobucci a déclaré que: «Afin de promouvoir le commerce international entre le Canada et les États-Unis, on a jugé important de soustraire ces personnes [. . .] morales à la double imposition»³².

[62] In my view, allowing the taxpayer to treat the full exempt surplus as safe income on hand recognizes, as does section 113, that any further tax on the exempt surplus amounts to double taxation. Thus paragraph 55(5)(d) compliments section 113 in ensuring that double taxation of foreign affiliate income will be avoided.

[63] I am convinced that the exempt surplus should not be offset by any exempt deficits for another reason. As separately incorporated companies, it is clear that each foreign affiliate in the United States is subject to income tax on its own earnings. The argument that one foreign affiliate could reduce its tax liability by deducting the losses of its sister affiliate would be rejected out of hand, as it would violate the elementary principle that each corporation is a separate entity and should be treated that way for tax purposes. Thus, it would be inconsistent and unfair to the parent corporation to subject it to tax on monies which it receives from a foreign affiliate when those monies have already been subject to tax in the hands of the foreign affiliate.

[64] In sum, my finding that foreign affiliate surpluses should not be netted with foreign affiliate losses is based on my interpretation of section 55 of the *Income Tax Act*. This interpretation is based on sound policy, as it promotes an important object of the Act by minimizing double taxation. I turn now to the issue of the deficiencies in the Minister's pleadings.

Deficiencies in the Minister's pleadings

[65] In reassessing the taxpayer, the Minister must set out a series of factual assumptions. The taxpayer is then required to disprove them. When analyzing the respective roles of the parties upon reassessment, the Tax Court Judge agreed with the respondent that the

[62] D'après moi, le fait que l'on permette au contribuable de considérer comme revenu sauf en mains l'intégralité du surplus exonéré, comme l'y autorise effectivement l'article 113, montre que l'on reconnaît que toute autre imposition du surplus exonéré équivaut à une double imposition. L'alinéa 55(5)d) complète donc l'article 113 en assurant que la double imposition du revenu d'une société étrangère affiliée sera évitée.

[63] Je suis persuadé, pour une autre raison encore, que le surplus exonéré ne devrait pas être compensé par les déficits exonérés. En tant que compagnies jouissant d'une existence juridique distincte, il est évident que chaque société étrangère affiliée installée aux États-Unis doit payer des impôts sur ses propres revenus. L'argument selon lequel une société étrangère affiliée pourrait réduire sa charge fiscale en déduisant les pertes d'une société affiliée sœur serait immédiatement écarté comme contraire au principe élémentaire qui veut que chaque société constitue une entité distincte et soit considérée comme telle aux fins de l'impôt. Il serait donc à la fois illogique, et injuste pour la société mère, qu'elle soit imposée sur l'argent qu'elle reçoit d'une société étrangère affiliée alors que l'argent en question a déjà été imposé entre les mains de la société étrangère affiliée.

[64] En somme, ma conclusion que les surplus provenant d'une société étrangère affiliée ne devraient pas être consolidés avec les pertes d'une autre société étrangère affiliée, est fondée sur mon interprétation de l'article 55 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cette interprétation est elle-même fondée sur de solides motifs de politique fiscale puisqu'elle contribue à un but important de la Loi en minimisant la double imposition. J'aborde maintenant la question des lacunes de l'argumentation du ministre.

Les lacunes de l'argumentation développée par le ministre

[65] Pour établir la nouvelle cotisation du contribuable, le ministre doit d'abord exposer un certain nombre d'hypothèses quant aux faits. Il appartient alors au contribuable de les réfuter. Analysant le rôle respectif des parties après l'établissement de la nouvelle

case law establishes the following three principles. First, the Minister must assume all facts necessary to sustain the reassessment. Second, the appellant is not required to lead evidence in respect of facts not assumed. Third, references in the reply to the notice of appeal to a statutory provision or conclusions of law are not allegations of fact or a pleading of fact.

[66] Based on these principles, I have come to the conclusion that the Minister has not pleaded the facts necessary to sustain the reassessment. In particular, the Minister did not plead any facts to establish that the losses in the foreign affiliates impacted the safe income of the parent. Further, there is no assumption or evidence explaining how the losses in the foreign affiliates arose, how the losses were funded or how those losses affected the safe income of the respondent.

[67] At paragraph 43 [at page 2222], the Tax Court Judge noted that “certain assumptions of fact basic to the assessment were not contained in the Reply”. He then found “it seems unreasonable that the Respondent not be able to advance its case without having pleaded assumptions of fact to support the application of a provision to which the Appellant submitted itself.” I agree with the Tax Court Judge that it was not open to the taxpayer to contest the application of the section after choosing to submit to it. However, the Minister must still plead the factual assumptions to sustain the reassessment. In this case the Minister failed to connect the losses of the foreign affiliates with the income of the parent.

[68] Given this conclusion, I believe the proper course to follow is to reject the reassessment. I simply cannot agree that the matter should be remitted to the Tax Court. The case of *del Valle (D.) v. M.N.R.*,³³ supports my view. In that case Sarchuk T.C.J. stated:

It is the appellant’s submission that there is nothing contained in the pleadings, nor for that matter in any of the

cotisation, le juge de la Cour de l’impôt a convenu avec l’intimée que la jurisprudence a posé trois principes. D’abord, le ministre doit tenir pour acquis tous les faits nécessaires pour justifier la nouvelle cotisation. Deuxièmement, l’appelante n’est pas tenue de produire de preuve concernant des faits non présumés. Troisièmement, dans la réponse à l’avis d’appel, les conclusions de droit ou les références à une disposition législative, ne constituent pas des allégations de fait.

[66] Vu ces principes, je conclus que le ministre n’a pas allégué les faits permettant de justifier la nouvelle cotisation. Le ministre n’a notamment pas invoqué de faits alléguant que les pertes des sociétés étrangères affiliées ont eu une incidence sur le revenu sauf de la société mère. Aucune hypothèse ni aucune preuve n’explique par ailleurs comment les pertes des sociétés étrangères affiliées sont survenues, comment ces pertes ont été couvertes, ni comment ces pertes ont affecté le revenu sauf de l’intimée.

[67] Au paragraphe 43 [à la page 2222] de sa décision, le juge de la Cour de l’impôt a noté que «certaines hypothèses de fait essentielles à la validité de la cotisation n’étaient pas formulées dans la réponse». Il lui a ensuite semblé «déraisonnable d’empêcher l’intimée de faire valoir sa position parce qu’elle n’a allégué aucune hypothèse de fait à l’appui d’une disposition à laquelle l’appelante s’est elle-même assujettie». Je conviens avec le juge de la Cour de l’impôt qu’il n’était pas loisible au contribuable de contester l’application de cette disposition après s’y être elle-même assujettie. Cela dit, il appartient tout de même au ministre de plaider les hypothèses de fait justifiant la nouvelle cotisation. En l’espèce, le ministre n’est pas parvenu à établir un lien entre les pertes des sociétés étrangères affiliées et le revenu de la société mère.

[68] Vu cette conclusion, j’estime qu’il convient de rejeter la nouvelle cotisation. Je ne saurais convenir qu’il y a lieu de renvoyer l’affaire devant la Cour de l’impôt. Le jugement rendu dans l’affaire *del Valle (D.) c. M.R.N.*³³ appuie mon opinion. Dans cette affaire, le juge Sarchuk de la Cour canadienne de l’impôt a déclaré:

Selon l’appelante, ni les actes de procédure, ni les documents que l’intimé lui a remis ne font ressortir les faits

material submitted by the respondent to the taxpayer, to indicate the facts essential to the validity of the assessments and that therefore the appellant has no case to meet. I did not take this to mean that counsel was suggesting that the Court should, on that basis alone, allow the appeal but that if the Court were to agree with this submission the respondent would have to bear the onus of proof with respect to the facts sought to be proven or any law applicable so as to support the reassessments under appeal.

It is settled law that a taxpayer is entitled to know the assumptions made by the respondent at the time of assessment particularly so because the onus is upon him to demonstrate that the basic assumptions of fact upon which the taxation rested are not capable of supporting the assessment. (See *Johnston v. M.N.R.*, [1948] C.T.C. 195; 3 D.T.C. 1182).

...

I believe this is the approach which should be followed in the case at bar. In my view, the respondent has failed to allege as a fact an ingredient essential to the validity of the reassessment. There is no onus on the appellant to disprove a phantom or non-existent fact or an assumption not made by the respondent.³⁴

[69] Here, the Minister did not plead the necessary assumptions or facts relating the foreign affiliate losses to the safe income of the parent. By failing to demonstrate how the exempt deficits of a foreign affiliate could impact the safe income of a separately incorporated parent, he is missing "an ingredient essential to the validity of the reassessment". There is no evidence in the record and no suggestion that the losses or deficits of the subsidiaries A, B, C, D, E and Inc. were guaranteed by the respondent.

[70] In short, it was open to the Minister to plead the necessary facts at trial. He chose not to do so. In my view, it would be unfair to the taxpayer to now give the Minister a second opportunity to establish the validity of the reassessment.

Conclusion

[71] In conclusion, section 55 of the *Income Tax Act* does not expressly require consolidation of the losses of one foreign subsidiary with the exempt surpluses of other foreign subsidiaries. The appellant's interpreta-

essentiels au maintien des cotisations; par conséquent, l'appelante n'a rien à démontrer pour réfuter une preuve inexistante. À mon avis, cela ne signifie pas que la Cour devrait accueillir l'appel pour cette seule raison, mais que, si la Cour est d'accord avec le procureur de l'appelante, l'intimé aurait alors le fardeau de la preuve à l'égard des faits ou des dispositions législatives invoquées à l'appui des nouvelles cotisations en litige.

Il est bien reconnu que le contribuable a le droit de connaître les présomptions de fait sur lesquelles l'intimé se fonde au moment d'établir la cotisation, car c'est le contribuable qui doit démontrer que ces présomptions ne prouvent pas le bien-fondé de la cotisation. (Voir *Johnston c. M.R.N.*, [1948] C.T.C. 195; 3 D.T.C. 1182).

[. . .]

J'estime que ces commentaires s'appliquent en l'espèce. À mon avis, l'intimé n'a pas allégué les faits qui constituent un élément essentiel à la validité de la nouvelle cotisation. L'appelante n'est pas tenue de réfuter un fait inexistant ou une hypothèse que l'intimé n'a pas formulée³⁴.

[69] En l'espèce, le ministre n'a pas plaidé les faits ou hypothèses nécessaires pour établir un lien entre les pertes de la société étrangère affiliée et le revenu sauf de la société mère. En ne démontrant pas comment les déficits exonérés d'une société étrangère affiliée pouvaient avoir une incidence sur le revenu sauf d'une société mère juridiquement indépendante, il lui manque un «élément essentiel à la validité de la nouvelle cotisation». Le dossier ne contient aucun élément démontrant ou suggérant que les pertes ou déficits des sociétés affiliées A, B, C, D, E et Inc. ont fait, de la part de l'intimée, l'objet d'une garantie.

[70] Bref, il était loisible au ministre de plaider les faits nécessaires lors de l'instruction. Il a choisi ne pas le faire. Il serait, d'après moi, injuste envers le contribuable d'accorder maintenant au ministre une deuxième occasion de démontrer le bien-fondé de la nouvelle cotisation.

Conclusion

[71] Pour conclure, l'article 55 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'exige pas expressément que les pertes d'une société étrangère affiliée soient consolidées avec les surplus exonérés d'autres sociétés étrangères

tion of section 55 is not supported by the words of the section and appears to be contrary to the object and spirit of the Act. I would therefore dismiss the appeal with costs.

¹ [1984] 1 S.C.R. 536, at p. 578.

² *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983, at p. 87.

³ For an incisive review, see Brian J. Arnold, "Statutory Interpretation: Some Thoughts on Plain Meaning," *Fiftieth Annual Tax Conference*, Toronto: Canadian Tax Foundation, 1998 (publication forthcoming).

See also "Interpreting the *Income Tax Act*: Towards a Pragmatic Approach", 1999 (unpublished paper).

⁴ [1994] 2 S.C.R. 312, at pp. 326-327.

⁵ [1996] 1 S.C.R. 963, at pp. 976-977.

⁶ Reasons of the Tax Court, at para. 44 [at pp. 2222-2223]. The reasons of the Tax Court are reported at [1998] 3 C.T.C. 2208. All citations will be to the Tax Court's paragraph numbering.

⁷ *J.F. Newton Ltd. v. Thorne Riddell* (1990), 50 B.L.R. 136 (B.C.S.C.), at p. 149.

⁸ See, e.g., H. Stikeman (ed.) *Canada Tax Service*, Vol. 5 (loose-leaf) (Toronto: De Boo), at p. 55-125 (hereinafter *Canada Tax Service*); *Canadian Tax Reporter*, Don Mills (Ont.): CCH Canadian Ltd., at para. 7986.

⁹ In this case a proper understanding of s. 55(2) is informed by reference to s. 113 of the ITA, which attempts to avoid double taxation of intra-corporate dividends. That section reads as follows:

113. (1) Where in a taxation year a corporation resident in Canada has received a dividend on a share owned by it of the capital stock of a foreign affiliate of the corporation, there may be deducted from the income for the year of the corporation for the purpose of computing its taxable income for the year, an amount equal to the aggregate of

(a) an amount equal to such portion of the dividend as is prescribed to have been paid out of the exempt surplus, as defined by regulation (in this Part referred to as "exempt surplus") of the affiliate;

The purpose of s. 113 is to avoid double taxation. S. 55 was enacted with s. 113 in mind, because corporations were using s. 113 to strip gains from foreign affiliates and avoid tax altogether.

¹⁰ See *Canada Tax Service*, *supra* note 8, at p. 55-125.

¹¹ *Canada v. Nassau Walnut Investments Inc.*, [1997] 2 F.C. 279 (C.A.), at p. 287, para. 6 (hereinafter *Walnut Investments*).

affiliées. L'interprétation que l'appelante propose de l'article 55 n'est pas appuyée par les termes de cette disposition et paraît contraire à la fois à l'objet et à l'esprit de la Loi. Je suis donc d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

¹ [1984] 1 R.C.S. 536, à la p. 578.

² *Construction of Statutes*, 2^e éd. Toronto: Butterworths, 1983, à la p. 87.

³ Pour un examen critique, voir Brian J. Arnold, «Statutory Interpretation: Some Thoughts on Plain Meaning», *50^e Conférence annuelle sur la fiscalité*, Toronto: Association canadienne d'études fiscales, 1998 (en cours de publication).

Voir également «Interpreting the *Income Tax Act*: Towards a Pragmatic Approach», 1999 (monographie non publiée).

⁴ [1994] 2 R.C.S. 312, aux p. 326 et 327.

⁵ [1996] 1 R.C.S. 963, aux p. 976 et 977.

⁶ Par. 44 des motifs de la Cour de l'impôt [aux p. 2222 et 2223]. Les motifs de la Cour de l'impôt sont rapportés dans [1998] 3 C.T.C. 2208. Tous les renvois suivent la même numérotation des paragraphes que la Cour de l'impôt.

⁷ *J.F. Newton Ltd. v. Thorne Riddell* (1990), 50 B.L.R. 136 (C.S. C.-B.), à la p. 149.

⁸ Voir, p. ex., H. Stikeman (ouvrage collectif) *Canada Tax Service*, vol. 5 (feuilles mobiles) (Toronto: De Boo), à la p. 55-125 (ci-après cité sous la forme *Canada Tax Service*); *Canadian Tax Reporter*, Don Mills (Ont.): CCH Canadian Ltd., au par. 7986.

⁹ En l'espèce, pour bien comprendre l'art. 55(2), il faut se référer à l'art. 113 de la LIR, qui vise à éviter la double imposition des dividendes entre sociétés affiliées d'un même groupe. Cette disposition prévoit que:

113. (1) Lorsque, dans une année d'imposition, une corporation résidant au Canada a reçu un dividende sur une action qui lui appartenait dans le capital-actions d'une corporation étrangère affiliée de la corporation, il peut être déduit du revenu de la corporation pour l'année, aux fins du calcul de son revenu imposable pour l'année, une somme égale au total des sommes suivantes:

a) un montant égal à la fraction du dividende qui, selon les prescriptions, a été payé sur le surplus exonéré, selon la définition qu'en donne le règlement (appelé dans la présente Partie le surplus exonéré) de la corporation affiliée;

L'art. 113 a pour objet d'éviter la double imposition. L'art. 55 a été édicté en raison même de cet art. 113 qui permettait aux sociétés de dépouiller les gains de sociétés étrangères affiliées et d'éviter que ces sommes soient imposées.

¹⁰ Voir *Canada Tax Service*, *supra*, note 8, à la p. 55-125.

¹¹ *Canada c. Nassau Walnut Investments Inc.*, [1997] 2 C.F. 279 (C.A.), à la p. 287, par. 6 (ci-après cité sous l'appellation *Walnut Investments*).

¹² For a similar review, see *Canada v. Placer Dome Inc.*, [1997] 1 F.C. 780 (C.A.), at pp. 785-786, para. 5 (hereinafter *Placer Dome*).

¹³ See, e.g.: Mark D. Brender, "The Taxation of Corporate Reorganizations: Subsection 55(2): Part 2" (1997), 45 *Can. Tax J.* 806, at pp. 807-808.

¹⁴ *Placer Dome, supra*, note 12, at p. 786, para. 6.

¹⁵ *Walnut Investments, supra*, note 11, at p. 292, para. 17.

¹⁶ *Placer Dome, supra*, note 11, at p. 792, para. 18.

¹⁷ Judgment on appeal, at paras. 5-12 [at pages 2210-2212].

¹⁸ Judgment on appeal, at para. 46 [at p. 2223].

¹⁹ Mark D. Brender, "The Taxation of Corporate Reorganizations: Subsection 55(2): Part 2" (1997), 45 *Can. Tax J.* 806, at p. 819. At p. 824 the author explains why he feels that the losses of a subsidiary should only be calculated if the parent is liable for them, writing that:

I question whether it is fair to state that the losses of a subsidiary *generally* reduce the safe income on hand of the parent corporation. In many cases, it would seem more appropriate to state that safe income should be computed as an aggregation of positive amounts. Under this approach, safe income on hand of a parent corporation would not be reduced by the losses or deficit of a subsidiary, except to the extent that the parent has guaranteed the losses of the subsidiary or is otherwise obligated to fund those losses. For example, assume that a parent corporation has \$1 million of safe income and its subsidiary has a \$1 million deficit and nominal capital. If the parent has not guaranteed the losses of the subsidiary, any value assigned to the shares of the parent will be reasonably attributable to safe income. In these circumstances, the losses of the subsidiary should not be applied to reduce the parent's safe income to zero. To do so would, in effect, suggest that the subsidiary's value is less than zero. Although the subsidiary's shares are worthless, in many cases it would be incorrect to state that they have a negative value, especially where the parent could simply abandon the subsidiary before the sale of its own shares. [Italics in original, underlining added.]

The author draws a broad conclusion, that it would be incorrect to view subsidiary's losses as being of "negative value." The author does concede, however, that in some cases losses of the subsidiary for which the parent is not liable will affect the safe income in the parent. At the end of the day the question is a factual one: what is the value of the safe income in the parent's shares? Put another way, how would a reasonable, informed purchaser of the parent's shares factor the subsidiary's losses into the purchase price?

¹² Pour une analyse analogue, voir *Canada c. Placer Dome Inc.*, [1997] 1 C.F. 780 (C.A.), aux p. 785 et 786, par. 5 (ci-après cité sous l'appellation de *Placer Dome*).

¹³ Voir, p. ex., Mark D. Brender, «The Taxation of Corporate Reorganizations: Subsection 55(2): Part 2» (1997), 45 *Rev. fisc. can.* 806, aux p. 807 et 808.

¹⁴ *Placer Dome, supra*, note 12, à la p. 786, par. 6.

¹⁵ *Walnut Investments, supra*, note 11, à la p. 292, par. 17.

¹⁶ *Placer Dome, supra*, note 11, à la p. 792, par. 18.

¹⁷ Jugement en appel, aux par. 5 à 12 [aux p. 2210 à 2212].

¹⁸ Jugement en appel, au par. 46 [à la p. 2223].

¹⁹ Mark D. Brender, «The Taxation of Corporate Reorganizations: Subsection 55(2): Part. 2» (1997), 45 *Rev. fisc. can.* 806, à la p. 819. À la p. 824, l'auteur explique pourquoi il estime que les pertes d'une société affiliée ne devraient entrer en ligne de compte que si la société mère peut être tenue de les assumer. Il s'exprime en ces termes:

[TRADUCTION] Je me demande s'il est juste de dire que les pertes d'une société affiliée réduisent *en général* le revenu sauf en mains de la société-mère. Souvent, il semblerait plus juste de dire que le revenu sauf devrait être calculé en tant qu'agrégat de chiffres positifs. Dans le cadre de cette démarche, le revenu sauf en mains d'une société mère ne peut être amputé des pertes ou déficits d'une société affiliée, sauf dans la mesure où la société mère s'est portée garante des pertes de la société affiliée ou si elle se voit tenue elle-même de les financer. À supposer, par exemple, qu'une société mère ait un revenu sauf de 1 million de dollars et que sa société affiliée ait un déficit de 1 million de dollars et un capital insignifiant. Si la société mère n'a pas garanti le remboursement des pertes de la société affiliée, toute valeur assignée aux actions de la société mère pourrait raisonnablement être considérée comme attribuable au revenu sauf. En pareilles circonstances, les pertes de la société affiliée ne devraient pas servir à réduire à néant le revenu sauf de la société mère. Ce serait dire, en fait, que la valeur de la société affiliée est inférieure à zéro. Bien que les actions de la société affiliée n'aient aucune valeur, il serait dans de nombreux cas inexact de dire qu'elles ont une valeur négative, surtout lorsque la société mère a la possibilité d'abandonner purement et simplement la société affiliée avant de mettre en vente ses propres actions. [Les italiques se trouvaient déjà dans l'original, mais non les soulèvements.]

L'auteur parvient à une conclusion générale selon laquelle il serait faux de dire que les pertes d'une société affiliée ont une «valeur négative». L'auteur reconnaît, cependant, que dans certains cas, les pertes d'une société affiliée dont n'est cependant pas responsable la société mère affecteront tout de même le revenu sauf de celle-ci. En dernière analyse, il s'agit d'une question de fait: quelle valeur attribue-t-on au revenu sauf lors de l'évaluation des actions de la société mère? Autrement dit, comment un acheteur raisonnable et bien informé analyserait-il, pour calculer la valeur des actions de la société mère, les pertes de la société affiliée?

²⁰ *Id.*, at p. 824.

²¹ See, e.g., Robert Read, "Section 55: A Review of Current Issues." *Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference* (Toronto: Canadian Tax Foundation, 1988).

²² See, e.g., Kirsten Richter, "The removal of accrued gains in capital stock holdings through use of 'safe income'" (1991), 39 *Can. Tax J.* 1349.

²³ For a good example of the kind of consideration in question, see *Trico Industries Ltd. v. Canada*, [1994] 2 C.T.C. 2058 (T.C.C.).

²⁴ Mark D. Brender, "The Taxation of Corporate Reorganizations: Subsection 55(2): Part 2" (1977), 45 *Can. Tax J.* 806, at p. 824.

²⁵ Reasons of the Tax Court, at para. 46 [at p. 2223].

²⁶ [1997] 1 F.C. 780 (C.A.).

²⁷ [1997] 2 F.C. 279 (C.A.).

²⁸ [1985] 2 S.C.R. 46.

²⁹ See P. W. Hogg and J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law*, Scarborough (Ont.): Carswell, 1995, s. 19.5(a)(ii) "Taxation of Corporations", at p. 424.

³⁰ [1997] 3 C.T.C. 3053 (T.C.C.).

³¹ *Id.*, at p. 3068.

³² See *Crown Forest Industries Ltd. v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 802, at p. 823.

³³ [1986] 1 CTC 2288 (T.C.C.).

³⁴ *Id.*, at pp. 2289-2290.

²⁰ *Id.*, à la p. 824.

²¹ Voir, p. ex., Robert Read, «Section 55: A Review of Current Issues». *Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference* (Toronto: L'Association canadienne d'études fiscales, 1988).

²² Voir, p. ex., Kirsten Richter, «The removal of accrued gains in capital stock holdings through use of "safe income"». (1991), 39 *Rev. fisc. can.* 1349.

²³ Voir *Trico Industries Ltd. c. Canada*, [1994] 2 C.T.C. 2058 (C.C.I.), à titre d'exemple de ce genre de considération.

²⁴ Mark D. Brender, «The Taxation of Corporate Reorganizations: Subsection 55(2): Part 2» (1977), 45 *Rev. fisc. can.* 806, à la p. 824.

²⁵ Par. 46 des motifs de la Cour de l'impôt [à la p. 2223].

²⁶ [1997] 1 C.F. 780 (C.A.).

²⁷ [1997] 2 C.F. 279 (C.A.).

²⁸ [1985] 2 R.C.S. 46.

²⁹ Voir P. W. Hogg et J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law*, Scarborough (Ont.): Carswell, 1995, art. 19.5a)(ii) «Taxation of Corporations», à la p. 424.

³⁰ [1997] 3 C.T.C. 3053 (C.C.I.).

³¹ *Id.*, à la p. 3068.

³² Voir *Crown Forest Industries Ltd. c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 802, à la p. 823.

³³ [1986] 1 CTC 2288 (C.C.I.).

³⁴ *Id.*, aux p. 2289 et 2290.

T-374-99

Animal Alliance of Canada, Animal Protection Institute, Canadian Environmental Defence Fund, Dene Nation, and Zoocheck Canada Inc. (Applicants)

v.

The Attorney General of Canada and The Minister of the Environment (Respondents)

INDEXED AS: ANIMAL ALLIANCE OF CANADA v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)

Trial Division, Gibson J.—Toronto, April 14; Ottawa, May 13, 1999.

Environment — Regulations Amending Migratory Birds Regulations ultra vires in so far as purporting to authorize killing of Ross geese and other species not easily distinguishable from snow geese during certain periods — Nothing in Migratory Birds Convention Act, 1994 or Migratory Birds Convention to support provisions of Amending Regulations relating thereto.

This was an application for judicial review in respect of the making by the Governor in Council, on the recommendation of the Minister of the Environment, of the *Regulations Amending the Migratory Birds Regulations* (Amending Regulations) creating a special hunting season in which hunters may kill certain overabundant species of snow geese, including Ross geese and other species not easily distinguishable from snow geese. The Amending Regulations were enacted to curtail the rapid populations growth and reduce population size to a level consistent with the carrying capacity of breeding habitats. The applicants argued (1) that the Amending Regulations were in conflict with the 1916 *Migratory Birds Convention* and therefore *ultra vires* the implementing legislation; (2) that the Amending Regulations also contravened the purpose of the Convention; (3) that Environment Canada was attempting through these Regulations to regulate the environment; (4) that there was unlawful sub-delegation and fettering of discretion; (5) that the failure to follow Environment Canada's policy for regulating wildlife and Treasury Board's Federal Regulatory Policy violated the law and doctrine of legitimate expectation; (6) that the Regulations were based on erroneous findings of fact made in a perverse or capricious manner or without proper regard to the relevant material; (7) that there was no legal basis for including the Ross geese as a species that could be hunted outside the close season; (8) that the Regulations violated the rights of the Aboriginal Peoples.

T-374-99

Alliance animale du Canada, Animal Protection Institute, Canadian Environmental Defence Fund, la Nation dénée, et Zoocheck Canada Inc. (demandeurs)

c.

Le procureur général du Canada et le ministre de l'Environnement (défendeurs)

RÉPERTORIÉ: ALLIANCE ANIMALE DU CANADA c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Gibson—Toronto, 14 avril; Ottawa, 13 mai 1999.

Environnement — Le Règlement modifiant le Règlement sur les oiseaux migrateurs est ultra vires dans la mesure où il entend autoriser la chasse aux oies de Ross et à d'autres espèces d'oiseaux difficiles à distinguer des oies des neiges pendant certaines périodes — Rien dans la Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs ni dans la Convention sur les oiseaux migrateurs n'appuie les dispositions du Règlement modificateur ayant trait à cette autorisation.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire concernant l'adoption proposée par le gouverneur en conseil, sur recommandation du ministre de l'Environnement, du *Règlement modifiant le Règlement sur les oiseaux migrateurs* (le Règlement modificateur) créant une saison de chasse spéciale au cours de laquelle les chasseurs pouvaient prendre des espèces surabondantes d'oies des neiges, y compris les oies de Ross et d'autres espèces d'oiseaux difficiles à distinguer des oies des neiges. Le Règlement modificateur a été adopté pour réduire la croissance rapide de la population et ramener cette population à un niveau compatible avec la capacité porteuse des habitats de reproduction. Les demandeurs prétendent 1) que le Règlement modificateur est en contradiction avec la *Convention concernant les oiseaux migrateurs* de 1916 et qu'il est donc *ultra vires* de la loi d'application; 2) que le Règlement modificateur contrevient également à l'objet de la Convention; 3) qu'Environnement Canada essaie par ce règlement de réglementer l'environnement; 4) qu'il y a eu sous-délégation illégale et entrave à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire; 5) que l'omission de suivre la politique d'Environnement Canada concernant la réglementation de la faune et la politique de réglementation fédérale du Conseil du Trésor contrevient à la loi et à la doctrine des attentes légitimes; 6) que le règlement se fonde sur des conclusions de faits erronés tirées de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments disponibles; 7) qu'il n'y a aucun fondement légalement valide pour autoriser la chasse aux

Held, the *Regulations Amending the Migratory Birds Regulations* were *ultra vires* only in so far as they purported to authorize the killing of Ross geese and other species that are not easily distinguishable from snow geese, during the periods and in the areas or districts specified in Table 1.2 set out in those Regulations.

The question to be addressed on this application was whether or not the Governor in Council, in enacting the Amending Regulations, failed to observe a condition precedent to the exercise of its power or exceeded its jurisdiction. The motives for adopting the Amending Regulations were not to be investigated or questioned.

The *Migratory Birds Convention* entered into in 1916 between Canada and the United States of America was directed to ensuring the preservation of certain migratory birds, including snow geese and Ross geese, by restricting the hunting season for these birds. Article VII of the Convention contemplated "permits to kill" snow geese and Ross geese during the "close season" "under extraordinary conditions". The stated purpose of the *Migratory Birds Convention Act, 1994*, which replaced a former implementing legislation, was to implement the Convention by protecting migratory birds and nests. Subsection 12(1) thereof authorized the Governor in Council to make regulations providing for the periods during which migratory birds may be killed, captured or taken.

While the Amending Regulations were justified under the Act and Convention in order to deal with the overabundance of the snow goose population, amounting to extraordinary conditions which could become seriously injurious to the arctic ecosystem, there was nothing on the face of subsection 12(1) of the Act and Article VII of the Convention to support those provisions of the Amending Regulations relating to Ross geese and "other species that are not easily distinguishable from snow geese".

The applicants have not met the onus of establishing that there had been unlawful sub-delegation and fettering of discretion by letting the Trilateral Committee representing Mexico, the United States of America and Canada identify the species to be considered as having overabundant populations.

The failure to follow Environment Canada's policy for regulating wildlife and the Treasury Board of Canada's Federal Regulatory Policy did not violate the law and the doctrine of legitimate expectation. There were no omissions on the part of the Minister.

oies de Ross en dehors du temps prohibé; 8) que le Règlement porte atteinte aux droits des peuples autochtones.

Jugement: le Règlement modifiant le Règlement sur les oiseaux migrateurs est *ultra vires* dans la mesure seulement où il entend autoriser la chasse aux oies de Ross et à d'autres espèces difficiles à distinguer des oies des neiges, au cours des périodes et dans les régions énumérées au tableau 1.2 du Règlement.

La question que la Cour doit examiner dans cette demande est de savoir si le gouverneur en conseil, en adoptant le Règlement modificateur, n'a pas observé une condition préalable à l'exercice de son pouvoir ou s'il a outrepassé sa compétence. La Cour n'a ni le droit ni l'obligation d'enquêter sur les motifs qui ont incité le gouverneur en conseil à prendre le Règlement modificateur ou de les remettre en question.

La Convention concernant les oiseaux migrateurs, conclue en 1916 entre le Canada et les États-Unis d'Amérique avait pour but d'assurer la conservation de certains oiseaux migrateurs, y compris les oies des neiges et les oies de Ross, en restreignant la période de chasse de ces oiseaux. L'article VII de la Convention autorise la délivrance de «permis de tuer» des oies des neiges et des oies de Ross pendant le «temps prohibé» «dans des circonstances extraordinaires». L'objet avoué de la *Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs*, qui a remplacé l'ancienne loi d'application, est de mettre en œuvre la Convention par la protection des oiseaux migrateurs et de leurs nids. Le paragraphe 12(1) autorise donc le gouverneur en conseil à prendre des règlements pour fixer les périodes pendant lesquelles il est permis de tuer, de capturer ou de prendre des oiseaux migrateurs.

Bien que le Règlement modificateur ait été justifié en vertu de la Loi et de la Convention pour réduire la surabondance d'oies des neiges, qui constitue des «conditions extraordinaires» pouvant avoir de graves répercussions sur l'écosystème arctique, il n'y a rien dans le paragraphe 12(1) de la Loi et à l'article VII de la Convention pour appuyer les dispositions du Règlement modificateur ayant trait aux oies de Ross et à «d'autres espèces difficiles à distinguer des oies des neiges».

Les demandeurs ne se sont pas acquittés du fardeau qui leur incombait d'établir qu'il y a eu sous-délégation illégale et entrave à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire en laissant au comité trilatéral, représentant le Mexique, les États-Unis d'Amérique et le Canada, le soin de désigner les espèces surabondantes.

L'omission de suivre la politique d'Environnement Canada concernant la réglementation de la faune et la politique de réglementation fédérale du Conseil du Trésor ne contrevient pas à la loi ni à la doctrine des attentes légitimes. Il n'y a pas eu d'omission de la part du ministre.

Except as previously noted in relation to Ross geese and other species that are not easily distinguishable from snow geese, there was no reviewable error in the nature of an erroneous finding of fact made in a perverse or capricious manner or without proper regard to relevant material.

While there was no doubt that the Amending Regulations impact on traditional and constitutionally protected interests of First Nations peoples and, perhaps, also on Treaty interests, there were consultations and, on the evidence, it could not be determined that the Amending Regulations constituted a *prima facie* infringement of Aboriginal rights.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].
- Migratory Birds Convention*, Arts. I, II, VII, Schedule to the *Migratory Birds Convention Act, 1994*, S.C. 1994, c. 22.
- Migratory Birds Convention Act, 1994*, S.C. 1994, c. 22, ss. 4, 12.
- Migratory Birds Convention Act (The)*, S.C. 1917, c. 18.
- Regulations Amending the Migratory Birds Regulations*, SOR/99-147.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al., [1980] 2 S.C.R. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Angus v. Canada*, [1990] 3 F.C. 410; (1990), 72 D.L.R. (4th) 672; 5 C.E.L.R. (N.S.) 157; 111 N.R. 321 (C.A.); *Thorne's Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 106; (1983), 143 D.L.R. (3d) 577; 46 N.R. 91; *Re Doctors Hospital and Minister of Health et al.* (1976), 12 O.R. (2d) 164; 68 D.L.R. (3d) 220; 1 C.P.C. 232 (Div. Ct.); *Pulp, Paper and Woodworkers of Canada, Local 8 et al. v. Canada (Minister of Agriculture) et al.* (1994), 174 N.R. 37 (F.C.A.); *Halfway River First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [1998] 4 W.W.R. 283; (1997), 39 B.C.L.R. (3d) 227; [1997] 4 C.N.L.R. 45 (S.C.); *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 324; [1996] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241.

CONSIDERED:

R. v. Badger, [1996] 1 S.C.R. 771; (1996), 133 D.L.R. (4th) 324; [1996] 4 W.W.R. 457; 181 A.R. 321; 37

Sauf pour ce qui a été noté précédemment concernant les oies de Ross et autres espèces difficiles à distinguer des oies des neiges, il n'y a pas d'erreur susceptible de contrôle qui serait de la nature d'une conclusion de fait erronée tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments disponibles.

Bien qu'il ne fasse aucun doute que le Règlement modificateur ait des répercussions sur les intérêts ancestraux des Premières nations protégés par la Constitution et, peut-être aussi, sur les intérêts issus de traités, il y a eu des consultations et, d'après la preuve, la Cour n'a pu conclure que le Règlement modificateur constitue une atteinte *prima facie* aux droits des Autochtones.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Convention concernant les oiseaux migrateurs*, Art. I, II, VII, annexe de la *Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs*, L.C. 1994, ch. 22.
- Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].
- Loi de la Convention concernant les oiseaux migrateurs*, S.C. 1917, ch. 18.
- Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs*, L.C. 1994, ch. 22, art. 4, 12.
- Règlement modifiant le Règlement sur les oiseaux migrateurs*, DORS-99-147.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre, [1980] 2 R.C.S. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Angus c. Canada*, [1990] 3 C.F. 410; (1990), 72 D.L.R. (4th) 672; 5 C.E.L.R. (N.S.) 157; 111 N.R. 321 (C.A.); *Thorne's Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autre*, [1983] 1 R.C.S. 106; (1983), 143 D.L.R. (3d) 577; 46 N.R. 91; *Re Doctors Hospital and Minister of Health et al.* (1976), 12 O.R. (2d) 164; 68 D.L.R. (3d) 220; 1 C.P.C. 232 (C. div.); *Travailleurs des pâtes, des papiers et du bois du Canada, Section locale 8 et al. c. Canada (Ministre de l'Agriculture) et al.* (1994), 174 N.R. 37 (C.A.F.); *Halfway River First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [1998] 4 W.W.R. 283; (1997), 39 B.C.L.R. (3d) 227; [1997] 4 C.N.L.R. 45 (C.S.); *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 324; [1996] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

R. c. Badger, [1996] 1 R.C.S. 771; (1996), 133 D.L.R. (4th) 324; [1996] 4 W.W.R. 457; 181 A.R. 321; 37

Alta. L.R. (3d) 153; 105 C.C.C. (3d) 289; [1996] 2 C.N.L.R. 77; 195 N.R. 1; 116 W.A.C. 321; *Makivik Corp. v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, [1999] 1 F.C. 38; (1998), 164 D.L.R. (4th) 463; [1998] 4 C.N.L.R. 68; 151 F.T.R. 69 (T.D.).

REFERRED TO:

Schavernoch v. Foreign Claims Commission et al., [1982] 1 S.C.R. 1092; (1982), 136 D.L.R. (3d) 447; 44 N.R. 166; *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; *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; *Salomon v. Commissioners of Customs and Excise*, [1967] 2 Q.B. 116 (C.A.); *Vic Restaurant v. The City of Montreal*, [1959] S.C.R. 58; (1959), 17 D.L.R. (2d) 81; *Bates v. Lord Hailsham*, [1972] 1 W.L.R. 1373 (Ch. D.); *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; (1978), 88 D.L.R. (3d) 671; 78 CLLC 14,181; 23 N.R. 410.

AUTHORS CITED

Arctic Goose Habitat Working Group. *Arctic Ecosystems in Peril: Report*. Washington, D.C.: U.S. Fish and Wildlife Service, 1997.

Arctic Goose Habitat Working Group. *The Greater Snow Goose: Report*. Washington, D.C.: U.S. Fish and Wildlife Service, 1998.

Objectives and Guidelines for Establishment of National Regulations for Migratory Game Bird Hunting, revised September 1997, Appendix A to "Migratory Game Birds in Canada Proposals for 1999/2000 Hunting Regulations", December 31, 1998.

133 *Canada Gazette, Part I*, p. 227 (30 January, 1999).

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPLICATION for judicial review attacking the *Regulations Amending the Migratory Birds Regulations*. The Amending Regulations are *ultra vires* in so far as they purport to authorize the killing of Ross geese and other species that are not easily distinguishable from snow geese, during the periods and in the areas or districts specified in Table 1.2 set out in those Regulations.

APPEARANCES:

David Estrin and *Lesli Bisgould* for applicants.

Alta. L.R. (3d) 153; 105 C.C.C. (3d) 289; [1996] 2 C.N.L.R. 77; 195 N.R. 1; 116 W.A.C. 321; *Société Makivik c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [1999] 1 C.F. 38; (1998), 164 D.L.R. (4th) 463; [1998] 4 C.N.L.R. 68; 151 F.T.R. 69 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Schavernoch c. Commission des réclamations étrangères et autres, [1982] 1 R.C.S. 1092; (1982), 136 D.L.R. (3d) 447; 44 N.R. 166; *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; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal 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; *Salomon v. Commissioners of Customs and Excise*, [1967] 2 Q.B. 116 (C.A.); *Vic Restaurant v. The City of Montreal*, [1959] R.C.S. 58; (1959), 17 D.L.R. (2d) 81; *Bates v. Lord Hailsham*, [1972] 1 W.L.R. 1373 (Ch. D.); *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; (1978), 88 D.L.R. (3d) 671; 78 CLLC 14,181; 23 N.R. 410.

DOCTRINE

Arctic Goose Habitat Working Group. *Arctic Ecosystems in Peril: Report*. Washington, D.C.: U.S. Fish and Wildlife Service, 1997.

Arctic Goose Habitat Working Group. *The Greater Snow Goose: Report*. Washington, D.C.: U.S. Fish and Wildlife Service, 1998.

Objectives and Guidelines for Establishment of National Regulations for Migratory Game Bird Hunting, revised September 1997, Appendix A to "Migratory Game Birds in Canada Proposals for 1999/2000 Hunting Regulations", December 31, 1998.

133 *Gazette du Canada, Partie I*, p. 227 (30 janvier 1999).

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

DEMANDE de contrôle judiciaire contestant le *Règlement modifiant le Règlement sur les oiseaux migrateurs*. Le Règlement modificateur est *ultra vires* dans la mesure où il entend autoriser la chasse aux oies de Ross et à d'autres espèces difficiles à distinguer des oies des neiges, au cours des périodes et dans les zones désignées au tableau 1.2 du Règlement.

ONT COMPARU:

David Estrin et *Lesli Bisgould*, pour les demandeurs.

Peter A. Vita, Q.C. and Cassandra Kirewskie for respondents.

Peter A. Vita, c.r. et Cassandra Kirewskie pour les défendeurs.

SOLICITORS OF RECORD:

Gowling, Strathy & Henderson, Toronto, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Gowling, Strathy & Henderson, Toronto, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada, pour les défendeurs.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

GIBSON J.:

LE JUGE GIBSON:

(1) INTRODUCTION

1) INTRODUCTION

[1] By P.C. 1999-526, dated March 25, 1999,¹ the Governor in Council, on the recommendations of the Minister of the Environment, pursuant to section 12 of the *Migratory Birds Convention Act, 1994*,² enacted *Regulations Amending the Migratory Birds Regulations* (the Amending Regulations). [. . .] A draft of the Amending Regulations, subsequently somewhat modified before enactment, was published in the *Canada Gazette, Part I* on January 30, 1999.³ [. . .]

[1] Par le décret C.P. 1999-526 en date du 25 mars 1999¹, le gouverneur en conseil, sur recommandation du ministre de l'Environnement et en vertu de l'article 12 de la *Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs*², a adopté le *Règlement modifiant le Règlement sur les oiseaux migrateurs* (le Règlement modificateur) [. . .] Une version préliminaire du Règlement modificateur, qui a été considérablement modifié avant son adoption, a été publiée dans la *Gazette du Canada, Partie I* le 30 janvier 1999³. [. . .]

[2] The respondents' explanation of the circumstance giving rise to the Amending Regulations and of their substance is succinctly summarized in the first three paragraphs of the Regulatory Impact Analysis Statement under the heading "*Description*". Those three paragraphs are quoted here for ease of reference:

[2] L'explication fournie par les défendeurs au sujet des circonstances qui ont mené à l'adoption du Règlement modificateur et de son contenu est résumée brièvement dans les trois premiers paragraphes du Résumé de l'étude d'impact de la réglementation sous la rubrique «*Description*». Ces trois paragraphes sont reproduits ci-dessous pour en faciliter la consultation:

Description

Description

In recent years, populations of greater and mid-continent lesser snow geese have dramatically risen. The rapid population growth is attributed to increased food availability during winter months from agricultural operations, and a declining rate of mortality. As a result, these birds are no longer controlled by the carrying capacity of winter habitat as they were previously. Analysis of their effects on staging and arctic breeding habitats shows that key habitats for migratory birds and other wildlife are being adversely

Ces dernières années, les populations de Grandes Oies des neiges et de Petites Oies des neiges du milieu du continent ont augmenté radicalement. La croissance rapide des populations est attribuée à la disponibilité accrue de la nourriture pendant les mois d'hiver provenant des exploitations agricoles et à une diminution du taux de mortalité. En conséquence, ces oiseaux ne sont plus contrôlés par la capacité porteuse de l'habitat hivernal comme c'était le cas auparavant. L'analyse de leurs effets sur les aires de repos

affected by overuse. Left unchecked, overabundant snow goose populations may become seriously injurious to migratory birds themselves, and will compromise the biological diversity of the arctic ecosystem.

To curtail the rapid population growth and reduce population size to a level consistent with the carrying capacity of breeding habitats, the mortality rate must be increased by two to three times the current level. This amendment to the *Migratory Birds Regulations* creates a special season in which hunters may take overabundant species for conservation reasons. This will help protect and restore the biological diversity of arctic wetland ecosystems and the ecosystems of important migration and wintering areas by reducing the population size of overabundant snow goose populations. This will be accomplished by extending the time periods during which hunting may take place (e.g. spring and/or early fall, outside the dates of the regular hunting season). In 1999, this will occur in selected local areas of the Provinces of Quebec and Manitoba. Hunters also will be allowed to use special hunting methods and equipment, including electronic calls, hunt in lure crops, and use artificial or natural bait, each in specified local areas as determined in consultation with the provincial government and local communities.

Finally, this amendment will allow for an increase in the harvest of Ross geese. Ross geese and snow geese frequent the same areas and cannot be easily distinguished when hunting. The Ross goose population can withstand increased harvest pressure because the population size is increasing rapidly, and is at a record high level.

[3] One feature of the Amending Regulations not mentioned in the foregoing quotation is that the Amending Regulations also authorized the killing of species of birds other than snow geese and Ross geese "that are not easily distinguishable" from snow geese and Ross geese.

(2) NATURE OF THE PROCEEDING GIVING RISE TO THESE REASONS

[4] By application filed March 4, 1999, the applicants sought judicial review "In respect of the proposed making by the Governor in Council on the recommendation of the Minister of Environment of"

et de reproduction dans l'Arctique montre que les principaux habitats des oiseaux migrateurs et d'autres espèces sauvages sont touchés défavorablement par l'utilisation excessive. Si on n'intervient pas, les populations surabondantes d'Oies des neiges pourraient avoir de graves répercussions sur les oiseaux migrateurs eux-mêmes et compromettront sérieusement la diversité biologique de l'écosystème arctique.

Pour réduire la croissance rapide de la population et ramener cette population à un niveau compatible avec la capacité porteuse des habitats de reproduction, le taux de mortalité doit être multiplié par deux ou trois. Cette modification au *Règlement sur les oiseaux migrateurs* établit une saison spéciale au cours de laquelle les chasseurs peuvent prendre des espèces surabondantes pour des raisons de conservation. Cette initiative aidera à protéger et à restaurer la diversité biologique des écosystèmes des terres humides arctiques et les écosystèmes de migration importantes ainsi que les aires d'hivernage en réduisant la taille des populations d'Oies des neiges surabondantes. Pour ce faire, on prolongera les périodes de chasse (ex. au printemps ou au début de l'automne, en dehors des dates de la saison de chasse régulière). En 1999, cette chasse sera autorisée dans des secteurs locaux sélectionnés des provinces de Québec et du Manitoba. Il sera également permis aux chasseurs d'utiliser des techniques et de l'équipement de chasse spéciaux, y compris les appeaux électroniques, de chasser dans les cultures de diversion et d'utiliser des appâts artificiels ou naturels, dans les secteurs locaux déterminés en consultation avec le gouvernement provincial et les collectivités locales.

Enfin, cette modification proposée permettra une augmentation de la prise des Oies de Ross. Les Oies de Ross et les Oies des neiges fréquentent les mêmes aires et il n'est pas facile de les distinguer en chassant. La population des Oies de Ross peut supporter une prise accrue parce que la taille de la population augmente rapidement et est à un niveau élevé record.

[3] L'un des aspects du Règlement modificateur qui n'est pas mentionné dans le passage précité est que celui-ci autorisait également la prise d'espèces d'oiseaux autres que les oies des neiges et les oies de Ross «difficiles à distinguer» de ces deux espèces.

2) NATURE DE L'INSTANCE À L'ORIGINE DES PRÉSENTS MOTIFS

[4] Dans une demande déposée le 4 mars 1999, les demandeurs recherchaient le contrôle judiciaire [TRADUCTION] «dans une affaire intéressant l'adoption proposée par le gouverneur en conseil sur recomman-

the Amending Regulations as they were published in the *Canada Gazette, Part I* on January 30, 1999.

[5] The application for judicial review was filed before the Amending Regulations were enacted. Thus, the application recited reliefs contingent upon a decision prior to enactment of the Amending Regulations. Since the application was not heard until after the Amending Regulations were enacted, much of the relief originally sought has become outdated.

[6] On the face of the applicants' memorandum of fact and law, the relief sought was reduced to the following:

The Applicants respectfully request an order declaring SOR/99-147 registered on March 25, 1999, The Regulations Amending the Migrating [sic] Birds Regulations, are *ultra vires*, unlawful, violate s. 35 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [sic] and are of no force and effect.

(3) THE GROUNDS URGED IN SUPPORT OF THE RELIEF SOUGHT

[7] Once again I turn to the applicants' memorandum of fact and law where nine grounds are urged as supporting the relief sought. They are in the following terms:

- A. The challenged regulation conflicts with the 1916 Migratory Birds Convention and is therefore *ultra vires* the implementing legislation. The 1916 Convention has as its raison d'être the protection of migratory birds from hunting and other human initiated actions which kill or threaten such birds. The Migratory Birds Convention Act's stated purpose is to "implement the Convention". However, a central aspect of the challenged regulation is to authorize a new spring hunting season in order to drastically reduce the population of certain geese species.
- B. The challenged regulation also contravenes the purpose of the Convention because the purpose of the Convention (and therefore the ambit of a regulation under the Act) is restricted to protect migratory birds during the nesting season or while on their way to and from the breeding grounds, whereas one desired Environment

«du ministre de l'Environnement», du Règlement modificateur tel qu'il a paru dans la *Gazette du Canada, Partie I* du 30 janvier 1999.

[5] La demande de contrôle judiciaire a été déposée avant l'adoption du Règlement modificateur. Elle faisait donc état de réparations se rapportant à une décision antérieure à l'adoption du Règlement modificateur. Comme la demande n'a pas été entendue avant l'adoption du Règlement modificateur, une bonne partie des réparations initialement demandées n'ont plus de raison d'être.

[6] Au regard du mémoire des faits et du droit des demandeurs, la réparation demandée est réduite à ce qui suit:

[TRADUCTION] Les demandeurs demandent respectueusement une ordonnance déclarant que le document DORS/99-147 enregistré le 25 mars 1999, soit le *Règlement modifiant le Règlement sur les oiseaux migrateurs*, est *ultra vires* et illégal, qu'il contrevient à l'article 35 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et est inopérant.

3) MOYENS SOULEVÉS À L'APPUI DE LA RÉPARATION DEMANDÉE

[7] Je reviens de nouveau au mémoire des faits et du droit des demandeurs qui expose neuf moyens à l'appui de la réparation demandée. Ils sont rédigés dans les termes suivants:

[TRADUCTION]

- A. Le règlement contesté est en contradiction avec la Convention de 1916 concernant les oiseaux migrateurs et il est donc *ultra vires* de la loi d'application. La Convention de 1916 a pour but de protéger les oiseaux migrateurs contre la chasse et d'autres initiatives de l'homme ayant pour but de tuer ou de menacer la survie de ces oiseaux. La Loi sur la convention des oiseaux migrateurs a pour objet explicite «la mise en œuvre de la Convention». Toutefois, l'un des principaux aspects du règlement contesté est d'autoriser une nouvelle saison de chasse au printemps afin de réduire substantiellement la population de certaines espèces d'oiseaux.
- B. Le règlement contesté contrevient également à l'objet de la Convention parce que la portée de celle-ci (et par conséquent la portée de tout règlement établi en vertu de la Loi) est limitée à la protection des oiseaux migrateurs au cours de la saison de reproduction ou pendant qu'ils se rendent à leurs aires de reproduction

Canada result of the challenged regulation is to "increase hunting opportunities and harvest pressure on these species" by allowing these geese to be shot while on their way to the breeding grounds.

- | | |
|--|---|
| <p>C. Environment Canada is attempting through this regulation to regulate the environment. This is a matter in respect of which the Migratory Birds Convention provides no authority.</p> <p>D. The regulation is not authorized by either Article II or VII of the Convention.</p> <p>E. Unlawful Sub-Delegation and Fettering of Discretion.</p> <p>F. The failure to follow Environment Canada's Policy for regulating wildlife and the Treasury Board of Canada's Federal Regulatory Policy violates the law and the doctrine of legitimate expectation.</p> <p>G. The Regulation is based on erroneous findings of fact made in a perverse or capricious manner or without proper regard to relevant material.</p> <p>H. Assuming there is a legally valid basis for the challenged regulation, there is nevertheless no legal basis whatsoever for this regulation to include Ross' geese as a species that can be hunted outside the close season.</p> <p>I. (i) The actions of the Minister and the Governor in Council in formulating and making these regulations have violated and constitute a continuing fundamental deprivation of the constitutionally protected rights of Aboriginal peoples to be meaningfully consulted and involved in respect of governmental actions, programmes and permitting activities related to wildlife resources in respect of which Aboriginal peoples have traditional, Treaty, and constitutionally protected interests.</p> <p>(ii) The Minister and the Governor in Council have ignored and breached their fiduciary duty to Aboriginal peoples, which duty requires, <i>inter alia</i>, that the Minister and the Governor in Council obtain and objectively consider information as to the likely impacts that the regulations will have on Aboriginal persons, communities and the wildlife upon which they depend or have interests, prior to formulating and advocating such proposals, and avoid such actions where negative impacts are likely.</p> | <p>ou qu'ils en reviennent, alors que l'un des résultats qu'Environnement Canada attend du règlement contesté est «d'augmenter les possibilités de chasse et de prise de ces espèces» en permettant aux chasseurs de tirer sur ces oies pendant leur trajet vers les aires de reproduction.</p> <p>C. Environnement Canada essaie par ce règlement de réglementer l'environnement. La Convention des oiseaux migrateurs ne lui confère aucun pouvoir à cet égard.</p> <p>D. Le règlement n'est pas autorisé par l'article II ou VII de la Convention.</p> <p>E. Il y a eu sous-délégation illégale et entrave à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.</p> <p>F. L'omission de suivre la politique d'Environnement Canada concernant la réglementation de la faune et la politique de réglementation fédérale du Conseil du Trésor du Canada contrevient à la loi et à la doctrine des attentes légitimes.</p> <p>G. Le règlement se fonde sur des conclusions de faits erronées tirées de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments disponibles.</p> <p>H. En supposant que le règlement contesté ait un fondement légalement valide, il n'en va pas de même des dispositions du règlement qui autorise la chasse aux oies de Ross en dehors du temps prohibé.</p> <p>I. (i) Les mesures prises par le ministre et le gouverneur en conseil dans la formulation et la prise de ces règlements ont contrevenu aux droits des autochtones, protégés par la Constitution, d'être consultés au sujet des mesures, des programmes et des activités autorisés par le gouvernement concernant les ressources fauniques, à l'égard desquelles les autochtones ont des droits ancestraux, issus de traités et protégés par la Constitution, et de participer à ces mesures et programmes, et constituent un déni fondamental permanent de ces droits.</p> <p>(ii) Le ministre et le gouverneur en conseil ont ignoré et contrevenu à leur obligation de fiduciaire à l'égard des autochtones, qui les oblige, notamment, à obtenir des renseignements quant aux répercussions probables que le règlement aura sur les autochtones, les collectivités autochtones et la faune dont ils dépendent pour leur subsistance ou à l'égard de laquelle ils ont des droits, à examiner objectivement ces renseignements avant de formuler et de recommander des propositions semblables, et à s'abstenir de prendre ces mesures en cas de répercussions négatives probables.</p> |
|--|---|

(4) STANDARD OF REVIEW

[8] Counsel for the respondents urged that, although the exercise of statutory authority vested in the Governor in Council is not beyond review, as a general rule, decisions made by the Governor in Council in matters of public convenience and general policy are final and are not reviewable in legal proceedings.

[9] In *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*,⁴ Mr. Justice Estey, for a unanimous Supreme Court of Canada, wrote at page 748:

Let it be said at the outset that the mere fact that a statutory power is vested in the Governor in Council does not mean that it is beyond review. If that body has failed to observe a condition precedent to the exercise of that power, the court can declare that such purported exercise is a nullity.

At page 752, Mr. Justice Estey continued:

It is not helpful in my view to attempt to classify the action or function by the Governor in Council (or indeed the Lieutenant-Governor in Council acting in similar circumstances) into one of the traditional categories established in the development of administrative law. . . . in my view the essence of the principle of law here operating is simply that in the exercise of a statutory power the Governor in Council, like any other person or group of persons, must keep within the law as laid down by Parliament or the Legislature. Failure to do so will call into action the supervising function of the superior court whose responsibility is to enforce the law, that is to ensure that such actions as may be authorized by statute shall be carried out in accordance with its terms, or that a public authority shall not fail to respond to a duty assigned to it by statute.

[10] In *Angus v. Canada*,⁵ Mr. Justice MacGuigan wrote at page 420 with reference to the *Inuit Tapirisat* decision just quoted from:

. . . "the discretion of the Governor in Council is complete provided he observes the jurisdictional boundaries" of the provision. It is also common ground that this legislative power of the Governor in Council is subject to judicial review if he has failed to observe any condition precedent to the exercise of the power.

None of the foregoing regarding the principles against which this Court should review the action of the

4) NORME DE CONTRÔLE

[8] L'avocat des intimés fait valoir que, bien que l'exercice du pouvoir conféré au gouverneur en conseil n'échappe pas au contrôle, en règle générale, les décisions prises par le gouverneur en conseil sur des questions d'intérêt public et de politique générale sont définitives et ne peuvent faire l'objet d'un contrôle dans le cadre de poursuites judiciaires.

[9] Dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*⁴, le juge Estey, exprimant le jugement unanime de la Cour suprême du Canada, écrit à la page 748:

Il faut dire tout de suite que la simple attribution par la loi d'un pouvoir au gouverneur en conseil ne signifie pas que son exercice échappe à toute révision. Si ce corps constitué n'a pas respecté une condition préalable à l'exercice de ce pouvoir, la cour peut déclarer ce prétendu exercice nul.

Le juge Estey poursuit ainsi à la page 752:

Il est inutile, à mon avis, d'essayer de classer l'action du gouverneur en conseil ou sa fonction (ou celles du lieutenant-gouverneur en conseil dans des situations semblables) dans l'une des catégories traditionnelles établies en droit administratif. [. . .] à mon avis, l'essentiel du principe de droit applicable en l'espèce est simplement que dans l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi, le gouverneur en conseil, comme n'importe quelle autre personne ou groupe de personnes, doit respecter les limites de la loi édictée par le Parlement ou la Législature. Y déroger déclenche le rôle de la surveillance de la cour supérieure qui a la responsabilité de faire appliquer la loi, c'est-à-dire de s'assurer que les actes autorisés par la loi sont accomplis en conformité avec ses dispositions ou qu'une autorité publique ne se dérobe pas à une obligation qu'elle lui impose.

[10] Dans l'arrêt *Angus c. Canada*⁵, le juge MacGuigan écrit à la page 420 en faisant référence à l'arrêt *Inuit Tapirisat*, qui vient d'être cité:

[. . .] «le gouverneur en conseil a entière discrétion dans la mesure où il respecte les limites fixées à sa compétence» par la disposition visée. Les parties reconnaissent aussi que le pouvoir législatif du gouverneur en conseil est susceptible de révision judiciaire s'il n'a pas observé l'une des conditions préalables à l'exercice de ce pouvoir.

Rien de ce qui a été dit précédemment au sujet des principes au regard desquels la présente Cour devrait

Governor in Council here at issue was seriously disputed before me. Accordingly, the questions that the Court on this application should address are whether or not the Governor in Council, in enacting the Amending Regulations, failed to observe a condition precedent to the exercise of its power or exceeded its jurisdiction.

[11] Finally on the issue of the standard of review, I am guided by the words of Chief Justice Dickson in *Thorne's Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al.*,⁶ where he wrote at page 112:

It is neither our duty nor our right to investigate the motives which impelled the federal Cabinet to pass the Order in Council

Thus, I conclude, on the evidence before this Court, it is neither a duty nor a right of the Court to investigate or to question the motives which impelled the Governor in Council to adopt the Amending Regulations. Further, whether this Court or any presiding judge would favour the same, different or any amending regulations is an irrelevant consideration.

(5) BACKGROUND

(a) The Migratory Birds Convention

[12] The *Migratory Birds Convention*, entered into in 1916 and ratified by "His Britannic Majesty", presumably on behalf of Canada, and by the President of the United States of America, is a schedule to the *Migratory Birds Convention Act, 1994* (the Act).⁷ The preamble to the *Migratory Birds Convention* (the Convention) reads as follows:

Whereas many species of birds in the course of their annual migrations traverse certain parts of the Dominion of Canada and the United States; and

Whereas many of these species are of great value as a source of food or in destroying insects which are injurious to forests and forage plants on the public domain, as well as to agricultural crops, in both Canada and the United States,

réviser les mesures prises par le gouverneur en conseil visées en l'espèce n'a été sérieusement contesté devant moi. Par conséquent, les questions que la Cour devrait examiner dans la présente demande sont de savoir si le gouverneur en conseil, en adoptant le Règlement modificateur, n'a pas observé une condition préalable à l'exercice de son pouvoir ou s'il a outrepassé sa compétence.

[11] Finalement, pour ce qui concerne la norme de contrôle, je me laisserai guider par les propos du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Thorne's Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autre*⁶, à la page 112:

Nous n'avons ni le droit ni l'obligation de mener une enquête sur les motifs qui ont pu inciter le cabinet fédéral à prendre le décret [. . .]

Je conclus donc, d'après la preuve dont la présente Cour est saisie, qu'elle n'a ni le droit ni l'obligation d'enquêter sur les motifs qui ont incité le gouverneur en conseil à prendre le Règlement modificateur, ou de les remettre en question. En outre, il n'est pas pertinent de savoir si la présente Cour ou le juge qui la préside aurait favorisé l'adoption du même règlement, d'un règlement différent ou de tout autre règlement modificateur.

5) CONTEXTE

a) La Convention concernant les oiseaux migrateurs

[12] La *Convention concernant les oiseaux migrateurs*, conclue en 1916 et ratifiée par «Sa Majesté britannique», probablement au nom du Canada, et par le président des États-Unis d'Amérique, figure en annexe de la *Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs* (la Loi)⁷. Le préambule de la Convention sur les oiseaux migrateurs (la Convention) est rédigé dans les termes suivants:

Attendu que certaines espèces d'oiseaux traversent au cours de leurs migrations annuelles certaines parties du Canada et des États-Unis; et

Attendu qu'un grand nombre de ces espèces ont une valeur importante au point de vue alimentaire, ou au point de vue de la destruction des insectes qui nuisent aux forêts et aux plantes fourragères sur les terres publiques, ainsi

but are nevertheless in danger of extermination through lack of adequate protection during the nesting season or while on their way to and from their breeding grounds;

His Majesty the King of the United Kingdom of Great Britain and Ireland and the British dominions beyond the seas, Emperor of India, and the United States of America, being desirous of saving from indiscriminate slaughter and of insuring the preservation of such migratory birds as are either useful to man or are harmless, have resolved to adopt some uniform system of protection which shall effectively accomplish such objects

Thus, the Convention can be said to be directed to the saving from indiscriminate slaughter and to ensuring the preservation of certain migratory birds that “traverse” parts of Canada and the United States in their annual migration.

[13] Article I of the Convention provides that the migratory birds included in the terms of the Convention include geese.

[14] Article II of the Convention reads in part as follows:

Article II

The High Contracting Parties agree that, as an effective means of preserving migratory birds, there shall be established the following close seasons during which no hunting shall be done except for scientific or propagating purposes under permits issued by proper authorities.

1. The close season on migratory game birds shall be between 10th March and 1st September The season for hunting shall be further restricted to such period not exceeding three and one-half months as the High Contracting Powers may severally deem appropriate and define by law or regulation.

[15] Once again, it was not in dispute before me that the snow geese and Ross geese to which the Amending Regulations apply fall within the purview of this article. Thus, prior to the coming into force of the Amending Regulations, but since the adoption of the Convention, a “close” season has existed with respect to snow geese and Ross geese between the 10th of March and the 1st of September each year. An exception to the close season has nonetheless been provided

qu’aux récoltes agricoles, tant au Canada qu’aux États-Unis, mais que ces espèces sont en danger d’être exterminées, à cause du manque de protection adéquate pendant la saison de la ponte ou pendant qu’elles se rendent à leurs terrains de reproduction ou qu’elles en reviennent;

Sa Majesté le Roi du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande et des Dominions britanniques d’outre-mer, Empereur des Indes, et les États-Unis d’Amérique, désireux de sauver du massacre général les oiseaux migrateurs qui sont utiles à l’homme ou inoffensifs, et d’assurer la conservation de ces oiseaux, ont décidé d’adopter un système uniforme de protection qui accomplira cet objet d’une façon efficace [. . .]

Ainsi, on peut dire que la Convention a pour but de préserver du massacre général certains oiseaux migrateurs qui «traversent» certaines parties du Canada et des États-Unis au cours de leur migration annuelle et d’assurer leur conservation.

[13] L’article premier de la Convention stipule que les oiseaux migrateurs visés par la Convention comprennent les oies.

[14] L’article II de la Convention est rédigé en partie dans les termes suivants:

Article II

Les Hautes Puissances contractantes conviennent, à titre de moyen efficace pour préserver les oiseaux migrateurs, d’établir les saisons suivantes pendant lesquelles il sera interdit de chasser, sauf pour des motifs scientifiques ou pour des motifs de propagation en vertu de permis délivrés par les autorités compétentes:

1. Le temps prohibé pour les oiseaux migrateurs considérés comme gibier est du 10 mars au 1^{er} septembre [. . .] La saison de chasse est en outre restreinte à la période ne dépassant pas trois mois et demi que les Hautes Puissances contractantes peuvent individuellement juger appropriée et définir par loi ou par règlement.

[15] Une fois de plus, il n’a pas été contesté devant moi que les oies des neiges et les oies de Ross auxquelles le Règlement modificateur s’applique sont visées par cet article. Ainsi, avant l’entrée en vigueur du Règlement modificateur, mais depuis l’adoption de la Convention, il était interdit de chasser les oies des neiges et les oies de Ross entre le 10 mars et le 1^{er} septembre de chaque année (le «temps prohibé»). Une exception était toutefois prévue pour des «motifs

for “scientific or propagating purposes”. Further, the hunting season for snow geese and Ross geese has been further restricted to a period not exceeding three and one-half months in the balance of the year, that is to say, between the 1st of September in any year and the 10th of March in the next following year.

[16] Article VII of the Convention is also worthy of note. It provides as follows:

Article VII

Permits to kill any of the above-named birds which, under extraordinary conditions, may become seriously injurious to the agricultural or other interests in any particular community, may be issued by the proper authorities of the High Contracting Powers under suitable regulations prescribed therefor by them respectively, but such permits shall lapse or may be cancelled, at any time when, in the opinion of said authorities, the particular exigency has passed, and no birds killed under this article shall be shipped, sold or offered for sale.

[17] Thus, “permits to kill” snow geese and Ross geese outside the normal “season for hunting” may be issued, “under suitable regulations” where, “under extraordinary conditions” they “may become seriously injurious to the agricultural or other interests in any particular community”. Taking note of the period of the year when snow geese and Ross geese, in the course of their normal annual migration are south of the Canada/U.S. border, it would appear evident, to the Court at least, that Article VII contemplates “permits to kill” during the “close season”.

[18] On December 14, 1995, a “Protocol” between the Government of Canada and the Government of the United States of America amending the Convention was signed on behalf of Canada and the United States in Washington. That protocol is not yet in force. On the cross-examination of Dr. John Steven Wendt on his affidavit filed on behalf of the respondents,⁸ the following exchange took place:

Q. [By Mr. Estrin, counsel for the applicant] Well, let me suggest to you that you, yourself, expressed the view

scientifiques ou pour des motifs de propagation». En outre, la saison de chasse des oies des neiges et des oies de Ross était restreinte à une période ne dépassant pas trois mois et demi pendant le reste de l’année, c’est-à-dire entre le 1^{er} septembre d’une année donnée et le 10 mars de l’année suivante.

[16] Il convient également de noter l’article VII de la Convention, rédigé dans les termes suivants:

Article VII

Les autorités compétentes des Hautes Puissances contractantes peuvent émettre des permis de tuer l’un ou l’autre des oiseaux qui viennent d’être mentionnés et qui, dans des conditions extraordinaires, peuvent se montrer dommageables à l’agriculture ou à d’autres intérêts dans une localité spéciale; ces permis sont émis en vertu des règlements convenables prescrits respectivement par ces Puissances. Mais ces permis deviennent périmés ou peuvent être abrogés à tout moment quand, de l’avis desdites autorités, l’urgence particulière n’existe plus, et il est interdit d’expédier, de vendre, ou d’offrir en vente des oiseaux tués en vertu du présent article.

[17] Donc, les «permis de tuer» les oies des neiges et les oies de Ross en dehors de la «saison de chasse» normale peuvent être délivrés, «en vertu de règlements convenables», lorsque, «dans des conditions extraordinaires», ils «peuvent se montrer dommageables à l’agriculture ou à d’autres intérêts dans une localité spéciale». Si l’on tient compte de la période de l’année au cours de laquelle les oies des neiges et les oies de Ross, dans le cadre de leur migration annuelle normale, se trouvent au sud de la frontière canado-américaine, il est manifeste, du moins pour la Cour, que l’article VII autorise la délivrance de «permis de tuer» pendant le «temps prohibé».

[18] Le 14 décembre 1995, un «protocole» entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d’Amérique modifiant la Convention a été signé au nom du Canada et des États-Unis à Washington. Ce protocole n’est pas encore en vigueur. Au cours du contre-interrogatoire de M. John Steven Wendt, au sujet de son affidavit déposé en faveur des défendeurs⁸, l’échange suivant a eu lieu:

[TRADUCTION]

Q. [M. Estrin, avocat des demandeurs] Bon, permettez-moi de vous rappeler que vous avez vous-même

that there is language in that Protocol that allows harvest of migratory birds outside the specified framework dates of the Convention in cases where migratory bird habitats are being damaged?

A. (By Dr. Wendt) Yes, I have expressed that view.⁹

[19] Counsel for the applicants invited me to conclude, on the basis of the Protocol, that senior officials at Environment Canada were of the view that the Governor in Council currently lacks jurisdiction to enact the Amending Regulations, that the Protocol was negotiated and signed to provide such jurisdiction and that, since the Protocol is not now in force, the Governor in Council had “jumped the gun” and acted outside its authority. An alternative interpretation might, of course, be that the Protocol was negotiated and signed to clarify and put beyond doubt authority in the Governor in Council, to ensure international agreement and to act as a catalyst for discussion and consultation on what the Government perceived to be a rapidly developing crisis. Given the standard of review in a matter such as this, earlier referred to, and in the light of the totality of the evidence before the Court, if it were necessary that I choose between the alternative interpretations, I would adopt the latter.

(b) The Migratory Birds Convention Act, 1994

[20] Legislation to give effect to the Convention was first enacted by Parliament in 1917, the year following signing of the Convention.¹⁰ That legislation was repealed by the *Migratory Birds Convention Act, 1994*.

[21] The purpose of the Act is succinctly stated in section 4:

4. The purpose of this Act is to implement the Convention by protecting migratory birds and nests. [Emphasis added.]

Subsection 12(1) of the Act provides authority for the Governor in Council to make regulations. It is critical

exprimé l'opinion qu'il y a dans ce protocole des dispositions qui autorisent la prise d'oiseaux migrateurs en dehors des dates spécifiées dans la Convention dans les cas où les habitats des oiseaux migrateurs sont endommagés?

R. (M. Wendt) Oui, j'ai exprimé cette opinion⁹.

[19] L'avocat des demandeurs me demande de conclure, en m'appuyant sur le protocole, que les hauts fonctionnaires d'Environnement Canada sont d'avis que le gouverneur en conseil n'a pas à l'heure actuelle compétence pour prendre le Règlement modificateur, que le protocole a été négocié et signé pour lui conférer cette compétence et que, puisque le protocole n'est pas encore en vigueur, le gouverneur en conseil a agi prématurément et a outrepassé sa compétence. Bien entendu, il peut y avoir une autre interprétation, savoir que le protocole a été négocié et signé pour préciser et dissiper tout doute à l'égard du pouvoir du gouverneur en conseil, afin d'assurer un consensus international et d'agir comme catalyseur pour les discussions et les consultations sur ce que le gouvernement perçoit comme une crise imminente. Compte tenu de la norme de contrôle dans un cas de cette espèce, dont il a déjà été question, et à la lumière de l'ensemble de la preuve produite devant la Cour, s'il était nécessaire que je choisisse entre ces deux interprétations, je choisirais la dernière.

b) La Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs

[20] La loi ayant pour but de donner effet à la Convention a d'abord été adoptée par le Parlement en 1917, c'est-à-dire dans l'année qui a suivi la signature de la Convention¹⁰. Cette loi a été abrogée par l'adoption de la *Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs*.

[21] L'objet de la Loi est énoncé brièvement à l'article 4:

4. La présente loi a pour objet la mise en œuvre de la convention par la protection des oiseaux migrateurs et de leurs nids. [Non souligné dans l'original.]

Le paragraphe 12(1) de la Loi confère au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre des règlements. Ce

for the purposes of this matter. The relevant portions of subsection 12(1) read as follows:

12. (1) The Governor in Council may make any regulations that the Governor in Council considers necessary to carry out the purposes and provisions of this Act and the Convention, including regulations

(a) providing for the periods during which, and the areas in which,

(i) migratory birds may be killed, captured or taken,

. . .

(e) for granting permits to remove or eliminate migratory birds or nests where it is necessary to do so to avoid injury to agricultural interests or in any other circumstances set out in the regulations;

(c) The process leading to the enactment of the Amending Regulations

[22] Concern with respect to the increasingly large population of snow geese and Ross geese was expressed as early as January 1995. Conference attendees at the North American Arctic Goose Conference held in that month were of the view that the Governments of Canada and of the United States should investigate the ecological consequences without delay. In October 1995 an international workshop, sponsored by an organization known as the Arctic Goose Joint Venture, was held. Dr. Wendt of Environment Canada, who co-chaired the workshop with his United States counterpart, attests that information about the workshop was widely distributed and that, in addition to invited speakers from the scientific community, the participants in the workshop included representatives of a number of Aboriginal groups. Dr. Wendt further attests that the participants in the workshop concluded that the threat to habitats posed by large arctic goose populations was real, and that a group of experts should be selected to investigate the situation and “model consequences in detail”. In response, a group was formed, drawn from federal and provincial/state governments, universities and non-governmental organizations in Canada and the United States. The group became known as the Arctic Goose Habitat Working Group (the Working Group).

paragraphe est essentiel aux fins de l'espèce. Les parties pertinentes du paragraphe 12(1) sont rédigées dans les termes suivants:

12. (1) Le gouverneur en conseil peut prendre les règlements qu'il juge nécessaires à la réalisation de l'objet de la présente loi et de la convention; les règlements peuvent notamment:

a) fixer les périodes pendant lesquelles et les zones à l'intérieur desquelles il est permis:

(i) de tuer, de capturer ou de prendre des oiseaux migrateurs,

[. . .]

e) prévoir la délivrance de permis d'enlever ou d'éliminer des oiseaux migrateurs, ainsi que leurs nids, là où l'enlèvement ou l'élimination est nécessaire en vue de prévenir des dommages à l'agriculture ou dans les circonstances énoncées par règlement;

c) Le processus menant à l'adoption du Règlement modificateur

[22] Les préoccupations concernant les populations de plus en plus importantes d'oies des neiges et d'oies de Ross ont été exprimées dès janvier 1995. Les participants à la conférence sur l'oie de l'Arctique en Amérique du Nord qui s'est tenue au cours de ce mois étaient d'avis que les gouvernements du Canada et des États-Unis devaient sans tarder faire enquête sur les conséquences écologiques de ce phénomène. En octobre 1995, un atelier international, parrainé par une organisation connue sous le nom d'Arctic Goose Joint Venture, a eu lieu. M. Wendt d'Environnement Canada, qui coprésidait l'atelier avec son homologue des États-Unis, atteste que les renseignements au sujet de la tenue de l'atelier ont été largement distribués et qu'en plus des conférenciers scientifiques invités, des représentants de plusieurs groupes autochtones y participaient. M. Wendt confirme également que les participants à l'atelier ont conclu que la menace que les importantes populations d'oies de l'Arctique représentaient pour leurs habitats était réelle, et qu'un groupe d'experts devrait être choisi pour enquêter sur la situation et [TRADUCTION] «modéliser les conséquences en détail». En réponse, un groupe a été constitué, regroupant des membres provenant des gouvernements fédéral et provinciaux et des États américains, du milieu universitaire et des organismes

[23] The Working Group developed a continental management approach to the issue of the increasingly large population of geese. Two reports were developed and, according to the evidence before me, those reports provided the basis for the initiative culminating in the Amending Regulations. The first report was published in 1997 and is entitled *Arctic Ecosystems in Peril*. The second report was published in 1998 and is entitled *The Greater Snow Goose*. The reports reflect findings regarding causes underlying the rapid population growth, a growth determined to be exponential in nature.

[24] As indicated in the Regulatory Impact Analysis Statement in Schedule B, the mid-continent or “lesser” snow goose and the greater snow goose, the former migrating north through the Prairies and the latter migrating north through Quebec, were designated as “overabundant populations” in March 1998 by the Canada/Mexico/United States Trilateral Committee for Wildlife and Ecosystem Conservation and Management. Response to this designation was left to each country’s government.

(d) Consultations

[25] Evidence filed on behalf of the respondents indicates that the Canadian Wildlife Service of Environment Canada utilized its formalized process of yearly consultations on changes to the Migratory Birds Regulations to facilitate consultation with interested parties on the rapid population growth of snow geese. The first discussion of the subject was reflected in a November 1995 report on the status of migratory game birds in Canada which was followed by subsequent discussions in equivalent reports in November of 1996, 1997, and 1998. Those reports were apparently mailed to approximately 700 organizations and individuals with an interest in migratory game bird conservation in Canada, the United States and other countries.

non gouvernementaux au Canada et aux États-Unis, sous le nom de Groupe de travail sur l’habitat des grandes oies des neiges (le Groupe de travail).

[23] Le Groupe de travail a mis au point une méthode d’évaluation continentale concernant la question de la population croissante d’oies. Deux rapports ont été établis et, d’après la preuve dont je suis saisi, ces rapports constituent le fondement de l’initiative qui a mené à l’adoption du Règlement modificateur. Le premier rapport a été publié en 1997 sous le titre *Arctic Ecosystems in Peril (Les écosystèmes de l’Arctique en péril)*. Le deuxième rapport a été publié en 1998 sous le titre de *The Greater Snow Goose (La Grande Oie des neiges)*. Les rapports renferment des conclusions concernant les causes qui pourraient expliquer la croissance rapide de la population d’oies des neiges, croissance qui est de nature exponentielle.

[24] Comme il ressort du résumé de l’étude d’impact de la réglementation joint sous l’annexe B, l’oie des neiges du milieu du continent ou la petite oie des neiges et la grande oie des neiges, la première migrant vers le nord par les Prairies et la deuxième par le Québec, ont été désignées comme des «populations surabondantes» en mars 1998 par le comité trilatéral Canada/Mexique/États-Unis pour la conservation et la gestion de la faune et des écosystèmes. Les réponses à cette désignation ont été laissées à la discrétion du gouvernement de chacun des pays participants.

d) Les consultations

[25] La preuve déposée au nom des défendeurs indique que le Service canadien de la faune d’Environnement Canada a eu recours à son processus formel de consultations annuelles sur les modifications au Règlement sur les oiseaux migrateurs pour faciliter la consultation avec les parties intéressées concernant la croissance rapide de la population d’oies des neiges. La première discussion sur le sujet était reproduite dans un rapport de novembre 1995 sur le statut des oiseaux migrateurs considérés comme gibier au Canada qui a été suivi d’autres discussions figurant dans des rapports équivalents publiés en novembre 1996, 1997 et 1998. Apparemment, ces rapports ont été postés à environ 700 organismes et particuliers qui s’intéressent à la conservation des oiseaux migrateurs

[26] Specific alternatives to deal with the perceived crisis were described in publications issued in December 1997 and July 1998.¹¹

[27] Dr. Wendt attest that, in Quebec, where the Amending Regulations are apparently anticipated to have their greatest impact, consultations were conducted through a "Stakeholder's Committee" that "met a number of times". Throughout the winter of 1998, input to the proposed Amending Regulations was solicited in the Prairie provinces. The subject was also raised and discussed at a number of Wildlife Management Advisory Council meetings held between June 1997 and March 1999 and at meetings of the Nunavut Wildlife Management Board held between February 1997 and August 1998.

[28] Dr. Wendt further attests to the view that the Amending Regulations are expected to have a "negligible effect" on the ability of First Nations peoples to harvest snow geese, and that special consultations were carried out with First Nations groups for the purpose of raising awareness of the ecological issues involved and to encourage First Nations peoples' involvement in addressing the problem.

[29] Evidence on behalf of the respondents indicates that a discussion took place with the Dene Co-Management Board in April 1997, with the Gwich'in Renewable Resources Board in October 1998 and with the Sahtu Renewable Resources Board on three occasions in 1998. Northern consultations culminated with a joint meeting with representatives from various co-management boards in Yellowknife, in December 1998.

(6) ANALYSIS

[30] As indicated earlier in these reasons, the application for judicial review here under consideration was dated March 4, 1999. The Amending Regulations were

considérés comme gibier au Canada, aux États-Unis et dans d'autres pays.

[26] Des solutions précises ayant pour but de traiter de la crise perçue comme imminente ont été décrites dans des publications parues en décembre 1997 et en juillet 1998¹¹.

[27] M. Wendt atteste qu'au Québec où le Règlement modificateur aura vraisemblablement l'impact le plus considérable, les consultations ont été menées par l'entremise d'un «comité des intéressés» qui [TRADUCTION] «s'est réuni à plusieurs reprises». Pendant l'hiver de 1998, on a sollicité dans les provinces des Prairies la participation des intéressés au projet de Règlement modificateur. Le sujet a également été soulevé et discuté au cours d'un certain nombre de réunions du Conseil consultatif de la gestion de la faune qui ont eu lieu entre juin 1997 et mars 1999, et au cours de rencontres du Conseil de gestion des ressources fauniques du Nunavut qui ont eu lieu entre février 1997 et août 1998.

[28] M. Wendt confirme également que le Règlement modificateur devrait avoir un «effet négligeable» sur la capacité de prises des oies des neiges par les Premières nations, et que des consultations spéciales ont eu lieu avec ces groupes en vue de les conscientiser aux questions écologiques en cause et de les encourager à participer à la solution du problème.

[29] La preuve déposée au nom des défendeurs indique que les discussions ont eu lieu avec le conseil de cogestion déné en avril 1997, avec le Conseil des ressources renouvelables gwich'in en octobre 1998 et avec le conseil des ressources renouvelables du Sahtu à trois reprises en 1998. Ces consultations menées dans le Nord se sont terminées par une réunion conjointe des représentants de plusieurs conseils de cogestion à Yellowknife en décembre 1998.

6) ANALYSE

[30] Comme il a été indiqué précédemment dans les présents motifs, la demande de contrôle judiciaire est datée du 4 mars 1999. Le Règlement modificateur a

enacted on March 25, 1999. The spring hunt in Quebec that was authorized by those Regulations was scheduled to commence on April 15, 1999. Thus, a good deal of urgency attached to the disposition of this application. With the consent of counsel, the Court set the matter down for hearing commencing at 9:00 a.m. on April 14, 1999. Counsel are to be congratulated for the work they did to ensure that the very extensive material relied on was prepared, exchanged and filed with the Court in advance of the hearing date.

[31] The hearing terminated at or about 6:00 p.m. on April 14, 1999. My decision was delivered from the bench at 10:00 a.m. the next day, that is, on April 15, 1999, shortly after the spring hunt in Quebec was authorized to commence. My decision was in the following terms:

IT IS HEREBY ORDERED, ADJUDGED AND DECLARED THAT:

1. The *Regulations Amending the Migratory Birds Regulations*, P.C. 1999-526 of the 25th of March, 1999 are *ultra vires* insofar as they purport to authorize the killing of Ross Geese and other species that are not easily distinguishable from Snow Geese, during the periods and in the Areas or Districts specified in Table 1.2 set out in those *Regulations*.
2. In all other respects, the Applicants' application for judicial review is dismissed.
3. No Order as to costs.

I gave brief oral reasons for my decision. The following analysis will follow the substance and structure of those brief oral reasons with substantial elaboration.

[32] Earlier in these reasons, I set out nine propositions or issues against which counsel for the applicants made their submissions. I will address the first four of those propositions together. They are repeated here for ease of reference:

1. The challenged regulation conflicts with the 1916 Migratory Birds Convention and is therefore *ultra vires* the implementing legislation. The 1916 Convention has as its raison d'être the protection of migratory birds from hunting and other human initiated actions which kill or

été adopté le 25 mars 1999. La chasse du printemps au Québec qui était autorisée par le Règlement devait commencer le 15 avril 1999. Le règlement de la présente demande était donc assez urgent. Avec le consentement des avocats, la Cour a fixé l'audition de cette affaire à 9 h le 14 avril 1999. Les avocats doivent être félicités du travail qu'ils ont accompli pour assurer que la très volumineuse documentation soit prête, préparée, communiquée à toutes les parties et déposée à la Cour avant la date de l'audition.

[31] L'audience s'est terminée vers 18 h le 14 avril 1999. J'ai prononcé ma décision à l'audience à 10 h le lendemain matin, c'est-à-dire le 15 avril 1999, peu après l'ouverture de la chasse du printemps au Québec. Ma décision est la suivante:

[TRADUCTION]
LA COUR DÉCLARE PAR LES PRÉSENTES:

1. Que le *Règlement modifiant le règlement sur les oiseaux migrateurs*, C.P. 1999-526, en date du 25 mars 1999, est *ultra vires* dans la mesure où il entend autoriser la chasse aux oies de Ross et à d'autres espèces difficiles à distinguer des oies des neiges, au cours des périodes et dans les régions énumérées au tableau 1.2 du *Règlement*.
2. Qu'à tous autres égards, la demande de contrôle judiciaire des demandeurs est rejetée.
3. Qu'il n'y a pas d'ordonnance quant aux dépens.

J'ai motivé brièvement ma décision oralement. L'analyse ci-après reprend de façon beaucoup plus élaborée le fond et la structure de ces brefs motifs oraux.

[32] Au début des présents motifs, j'ai énoncé neuf propositions ou questions au regard desquelles les avocats des demandeurs ont formulé leurs observations. J'aborde les quatre premières propositions ensemble. Je les répète ici pour plus en faciliter la consultation:

1. Le règlement contesté est en contradiction avec la Convention de 1916 sur les oiseaux migrateurs et il est donc *ultra vires* de la loi d'application. La Convention de 1916 a pour but de protéger les oiseaux migrateurs contre la chasse et d'autres initiatives de l'homme ayant pour

threaten such birds. The Migratory Birds Convention Act's stated purpose is to "implement the Convention". However, a central aspect of the challenged regulation is to authorize a new spring hunting season in order to drastically reduce the population of certain geese species.

2. The challenged regulation also contravenes the purpose of the Convention because the purpose of the Convention (and therefore the ambit of a regulation under the Act) is restricted to protect migratory birds during the nesting season or while on their way to and from the breeding grounds, whereas one desired Environment Canada result of the challenged regulation is to "increase hunting opportunities and harvest pressure on these species" by allowing these geese to be shot while on their way to the breeding grounds.
3. Environment Canada is attempting through this regulation to regulate the environment. This is a matter in respect of which the Migratory Birds Convention provides no authority.
4. The regulation is not authorized by either Article II or VII of the Convention.

[33] In *Re Doctors Hospital and Minister of Health et al.*,¹² Mr. Justice Cory as he then was, for the Court, wrote at pages 174-175:

It has been held that even if made in good faith and with the best of intentions, a departure by a decision-making body from the objects and purposes of the statute pursuant to which it acts is objectionable and subject to review by the Courts.

In *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121 at p. 140, . . . Mr. Justice Rand said:

In public regulation of this sort there is no such thing as absolute and untrammelled "discretion", that is that action can be taken on any ground or for any reason that can be suggested to the mind of the administrator; no legislative Act can, without express language, be taken to contemplate an unlimited arbitrary power exercisable for any purpose, however capricious or irrelevant, regardless of the nature or purpose of the statute. Fraud and corruption in the Commission may not be mentioned in such statutes but they are always implied as exceptions. "Discretion" necessarily implies good faith in discharging public duty; there is always a perspective within which a statute is intended to operate; and any clear departure from its lines or objects is just as objectionable as fraud or corruption.

but de tuer ou de menacer la survie de ces oiseaux. La Loi sur la convention des oiseaux migrateurs a pour objet explicite «la mise en œuvre de la Convention». Toutefois, l'un des principaux aspects du règlement contesté est d'autoriser une nouvelle saison de chasse au printemps afin de réduire substantiellement la population de certaines espèces d'oies.

2. Le règlement contesté contrevient également à l'objet de la Convention parce que la portée de celle-ci (et par conséquent la portée de tout règlement établi en vertu de la Loi) est limitée à la protection des oiseaux migrateurs au cours de la saison de reproduction ou pendant qu'ils se rendent à leurs aires de reproduction ou qu'ils reviennent, alors que l'un des résultats qu'Environnement Canada attend du règlement contesté est «d'augmenter les possibilités de chasse et de prise de ces espèces» en permettant aux chasseurs de tirer sur ces oies pendant leur trajet vers les aires de reproduction.
3. Environnement Canada essaie par ce règlement de réglementer l'environnement. La Convention des oiseaux migrateurs ne lui confère aucun pouvoir à cet égard.
4. Le règlement n'est pas autorisé par l'article II ou VII de la Convention.

[33] Dans l'arrêt *Re Doctors Hospital and Minister of Health et al.*¹², le juge Cory, plus tard juge de la Cour suprême, exprime ainsi l'avis de la Cour aux pages 174 et 175:

[TRADUCTION] Il a été statué que même si cela est fait en toute bonne foi et avec les meilleures intentions, une dérogation par un organisme décisionnel aux objets de la loi aux termes de laquelle il peut agir est contestable et peut faire l'objet d'un contrôle par les tribunaux.

Dans l'arrêt *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, à la p. 140, [. . .] le juge Rand écrit ceci:

Dans une réglementation publique de cette nature, il n'y a rien de tel qu'une «discretion» absolue et sans entraves, c'est-à-dire celle où l'administrateur pourrait agir pour n'importe quel motif ou pour toute raison qui se présenterait à son esprit; une loi ne peut, si elle ne l'exprime expressément, s'interpréter comme ayant voulu conférer un pouvoir arbitraire illimité pouvant être exercé dans n'importe quel but, si fantaisiste et hors de propos soit-il, sans avoir égard à la nature ou au but de cette loi. La fraude et la corruption au sein de la commission ne sont peut-être pas mentionnées dans des lois de ce genre, mais ce sont des exceptions implicites que l'on doit toujours sous-entendre. La «discretion» implique nécessairement la bonne foi dans l'exercice d'un devoir public. Une loi doit toujours s'entendre comme s'appliquant dans une certaine

In the absence of clear words in the statute, the discretion granted to the Lieutenant-Governor in Council [here the Governor in Council] could only be used to pursue the policy and objects of the act, which are to be determined according to the standard canons of construction and to that extent, at least, is reviewable by the Courts. [Citation omitted.]

[34] In *Driedger on the Construction of Statutes*,¹³ dealing with legislation implementing international conventions, the following appears:

. . . In preparing implementing legislation, the legislature first interprets the international convention and then decides how much of it should be implemented and how implementation should occur. Since the legislature is not bound by the convention, it can change or add to it at will. The structure and wording of the underlying convention may be more or less followed or ignored. Regardless of the approach taken, and regardless of how closely the underlying convention is mirrored, the implementing legislation is interpreted in the usual way, like any other domestic legislation. This point was made by the Supreme Court of Canada in *Schavernoch v. Foreign Claims Commission* in connection with regulations made to carry out a bipartite agreement with Czechoslovakia. Estey J. wrote:

. . . [T]he regulations fall to be interpreted according to the maxims of interpretation applicable to Canadian domestic law generally. The only rule of interpretation which seems to have any bearing in these proceedings is the plain meaning rule

In other cases, the Supreme Court of Canada has emphasized the importance of purposive analysis in its interpretation of implementing legislation. But the basic idea is the same, namely, implementation legislation is to be construed like any legislation, relying on the usual principles and techniques.

It is now established that courts may look at the international convention underlying implementing legislation to assist interpretation, even in the absence of ambiguity on the face of the legislation. In addition, there is a presumption that implementation legislation is meant to comply with and give effect to the obligations assumed under the convention. This presumption is rebuttable, however, and it is only one of many aids on which the courts appropriately rely to determine the intended or most appropriate meaning of the legislation. In the event of a conflict between this meaning and the underlying convention, the legislation prevails.¹⁴

optique, et tout écart manifeste de sa ligne ou de son objet est tout aussi répréhensible que la fraude ou la corruption.

En l'absence de dispositions manifestes dans la loi, la discrétion accordée au lieutenant-gouverneur en conseil [en l'espèce le gouverneur en conseil] ne peut servir qu'à poursuivre la politique et les objectifs de la loi, qui doivent être déterminés selon les critères d'interprétation normaux et, dans cette mesure à tout le moins, ils peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire. [Citation omise.]

[34] Dans l'ouvrage *Driedger on the Construction of Statutes*¹³, au sujet des mesures législatives ayant pour but d'appliquer des conventions internationales, l'auteur dit ceci:

[TRADUCTION] [. . .] dans la préparation d'une loi d'application, la législature interprète tout d'abord la convention internationale et décide ensuite dans quelle mesure elle souhaite l'appliquer et de la manière de le faire. Puisque la législature n'est pas liée par la convention, elle peut la modifier ou y ajouter à volonté. La structure du libellé de la convention de base peut être suivie de façon plus ou moins fidèle ou même être ignorée. Quelle que soit la méthode adoptée, et abstraction faite de la plus ou moins grande fidélité à la convention de base, la loi d'application est interprétée de la manière habituelle, comme toute autre loi interne. Ce point a été clairement établi par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Schavernoch c. Commission des réclamations étrangères* relativement à des règlements ayant pour objet l'application d'un accord bipartite avec la Tchécoslovaquie. Le juge Estey écrit:

[. . .] [L]e règlement doit être interprété suivant les maximes d'interprétation qui s'appliquent au droit interne canadien en général. La seule règle d'interprétation qui semble trouver application ici est celle du sens manifeste [. . .]

Dans d'autres arrêts, la Cour suprême du Canada a souligné l'importance de l'analyse fondée sur l'objet visé dans son interprétation de la loi d'application. Mais l'idée de base est la même, c'est-à-dire que la loi d'application doit être interprétée comme toute autre loi, en s'appuyant sur les principes et techniques habituels.

Il est maintenant admis que les tribunaux peuvent consulter la convention internationale qui sous-tend la loi d'application afin d'aider à l'interprétation de celle-ci, même en l'absence d'ambiguïté apparente. En outre, il y a une présomption que la loi d'application a été adoptée dans le but de respecter les obligations prises en vertu de la convention et de leur donner effet. Cette présomption est réfutable, toutefois, et ce n'est que l'un des nombreux outils auxquels les tribunaux peuvent à bon droit avoir recours pour déterminer quel était le sens recherché par la Législature ou celui qui est le plus approprié. En cas de conflit entre ce sens et la convention de base, c'est la loi qui a préséance.¹⁴

[35] Dealing with the interpretation of conventions themselves, *Driedger* continues at pages 398-399:

The primary rule of interpretation in international law is that conventions must be interpreted so as to give effect to their purpose. In the *Palacios* [(1984), 7 D.L.R. (4th) 112 (Ont. C.A.)] case Blair J.A. relied on an international law text for an authoritative formulation of this rule. He wrote:

The basic rule of international law governing the interpretation of treaties is stated by O'Connell, *International Law*, . . . as follows: "The primary end of treaty interpretation is to give effect to the intentions of the parties, and not frustrate them." This is sometimes called the effectiveness principle which requires courts to read a treaty as a whole to ascertain its purpose and intent and to give effect thereto rather than to rely on literal interpretation of some articles which might produce results "contrary to the manifest aim of the treaty".

The similarity between this principle and the approach to interpreting domestic legislation taken by most modern courts is evident. However, in so far as a discrepancy may arise between the domestic and the international law approaches, when interpreting international conventions the international law approach governs.

[36] Against these "standard cannons of construction" I return to the terms of the Act and the Convention which is a Schedule to the Act.

[37] I have tried to put myself into the minds of those who drafted the Convention. My conclusions are: first, that the concerns giving rise to the drafting of the Convention and the objectives of the Convention are clearly and unequivocally reflected in its preamble; and second, Article II speaks to the objectives, the preservation of migratory birds through the establishment of a "close season", and provides for two exceptions to the general rule, scientific or propagating purposes.

[38] With what I conceive to be a great deal of foresight, I conclude the drafters of the Convention recognized that conditions that prevailed in 1916 and throughout the time when the Convention was being negotiated and drafted might not continue to prevail

[35] Traitant de l'interprétation des conventions elles-mêmes, *Driedger* poursuit en ces mots aux pages 398 et 399:

[TRADUCTION] La première règle d'interprétation en droit international indique que les conventions doivent être interprétées de façon à donner effet à leur objet. Dans l'arrêt *Palacios* [(1984), 7 D.L.R. (4th) 112 (C.A. Ont.)], le juge Blair s'est appuyé sur un texte de droit international pour formuler cette règle qui fait autorité. Il écrit ceci:

La règle fondamentale du droit international régissant l'interprétation des traités est énoncée par O'Connell, dans *International Law*, [. . .] dans les termes suivants: «Le but premier de l'interprétation des traités est de donner effet à l'intention des parties, et non pas d'y faire échec». Cette règle est parfois appelée le principe d'efficacité qui exige que les tribunaux interprètent le traité dans son ensemble de façon à en déterminer l'objet et l'intention et à leur donner effet plutôt que de s'appuyer sur l'interprétation littérale de certains articles qui pourrait produire des résultats «contraires à l'objet manifeste du traité».

La similarité entre ce principe et la méthode d'interprétation du droit interne adoptée par la plupart des tribunaux modernes est évidente. Toutefois, dans la mesure où il peut y avoir une incompatibilité entre les méthodes d'interprétation du droit interne et du droit international, c'est la méthode retenue par le droit international qui a préséance dans les questions d'interprétation des conventions internationales.

[36] Au regard de ces «principes d'interprétation normaux», je reviens aux termes de la Loi et de la Convention, qui figure en annexe de la Loi.

[37] J'ai essayé de me mettre dans l'esprit des rédacteurs de la Convention. Mes conclusions sont les suivantes: premièrement, les préoccupations qui ont donné lieu à la rédaction de la Convention et les objectifs de la Convention sont exprimés clairement et sans équivoque dans le préambule; et deuxièmement, l'article II traite des objectifs, de la préservation des oiseaux migrateurs grâce à l'établissement d'un «temps prohibé», et il prévoit deux exceptions à la règle générale, c'est-à-dire les motifs scientifiques et de propagation.

[38] Je conclus que les rédacteurs de la Convention, faisant preuve de ce qui m'apparaît comme une grande prévoyance, ont reconnu que les conditions qui existaient en 1916 et pendant toute la période de négociation et de rédaction de la Convention n'existeraient

forever; that indeed, the evolution that had been experienced through time and its impact on migratory bird populations was likely to continue. Thus, while the drafters had identified scientific and propagating purposes as exceptions to the general rule reflected in Article II, exceptions not surprisingly identified in the environment of the day, they recognized, I conclude, that an “escape clause” to allow for the unforeseen such as the current phenomena of isostatic uplift, global warming and exponential growth of snow geese populations, was an appropriate adjunct to the Convention. It is such foresight that I conclude led to the inclusion of Article VII directed to just such conditions as, on the evidence before me, are now found to exist and that could not reasonably have been contemplated at the time the Convention was drafted.

[39] Section 4 of the Act leaves beyond doubt the conclusion that the Act was enacted for the purpose of implementing the Convention “by protecting migratory birds and nests”. I interpret subsection 12(1) as reflecting, at least in part, the foresight of the drafters of the Convention when they included Article VII in the Convention. For ease of reference, I quote here again what I consider to be the relevant portions of subsection 12(1):

12. (1) The Governor in Council may make any regulations that the Governor in Council considers necessary to carry out the purposes and provisions of this Act and the Convention, including regulations

(a) providing for the periods during which, and the areas in which,

(i) migratory birds may be killed, captured or taken,

...

(e) for granting permits to remove or eliminate migratory birds or nests where it is necessary to do so to avoid injury to agricultural interests or in any other circumstances set out in the regulations;

[40] The following is my interpretation of the foregoing elements of subsection 12(1) as they relate

peut-être pas toujours; qu’en fait l’évolution qui avait eu lieu avec le temps et son impact sur les populations d’oiseaux migrateurs allait vraisemblablement se poursuivre. Donc, même si les rédacteurs ont mentionné les motifs scientifiques et de propagation comme étant des exceptions à la règle générale énoncée à l’article II, ce qui n’est pas surprenant compte tenu de l’environnement de l’époque, ils ont reconnu qu’il était approprié d’ajouter à la Convention une «clause dérogatoire» qui permettrait de faire face aux imprévus, comme les phénomènes actuels de relèvement isostatique, de réchauffement global et de croissance exponentielle des populations d’oies des neiges. C’est ce genre de prévoyance qui, à mon avis, a mené à l’inclusion de l’article VII qui vise justement ces conditions qui, d’après la preuve dont je suis saisi, existent actuellement et qu’il n’était pas raisonnablement possible d’envisager au moment de la rédaction de la Convention.

[39] L’article 4 de la Loi permet de conclure sans aucun doute possible que la Loi a été adoptée afin de mettre en œuvre la Convention «par la protection des oiseaux migrateurs et de leurs nids». À mon avis, le paragraphe 12(1) reflète, du moins en partie, la prévoyance dont ont fait preuve les rédacteurs de la Convention en incluant l’article VII dans la Convention. Pour plus de facilité, je reproduis ci-dessous ce que je considère comme étant les parties pertinentes du paragraphe 12(1):

12. (1) Le gouverneur en conseil peut prendre les règlements qu’il juge nécessaires à la réalisation de l’objet de la présente loi et de la convention; les règlements peuvent notamment:

a) fixer les périodes pendant lesquelles et les zones à l’intérieur desquelles il est permis:

(i) de tuer, de capturer ou de prendre des oiseaux migrateurs,

[. . .]

e) prévoir la délivrance de permis d’enlever ou d’éliminer des oiseaux migrateurs, ainsi que leurs nids, là où l’enlèvement ou l’élimination est nécessaire en vue de prévenir des dommages à l’agriculture ou dans les circonstances énoncées par règlement;

[40] Voici quelle est mon interprétation des éléments précités du paragraphe 12(1) relativement aux faits de

to the facts of this matter: the Governor in Council may make any regulations that it considers necessary to carry out, not simply the purposes, but the provisions of the Act and the Convention, including Article VII, providing for the periods during which, and the areas in which, migratory birds may be killed, and for the granting of permits to eliminate migratory birds where, in the opinion of the Governor in Council, it is necessary to do so to avoid injury to agricultural interests or in any other circumstances set out in the regulations.

[41] This authority tracks, reasonably closely, though certainly not in identical terms, Article VII of the Convention which provides for permits to kill geese which, under “extraordinary conditions”, may become “seriously injurious” to the “agricultural or other interests” in “any particular community”.

[42] Returning first to the words of the Act, except as the Amending Regulations purport to cover Ross geese and “other species” that are not easily distinguishable from snow geese, the Amending Regulations, when read together with the related Regulatory Impact Analysis Statement, are obviously considered necessary by the Governor in Council to carry out a provision of the Convention, that is to say, Article VII. The Amending Regulations, in the terms of paragraph 12(1)(e) provide for the granting of permits to eliminate snow geese, that is to say migratory birds, to avoid injury in circumstances set out in the Regulations.

[43] Against the terms of Article VII of the Convention, and once again without reference to the provisions thereof respecting Ross geese and “other species that are not easily distinguishable from snow geese”, I reach the following conclusions. The Amending Regulations provide for permits to kill snow geese. The Governor in Council has obviously adopted the advice of the Trilateral Committee that snow goose populations are overabundant. In the first paragraph of the Regulatory Impact Analysis Statement, the following sentence appears:

l'espèce: le gouverneur en conseil peut prendre tout règlement qu'il juge nécessaire pour donner effet, non seulement à l'objet, mais aux dispositions de la Loi et de la Convention, y compris de l'article VII, tout en prévoyant des périodes pendant lesquelles et des zones à l'intérieur desquelles il serait permis de tuer des oiseaux migrateurs et de délivrer des permis d'éliminer les oiseaux migrateurs lorsque, de l'avis du gouverneur en conseil, il est nécessaire d'agir ainsi afin de prévenir des dommages à l'agriculture ou dans les circonstances énoncées par règlement.

[41] Ce pouvoir est raisonnablement semblable, bien qu'il ne soit certainement pas exprimé dans des termes identiques, à celui énoncé à l'article VII de la Convention qui autorise l'octroi de permis pour tuer les oies qui, dans des «conditions extraordinaires», peuvent se montrer «dommageables à l'agriculture ou à d'autres intérêts» dans une «localité spéciale».

[42] Pour revenir tout d'abord au libellé de la Loi, à l'exception du fait que le Règlement modificateur vise à englober les oies de Ross et «d'autres espèces» difficiles à distinguer des «oies des neiges», le Règlement modificateur, lu de concert avec le résumé de l'étude d'impact de la réglementation, est de toute évidence aux yeux du gouverneur en conseil jugé nécessaire pour appliquer une disposition de la Convention, c'est-à-dire l'article VII. Aux termes de l'alinéa 12(1)e), le Règlement modificateur autorise l'octroi de permis pour éliminer les oies des neiges, c'est-à-dire des oiseaux migrateurs, afin d'éviter les dommages qui seraient causés dans les circonstances énoncées dans le Règlement.

[43] Au regard des dispositions de l'article VII de la Convention, et, de nouveau, sans faire référence aux dispositions de celle-ci concernant les oies de Ross et «d'autres espèces difficiles à distinguer des oies des neiges», j'en arrive aux conclusions suivantes. Le Règlement modificateur permet de délivrer des permis de tuer des oies des neiges. Le gouverneur en conseil a manifestement suivi l'avis de la Commission trilatérale selon lequel les populations d'oies des neiges sont surabondantes. Au premier paragraphe du résumé de l'étude d'impact de la réglementation, on peut lire la phrase suivante:

Left unchecked, overabundant snow goose populations . . . will compromise the biological diversity of the arctic ecosystem.

I am satisfied that the Governor in Council could reasonably conclude in its discretion that such circumstances, overabundance, amount to “extraordinary conditions” and that those conditions “may become seriously injurious to the arctic ecosystem”. Of greater concern is whether that condition could be said to be an interest or interests “in any particular community”. I am satisfied that, in the context of Article VII of the Convention, the term “particular community” should be broadly interpreted to include the portion of the arctic in which snow geese spend the summer months and that the biological diversity of the arctic ecosystem is another interest within the same genus as “agricultural interest”.

[44] I find nothing on the face of subsection 12(1) of the Act and Article VII of the Convention to support those provisions of the Amending Regulations relating to Ross geese and “other species that are not easily distinguishable from snow geese”.

[45] The fifth issue heading is in the following terms:

Unlawful Sub-Delegation and Fettering of Discretion.

[46] In the draft of the Amending Regulations published, together with a Regulatory Impact Analysis Statement in the issue of the *Canada Gazette, Part I* on January 30, 1999, section 4 of the draft Amending Regulations was in the following terms:

4. The Regulations are amended by adding the following after section 23:

OVERABUNDANT SPECIES

23.1 (1) In this section and Schedule I, “overabundant species” means a species of migratory game bird

(a) that as a result of the abundance or rate of increase of the population of that species, is threatened in its

Si on n’intervient pas, les populations surabondantes d’Oies des neiges [. . .] compromettront sérieusement la diversité biologique de l’écosystème arctique.

Je suis convaincu que le gouverneur en conseil pouvait raisonnablement conclure, selon son pouvoir discrétionnaire, que de telles circonstances, c’est-à-dire la surabondance, constituent des «conditions extraordinaires» et que ces conditions «pouvaient avoir de graves répercussions sur l’écosystème arctique». Il faut en outre se demander, ce qui est plus important, si ces conditions constituent un ou des intérêts pour «une localité spéciale». Je suis convaincu que, dans le contexte de l’article VII de la Convention, l’expression «localité spéciale» devrait être interprétée libéralement pour inclure la région de l’Arctique où les oies des neiges passent les mois d’été et que la diversité biologique de l’écosystème arctique est un autre intérêt du même genre que «l’agriculture».

[44] À la lecture du paragraphe 12(1) de la Loi et de l’article VII de la Convention, je ne trouve rien pour appuyer les dispositions du Règlement modificateur ayant trait aux oies de Ross et à «d’autres espèces difficiles à distinguer des oies des neiges».

[45] La cinquième question est rédigée dans les termes suivants:

Il y a eu sous-délégation illégale et entrave à l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire.

[46] Dans le projet de Règlement modificateur qui a été publié, de même qu’un résumé de l’étude d’impact de la réglementation, dans la *Gazette du Canada, Partie I* le 30 janvier 1999, l’article 4 du projet de Règlement modificateur était rédigé dans les termes suivants:

4. Le même règlement est modifié par adjonction, après l’article 23, de ce qui suit:

ESPÈCES SURABONDANTES

23.1 (1) Pour l’application du présent article et de l’annexe I, «espèce surabondante» s’entend de toute espèce d’oiseaux migrateurs considérés comme gibier qui répond aux critères suivants:

a) son abondance ou son taux d’augmentation menace sa viabilité ou celle d’autres espèces d’oiseaux migrateurs ou

sustainability, that threatens the sustainability of any other species of migratory game bird, that threatens its habitat or that threatens the habitat of any other species of migratory birds; and

(b) that the Canada/Mexico/United States Trilateral Committee for Wildlife and Ecosystem Conservation and Management has identified as having an overabundant population.

The Trilateral Committee identified both lesser snow geese and greater snow geese as having overabundant populations. A substantial majority of the members of the Trilateral Committee represented Mexico and the United States, but not Canada. Counsel for the applicants urged that the Governor in Council simply adopted this identification and in so doing unlawfully delegated a portion of its mandate in enacting the Amending Regulations. It is worthy of note that the reference to identification of overabundance by the Trilateral Committee does not appear on the face of the Amending Regulations as adopted by the Governor in Council.

[47] It was not substantially disputed before me that where a delegate, here the Governor in Council, fetters his, her or its discretion by adopting a policy or agreeing to exercise it in a particular way, an unlawful subdelegation is the result. This principle can be found enunciated in *Vic Restaurant v. The City of Montreal*.¹⁵

[48] While the indication of such a subdelegation reflected in the draft Amending Regulations might reasonably give rise to speculation that the Governor in Council did delegate to the Trilateral Committee the identification of overabundance, there is no other evidence to support such speculation let alone such a conclusion. I am satisfied that the onus was on the applicants to establish the subdelegation and that this onus has not been met.

[49] Even if the onus of establishing a subdelegation were determined to be met, I am not satisfied that a finding of subdelegation to the Trilateral Committee, in the circumstances of this matter, would be fatal to the Amending Regulations. It should not be forgotten that what is here at issue is a perceived crisis that

menace son habitat ou celui d'autres espèces d'oiseaux migrateurs;

b) le Comité trilatéral Canada/Mexique/États-Unis pour la conservation et la gestion de la faune et des écosystèmes l'a désignée comme étant une espèce surabondante.

Le Comité trilatéral a identifié la petite oie des neiges et la grande oie des neiges comme étant des espèces surabondantes. La plupart des membres du Comité trilatéral représentaient le Mexique et les États-Unis, mais pas le Canada. L'avocat des demandeurs fait instamment valoir que le gouverneur en conseil a simplement adopté cette désignation et qu'en agissant ainsi il a délégué illégalement une partie de son mandat concernant l'adoption du Règlement modificateur. Il est utile de noter que le renvoi à la désignation d'une espèce surabondante par le Comité trilatéral ne ressort pas à la lecture du Règlement modificateur adopté par le gouverneur en conseil.

[47] Il n'a pas été contesté sur le fond devant moi qu'un délégué, en l'espèce le gouverneur en conseil, qui fait entrave à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en adoptant une politique ou en acceptant de l'exercer d'une façon particulière, procède à une sous-délégation illégale. Le principe est énoncé dans l'arrêt *Vic Restaurant v. The City of Montreal*¹⁵.

[48] Bien que l'indication d'une telle sous-délégation figurant dans le projet de Règlement modificateur puisse raisonnablement soulever la possibilité que le gouverneur en conseil a effectivement délégué au Comité trilatéral la fonction de désigner les espèces surabondantes, il n'y a pas d'autre preuve qui permette d'appuyer une telle hypothèse et encore moins une telle conclusion. Je suis convaincu que les demandeurs avaient le fardeau d'établir qu'il y a eu sous-délégation et qu'ils ne s'en sont pas acquittés.

[49] Même si j'avais conclu que les demandeurs avaient prouvé qu'il y a eu sous-délégation, je ne suis pas convaincu qu'une conclusion selon laquelle il y a eu sous-délégation au Comité trilatéral, dans les circonstances de l'espèce, ferait échec au Règlement modificateur. Il ne faut pas oublier que ce qui est

transcends national boundaries. The existence of the Convention is sufficient evidence of that. Snow geese do not respect national boundaries. Their preservation and, indeed, control of their overabundant populations, if such be the case, is a matter of direct concern to at least Canada and the United States and, apparently as well to Mexico. Thus, it is nothing more than common sense to ensure that there is consensus among the affected nations on the question of whether or not "extraordinary conditions", here, overabundant populations, exist. Such a consensus was reached through the Trilateral Committee. There was certainly no evidence before the Court that the Governor in Council was in any sense obligated to accept the determination or advice of the Trilateral Committee. Equally, it would have made little if any sense for the Governor in Council to have acted unilaterally in the absence of a consensus.

[50] In the result, I find no subdelegation impairing the validity of the Amending Regulations.

[51] The sixth issue heading is in the following terms:

The failure to follow Environment Canada's Policy for regulating wildlife and the Treasury Board of Canada's Federal Regulatory Policy violates the law and the doctrine of legitimate expectation.

[52] In *Pulp, Paper and Woodworkers of Canada, Local 8 et al. v. Canada (Minister of Agriculture) et al.*,¹⁶ Madam Justice Desjardins, for the Federal Court of Appeal, wrote at page 49:

As I have stated earlier, the Minister, because he must register, "subject to section 18", is not free as to the making of an opinion. He must direct his mind to the information which is provided to him and do so in the light of the criteria set out in s. 18 of the **Regulations**. The Minister announced a consultative process by which he would come to that decision. The final decision is, however, by statute, his and his only to take, but he announced he would seek enlightenment from specialized government departments. No law prevented him from declaring the process he might choose to follow in order to arrive at his decision. When that process was announced, it could only have the effect of

contesté en l'espèce est une crise imminente qui transcende les frontières nationales. L'existence de la Convention en est une preuve suffisante. Les oies des neiges ne respectent pas les frontières. Leur préservation et, en fait, le contrôle de leurs populations surabondantes, si tel est le cas, est un sujet de préoccupation directe à tout le moins pour le Canada et les États-Unis et apparemment aussi pour le Mexique. Donc, ce n'est rien de plus que de faire preuve de bon sens que de s'assurer qu'il y a un consensus entre les pays intéressés sur la question de l'existence de «conditions extraordinaires», en l'espèce les populations surabondantes. Le Comité trilatéral a permis d'établir ce consensus. La Cour n'est manifestement pas saisie d'une preuve tendant à établir que le gouverneur en conseil a d'une quelconque façon été obligé d'accepter la décision ou la recommandation du Comité trilatéral. De même, le gouverneur en conseil n'aurait guère été justifié d'agir unilatéralement en l'absence d'un consensus.

[50] Par conséquent, je conclus qu'il n'y a pas eu de sous-délégation portant atteinte à la validité du Règlement modificateur.

[51] La sixième question est formulée dans les termes suivants:

L'omission de suivre la politique d'Environnement Canada concernant la réglementation de la faune et la politique de réglementation fédérale du Conseil du Trésor du Canada contrevient à la loi et à la doctrine des attentes légitimes.

[52] Dans l'arrêt *Travailleurs des pâtes, des papiers et du bois du Canada, Section locale 8 et al. c. Canada (Ministre de l'Agriculture) et al.*,¹⁶ M^{me} le juge Desjardins, de la Cour d'appel fédérale, écrit à la page 49:

Comme je l'ai déclaré plus haut, puisque le ministre doit procéder à l'enregistrement «sous réserve de l'article 18», il ne jouit pas d'une liberté absolue pour ce qui est de se former une opinion. Il doit examiner les renseignements qu'il possède, et il doit le faire en fonction des critères énoncés à l'article 18 du **Règlement**. En l'occurrence, le ministre a annoncé dans la brochure en quoi consiste, en gros, le processus consultatif par lequel il parviendrait à cette décision. Les mots «participent aux prises de décision» ne sauraient viser une décision collective étant donné que le ministre est le seul qui soit habilité par la loi à prendre la décision finale. Dans les faits, il a annoncé qu'il demande-

creating reasonable expectations in the public alerted to the use of pesticides, and particularly those more exposed to possible effects of the control product, that certain procedures would be followed so as to ensure public health and safety.

In cases of an omission on the part of the Minister, this Court is entitled, as expressed by the Supreme Court of Canada in the **Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)** case, to supply the omission where a party has been led to believe that his or her right to a safe environment would be affected if the proper consultation has not been followed.

The foregoing is an enunciation of the doctrine of legitimate expectations earlier described by Madam Justice Desjardins.

[53] It is urged on behalf of the applicants that the Amending Regulations violate the Minister's policy for regulating wildlife as reflected in *Objectives and Guidelines for Establishment of National Regulations for Migratory Game Bird Hunting*, revised September 1997, which appears as Appendix A to "Migratory Game Birds in Canada Proposals for 1999/2000 Hunting Regulations", December 31, 1998¹⁷ (the Ministerial Guidelines). The "guiding principles" published in the Ministerial Guidelines provide that:

- first, maintenance of viable natural wildlife stocks takes precedents over their use;
- second, Canadians are temporary custodians of their wildlife heritage;
- third, Canadians are free to enjoy and use wildlife in Canada subject to laws to secure sustainable enjoyment of that use;
- fourth, the cost of management essential to preserving viable populations of wildlife should be borne by all Canadians;

rait à des ministères spécialisés de l'aider de leurs lumières. Aucune loi ne l'empêchait de faire connaître la façon dont il pourrait décider de procéder pour prendre sa décision. Lorsqu'il a fait cette annonce, son geste a uniquement pu avoir pour effet de créer, chez les personnes dont l'attention est éveillée aux dangers de l'utilisation des pesticides, en particulier celles qui sont les plus exposées aux effets possibles du produit antiparasitaire, une expectative raisonnable que certaines procédures seraient suivies afin de garantir la santé de la population.

Dans les cas où le ministre commet une omission, la présente Cour est en droit, comme l'a déclaré la Cour suprême du Canada dans l'affaire **Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)**, de suppléer à l'omission lorsqu'une partie a été amenée à croire que son droit à un environnement sûr serait lésé si la consultation appropriée n'avait pas lieu.

Ce qui précède est un énoncé de la doctrine des attentes légitimes déjà décrite par M^{me} le juge Desjardins.

[53] Au nom des demandeurs, on fait valoir que le Règlement modificateur contrevient à la politique du ministre concernant la réglementation de la faune que l'on retrouve dans les [TRADUCTION] *Objectifs et directives pour l'établissement de règlements nationaux concernant la chasse aux oiseaux migrateurs considérés comme gibier*, version révisée de septembre 1997, figurant à l'annexe A du rapport [TRADUCTION] «Les oiseaux migrateurs considérés comme gibier au Canada—Propositions relatives au règlement de chasse de 1999/2000»; 31 décembre 1998¹⁷ (les Directives ministérielles). Les «principes directeurs» publiés dans les Directives ministérielles prévoient ce qui suit:

- premièrement, le maintien de stocks viables de faune naturelle a préséance sur leur utilisation;
- deuxièmement, les Canadiens sont les gardiens temporaires de leur patrimoine faunique;
- troisièmement, les Canadiens sont libres de jouir et de faire usage de la faune du Canada, pourvu qu'ils respectent les lois ayant pour but de les en faire profiter à long terme;
- quatrièmement, les frais de gestion essentiels à la préservation de populations viables de la faune doivent être assumés par tous les Canadiens;

– fifth, wildlife has intrinsic social and economic values but sometimes causes problems that require management; and

– finally, conservation of wildlife relies upon a well-informed public.

[54] Objectives are provided with respect to migratory game birds hunting regulations. They are the following:

– first, to provide an opportunity for Canadians to hunt;

– second, to limit the take of migratory game birds to levels compatible with their ability to sustain population levels consistent with the available habitat throughout their range;

– third, to protect the genetic diversity within migratory game bird populations;

– fourth, to provide hunting opportunities in various parts of Canada within certain limitations;

– fifth, to limit accidental kill of protected species; and

– finally, to assist at times and in specific locations, in the prevention of damage of natural habitat and depredations of agricultural crops.

[55] While evidence was before the Court urging that the foregoing policy was violated in many respects, I find such evidence to be more in the nature of argument than in the nature of expert evidence.

[56] I find no breach of the Ministerial Guidelines through the enactment of the Amending Regulations and the process leading up to their enactment.

[57] Counsel for the applicants further urges that the Amending Regulations and the process by which they

– cinquièmement, la faune a des valeurs socio-économiques intrinsèques, malgré certains problèmes qui exigent une saine gestion; et

– finalement, la conservation de la faune dépend de l'information du public.

[54] Des objectifs ont été établis relativement au règlement de chasse aux oiseaux migrateurs. Ce sont les suivants:

– premièrement, donner aux Canadiens la possibilité de chasser;

– deuxièmement, limiter les prises d'oiseaux migrateurs à des niveaux compatibles avec leur capacité de maintenir des niveaux de population appropriés aux habitats disponibles au sein de leur aire de distribution;

– troisièmement, protéger la diversité génétique au sein des populations d'oiseaux migrateurs considérés comme gibier;

– quatrième, fournir des possibilités de chasse dans différentes régions du Canada, moyennant certaines restrictions;

– cinquièmement, limiter l'abattage accidentel d'espèces protégées; et

– finalement, aider à l'occasion et dans certains endroits, à la prévention des dommages causés à l'habitat naturel et à la dégradation des récoltes.

[55] Bien que la Cour ait été saisie d'éléments de preuve tendant à établir que la politique précitée était violée à plusieurs égards, je conclus que ces éléments de preuve tiennent davantage de la nature de l'argumentation que de la nature d'une preuve d'expert.

[56] Je conclus que l'adoption du Règlement modificateur et le processus utilisé pour procéder à cette adoption ne contreviennent pas aux directives ministérielles.

[57] L'avocat des demandeurs fait en outre valoir que le Règlement modificateur et le processus suivi

were developed and enacted fail to comply with the Treasury Board of Canada's "Federal Regulatory Policy" and in particular the "Regulatory Process Management's Standard" referenced in the Federal Regulatory Policy. Certain standards are emphasized:

– first, regulatory authorities, here the Minister of the Environment, proposing regulatory changes must have evidence that a problem has arisen, that Government intervention is required and that the regulatory changes are necessary. Where environmental risks are involved, and it is urged that such is the case here, persons such as the Minister must consider whether the relative and absolute risks posed are such that intervention is required at the time proposed;

– second, the problem must be described and documented in clear, concise terms, the problem must be analysed, and interested parties must be consulted on alternative ways to solve the problem;

– third, it must be demonstrated that the regulatory amendment will help solve the problem. Alternative regulatory solutions must be analysed to ensure the most effective and efficient is chosen;

– fourth, it must be demonstrated that the benefits of the regulatory amendments are greater than their costs and, where they address environmental risks, it must also be demonstrated that regulatory effort is being expanded where it will do the most good, and a cost/benefit analysis must be carried out to assess potential effects, such as impacts on the environmental and other sectors of society;

– fifth, the regulatory program designed must include program objectives, program delivery specifications and delivery control procedures; and

– finally, the related Regulatory Impact Analysis Statement must explain the procedures and resources that will be used for compliance and enforcement.

pour son élaboration et son adoption ne respectent pas la «politique de réglementation fédérale» du Conseil du Trésor du Canada et, en particulier, la «norme de gestion du processus de réglementation» dont il est question dans la politique de réglementation fédérale. Certaines normes sont soulignées:

– tout d'abord, les autorités de réglementation, en l'espèce le ministre de l'Environnement, qui proposent des changements à la réglementation doivent avoir la preuve qu'il existe un problème, que l'intervention gouvernementale est nécessaire et que les changements au règlement s'imposent. Lorsqu'il y a des risques pour l'environnement, et on fait valoir que tel est le cas en l'espèce, des personnes comme le ministre doivent examiner si les risques relatifs et absolus sont tels qu'une intervention s'impose au moment proposé;

– deuxièmement, le problème doit être décrit et documenté en termes clairs et concis, le problème doit être analysé, et les parties intéressées doivent être consultées sur les diverses façons de régler le problème;

– troisièmement, il faut qu'il soit démontré que la modification au règlement aidera à résoudre le problème. D'autres solutions réglementaires doivent être analysées de façon à retenir la solution la plus efficace;

– quatrièmement, il faut qu'il soit démontré que les avantages des modifications au règlement sont supérieurs à leur coût et, lorsqu'il a pour but de limiter les risques pour l'environnement, il faut également qu'il soit démontré que l'effort de réglementation sera consacré là où il sera le plus efficace, et une analyse avantages/coûts doit être effectuée pour évaluer les effets potentiels, par exemple les répercussions sur l'environnement et d'autres secteurs de la société;

– cinquièmement, le programme de réglementation conçu doit inclure les objectifs du programme, les normes d'application du programme et les modalités de contrôle; et

– finalement, le résumé de l'étude d'impact de la réglementation doit expliquer les procédures et les ressources qui seront utilisées pour assurer la conformité au règlement et son application.

[58] While, once again, there is evidence to the effect that the foregoing requirements have not been met, I am not satisfied on the totality of the evidence before the Court that the applicants' case for a breach of the doctrine of legitimate expectations has been made out. Madam Justice Desjardins' words quoted earlier relate to an "omission" on the part of a minister. I find no omission here but rather a profound difference of opinion on the quality or degree of compliance on the part of the Minister. The doctrine of legitimate expectations does not extend to a power in this Court to ensure that the personal expectations as to process of the most disaffected stakeholders will be fulfilled. It is sufficient that there be no "omission" on the part of the Minister. I find there was none.

[59] The applicants' seventh issue statement is in the following terms:

The Regulation is based on erroneous findings of fact made in a perverse or capricious manner or without proper regard to relevant material.

[60] I turn once again to the *Inuit Tapirisat* decision.¹⁸ There, at page 756, Mr. Justice Estey for the Supreme Court, wrote:

In short, the discretion of the Governor in Council is complete provided he observes the jurisdictional boundaries

[61] Mr. Justice Estey continued at page 757:

. . . I am assisted by the reasoning of Megarry J. in *Bates v. Lord Hailsham* (cited by the majority judgment of this Court in *Nicholson* In refusing to intervene, Megarry J. stated at p. 1378:

Let me accept that in the sphere of the so-called quasi-judicial the rules of natural justice run, and that in the administrative or executive field there is a general duty of fairness. Nevertheless, these considerations do not seem to me to affect the process of legislation, whether primary or delegated. Many of those affected by delegated legislation, and affected very substantially, are never consulted in the process of enacting that legislation; and yet they have no remedy. . . I do not know of any implied right to be consulted or make objections, or any principle upon which the courts may enjoin the legislative process at the suit of those who contend that insufficient time for consultation

[58] Bien que, de nouveau, il y ait des éléments de preuve tendant à établir que les exigences précitées n'ont pas été respectées, je ne suis pas convaincu d'après l'ensemble de la preuve dont la Cour est saisie que les demandeurs ont prouvé qu'il y a eu contravention à la doctrine des attentes légitimes. Dans ses propos cités ci-dessus, M^{me} le juge Desjardins parle d'une «omission» de la part du ministre. Je ne trouve aucune omission en l'espèce, mais plutôt une profonde différence d'opinion sur la qualité ou le degré de conformité de la part du ministre. La doctrine des attentes légitimes ne donne pas à la présente Cour le pouvoir de s'assurer que les attentes personnelles des intéressés les plus défavorisés au sujet du processus seront respectées. Il suffit qu'il n'y ait pas «d'omission» de la part du ministre. Je n'en trouve aucune.

[59] La septième question soulevée par les demandeurs est la suivante:

Le règlement se fonde sur des conclusions de faits erronées tirées de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments disponibles.

[60] Je reviens une fois encore à l'arrêt *Inuit Tapirisat*¹⁸. À la page 756, le juge Estey, s'exprimant au nom de la Cour, écrit ceci:

Bref, le gouverneur en conseil a entière discrétion dans la mesure où il respecte les limites fixées à sa compétence [. . .]

[61] Le juge Estey poursuit en ces termes à la page 757:

Ma conclusion [. . .] est étayée par l'opinion du juge Megarry dans l'arrêt *Bates v. Lord Hailsham* (cité dans l'opinion de la majorité de cette Cour dans l'arrêt *Nicholson*) [. . .] En refusant d'intervenir, le juge Megarry a dit à la page 1378:

[TRADUCTION] Admettons que dans le domaine de ce qu'on appelle le quasi-judiciaire, on applique les règles de justice naturelle et, dans le domaine administratif ou exécutif, l'obligation générale d'agir équitablement. Mais cela ne me paraît pas s'appliquer au processus législatif, qu'il s'agisse de lois ou de législation déléguée. Plusieurs de ceux que la législation déléguée concerne, et souvent de façon très importante, ne sont jamais consultés au cours de son processus d'adoption; et pourtant, ils n'ont aucun recours. [. . .] Il n'existe, que je sache, aucun droit implicite d'être consulté ou de présenter des objections, ni aucun principe en vertu duquel les tribunaux peuvent

and consideration has been given.¹⁹

[62] Once again, except as previously noted in relation to Ross geese and “other species that are not easily distinguishable from snow geese”, I find no reviewable error in the nature of an erroneous finding of fact made in a perverse or capricious manner or without proper regard to relevant material.

[63] The eight issue statement is in the following terms:

Assuming there is a legally valid basis for the challenged regulation, there is nevertheless no legal basis whatsoever for this regulation to include Ross’ geese as a species that can be hunted outside the close season.

[64] As previously indicated, I am in complete agreement with the applicants on this issue.

[65] Finally, the last issue statement is in the following terms:

- (i) The actions of the Minister and the Governor in Council in formulating and making these regulations have violated and constitute a continuing fundamental deprivation of the constitutionally protected rights of Aboriginal peoples to be meaningfully consulted and involved in respect of governmental actions, programmes and permitting activities related to wildlife resources in respect of which Aboriginal peoples have traditional, Treaty, and constitutionally protected interests.
- (ii) The Minister and the Governor in Council have ignored and breached their fiduciary duty to Aboriginal peoples, which duty requires, *inter alia*, that the Minister and the Governor in Council obtain and objectively consider information as to the likely impacts that the regulations will have on Aboriginal persons, communities and the wildlife upon which they depend or have interests, prior to formulating and advocating such proposals, and avoid such actions where negative impacts are likely.

[66] The Dene Nation was one of the applicants before the Court and clearly had status to raise these

donner des ordres au pouvoir législatif à la demande de ceux qui prétendent qu’il n’a pas consacré un temps suffisant à la consultation et à l’étude de la question¹⁹.

[62] Une fois de plus, sauf pour ce qui a été noté précédemment concernant les oies de Ross et «autres espèces difficiles à distinguer des oies des neiges», je ne trouve aucune erreur susceptible de contrôle qui serait de la nature d’une conclusion de fait erronée tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments disponibles.

[63] La huitième question est formulée dans les termes suivants:

En supposant que le règlement contesté ait un fondement légalement valide, il n’en va pas de même des dispositions du règlement qui autorisent la chasse aux oies de Ross comme espèce en dehors du temps prohibé.

[64] Comme je l’ai indiqué précédemment, je partage entièrement l’opinion des demandeurs sur ce point.

[65] Finalement, la dernière question est formulée comme suit:

- (i) Les mesures prises par le ministre et le gouverneur en conseil dans la formulation et la prise de ces règlements ont contrevenu aux droits des autochtones, protégés par la Constitution, d’être consultés au sujet des mesures, des programmes et des activités autorisés par le gouvernement concernant les ressources fauniques, à l’égard desquelles les autochtones ont des droits ancestraux, issus de traités et protégés par la Constitution, et de participer à ces mesures et programmes, et constituent un déni fondamental permanent de ces droits.
- (ii) Le ministre et le gouverneur en conseil ont ignoré et contrevenu à leur obligation de fiduciaire à l’égard des autochtones, qui les oblige, notamment, à obtenir des renseignements quant aux répercussions probables que le règlement aura sur les autochtones, les collectivités autochtones et la faune dont ils dépendent pour leur subsistance ou à l’égard de laquelle ils ont des droits, à examiner objectivement ces renseignements avant de formuler et de recommander des propositions semblables, et à s’abstenir de prendre ces mesures en cas de répercussions négatives probables.

[66] La Nation dénée faisait partie des demandeurs devant la Cour et elle avait manifestement qualité pour

issues. Regretfully, the Dene Nation filed no evidence whatsoever, despite the fact that the application for judicial review indicated that such evidence would be forthcoming. I give no weight whatsoever to exhibits to an affidavit filed on behalf of another of the applicants that purport to be copies of letters from the Dene Nation to the Minister of the Environment and others indicating their concerns with respect to the proposals for the Amending Regulations and requesting consultations or more extensive consultations.

[67] There can be no doubt that the Amending Regulations impact on traditional and constitutionally protected interests of First Nations peoples and, perhaps, also on Treaty interests. The evidence before me demonstrates consultations as referred to earlier, albeit that those consultations may have been uneven in different regions of the country and with different affected peoples, including First Nations peoples.

[68] It was not in issue before me that snow geese are relied on as a food source, and perhaps for other purposes, by First Nations peoples. While it is clear that the objective of the spring hunt is to significantly or, perhaps substantially, reduce “overabundant populations”, it is hard to conceive that the result is likely, at least in the short term, to negatively impact traditional, Treaty, and constitutionally protected interests of First Nations peoples. At the same time, the evidence before me does not clearly establish that these interests were directly addressed.

[69] In recent years, a number of judgments have dealt with the obligations of the Crown to First Nations peoples in traditional and Treaty situations. I will refer briefly to a few of them.

[70] In *R. v. Sparrow*,²⁰ where fishery conservation measures in the Province of British Columbia were at issue, the Chief Justice and La Forest J., delivering judgment for the Court, wrote at page 1119:

soulever ces questions. Malheureusement, elle n’a déposé aucune preuve, bien qu’il ait été indiqué dans la demande de contrôle judiciaire que cette preuve allait bientôt être déposée. Je n’accorde aucune importance aux pièces jointes à un affidavit déposé au nom d’un autre demandeur qui sont présentées comme étant des copies de lettres de la Nation dénée au ministre de l’Environnement et à d’autres personnes dans lesquelles la Nation dénée exprime ses préoccupations concernant les propositions relatives au Règlement modificateur et demande que des consultations aient lieu ou que celles-ci soient plus exhaustives.

[67] Il ne fait aucun doute que le Règlement modificateur a des répercussions sur les intérêts ancestraux des Premières nations protégés par la Constitution et, peut-être même aussi, sur les intérêts issus de traités. La preuve dont je suis saisi démontre qu’il y a eu des consultations, comme il en a été question précédemment, même si ces consultations n’ont pas toutes été de même niveau dans les différentes régions du pays et avec les différentes populations visées, y compris les Premières nations.

[68] Il n’a pas été contesté devant moi que les Premières nations comptent sur les oies des neiges pour se nourrir et peut-être pour d’autres fins. Bien qu’il soit clair que l’objectif de la chasse du printemps soit de réduire de façon importante, peut-être considérablement, les «populations surabondantes», il est difficile de concevoir que le résultat aura vraisemblablement, du moins à court terme, pour effet d’influer négativement sur les intérêts ancestraux, issus de traités et protégés par la Constitution des Autochtones. Par ailleurs, la preuve dont je suis saisi n’établit pas clairement que ces intérêts ont été traités directement.

[69] Depuis quelques années, un certain nombre de jugements ont traité des obligations de la Couronne à l’égard des Premières nations dans des situations où il s’agissait de droits ancestraux ou issus de traités. Je ferai brièvement référence à certains de ces jugements.

[70] Dans l’arrêt *R. c. Sparrow*²⁰, traitant de mesures de conservation du poisson dans la province de la Colombie-Britannique, le juge en chef et le juge La Forest, qui ont prononcé le jugement de la Cour, indiquent ceci à la page 1119:

We acknowledge the fact that the justificatory standard to be met may place a heavy burden on the Crown. However, government policy with respect to the British Columbia fishery, regardless of s. 35(1), already dictates that, in allocating the right to take fish, Indian food fishing is to be given priority over the interests of other user groups. The constitutional entitlement embodied in s. 35(1) requires the Crown to ensure that its regulations are in keeping with that allocation of priority. The objective of this requirement is not to undermine Parliament's ability and responsibility with respect to creating and administering overall conservation and management plans regarding the salmon fishery. The objective is rather to guarantee that those plans treat aboriginal peoples in a way ensuring that their rights are taken seriously.

Within the analysis of justification, there are further questions to be addressed, depending on the circumstances of the inquiry. These include the questions of whether there has been as little infringement as possible in order to effect the desired result; whether, in a situation of expropriation, fair compensation is available; and, whether the aboriginal group in question has been consulted with respect to the conservation measures being implemented. The aboriginal peoples, with their history of conservation-consciousness and inter-dependence with natural resources, would surely be expected, at the least, to be informed regarding the determination of an appropriate scheme for the regulation of the fisheries.²¹

The substance of the last quoted sentence surely applies equally with respect to the determination of an appropriate scheme, or modification of the scheme, for preservation, including, where necessary, regulation, of migratory bird populations.

[71] In *R. v. Badger*,²² Mr. Justice Cory wrote at page 812:

There is no doubt that aboriginal and treaty rights differ in both origin and structure. Aboriginal rights flow from the customs and traditions of the native peoples. To paraphrase the words of Judson J. in *Calder* . . . they embody the right of native people to continue living as their forefathers lived. [Citation omitted.]

At page 813, he continued:

In addition, both aboriginal and treaty rights possess in common a unique, *sui generis* nature In each case, the honour of the Crown is engaged through its relationship with the native people. [Citations omitted.]

Nous reconnaissons que la norme de justification à respecter est susceptible d'imposer un lourd fardeau à Sa Majesté. Toutefois, la politique gouvernementale relativement à la pêche en Colombie-Britannique commande déjà, et ce, indépendamment du par. 35(1), que, dans l'attribution du droit de prendre du poisson, le droit des Indiens de pêcher à des fins d'alimentation ait la priorité sur les intérêts d'autres groupes d'usagers. Le droit constitutionnel énoncé au par. 35(1) exige que Sa Majesté assure que Ses règlements respectent cette attribution de priorité. Cette exigence ne vise pas à miner la capacité et la responsabilité du Parlement de créer et d'administrer des plans globaux de conservation et de gestion concernant la pêche au saumon. L'objectif est plutôt de garantir que ces plans réservent aux peuples autochtones un traitement qui assure que leurs droits sont pris au sérieux.

Il y a, dans l'analyse de la justification, d'autres questions à aborder, selon les circonstances de l'enquête. Il s'agit notamment des questions de savoir si, en tentant d'obtenir le résultat souhaité, on a porté le moins possible atteinte à des droits, si une juste indemnisation est prévue en cas d'expropriation et si le groupe d'autochtones en question a été consulté au sujet des mesures de conservation mises en œuvre. On s'attendrait certainement à ce que les peuples autochtones, traditionnellement sensibilisés à la conservation et ayant toujours vécu dans des rapports d'interdépendance avec les ressources naturelles, soient au moins informés relativement à la conception d'un régime approprié de réglementation de la pêche²¹.

La dernière phrase citée s'applique certainement aussi à la conception d'un régime approprié de préservation des populations d'oiseaux migrateurs ou à la modification de ce régime, y compris au besoin à la réglementation.

[71] Dans l'arrêt *R. c. Badger*²², le juge Cory écrit à la page 812:

Il ne fait pas de doute que les droits ancestraux et les droits issus de traités diffèrent, tant de par leur origine que de par leur structure. Les droits ancestraux tirent leur origine des coutumes et des traditions des peuples autochtones. Pour paraphraser les propos du juge Judson dans l'arrêt *Calder* [. . .] ils expriment le droit des peuples autochtones de continuer à vivre de la même façon que leurs ancêtres. [Citation omise.]

Il poursuit dans les termes suivants à la page 813:

En outre, les droits ancestraux et les droits issus de traités ont en commun un caractère *sui generis* particulier [. . .] Dans chaque cas, l'honneur de la Couronne est en jeu dans le cadre de ses rapports avec les peuples autochtones. [Citations omises.]

He continued later on the same page:

The wording of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* supports a common approach to infringements of aboriginal and treaty rights.

Finally, at page 814, Mr. Justice Cory concluded on this subject:

In summary, it is clear that a statute or regulation which constitutes a *prima facie* infringement of aboriginal rights must be justified.

On the evidence before me, I simply cannot determine that the Amending Regulations constitute a *prima facie* infringement of Aboriginal rights.

[72] In *Halfway River First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*,²³ a case involving conservation measures in the province of British Columbia, Mr. Justice Dorgan wrote at page 312:

The MOF [Ministry of Forests] submits that the duty to consult does not arise until the aboriginal group has established a *prima facie* infringement, citing *Sparrow*, where consultation is not considered until the second stage of the infringement test. In my view, this approach is inconsistent with the cases referred to and is inappropriate given the relationship between the Crown and native people.

Based on the *Jack, Noel and Delgamuukw* cases, the Crown has an obligation to undertake reasonable consultation with a First Nation which may be affected by its decision. In order for the Crown to consult reasonably, it must fully inform itself of the practices and of the views of the Nation affected. In so doing, it must ensure that the group affected is provided with full information with respect to the proposed legislation or decision and its potential impact on aboriginal rights.

There is some, though limited, evidence before me that the respondents fulfilled their obligation against this statement of the test. While it is unfortunate that the evidence provided by the respondents in this regard was not more fulsome, in the absence of any evidence whatsoever on behalf of the Dene Nation, or indeed on behalf of any other First Nation, I am satisfied that there is simply no basis on which I could

Et encore plus loin dans la même page, il ajoute:

Le texte du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* appuie l'application d'une analyse commune aux atteintes à des droits ancestraux et à des droits issus de traités.

Finalement, à la page 814, le juge Cory conclut de la façon suivante:

Bref, il est manifeste qu'une loi ou un règlement portant atteinte *prima facie* à des droits ancestraux doit être justifié.

D'après la preuve dont je suis saisi, je ne peux tout simplement pas conclure que le Règlement modificateur constitue une atteinte *prima facie* aux droits des Autochtones.

[72] Dans l'arrêt *Halfway River First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*²³, une affaire traitant des mesures de conservation en Colombie-Britannique, le juge Dorgan écrit ceci à la page 312:

[TRADUCTION] Le ministère des Forêts soutient que l'obligation de consultation ne se pose pas tant que les groupes d'autochtones n'ont pas établi qu'il y a eu une atteinte *prima facie* à leurs droits, dont il est question dans l'arrêt *Sparrow*, lorsque la consultation n'est pas considérée comme étant la deuxième étape du critère de l'atteinte aux droits. À mon avis, cette interprétation n'est pas compatible avec la jurisprudence citée et elle est inappropriée compte tenu de la relation qui existe entre la Couronne et les peuples autochtones.

D'après les arrêts *Jack, Noel et Delgamuukw*, la Couronne a l'obligation de tenir des consultations raisonnables avec une Première nation qui peut être visée par sa décision. Pour que l'on puisse conclure que la Couronne a tenu des consultations raisonnables, elle doit s'informer complètement des pratiques et des opinions de la nation visée. En agissant ainsi, elle doit aussi s'assurer que le groupe touché dispose de tous les renseignements au sujet de la législation ou de la décision proposée et de ses répercussions potentielles sur les droits ancestraux.

J'ai été saisi de certains éléments de preuve, assez limités, indiquant que les défendeurs avaient rempli leurs obligations au regard de cet élément du critère. Bien qu'il soit malheureux que la preuve fournie par les défendeurs à cet égard n'ait pas été plus complète, en l'absence de toute autre preuve déposée au nom de la Nation dénée, ou en fait au nom de toute autre Première nation, je suis convaincu qu'il n'y a tout

find against the respondents by reasons of a failure on their part to fulfil their duties to the First Nation in developing and enacting the Amending Regulations.²⁴

(8) CONCLUSION AND DISPOSITION

[73] As indicated earlier in these reasons, I disposed of this matter from the bench on April 15, 1999. Also as indicated earlier, my disposition was in the following terms:

IT IS HEREBY ORDERED, ADJUDGED AND DECLARED THAT:

1. The *Regulations Amending the Migratory Birds Regulations*, P.C. 1999-526 of the 25th of March, 1999 are *ultra vires* insofar as they purport to authorize the killing of Ross Geese and other species that are not easily distinguishable from Snow Geese, during the periods and in the Areas or Districts specified in Table 1.2 set out in those *Regulations*.
2. In all other respects, the Applicants' application for judicial review is dismissed.

In addition, as neither counsel for the applicants nor counsel for the respondents sought costs, I made no order as to costs.

¹ Registration SOR/99-147, 25 March, 1999.

² S.C. 1994, c. 22.

³ 133 *Canada Gazette, Part I*, at p. 227 (January 30, 1999).

⁴ [1980] 2 S.C.R. 735.

⁵ [1990] 3 F.C. 410 (C.A.).

⁶ [1983] 1 S.C.R. 106.

⁷ S.C. 1994, c. 22.

⁸ At the time he swore his affidavit, Dr. Wendt was Chief of the Migratory Birds Conservation Division of the Canadian Wildlife Service at Environment Canada.

⁹ Applicants' record, vol. V, at p. 45.

¹⁰ *The Migratory Birds Convention Act*, S.C. 1917, c. 18, assented to, August 29, 1917.

¹¹ Affidavit of John Stephen Wendt sworn March 26, 1999, para. 44; respondents record, vol. 1, at p. 138.

¹² (1976), 12 O.R. (2d) 164 (Div. Ct.).

¹³ Ruth Sullivan, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994, at p. 397.

simplement pas de fondement à partir duquel je pourrais conclure, à l'encontre des défendeurs, qu'ils ont manqué à leurs obligations à l'égard de la Première nation dans l'élaboration et l'adoption du Règlement modificateur²⁴.

8) CONCLUSION ET DISPOSITIF

[73] Comme je l'ai indiqué plus tôt dans les présents motifs, j'ai réglé cette affaire à l'audience le 15 avril 1999. De même, comme je l'ai indiqué ci-dessus, voici quel était le dispositif de mon jugement:

[TRADUCTION]

LA COUR DÉCLARE PAR LES PRÉSENTES:

1. Que le *Règlement modifiant le Règlement sur les oiseaux migrateurs*, C.P. 1999-526, en date du 25 mars 1999, est *ultra vires* dans la mesure où il entend autoriser la chasse aux oies de Ross et à d'autres espèces difficiles à distinguer des oies des neiges, au cours des périodes et dans les régions énumérées au tableau 1.2 du *Règlement*.
2. Qu'à tous autres égards, la demande de contrôle judiciaire des demandeurs est rejetée.

En outre, comme aucun des avocats des demandeurs ou des défendeurs n'a demandé les dépens, je n'ai prononcé aucune ordonnance à ce sujet.

¹ Enregistrement DORS/99-147, 25 mars 1999.

² L.C. 1994, ch. 22.

³ 133 *Gazette du Canada, Partie I*, à la p. 227 (30 janvier 1999).

⁴ [1980] 2 R.C.S. 735.

⁵ [1990] 3 C.F. 410 (C.A.).

⁶ [1983] 1 R.C.S. 106.

⁷ L.C. 1994, ch. 22.

⁸ Au moment où il a déposé son affidavit sous serment, M. Wendt était chef de la Division de la conservation des oiseaux migrateurs du Service canadien de la faune d'Environnement Canada.

⁹ Dossier des demandeurs, vol. V, à la p. 45.

¹⁰ *Loi de la Convention concernant les oiseaux migrateurs*, S.C. 1917, ch. 18, proclamée le 29 août 1917.

¹¹ Affidavit de John Stephen Wendt, établi sous serment le 26 mars 1999, par. 44; dossier des défendeurs, vol. I, à la p. 138.

¹² (1976), 12 O.R. (2d) 164 (C. div.).

¹³ Ruth Sullivan, 3^e éd. Toronto: Butterworths, 1994, à la p. 397.

¹⁴ For the propositions reflected in this quotation, in addition to the *Schavernoch v. Foreign Claims Commission et al.* decision which is reported at [1982] 1 S.C.R. 1092, the following authorities are cited: *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, at p. 733; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at pp. 1371-1372; *Salomon v. Commissioners of Customs & Excise*, [1967] 2 Q.B. 116 (C.A.), at pp. 143-144.

¹⁵ [1959] S.C.R. 58.

¹⁶ (1994), 174 N.R. 37 (F.C.A.).

¹⁷ Exhibit 8 to the affidavit of Dr. Vernon G. Thomas sworn March 1, 1999, applicants' record, vol. II.

¹⁸ *Supra*, note 4.

¹⁹ *Bates v. Lord Hailsham*, [1972] 1 W.L.R. 1373 (Ch. D.); and *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311.

²⁰ [1990] 1 S.C.R. 1075.

²¹ The reference to s. 35(1) is a reference to that subsection of Part II of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]. That subsection reads as follows:

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

²² [1996] 1 S.C.R. 771.

²³ [1998] 4 W.W.R. 283 (B.C.S.C.).

²⁴ In *Makivik Corp. v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, [1999] 1 F.C. 38 (T.D), a matter relating to negotiation of Aboriginal land claims in the context of a treaty process, Associate Chief Justice Richard, by reference to a number of the cases that I have cited and others, at pp. 79 and 80 set forth a number of "General Principles" that may be drawn from those cases. Additionally, paras. 107-109 on the same pages provide some general statements that may well be applicable in the context of this matter as well.

¹⁴ À l'appui des propositions énumérées dans cette citation, en plus de l'arrêt *Schavernoch c. Commission des réclamations étrangères et autres* qui est publié à [1982] 1 R.C.S. 1092, les causes jurisprudentielles suivantes sont citées: *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, à la p. 733; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, aux p. 1371 et 1372; *Salomon v. Commissioners of Customs & Excise*, [1967] 2 Q.B. 116 (C.A.), aux p. 143 et 144.

¹⁵ [1959] R.C.S. 58.

¹⁶ (1994), 174 N.R. 37 (C.A.F.).

¹⁷ Pièce 8 jointe à l'affidavit de M. Vernon G. Thomas, établi sous serment le 1^{er} mars 1999, dossier des demandeurs, vol. II.

¹⁸ Précité, note 4.

¹⁹ *Bates v. Lord Hailsham*, [1972] 1 W.L.R. 1373 (Ch. D.); et *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311.

²⁰ [1990] 1 R.C.S. 1075.

²¹ L'art. 35(1) dont il est question ci-dessus figure à la partie II de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n^o 44]. Cet art. est rédigé dans les termes suivants:

35. (1) Les droits existants—ancestraux ou issus de traités—des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

²² [1996] 1 R.C.S. 771.

²³ [1998] 4 W.W.R. 283 (C.S.C.-B.).

²⁴ Dans la décision *Makivik Corp. c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [1999] 1 C.F. 38 (1^{re} inst.), une cause ayant trait à la négociation de droits fonciers autochtones dans le contexte d'un traité, le juge en chef adjoint Richard, en faisant référence à un certain nombre de causes que j'ai déjà citées et à d'autres, aux p. 79 et 80, a énoncé un certain nombre de «principes généraux» qui peuvent être tirés de ces causes. En outre, les par. 107 à 109 figurant aux mêmes pages énoncent certaines affirmations générales qui pourraient très bien s'appliquer dans le contexte de la présente espèce.

T-18-98

T-18-98

John Frederick William Weatherill (*Applicant*)**John Frederick William Weatherill** (*demandeur*)

v.

c.

Attorney General of Canada and Nicole Jauvin
(*Respondents*)**Procureur général du Canada et Nicole Jauvin**
(*défendeurs*)**INDEXED AS: WEATHERILL v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: WEATHERILL c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (1^{re} INST.)**

Trial Division, Sharlow J.—Toronto, May 25; Ottawa, May 28, 1999.

Section de première instance, juge Sharlow—Toronto, 25 mai; Ottawa, 28 mai 1999.

Judges and Courts — Canada Labour Relations Board Chair appointed during good behaviour for 10 years — Governor in Council ordering his removal before expiry of term based on Auditor General's findings travel, hospitality expenses not reasonable compared to those of others in similar positions — S. 69 requiring Canadian Judicial Council, at Minister's request, to conduct inquiry into whether person (other than judge of superior court or T.C.C.) appointed during good behaviour pursuant to Act of Parliament should be removed from office for certain reasons, including misconduct — Language of s. 69 parallel to that of s. 63(1), applicable to superior court judges — Answer to whether inquiry under Judges Act, s. 69 precondition to removal from office of person appointed pursuant to Act of Parliament to hold office during good behaviour same for superior court judges, persons to whom s. 69 applies — Whether constitutional validity of CLRB decisions requiring Board members have same security of tenure as have superior court judges — Board not a court though quasi-judicial body making very important decisions — Charter, s. 11(d) inapplicable to matters before CLRB — Assuming some need for security of tenure for CLRB members, requirement met by combination of three elements: statutory requirement of "cause" as ground for removal (Canada Labour Code, s. 10(2)); Governor in Council's obligation to observe principles of natural justice when making removal decision; potential for independent inquiry under s. 69 (at Minister's request) — If s. 69 never enacted, first two elements would suffice — Natural justice principles just as binding on Governor in Council's exercise of statutory removal power as any statutory procedural requirements — Tribunal not lacking security of tenure merely because no statutory procedural protections regarding removal — Removal of person from office held during good behaviour cannot be done without affording person procedural protection, but full hearing with examination, cross-examination of witnesses, full disclosure of documents not essential.

Juges et tribunaux — Président du Conseil canadien des relations du travail nommé à titre inamovible pour 10 ans — Le gouverneur en conseil a décrété sa révocation avant l'expiration de son mandat à la lumière de la conclusion du vérificateur général que ses dépenses de voyage et d'hébergement n'étaient pas raisonnables comparativement à celles de titulaires de postes semblables — L'art. 69 oblige le Conseil canadien de la magistrature, sur demande du ministre, à enquêter sur les cas de révocation de titulaires de postes nommés à titre inamovible aux termes d'une loi fédérale (à l'exception des juges des juridictions supérieures ou de la C.C.I.) pour certains motifs, dont le manquement à l'honneur et à la dignité — La formulation de l'art. 69 est identique à celle de l'art. 63(1), qui s'applique aux juges de juridiction supérieure — La réponse à la question de savoir si l'enquête prévue par l'art. 69 de la Loi sur les juges constitue une condition préalable essentielle à la révocation des titulaires de postes nommés à titre inamovible en vertu d'une loi fédérale est la même pour les juges de juridiction supérieure que pour les personnes assujetties à l'application de l'art. 69 — Les membres du CCRT doivent-ils avoir le même degré d'inamovibilité que les juges de juridiction supérieure pour que leurs décisions soient valides sur le plan constitutionnel? — Le Conseil n'est pas une cour, même s'il est un organisme quasi-judiciaire qui rend des décisions très importantes — L'art. 11d) de la Charte ne s'applique pas aux affaires dont est saisi le CCRT — Si on tient pour acquis que les membres du CCRT doivent jouir d'une certaine inamovibilité, cette exigence a été remplie par la combinaison de trois éléments: l'exigence légale de l'existence d'une «cause» comme motif de révocation (art. 10(2) du Code canadien du travail); l'obligation du gouverneur en conseil d'appliquer les principes de la justice naturelle lorsqu'il prend une décision en matière de révocation; la possibilité de la tenue d'une enquête indépendante en vertu de l'art. 69 (sur demande du ministre) — Si l'art. 69 n'avait jamais été édicté, les deux premiers éléments suffiraient — Les principes de la justice naturelle lient le gouverneur en conseil, dans le cadre de l'exercice du pouvoir de révocation que lui confère une loi, de la même façon que toute exigence procédurale prévue par une

Administrative law — Judicial review — CLRB Chair appointed during good behaviour for 10 years — Governor in Council ordering his removal before expiry of term based on Auditor General's findings travel, hospitality expenses not reasonable compared to those of others in similar positions — No denial of fundamental fairness in procedure leading to removal order — Press reports MPs, Prime Minister applauded when Minister of Labour announcing intention to commence removal proceedings not establishing reasonable apprehension of bias — Applicant neither denied opportunity to respond to allegations nor unfairly treated — Decision to not make submissions to Deputy Clerk, Governor in Council not due to lack of time, knowledge — Knew in general terms factual foundation for Auditor General's Report — Knew Auditor General had considered expense guidelines applicable to other public officials, though did not have access to actual claims — Knew substance of allegations under consideration with respect to removal decision — Had opportunity to discuss Report with auditors — Obtained expense guidelines applicable to organizations thought to be comparable to CLRB by mid-December — Governor in Council not acting unfairly in refusing further delay after interim injunction refused.

Labour relations — CLRB Chair appointed during good behaviour for 10 years — Governor in Council ordering removal before expiry of term based on Auditor General's findings travel, hospitality expenses not reasonable compared to those of others in similar positions — Inquiry under Judges Act, s. 69 not pre-condition to removal of person appointed pursuant to Act of Parliament to hold office during good behaviour — No denial of fundamental fairness in procedure leading to removal order.

Practice — Affidavits — Affidavits of lawyer acting for applicant, but not in these proceedings, only evidence

loi — Les membres d'un tribunal ne sont pas privés de l'inamovibilité uniquement parce que la loi n'accorde aucune protection procédurale en matière de révocation — La révocation du titulaire d'un poste occupé à titre inamovible ne peut avoir lieu sans qu'une protection procédurale ne lui soit accordée, mais une audience complète, comportant l'interrogatoire et le contre-interrogatoire des témoins ainsi que la divulgation totale des documents, n'est pas essentielle.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Président du CCRT nommé à titre inamovible pour 10 ans — Le gouverneur en conseil a décrété sa révocation avant l'expiration de son mandat à la lumière de la conclusion du vérificateur général que ses dépenses de voyage et d'hébergement n'étaient pas raisonnables comparativement à celles de titulaires de postes semblables — Il n'y a pas eu négation de la justice fondamentale dans le cadre du processus qui a mené au décret de révocation — Les articles de journaux indiquant que les députés et le Premier ministre avaient applaudi lorsque le ministre du Travail avait annoncé son intention d'entamer le processus de révocation n'ont pas établi l'existence d'une crainte raisonnable de partialité — Le demandeur n'a pas été privé de la possibilité de répondre aux allégations, et il n'a pas été traité inéquitablement — La décision de ne pas faire d'observations au greffier adjoint et au gouverneur en conseil n'était pas due à un manque de temps et de renseignements — Le demandeur connaissait, de façon générale, le fondement factuel du rapport du vérificateur général — Il savait que le vérificateur général avait examiné les lignes directrices, en matière de dépenses, qui s'appliquaient aux autres fonctionnaires, même s'il n'avait pas accès à leurs demandes de dépenses — Il connaissait l'essentiel des allégations qui étaient examinées relativement à la révocation — Il a eu la possibilité de discuter du rapport avec les vérificateurs — Il a obtenu vers la mi-décembre les lignes directrices, en matière de dépenses, qui s'appliquent aux organismes qui avaient été estimés comparables au CCRT — Le gouverneur en conseil n'a pas agi de façon inéquitable en refusant d'accorder un délai supplémentaire après le rejet de la demande d'injonction provisoire.

Relations du travail — Président du CCRT nommé à titre inamovible pour 10 ans — Le gouverneur en conseil a décrété sa révocation avant l'expiration de son mandat à la lumière de la conclusion du vérificateur général que ses dépenses de voyage et d'hébergement n'étaient pas raisonnables comparativement à celles de titulaires de postes semblables — L'enquête prévue par l'art. 69 de la Loi sur les juges ne constitue pas une condition préalable essentielle à la révocation des titulaires de postes nommés à titre inamovible en vertu d'une loi fédérale — Il n'y a pas eu négation de la justice fondamentale dans le cadre du processus qui a mené au décret de révocation.

Pratique — Affidavits — Les affidavits de l'avocat qui agissait pour le demandeur, mais pas en l'instance, étaient

adduced by applicant — Federal Court Rules, 1998, r. 82 (prohibiting solicitor from both deposing to affidavit, presenting argument in Court) not applicable as affiant not counsel herein — R. 81 requiring affidavits to be confined to facts within personal knowledge of deponent — While open to Court to strike statements of fact for which applicant, executive assistant source of information, more appropriate to leave them in record, consider question of adverse inference (r. 81(2)) when dealing with issues to which relate — No reason to exclude statements on information and belief for which source of information person in PCO or Auditor General's Office merely on basis hearsay — Presumption truth of statements within respondents' knowledge — In absence of evidence to contrary, affiant open to cross-examination in same manner as any other deponent — No basis for determining whether anything in affidavits might have jeopardized applicant's solicitor-client privilege or for determining whether applicant prepared to waive privilege — That affiant acting for applicant not making it unfair to respondents for Court to permit affidavits to remain in record.

This was an application to have an order removing the applicant as Chairman of the former Canada Labour Relations Board declared invalid. The applicant was appointed to hold office during good behaviour for 10 years. *Canada Labour Code*, subsection 10(2) permits the Governor in Council to remove a member of the Board for cause. Paragraph 12(b) provides that Board members are entitled to be paid reasonable travel and other expenses while absent from their ordinary places of residence in the course of their duties. In 1997 the Minister of Labour asked the Office of the Auditor General to review the Chairman's travel expenses, which had become the subject of press reports and questions in Parliament. The Auditor General reviewed the Chairman's travel and hospitality expenditures and concluded that they were not reasonable. Prior to the release of the Auditor General's conclusions, the applicant had objected that they were not based on sound comparisons. On the same day that the Auditor General's Report was tabled in Parliament, the Office of the Auditor General provided the applicant with the working papers related to his expenses, but not documents relating to the expense claims of other individuals, or documents relating to agencies other than the Canada Labour Relations Board. They refused to identify the documents being withheld. Subsequently the Deputy Clerk of the Privy Council provided to the applicant copies of the travel and hospitality expense statements of policy from organizations considered by the Auditor General as comparable to the Canada Labour Relations Board. The

les seuls éléments de preuve produits par ce dernier — La règle 82 des Règles de la Cour fédérale (1998) (qui interdit à un avocat d'être l'auteur d'un affidavit et de présenter des arguments à la Cour) ne s'appliquait pas, car le déclarant n'était pas l'avocat du demandeur en l'espèce — La règle 81 exige que les affidavits se limitent aux faits dont le déclarant a une connaissance personnelle — Même si la Cour avait le pouvoir de radier les déclarations fondées sur les renseignements provenant du demandeur ou de son adjoint exécutif, il était plus opportun de les laisser dans le dossier et d'examiner la question des conclusions défavorables (règle 81(2)) au moment de l'étude des questions sur lesquelles ces déclarations portaient — Il n'y avait aucun motif pour écarter les déclarations fondées sur des renseignements et des croyances et pour lesquelles la source d'information était une personne employée par le BCP ou par le Bureau du vérificateur général pour l'unique raison qu'il s'agissait de oui-dire — Les défendeurs sont présumés connaître la véracité des déclarations — En l'absence de preuve contraire, l'auteur de l'affidavit était susceptible d'être contre-interrogé de la même façon que tout autre déclarant — Rien ne permettait de déterminer si les affidavits contenaient des éléments pouvant porter atteinte au secret professionnel de l'avocat du demandeur et si le demandeur était prêt à renoncer au privilège — Le fait que l'auteur de l'affidavit ait représenté le demandeur ne rendait pas injuste pour les défendeurs que la Cour permette que les affidavits demeurent au dossier.

Il s'agissait d'une demande de déclaration d'invalidité du décret révoquant le demandeur à titre de président de l'ancien Conseil canadien des relations de travail. Le demandeur avait été nommé à titre inamovible pour un mandat de 10 ans. Le paragraphe 10(2) du *Code canadien du travail* permet au gouverneur en conseil de révoquer pour cause un membre du Conseil. L'alinéa 12b) prévoit que les membres du Conseil ont droit aux frais de déplacement et autres entraînés par l'accomplissement de leurs fonctions hors de leur lieu ordinaire de résidence. En 1997, le ministre du Travail a demandé au Bureau du vérificateur général d'examiner les dépenses de voyage du président, qui avaient fait l'objet d'articles dans les journaux et de questions au Parlement. Le vérificateur général a examiné les dépenses de voyage et d'hébergement, et il a conclu qu'elles n'étaient pas raisonnables. Avant le dépôt des conclusions du vérificateur général, le demandeur a prétendu qu'elles n'étaient pas fondées sur des comparaisons pertinentes. Le jour du dépôt du rapport du vérificateur général devant le Parlement, le Bureau du vérificateur général a fourni au demandeur les documents de travail liés à ses dépenses, mais pas les documents liés aux demandes de dépenses de tierces personnes ni les documents concernant tout autre organisme que le Conseil canadien des relations du travail. Ils ont refusé de mentionner la nature des documents non divulgués. Par la suite, le greffier adjoint du Conseil privé a fourni au demandeur des copies des exposés de principe en matière de dépenses de voyage et d'hébergement d'organismes.

applicant refused to make any submissions to the Deputy Clerk of the Privy Council prior to submission of her report on the ground that the process was contrary to the *Judges Act*, section 69. Section 69 requires the Canadian Judicial Council, at the request of the Minister, to conduct an inquiry into whether a person appointed pursuant to an enactment of Parliament to hold office during good behaviour (other than a judge of a superior court or of the Tax Court) should be removed from office for reasons enumerated in section 65, including misconduct. The Deputy Clerk's Report indicated that the applicant had not made any response because he did not feel that he had had sufficient information. The applicant made no submission to the Governor in Council in response to the Deputy Clerk's Report, and commenced this application for judicial review. An application for an interim interlocutory injunction to prevent the Governor in Council from considering the question of removal until the completion of the judicial review was dismissed. The removal order was made before an appeal could be heard.

The only evidence adduced by the applicant were the affidavits of Mr. Hefferon, a lawyer who acts for the applicant, but who was not counsel for the applicant in the within proceedings. The respondents sought to exclude the affidavits pursuant to the *Federal Court Rules, 1998*, rule 82, which prohibits a solicitor from both deposing to an affidavit and presenting argument in Court. The respondents also cited rule 81 which requires affidavits to be confined to the facts within the personal knowledge of the deponent, except on motions in which statements as to the deponent's belief with the grounds therefor may be included. The respondents did not attempt to cross-examine Mr. Hefferon because cross-examination would have risked the applicant's claim of solicitor-client privilege.

The issues were: (1) whether Mr. Hefferon's affidavits should be excluded; (2) whether a person appointed pursuant to an Act of Parliament to hold office during good behaviour can be removed from office without an inquiry under the *Judges Act*, section 69, and (3) whether there was a denial of fundamental justice in the procedure that led to the removal order.

Held, the application should be dismissed.

(1) Rule 82 did not apply. Mr. Hefferon was not counsel for the applicant in the proceedings.

While it was open to the Court to strike the statements of fact for which the source of information was the applicant or his executive assistant, it seemed more appropriate to leave them in the record and to consider the question of the adverse inference referred to in subsection 81(2) of the

mes que le vérificateur général considérait comme étant comparables au Conseil canadien des relations de travail. Le demandeur a refusé de présenter des observations au greffier adjoint du Conseil privé avant le dépôt du rapport de ce dernier au motif que le processus était contraire à l'article 69 de la *Loi sur les juges*. L'article 69 oblige le Conseil canadien de la magistrature, sur demande du ministre, à enquêter sur les cas de révocation des titulaires de postes nommés à titre inamovible aux termes d'une loi fédérale (à l'exception des juges des juridictions supérieures ou de la Cour de l'impôt) pour les motifs énoncés à l'article 65, dont le manquement à l'honneur et à la dignité. Le rapport du greffier adjoint indiquait que le demandeur n'avait pas répondu parce qu'il ne croyait pas avoir suffisamment de renseignements. Le demandeur n'a fait part d'aucune observation au gouverneur en conseil en réaction au rapport du greffier adjoint, et il a institué la présente demande de contrôle judiciaire. Une demande d'injonction provisoire visant à empêcher le gouverneur en conseil d'examiner la question de la révocation avant la fin de l'instance en contrôle judiciaire a été rejetée. Le décret de révocation a été prononcé avant l'audition de l'appel.

Les seuls éléments de preuve produits par le demandeur étaient les affidavits de M. Hefferon, un avocat qui agit au nom du demandeur, mais qui ne l'a pas représenté dans le cadre de la présente instance. Les défendeurs ont cherché à faire écarter les affidavits en vertu de la règle 82 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, qui interdit à un avocat d'être l'auteur d'un affidavit et de présenter des arguments à la Cour. Les défendeurs ont également invoqué la règle 81, qui exige que les affidavits se limitent aux faits dont le déclarant a une connaissance personnelle, sauf s'ils sont présentés à l'appui d'une requête, auquel cas ils peuvent contenir des déclarations fondées sur ce que le déclarant croit être les faits, avec motifs à l'appui. Les défendeurs n'ont pas tenté de contre-interroger M. Hefferon parce que cela aurait pu pousser le demandeur à invoquer le secret professionnel de l'avocat.

Les questions en litige étaient: 1) si les affidavits de M. Hefferon devaient être écartés; 2) si une personne nommée en vertu d'une loi fédérale à un poste à titre inamovible pouvait faire l'objet de révocation avant la tenue de l'enquête prévue par l'article 69 de la *Loi sur les juges*; 3) s'il y avait eu négation de la justice fondamentale dans le cadre du processus qui a mené au décret de révocation.

Jugement: la demande doit être rejetée.

1) La règle 82 des Règles ne s'appliquait pas. M. Hefferon n'était pas l'avocat du demandeur en l'instance.

Même si la Cour avait le pouvoir de radier les déclarations fondées sur les renseignements provenant du demandeur ou de son adjoint exécutif, il semblait plus opportun de les laisser dans le dossier et d'examiner la question des conclusions défavorables mentionnées au paragraphe 81(2)

Rules when dealing with the issues to which they related.

There was no reason to exclude statements on information and belief for which the source of information was a person in the Privy Council Office or the Auditor General's Office merely on the basis that they were hearsay. The truth of those statements must be presumed to be within the knowledge of the respondents.

In the absence of evidence to the contrary, Mr. Hefferon was open to cross-examination in the same manner as any other deponent. There was no basis for determining whether anything in the affidavits might have jeopardized the applicant's solicitor-client privilege or for determining whether the applicant was prepared to waive the privilege. That Mr. Hefferon acted for the applicant did not make it unfair to the respondents for the Court to permit the affidavits to remain in the record.

(2) The language of subsection 69(1) is parallel to that of subsection 63(1), which applies to superior court judges. The answer to the question of whether an investigation or inquiry by the Canadian Judicial Council is an essential precondition for removal must be the same for superior court judges and persons to whom section 69 applies. As far as judges are concerned, security of tenure is an essential condition of judicial independence. The essence of security of tenure for the purposes of Charter, paragraph 11(*d*) (right to a hearing by an independent tribunal) is a tenure that is secure from interference by the Executive in a discretionary or arbitrary manner. There is more than one way to provide security of tenure. In the case of a superior court judge, security of tenure is protected by the machinery of removal, the transparent and cumbersome procedure of joint address to the Senate and House of Commons. In the case of a judge who can be removed by executive order, security of tenure is provided by the statutory requirement for cause and the existence of a legal right to a full hearing by an independent body. It was not clear whether the constitutional validity of decisions of the Canada Labour Relations Board requires the same degree of security of tenure for its members. While the Board is entrusted with very important decisions that are not subject to judicial scrutiny except in the most limited circumstances, it is not a court. There is no scope for the application of Charter, paragraph 11(*d*) in matters heard by the Canada Labour Relations Board.

Assuming that there is some need for security of tenure for CLRB members, the requirement was met by the combination of three elements: the statutory requirement of "cause" as the ground for removal; the Governor in Council's obligation to observe the principles of natural justice when making a removal decision; and the potential

des Règles au moment de l'étude des questions sur lesquelles ces déclarations portaient.

Il n'y avait aucun motif pour écarter les déclarations fondées sur des renseignements et des croyances et pour lesquelles la source d'information était une personne employée par le Bureau du Conseil privé ou par le Bureau du vérificateur général pour l'unique raison qu'il s'agissait de oui-dire. Les défendeurs doivent être présumés connaître la véracité de ces déclarations.

En l'absence d'éléments de preuve contraires, M. Hefferon était susceptible d'être contre-interrogé comme tout autre déclarant. Rien ne permettait de déterminer si les affidavits contenaient des éléments pouvant porter atteinte au secret professionnel de l'avocat du demandeur et si le demandeur était prêt à renoncer au privilège. Le fait que M. Hefferon ait représenté le demandeur ne rendait pas injuste pour les défendeurs que la Cour permette que les affidavits demeurent au dossier.

2) La formulation du paragraphe 69(1) est identique à celle du paragraphe 63(1), qui s'applique aux juges de juridiction supérieure. La réponse à la question de savoir si l'enquête du Conseil canadien de la magistrature constitue une condition préalable essentielle à la révocation doit être la même pour les juges de juridiction supérieure que pour les personnes assujetties à l'application de l'article 69. Dans le cas des juges, l'inamovibilité constitue une condition essentielle de l'indépendance judiciaire. L'essence de l'inamovibilité pour les fins de l'alinéa 11(*d*) de la Charte (droit à un procès devant un tribunal indépendant) est que la charge soit à l'abri de toute intervention discrétionnaire ou arbitraire. Il existe plus d'une manière d'assurer l'inamovibilité. Dans le cas d'un juge d'une juridiction supérieure, l'inamovibilité est protégée par le mécanisme de révocation, soit la procédure publique et lourde de l'adresse conjointe au Sénat et à la Chambre des communes. Dans le cas d'un juge qui peut être révoqué par décret, l'inamovibilité est assurée par l'exigence légale de motif et par la garantie juridique du droit à une audience complète devant un organisme indépendant. Il n'était pas facile de déterminer si les membres du Conseil canadien sur les relations du travail devaient avoir le même degré d'inamovibilité pour que leurs décisions soient valides sur le plan constitutionnel. Même si le Conseil se voit confier la tâche de prendre des décisions très importantes qui ne font pas l'objet d'examen judiciaire, sauf dans les cas les plus restreints, il n'est pas une cour. L'alinéa 11(*d*) de la Charte ne peut pas s'appliquer aux affaires entendues par le Conseil canadien sur les relations du travail.

Si on tient pour acquis que les membres du CCRT doivent jouir d'une certaine inamovibilité, cette exigence a été remplie par la combinaison de trois éléments: l'exigence légale de l'existence d'une «cause» comme motif de révocation; l'obligation du gouverneur en conseil d'appliquer les principes de la justice naturelle lorsqu'il prend une

for an independent inquiry under the *Judges Act*, section 69, even though that section can be engaged only at the discretion of the Minister of Justice. An inquiry under section 69 was a mere possibility while the application of the principles of natural justice are mandatory. That leads to the conclusion that if section 69 had never been enacted, the first two elements would suffice. The principles of natural justice are as binding on the Governor in Council, when considering whether to exercise a statutory power to remove a person from a position on a tribunal, as any procedural requirements in a statute, even though the particular requirements of natural justice will vary from case to case. Therefore a tribunal does not lack security of tenure merely because, in the event of a proposal to terminate an appointment, no procedural protections are mandated by statute.

Subsection 69(1) applies only at the discretion of the Minister of Justice. This is the only interpretation that gives effect to the words “at the request of the Minister” in a statute that requires the Council to act at her request, but does not compel the Minister to make a request. This is also the only interpretation that is consistent with the *Judges Act*, section 71, which provides that nothing done or omitted to be done under the authority of sections 63 to 70 affects any power, right or duty of the House of Commons, the Senate or the Governor in Council in relation to the removal from office of any person in relation to whom an inquiry may be conducted under any of those sections. So although the decision to remove a superior court judge cannot be made without complying with the principles of fundamental justice, an inquiry or investigation by the Council under the *Judges Act* is not the only possible means of accomplishing that objective. Similarly, the removal of a person from an office held during good behaviour cannot be done without affording that person procedural protection. A full hearing, with examination and cross-examination of witnesses, and full disclosure of documents is not, however, essential to the fair exercise of the power of removal.

(3) Press reports to the effect that members of Parliament, including the Prime Minister, applauded when the Minister of Labour announced his intention to commence proceedings for the applicant’s removal were not sufficient to establish a reasonable apprehension of bias. Nor was the applicant denied a fair opportunity to respond to the allegations against him or unfairly treated. He knew in general terms the factual foundation for the Auditor General’s Report. He knew that the Auditor General had considered the expense guidelines applicable to other public officials, although he did not have access to their actual claims. He knew the substance of the allegations with respect to the removal decision. The applicant’s decision to make no submissions to the Deputy Clerk or the Governor in Council was not due to a lack of time or knowledge. He had the opportunity to

décision en matière de révocation; la possibilité de la tenue d’une enquête indépendante en vertu de l’article 69 de la *Loi sur les juges*, même si cet article ne s’applique que si le ministre de la Justice décide d’y recourir. L’enquête prévue par l’article 69 de la *Loi sur les juges* n’était qu’une simple possibilité tandis que l’application des principes de la justice naturelle était obligatoire. Cela mène à la conclusion que si l’article 69 n’avait jamais été édicté, les deux premiers éléments seraient suffisants. Les principes de la justice naturelle lient le gouverneur en conseil, lorsqu’il examine la possibilité d’exercer le pouvoir que lui confère une loi de révoquer le titulaire d’une charge auprès d’un tribunal, de la même façon que toute exigence procédurale prévue par une loi, même si les exigences particulières de justice naturelle varient selon l’affaire en cause. On ne peut dire que les membres d’un tribunal sont privés de l’inamovibilité uniquement parce que la loi n’accorde aucune protection procédurale en cas de proposition de révocation de mandat.

Le paragraphe 69(1) ne s’applique que si le ministre de la Justice y a recours. Il s’agit de la seule interprétation qui donne un sens à l’expression «que lui confie le ministre» dans une loi qui oblige le Conseil à agir sur demande de ce dernier mais qui ne contraint pas le ministre à faire la demande. Il s’agit également de la seule interprétation qui soit compatible avec l’article 71 de la *Loi sur les juges*, qui prévoit que les articles 63 à 70 n’ont pas pour effet de porter atteinte aux attributions de la Chambre des communes, du Sénat ou du gouverneur en conseil en matière de révocation de tout titulaire de poste susceptible de faire l’objet des enquêtes qui y sont prévues. Même si on ne peut pas prendre la décision de révoquer un juge d’une juridiction supérieure sans se conformer aux principes de justice fondamentale, une enquête faite par le Conseil en vertu de la *Loi sur les juges* n’est pas le seul moyen possible d’atteindre cet objectif. De la même façon, la révocation du titulaire d’un poste occupé à titre inamovible ne peut avoir lieu sans qu’une protection procédurale ne lui soit accordée. Une audience complète, comportant l’interrogatoire et le contre-interrogatoire des témoins ainsi que la divulgation totale des documents, n’est toutefois pas essentielle pour l’exercice équitable du pouvoir de révocation.

3) Les articles de journaux indiquant que les députés, dont le Premier ministre, avaient applaudi lorsque le ministre du Travail avait annoncé son intention d’entamer le processus de révocation du demandeur n’étaient pas suffisants pour établir l’existence d’une crainte raisonnable de partialité. Le demandeur n’a pas non plus été privé d’une possibilité raisonnable de répondre aux allégations faites contre lui, et il n’a pas été traité de façon inéquitable. Il connaissait, de façon générale, le fondement factuel du rapport du vérificateur général. Il savait que le vérificateur général avait examiné les lignes directrices, en matière de dépenses, qui s’appliquaient aux autres fonctionnaires, même s’il n’avait pas accès à leurs demandes de dépenses. Il connaissait l’essentiel des allégations relatives à la révocation. La décision du demandeur de ne faire aucune observation au

discuss the Auditor General's Report with the auditors and obtained the expense guidelines applicable to comparable organizations. The applicant failed to take advantage of the delay while his initial application for an interim injunction was pending. The Governor in Council did not act unfairly in refusing further delay after the interlocutory injunction was denied.

greffier adjoint ou au gouverneur en conseil n'était pas due à un manque de temps ou de renseignements. Il a eu la possibilité de discuter du rapport du vérificateur général avec les vérificateurs, et il a obtenu les lignes directrices, en matière de dépenses, qui s'appliquent aux organismes comparables. Le demandeur n'a pas profité du délai pendant lequel sa demande initiale d'injonction provisoire était en cours. Le gouverneur en conseil n'a pas agi de façon inéquitable en refusant d'accorder un délai supplémentaire après le rejet de la demande d'injonction interlocutoire.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1.
An Act to amend the Canada Labour Code (Part I) and the Corporations and Labour Unions Returns Act and to make consequential amendments to other Acts, S.C. 1998, c. 26.
Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 9, 10, 12.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 11(d).
Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19).
Competition Tribunal Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19.
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 81, 82.
Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 2 "department" (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 69).
Judges Act, R.S.C., 1985, c. J-1, s. 63(1) (as am. by S.C. 1992, c. 51, s. 27), (2) (as am. *idem*), (3),(4),(5),(6), 64, 65 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 27, s. 5), 66(2), 69 (as am. by S.C. 1992, c. 51, s. 28; 1993, c. 34, s. 89), 70, 71.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Wedge v. Canada (Attorney General) (1997), 4 Admin. L.R. (3d) 153; 133 F.T.R. 277 (F.C.T.D.); *Canada (Procureur général) c. Alex Couture inc.*, [1991] R.J.Q. 2534; (1991), 83 D.L.R. (4th) 577 (C.A.).

DISTINGUISHED:

Lex Tex Canada Ltd. v. Duratex Inc., [1979] 2 F.C. 722; (1979), 13 C.P.C. 153; 42 C.P.R. 185 (T.D.).

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 11d).
Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 9, 10, 12.
Loi modifiant le Code canadien du travail (partie I), la Loi sur les déclarations des personnes morales et des syndicats et d'autres lois en conséquence, L.C. 1998, ch. 26.
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1.
Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19).
Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 2 «ministère» (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 69).
Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19.
Loi sur les juges, L.R.C. (1985), ch. J-1, art. 63(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 51, art. 27), (2) (mod., *idem*), (3),(4),(5),(6), 64, 65 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 27, art. 5), 66(2), 69 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144; ch. 51, art. 28; 1993, ch. 34, art. 89), 70, 71.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 81, 82.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Wedge c. Canada (Procureur général) (1997), 4 Admin. L.R. (3d) 153; 133 F.T.R. 277 (C.F. 1^{re} inst.); *Canada (Procureur général) c. Alex Couture inc.*, [1991] R.J.Q. 2534; (1991), 83 D.L.R. (4th) 577 (C.A.).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Lex Tex Canada Ltd. c. Duratex Inc., [1979] 2 C.F. 722; (1979), 13 C.P.C. 153; 42 C.P.R. 185 (1^{re} inst.).

CONSIDERED:

Valente v. The Queen et al., [1985] 2 S.C.R. 673; (1985), 52 O.R. (2d) 779; 24 D.L.R. (4th) 161; 23 C.C.C. (3d) 193; 49 C.R. (3d) 97; 19 C.R.R. 354; 37 M.V.R. 9; 64 N.R. 1; 14 O.A.C. 79; *Gratton v. Canadian Judicial Council*, [1994] 2 F.C. 769; (1994), 115 D.L.R. (4th) 81; 26 Admin. L.R. (2d) 120; 78 F.T.R. 214 (T.D.).

REFERRED TO:

Éthier v. Canada (RCMP Commissioner), [1993] 2 F.C. 659; (1993), 151 N.R. 374 (C.A.); *Weatherill v. Canada (Attorney General)* (1998), 6 Admin. L.R. (3d) 137 (F.C.T.D.); *Mohammad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 363; (1988), 55 D.L.R. (4th) 321; 91 N.R. 121 (C.A.).

AUTHORS CITED

Canada. Office of the Auditor General. *Report of the Auditor General of Canada to the House of Commons*, Chapter 26, Canada Labour Relations Board. Ottawa: Minister of Public Works and Government Services Canada, December 1997.

APPLICATION to have an order removing the applicant as Chairman of the former Canada Labour Relations Board declared invalid on the ground that an inquiry under the *Judges Act*, section 69 had not been conducted and that the procedure leading to the removal order constituted a denial of fundamental justice. Application dismissed.

APPEARANCES:

Bernard Chernos, Toronto, for applicant.
Edward Sojonyk, Ottawa, for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Goodman and Carr, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] SHARLOW J.: On January 29, 1998, the Governor in Council ordered the removal of the applicant as Chairman of the former Canada Labour Relations

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Valente c. La Reine et autres, [1985] 2 R.C.S. 673; (1985), 52 O.R. (2d) 779; 24 D.L.R. (4th) 161; 23 C.C.C. (3d) 193; 49 C.R. (3d) 97; 19 C.R.R. 354; 37 M.V.R. 9; 64 N.R. 1; 14 O.A.C. 79; *Gratton c. Conseil canadien de la magistrature*, [1994] 2 C.F. 769; (1994), 115 D.L.R. (4th) 81; 26 Admin. L.R. (2d) 120; 78 F.T.R. 214 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Éthier c. Canada (Commissaire de la GRC), [1993] 2 C.F. 659; (1993), 151 N.R. 374 (C.A.); *Weatherill c. Canada (Procureur général)* (1998), 6 Admin. L.R. (3d) 137 (C.F. 1^{re} inst.); *Mohammad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 363; (1988), 55 D.L.R. (4th) 321; 91 N.R. 121 (C.A.).

DOCTRINE

Canada. Bureau du vérificateur général. *Rapport du vérificateur général du Canada à la Chambre des communes*, chapitre 26, Conseil canadien des relations du travail. Ottawa: Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux Canada, décembre 1997.

DEMANDE de déclaration d'invalidité d'un décret révoquant le demandeur à titre de président de l'ancien Conseil canadien des relations du travail au motif que l'enquête prévue par l'article 69 de la *Loi sur les juges* n'avait pas eu lieu et que le processus ayant mené au décret de révocation constituait une négation de la justice fondamentale. Demande rejetée.

ONT COMPARU:

Bernard Chernos, Toronto, pour le demandeur.
Edward Sojonyk, Ottawa, pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Goodman and Carr, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada, pour les défendeurs.

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

[1] LE JUGE SHARLOW: Le 29 janvier 1998, le gouverneur en conseil a décrété la révocation du demandeur à titre de président de l'ancien Conseil

Board. The applicant is asking for the removal order to be declared invalid and of no effect.

Background

[2] The applicant was appointed Chairman of the Canada Labour Relations Board on March 9, 1989 by order of the Governor in Council, to hold office during good behaviour for a term of 10 years commencing May 1, 1989. The appointment was authorized by section 10 of the *Canada Labour Code* [R.S.C., 1985, c. L-2].

[3] On January 1, 1999, amendments to the *Canada Labour Code* made by S.C. 1998, c. 26 came into force. Those amendments made numerous changes but for present purposes I note only that they replaced the Canada Labour Relations Board with the Canada Industrial Relations Board, and abolished the office formerly held by the applicant.

[4] By virtue of those amendments, the applicant's term would have ended on December 31, 1998, even if there had been no removal order. Therefore, it would appear that if the removal order was invalid, the applicant was wrongfully deprived of his office for a period of approximately 11 months, from January 29, 1998, to December 31, 1998.

[5] The Canada Labour Relations Board, while it existed, was a branch of the federal government created by the *Canada Labour Code*. It was included in the definition of "department" in the *Financial Administration Act* [R.S.C., 1985, c. F-11 (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 69)], as are many other federal tribunals, commissions and agencies. Its function was to investigate, adjudicate and render decisions on matters covered by the *Canada Labour Code*.

[6] Among the workers who come under the jurisdiction of the *Canada Labour Code* are those employed in railways, federal Crown corporations, airlines, chartered banks, interprovincial trucking,

canadien des relations du travail. Le demandeur veut que le décret de révocation soit déclaré invalide et inopérant.

Le contexte

[2] Par décret édicté le 9 mars 1989, le gouverneur en conseil a nommé le demandeur président du Conseil canadien des relations du travail à titre inamovible pour un mandat de dix ans commençant le 1^{er} mai 1989. La nomination était permise en vertu de l'article 10 du *Code canadien du travail* [L.R.C. (1985), ch. L-2].

[3] Le 1^{er} janvier 1999, les modifications faites au *Code canadien du travail* en vertu des L.C. 1998, ch. 26, sont entrées en vigueur. Ces modifications ont apporté de nombreux changements, mais, pour les fins des présentes, je ne mentionne que le fait qu'elles ont remplacé le Conseil canadien des relations du travail par le Conseil canadien des relations industrielles et qu'elles ont aboli le poste auparavant occupé par le demandeur.

[4] En vertu de ces modifications, le mandat du demandeur aurait pris fin le 31 décembre 1998, n'eût été le décret de révocation. Il apparaît donc que, si le décret de révocation est invalide, le demandeur a été injustement privé de son poste pour une période d'environ 11 mois, soit du 29 janvier 1998 au 31 décembre 1998.

[5] Lorsqu'il existait, le Conseil canadien des relations du travail était un secteur de l'administration publique fédérale créé par le *Code canadien du travail*. Il était visé par la définition de «ministère» figurant dans la *Loi sur la gestion des finances publiques* [L.R.C. (1985), ch. F-11 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 69)], au même titre que plusieurs autres offices et organismes fédéraux. Il avait comme fonction d'enquêter et de rendre des décisions sur les sujets visés par le *Code canadien du travail*.

[6] Les travailleurs auxquels s'applique le *Code canadien du travail* sont les employés de chemin de fer, de sociétés de la Couronne fédérale, de compagnies aériennes, de banques à charte et ceux qui

telecommunications, shipping and broadcasting.

[7] By virtue of section 9 of the *Canada Labour Code*, the Canada Labour Relations Board consisted of a Chairman, one to four Vice-Chairmen, four to eight other full-time members, and any number of part-time members. The Chair was the chief executive officer.

[8] Section 10 of the *Canada Labour Code* provided for the appointment and removal of members of the Canada Labour Relations Board. At the relevant time it read as follows:

10. (1) Subject to subsections (2) and (3), the members of the Board shall be appointed by the Governor in Council to hold office during good behaviour for terms not exceeding

(a) in the case of the Chairman and a Vice-Chairman, ten years;

(b) in the case of any other full-time member, five years; and

(c) in the case of any part-time member, three years.

(2) A member of the Board is removable by the Governor in Council for cause.

[9] Section 12 of the *Canada Labour Code* provided for the remuneration of members of the Canada Labour Relations Board. The relevant portions read as follows:

12. Each member of the Board . . .

(a) shall be paid a salary to be fixed by the Governor in Council; and

(b) is entitled to be paid reasonable travel and other expenses incurred by him while absent from his ordinary place of residence in the course of his duties under this Part.

[10] The removal order that is the subject of these proceedings was made after the Governor in Council was presented with a report prepared by Ms. Nicole Jauvin, in her capacity as Deputy Clerk of the Privy Council and Counsel. Ms. Jauvin is named as a respondent.

œuvrent dans les domaines du camionnage interprovincial, des télécommunications, du transport maritime et de la radiodiffusion.

[7] En vertu de l'article 9 du *Code canadien du travail*, le Conseil canadien des relations du travail était composé d'un président, de un à quatre vice-présidents, de quatre à huit autres membres à temps plein et d'un nombre indéterminé de membres à temps partiel. Le président était le premier dirigeant.

[8] L'article 10 du *Code canadien du travail* prévoyait la nomination et la révocation des membres du Conseil canadien des relations du travail. À l'époque pertinente, il prévoyait:

10. (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), les membres du Conseil sont nommés par le gouverneur en conseil à titre inamovible pour un mandat maximal de:

a) dix ans, dans le cas du président et des vice-présidents;

b) cinq ans, dans le cas des membres à temps plein;

c) trois ans, dans le cas des membres à temps partiel.

(2) Un membre du Conseil peut faire l'objet d'une révocation motivée de la part du gouverneur en conseil.

[9] L'article 12 du *Code canadien du travail* prévoyait la rémunération des membres du Conseil canadien des relations du travail. Les parties pertinentes prévoyaient:

12. Les membres du Conseil [. . .]

a) reçoivent le traitement fixé par le gouverneur en conseil;

b) ont droit aux frais de déplacement et autres entraînés par l'accomplissement, hors de leur lieu ordinaire de résidence, des fonctions qui leur sont confiées en application de la présente partie.

[10] Le décret de révocation faisant l'objet de la présente instance a été édicté après que le gouverneur en conseil eut reçu un rapport préparé par M^{me} Nicole Jauvin, agissant à titre de sous-greffier du Conseil privé et d'avocate. M^{me} Jauvin est désignée comme défenderesse.

Preliminary argument relating to affidavits of Mr. Hefferon

[11] At the hearing of this application, counsel for the respondents raised a preliminary argument for the exclusion from the record of two affidavits of Mr. Dennis Hefferon. Those affidavits are the only evidence adduced by the applicant. Mr. Hefferon is a lawyer who acts for the applicant but he is not counsel for the applicant in these proceedings. I did not exclude the affidavits.

[12] Counsel for the respondents, in support of his submission that the affidavits should be excluded, cited rule 82 [*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106] which reads as follows:

82. Except with leave of the Court, a solicitor shall not both depose to an affidavit and present argument to the Court on that affidavit.

[13] Rule 82 has no application. Mr. Hefferon is not counsel for the applicant in these proceedings. He is not even a member of the same firm as counsel for the applicant.

[14] Counsel for the respondents also cited rule 81, which reads as follows:

81. (1) Affidavits shall be confined to facts within the personal knowledge of the deponent, except on motions in which statements as to the deponent's belief, with the grounds therefor, may be included.

(2) Where an affidavit is made on belief, an adverse inference may be drawn from the failure of a party to provide evidence of persons having personal knowledge of material facts.

[15] The affidavits include some statements of fact that are within Mr. Hefferon's direct knowledge. For example, there are statements that identify Mr. Hefferon, that describe his function as solicitor for the applicant at the relevant times, and that relate to communications that were part of the process leading to the removal order and steps taken in this proceeding. Some of these statements are relevant because they provide the basis for the applicant's arguments that the procedure leading to the removal order did not

Argument préliminaire relativement aux affidavits de M. Hefferon

[11] À l'audition de la présente demande, l'avocat des défendeurs a soulevé un argument préliminaire visant l'exclusion du dossier de deux affidavits faits par M. Dennis Hefferon. Ces affidavits constituent les seuls éléments de preuve produits par le demandeur. M. Hefferon est un avocat qui agit au nom du demandeur, mais qui ne le représente pas dans le cadre de la présente instance. Je n'ai pas écarté les affidavits.

[12] Au soutien de son argument que les affidavits devaient être écartés, l'avocat des défendeurs a invoqué la règle 82 [*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106], qui prévoit:

82. Sauf avec l'autorisation de la Cour, un avocat ne peut à la fois être l'auteur d'un affidavit et présenter à la Cour des arguments fondés sur cet affidavit.

[13] La règle 82 ne s'applique pas. M. Hefferon n'est pas l'avocat du demandeur dans le cadre de la présente instance. Il n'appartient même pas au même bureau que l'avocat du demandeur.

[14] L'avocat des défendeurs a également invoqué la règle 81, qui prévoit:

81. (1) Les affidavits se limitent aux faits dont le déclarant a une connaissance personnelle, sauf s'ils sont présentés à l'appui d'une requête, auquel cas ils peuvent contenir des déclarations fondées sur ce que le déclarant croit être les faits, avec motifs à l'appui.

(2) Lorsqu'un affidavit contient des déclarations fondées sur ce que croit le déclarant, le fait de ne pas offrir le témoignage de personnes ayant une connaissance personnelle des faits substantiels peut donner lieu à des conclusions défavorables.

[15] Les affidavits comportent des déclarations qui relèvent de la connaissance directe de M. Hefferon. Par exemple, il y a des déclarations qui identifient M. Hefferon, qui décrivent sa fonction d'avocat du demandeur aux moments pertinents, et qui portent sur les communications qui ont eu lieu dans le cadre du processus ayant mené au décret de révocation ainsi que sur les procédures entamées dans la présente instance. Certaines de ces déclarations sont pertinentes parce qu'elles établissent le fondement de l'argument

meet the requisite standard of fairness. Others deal with facts that are so uncontroversial as to provide no substantive basis for objection. Counsel for the respondents indicated that he was not objecting to most of the documents appended to the affidavits.

[16] There are also statements of fact that are not within Mr. Hefferon's knowledge and are based on information and belief. In some cases the source of the information is the applicant or his executive assistant. Statements of that kind are found in paragraph 7, paragraph 10 except the first three sentences, paragraph 11, the third and fourth sentences of paragraph 12, the second sentence of paragraph 14 and paragraph 24 of the affidavit dated January 6, 1998.

[17] There is no explanation as to why this evidence was not the subject of an affidavit by the applicant or his executive assistant. In my view, it is open to me to strike those statements from the record. However, in the circumstances of this case, it seemed to me more appropriate to leave these statements in the record and, when dealing with the issues to which they relate, consider the question of the adverse inference referred to in subsection 81(2) of the Rules.

[18] Mr. Hefferon made other statements on information and belief for which the source of the information was a person within the Office of the Privy Council or the Office of the Auditor General. There is no reason to exclude that evidence merely on the basis that it is hearsay: *Éthier v. Canada (RCMP Commissionner)*, [1993] 2 F.C. 659 (C.A.). The truth of those statements must be presumed to be within the knowledge of the respondents.

[19] There are other statements in the affidavits relating to press coverage of various events leading up to the removal, and events that occurred later. They were included to indicate something of the political

du demandeur, selon lequel le processus ayant mené au décret de révocation ne satisfaisait pas à la norme d'équité requise. D'autres portent sur des faits qui sont si peu susceptibles de donner lieu à contestation qu'il n'existe aucune raison valable de s'opposer à ces déclarations. L'avocat des défendeurs a indiqué qu'il ne s'opposait pas au dépôt de la plupart des documents annexés aux affidavits.

[16] Il y a également des déclarations qui ne relèvent pas de la connaissance de M. Hefferon et qui sont fondées sur des renseignements et sur des croyances. Dans certains cas, la source d'information est le demandeur ou son adjoint exécutif. Les déclarations appartenant à cette catégorie se trouvent au paragraphe 7, au paragraphe 10, à l'exception des trois premières phrases, au paragraphe 11, dans les troisième et quatrième phrases du paragraphe 12, dans la deuxième phrase du paragraphe 14 et au paragraphe 24 de l'affidavit daté du 6 janvier 1998.

[17] On n'explique pas pourquoi ces éléments de preuve n'ont pas fait l'objet d'un affidavit de la part du demandeur ou de son adjoint exécutif. J'estime que j'ai le pouvoir de radier ces déclarations du dossier. Toutefois, vu les circonstances de la présente affaire, il m'a semblé plus opportun de laisser ces déclarations dans le dossier et d'examiner la question des conclusions défavorables mentionnée au paragraphe 81(2) des Règles au moment de l'étude des questions sur lesquelles ces déclarations portent.

[18] M. Hefferon a fait d'autres déclarations qui étaient fondées sur des renseignements et sur des croyances et pour lesquelles la source d'information était une personne employée par le Bureau du Conseil privé ou par le Bureau du vérificateur général. Il n'est pas justifié d'écarter ces éléments de preuve pour l'unique raison qu'il s'agit de ouï-dire: *Éthier c. Canada (Commissaire de la GRC)*, [1993] 2 C.F. 659 (C.A.). Les défendeurs doivent être présumés connaître la véracité de ces déclarations.

[19] Les affidavits contiennent d'autres déclarations, qui portent sur la couverture médiatique de différents événements ayant mené à la révocation et d'événements survenus par la suite. Elles ont été ajoutées pour

climate prevailing at the time of publication. They were considered for that purpose only.

[20] The affidavits also contain some statements that are opinions of Mr. Hefferon on points of law. Those statements are relevant only as background facts that afford some explanation of the applicant's dealings with Ms. Jauvin.

[21] Counsel for the respondents indicated in argument that he did not attempt to cross-examine Mr. Hefferon on either affidavit because cross-examination would have risked the applicant's claim of solicitor-client privilege. He cited *Lex Tex Canada Ltd. v. Duratex Inc.*, [1979] 2 F.C. 722 (T.D.). In *Lex Tex*, the only affidavit in support of a motion to strike certain paragraphs of a statement of claim was the affidavit of the applicant's solicitor. Cross-examination on the affidavit was effectively blocked by claims of solicitor-client privilege, and it was admitted that the solicitor was chosen as the deponent instead of the applicant in order to protect the applicant from cross-examination. The affidavit was struck, leaving no evidence to support the motion.

[22] I do not read the *Lex Tex* case as authority for the proposition that I must strike the affidavit of Mr. Hefferon merely because of his status as the applicant's lawyer. In the absence of any evidence to the contrary, I must assume that Mr. Hefferon was open to cross-examination in the same manner as any other deponent. I have no basis for determining whether there is anything in Mr. Hefferon's affidavits that might have put the applicant's solicitor-client privilege in jeopardy. Nor do I have any basis for determining whether the applicant was prepared to waive the privilege, as he would have been entitled to do. In my view, the fact that Mr. Hefferon acted for the applicant does not make it unfair to the respondents for the Court to permit the affidavits of Mr. Hefferon to remain in the record.

Facts

[23] In April of 1997, the Minister of Labour asked the Office of the Auditor General to review travel

donner une idée du climat politique qui prévalait au moment de la publication. Elles n'ont été examinées qu'à cette fin.

[20] Les affidavits contiennent également des déclarations qui consistent en l'opinion de M. Hefferon sur des questions de droit. Ces déclarations ne sont pertinentes qu'en tant que faits contextuels aidant à comprendre la nature des communications intervenues entre le demandeur et M^{me} Jauvin.

[21] L'avocat des défendeurs a invoqué l'argument qu'il n'avait pas tenté de contre-interroger M. Hefferon relativement aux deux affidavits parce que cela aurait pu pousser le demandeur à invoquer le secret professionnel de l'avocat. Il a cité la décision *Lex Tex Canada Ltd. c. Duratex Inc.*, [1979] 2 C.F. 722 (1^{re} inst.). Dans *Lex Tex*, le seul affidavit déposé au soutien d'une requête visant la radiation de certains paragraphes d'une déclaration était l'affidavit de l'avocat de la demanderesse. Le contre-interrogatoire sur l'affidavit a effectivement été empêché par l'assertion du secret professionnel de l'avocat, et il a été admis que l'on avait choisi l'avocat plutôt que la demanderesse à titre de déclarant dans le but de mettre cette dernière à l'abri d'un contre-interrogatoire. L'affidavit a été radié, laissant la requête dénuée de preuve à l'appui.

[22] Je n'interprète pas la décision *Lex Tex* comme fondant la proposition que je dois radier l'affidavit de M. Hefferon uniquement en raison de son statut d'avocat du demandeur. En l'absence d'éléments de preuve dans le sens contraire, je dois tenir pour acquis que M. Hefferon était susceptible d'être contre-interrogé comme tout autre déclarant. Rien ne me permet de déterminer si les affidavits de M. Hefferon contiennent des éléments pouvant porter atteinte au secret professionnel de l'avocat du demandeur. Rien ne me permet non plus de déterminer si le demandeur était prêt à renoncer au privilège, comme il aurait eu le droit de le faire. À mon avis, le fait que M. Hefferon ait représenté le demandeur ne rend pas injuste pour les défendeurs le fait que la Cour permette que les affidavits de M. Hefferon demeurent au dossier.

Les faits

[23] En avril 1997, le ministre du Travail a demandé au Bureau du vérificateur général d'examiner les

expenditures, allowances and benefits reimbursed to the applicant and other Canada Labour Relations Board members.

[24] This request was made after the Chairman's travel and hospitality expenditure records were released under the *Access to Information Act* [R.S.C., 1985, c. A-1] and became the subject of press reports and questions in Parliament.

[25] The result of the Auditor General's review of those expenditures is found in Chapter 26 of the Auditor General's Report for 1997 [*Report of the Auditor General of Canada to the House of Commons*], which was tabled in Parliament on December 2, 1997. A copy had been provided to the applicant on November 7, 1997.

[26] Of the 21 pages of text in Chapter 26, approximately 2½ pages deal with the travel and hospitality expenditures of the Chairman from May, 1989 to March, 1997. On that subject the Auditor General's Report contains the following critical statement, at paragraph 26.97:

26.97 As we have indicated, the Chair claims reimbursement of actual travel and hospitality expenses. We found that the Chair's pattern of travel and hospitality expenses is not reasonable.

The Report goes on to provide the factual basis for this conclusion.

[27] The Office of the Auditor General had provided a draft of the relevant chapter to the applicant under cover of a letter dated October 6, 1997. The applicant was advised that the auditors were working under tight deadlines, and he was invited to advise them of any inaccuracies and to provide a written response by October 17, 1997. The letter also indicated that the auditors would be willing to meet with the applicant specifically to discuss the portions related to his travel and hospitality expenses.

[28] By letter dated October 9, 1997, the applicant asked for more time to respond. His letter states that

dépenses de voyage, les allocations et les avantages payés au demandeur et à d'autres membres du Conseil canadien des relations du travail.

[24] Cette demande a été faite après que les relevés de dépenses de voyage et d'hébergement du président eurent été rendus public en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* [L.R.C. (1985), ch. A-1] et qu'ils eurent fait l'objet d'articles dans les journaux et de questions au Parlement.

[25] Le résultat de l'examen mené par le vérificateur général relativement à ces dépenses se trouve au chapitre 26 du rapport du vérificateur général pour l'année 1997 [*Rapport du vérificateur général du Canada à la Chambre des communes*], qui a été déposé au Parlement le 2 décembre 1997. Un exemplaire avait été fourni au demandeur le 7 novembre 1997.

[26] Sur les 21 pages de texte contenues dans le chapitre 26, environ deux pages et demie portaient sur les dépenses de voyage et d'hébergement du président entre mai 1989 et mars 1997. À ce sujet, le rapport du vérificateur général contient la critique suivante, au paragraphe 26.97:

26.97 Comme nous l'avons indiqué, le président demande le remboursement de ses dépenses réelles de voyage et d'accueil. Nous avons constaté que le profil de ces dépenses n'est pas raisonnable.

Le rapport fournit ensuite le fondement factuel de cette conclusion.

[27] Le Bureau du vérificateur général avait fourni au demandeur un projet du chapitre pertinent avec une lettre d'accompagnement datée du 6 octobre 1997. Le demandeur a été informé que les vérificateurs faisaient face à des délais stricts, et il a été prié de leur faire part de toute inexactitude et de leur fournir une réponse écrite au plus tard le 17 octobre 1997. La lettre indiquait également que les vérificateurs étaient prêts à rencontrer le demandeur dans le but précis de discuter des parties liées à ses dépenses de voyage et d'hébergement.

[28] Au moyen d'une lettre datée du 9 octobre 1997, le demandeur a requis un délai supplémentaire pour

because of existing commitments for travel, meetings and hearings, the October 17 deadline would leave him only two working days to prepare his response. The deadline was extended to October 20, 1997.

[29] The applicant provided a written response [at pages 26-24-26-25], which was published in the Report. The portion of the response dealing with the applicant's travel and hospitality expenses reads as follows (emphasis added):

In the [chapter] . . . the "conclusion" is stated that "the Chairman's pattern of expenditures on travel and hospitality is not reasonable". I do not accept that the expenditures were unreasonable.

I agree that the standard to be applied is one of "reasonableness". It is clear that a broad discretion exists in the case of a deputy head. This is clear both from the legislation and all applicable regulations. The [chapter] itself recognizes the special status of the deputy head position. Unreasonableness must be determined by reference to the responsibilities and functions of the Chairman of the Canada Labour Relations Board.

The work of the Chairman has three main aspects. First, he or she has an overall responsibility for the adjudicative operations of the Board (the extent of which has been the subject of great conflict), as well as a responsibility in the hearing and decision of certain cases before the Board. Actual hearing of cases has involved considerable and at times lengthy travel, the Board's geographical jurisdiction covering all of Canada. My own rate of participation in the hearing and deciding of cases is among the highest at the Board. On some occasions (see, for example, paragraph 26.106), hospitality expenses may be required.

Second, the Chairman as Chief Executive Officer and as deputy head of the department has administrative duties relating to a department which has offices in Ottawa and in five other locations across Canada. These responsibilities likewise involve considerable travel and, to some degree, hospitality.

Third, there is a more general role of leadership within the labour relations community, both within and outside Canada. The Chairman is, in an informal way, an ambassador for Canada, and represents Canada at international conferences. My expenses were in line with the expenses of other participants attending such conferences.

Reciprocal international conferences have been held in Canada with substantial intellectual and economic benefit to the country. These have included the hemispherical conference of the International Society for Labour Law and Social

répondre. Sa lettre indique qu'en raison de ses engagements existants en matière de voyages, de réunions et d'audiences, le délai du 17 octobre ne lui laissait que deux jours ouvrables pour préparer sa réponse. Le délai a été prolongé au 20 octobre 1997.

[29] Le demandeur a fourni une réponse écrite [aux pages 26-27 et 26-28], qui a été publiée dans le rapport. La partie de la réponse qui traite des dépenses de voyage et d'hébergement indique (non souligné dans l'original):

Dans le chapitre, [. . .] la «conclusion» indique que «le profil des dépenses de voyage et d'accueil du président n'est pas raisonnable». Je n'accepte pas que ces dépenses ne soient pas jugées raisonnables.

Je conviens que la norme à appliquer est le «caractère raisonnable». Il est certain qu'un administrateur général jouit d'une grande latitude. La loi et tous les règlements applicables l'indiquent clairement. Le chapitre reconnaît le statut particulier du poste d'administrateur général. Le caractère déraisonnable doit être déterminé en fonction des responsabilités et des fonctions du président du Conseil canadien des relations du travail.

Le travail du président comprend trois principaux aspects. Premièrement, il a la responsabilité de l'ensemble de la fonction décisionnelle du Conseil (dont l'étendue a suscité énormément de conflits), ainsi que la responsabilité des audiences et des décisions relatives à certaines affaires portées devant le Conseil. Les audiences des affaires ont exigé énormément de voyages, parfois longs, vu le champ d'intervention du Conseil qui couvre l'ensemble du Canada. Au Conseil, je suis un de ceux qui participent le plus aux audiences des affaires et aux décisions qui s'y rapportent. À certaines occasions (voir, par exemple, le paragraphe 26.106), des dépenses d'accueil peuvent être nécessaires.

Deuxièmement, en qualité de premier dirigeant et d'administrateur du Conseil, le président assume les fonctions administratives d'un ministère qui a des bureaux à Ottawa et cinq bureaux ailleurs au Canada. Ces responsabilités supposent également de nombreux déplacements et, dans une certaine mesure, des fonctions d'accueil.

Troisièmement, le président doit assurer plus généralement le leadership dans le milieu des relations de travail, tant au Canada qu'à l'étranger. Le président est, de façon officielle, un ambassadeur du Canada et représente le Canada à des congrès internationaux. Mes dépenses correspondaient à celles des autres participants qui assistaient à ces congrès.

Des congrès internationaux réciproques se sont tenus au Canada et ont beaucoup apporté sur le plan intellectuel et économique au Canada. Il y a eu notamment l'Hemispherical Conference de la Société internationale de droit du

Security held in Montreal in 1995, and two conferences of the National Academy of Arbitrators (in Ottawa in 1990 and in Toronto in 1996—when I was President of the Academy). The holding of the latter two in Canada has been primarily due to my efforts in this aspect of my work.

To state, as the [chapter] does, that expenses incurred in carrying out the duties of Chairman of the Board are unreasonable because they are substantially in excess of the Treasury Board regulations governing the expenses of public servants (regulations which clearly do not apply in the case of deputy heads), is wrong. The appropriate standard of comparison is not to public servants generally, but to public officials having the same status and performing the same or similar functions as the Chairman of the Board. The comparisons used in the report do not provide an appropriate basis for the assessment of my expenses, which in my view were appropriate to the circumstances.

[30] The underlined words summarize the applicant's argument that the Auditor General's conclusions with respect to his travel and hospitality expenses were not based on sound comparisons.

[31] The affidavit of Mr. Hefferon dated January 6, 1998 also refers, in paragraphs 13 to 19, to arguments that criticize the principles apparently adopted by the Auditor General. I have not attempted to determine the validity of those arguments, nor did counsel for the applicant suggest that I should do so. As I understand it, these points were made only to demonstrate that the applicant would have had arguments to make against removal for cause, if he had been allowed the kind of hearing he argues he was entitled to.

[32] On December 2, 1997, the same day as the Auditor General's Report was tabled in Parliament, Ms. Jauvin wrote to the applicant to advise him that the Governor in Council would be considering whether, in light of the Auditor General's Report, there was cause for his removal pursuant to subsection 10(2) of the *Canada Labour Code*.

[33] The letter explains that Ms. Jauvin had been asked by the Clerk of the Privy Council to review the

travail et de la sécurité sociale à Montréal, en 1995, et deux congrès de la National Academy of Arbitrators (à Ottawa en 1990 et à Toronto en 1996—quand je présidais l'Academy). La tenue de ces deux congrès au Canada est attribuable essentiellement aux efforts que j'ai déployés dans cet aspect de mon travail.

Il est erroné d'affirmer, comme le fait le chapitre, que les dépenses engagées dans l'exécution de mes fonctions de président du Conseil sont déraisonnables parce qu'elles dépassent de beaucoup les dépenses prévues dans les règlements du Conseil du Trésor qui régissent les dépenses de fonctionnaires (règlements qui ne s'appliquent certainement pas aux administrateurs généraux). La norme de comparaison appropriée n'est pas celle régissant les fonctionnaires en général, mais la norme retenue pour les hauts fonctionnaires qui ont le même statut et exécutent ou des fonctions identiques ou semblables à celles du président du Conseil. Les comparaisons utilisées dans le chapitre ne constituent pas une référence appropriée pour évaluer mes dépenses qui, à mon avis, étaient appropriées dans les circonstances.

[30] La partie soulignée résume l'argument du demandeur selon lequel les conclusions tirées par le vérificateur général relativement à ses dépenses de voyage et d'hébergement n'étaient pas fondées sur des comparaisons pertinentes.

[31] Les paragraphes 13 à 19 de l'affidavit du 6 janvier 1998 de M. Hefferon mentionnent des arguments à l'encontre des principes apparemment utilisés par le vérificateur général. Je ne me suis pas penchée sur la validité de ces arguments, et l'avocat du demandeur n'a pas non plus prétendu que je devais le faire. Si je comprends bien, ces questions ont été soulevées dans le seul but de démontrer que le demandeur aurait eu des arguments à faire valoir contre la révocation motivée si on lui avait permis d'avoir le genre d'audience à laquelle il prétend qu'il aurait eu droit.

[32] Le 2 décembre 1997, soit le jour du dépôt du rapport du vérificateur général devant le Parlement, M^{me} Jauvin a écrit au demandeur pour l'informer que le gouverneur en conseil déterminerait, à la lumière de ce rapport, s'il existait des motifs justifiant sa révocation aux termes du paragraphe 10(2) du *Code canadien du travail*.

[33] La lettre explique que le greffier du Conseil privé avait demandé à M^{me} Jauvin d'examiner ces

issues and provide a report. The letter identifies the specific statements in the Auditor General's Report that were of concern. The letter concludes with an invitation to the applicant to provide any information he considered relevant, or to otherwise comment on the accuracy of the Auditor General's Report. Ms. Jauvin also offered to meet with the applicant that week.

[34] On December 5, 1997, Mr. Hefferon met with Ms. Jauvin. The applicant did not attend that meeting. Mr. Hefferon says that he advised Ms. Jauvin that, contrary to her apparent understanding, the applicant had not been given sufficient time to respond to the draft Auditor General's Report. Mr. Hefferon also told Ms. Jauvin that he could not adequately respond to her December 2, 1997, letter without having access to the working papers and data collected or compiled by the Auditor General in forming his report, and sufficient time to analyse them.

[35] Ms. Jauvin advised Mr. Hefferon that the applicant's expense requisitions had been returned to the Canada Labour Relations Board and should be accessible to the applicant there. She arranged a meeting that same day with officials of the Office of the Auditor General. At that meeting Mr. Hefferon was given some information orally, but the officials wished to consider his request for documents. By letter to the Office of the Auditor General dated December 9, 1997, the applicant made a formal request for the documents. By letter dated December 10, 1997, the Office of the Auditor General provided the applicant with the working papers related to his expenses. However, they would not give him access to documents relating to the expense claims of other individuals or documents relating to agencies other than the Canada Labour Relations Board, nor would they identify the documents being withheld. They suggested that some of the material related to other government agencies might be obtainable from them under the *Access to Information Act*.

questions et de soumettre un rapport. La lettre mentionne les énoncés précis du rapport du vérificateur général qui posaient problème. La lettre se termine par une invitation au demandeur de fournir tout renseignement qu'il considère pertinent et de faire part de toute observation sur la précision du rapport du vérificateur général. M^{me} Jauvin a également offert au demandeur de le rencontrer au cours de la semaine.

[34] Le 5 décembre 1997, M. Hefferon a rencontré M^{me} Jauvin. Le demandeur n'a pas assisté à cette réunion. M. Hefferon prétend avoir informé M^{me} Jauvin que, contrairement à ce qu'elle paraissait croire, le demandeur n'avait pas eu un délai suffisant pour répondre au projet de rapport du vérificateur général. M. Hefferon a également dit à M^{me} Jauvin qu'il ne pouvait pas répondre adéquatement à sa lettre du 2 décembre 1997 sans avoir accès aux documents de travail et aux renseignements recueillis ou compilés par le vérificateur général dans le cadre de la préparation de son rapport et sans jouir d'un délai suffisant pour les analyser.

[35] M^{me} Jauvin a informé M. Hefferon que les demandes de dépenses présentées par le demandeur avaient été renvoyées au Conseil canadien des relations du travail et que le demandeur devrait pouvoir y avoir accès auprès de cet organisme. Elle a organisé une rencontre le même jour avec des représentants du Bureau du vérificateur général. Lors de cette rencontre, on a donné à M. Hefferon certains renseignements de façon verbale, mais les représentants désiraient examiner sa demande d'obtention de documents. Au moyen d'une lettre datée du 9 décembre 1997 et envoyée au Bureau du vérificateur général, le demandeur a requis les documents de façon formelle. Par lettre datée du 10 décembre 1997, le Bureau du vérificateur général a fourni au demandeur les documents de travail liés à ses dépenses. Par contre, les représentants du Bureau ont refusé de lui donner accès aux documents liés aux demandes de dépenses de tierces personnes et aux documents concernant tout autre organisme que le Conseil canadien des relations du travail, et ils ont également refusé de mentionner la nature des documents non divulgués. Ils ont indiqué que certains des documents concernant les autres organismes publics pouvaient peut-être être obtenus

[36] Ms. Jauvin, having been apprised of the situation, wrote to Mr. Hefferon on December 11, 1997, acknowledging that he would need more time to prepare. She proposed a meeting on December 17 or 18, and indicated that she would try to obtain some of the required documents directly from the other government agencies. She also indicated that the applicant would be afforded an opportunity to respond to her report in writing, and that she had been asked to conclude her report by Christmas.

[37] Ms. Jauvin provided Mr. Hefferon with copies of the travel and hospitality expense statements of policy from the Atomic Energy Control Board, the National Film Board, the National Parole Board, the International Centre for Human Rights and Democratic Development, the Public Service Staff Relations Board and the Veterans Review and Appeal Board. This was apparently done by approximately mid-December, 1997. It appears from Ms. Jauvin's report (referred to below) that these organizations were those considered by the Auditor General as comparable to the Canada Labour Relations Board. Mr. Hefferon says that Ms. Jauvin did not tell him that when the documents were provided.

[38] Mr. Hefferon says that in meeting with his client on December 13 and 14, 1997, he reached the conclusion that the process being undertaken was contrary to section 69 of the *Judges Act* [R.S.C., 1985, c. J-1 (as am. by S.C. 1992, c. 51, s. 28; 1993, c. 34, s. 89)], and would not result in a fair and impartial hearing. He wrote to Ms. Jauvin on December 14, 1997, to advise her of his position on this issue. At the same time he indicated that he still had not received the information he required as to the comparisons that were the basis of the Auditor General's Report.

auprès de ces derniers en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*.

[36] Ayant été mise au fait de la situation, M^{me} Jauvin a écrit à M. Hefferon le 11 décembre 1997 et a reconnu qu'il aurait besoin de plus de temps pour se préparer. Elle a suggéré la tenue d'une rencontre le 17 ou le 18 décembre, et elle a mentionné qu'elle tenterait d'obtenir certains des documents requis en s'adressant directement aux autres organismes publics en cause. Elle a également mentionné que le demandeur aurait l'occasion de répondre par écrit à son rapport et qu'on lui avait demandé de terminer ce rapport avant Noël.

[37] M^{me} Jauvin a fourni à M. Hefferon des copies des exposés de principe en matière de dépenses de voyage et d'hébergement de la Commission de contrôle de l'énergie atomique, de l'Office national du film, de la Commission nationale des libérations conditionnelles, du Centre international des droits de la personne et du développement démocratique, de la Commission des relations de travail dans la fonction publique et du Tribunal des anciens combattants (révision et appel). Cela a apparemment été fait vers la mi-décembre 1997. Il ressort du rapport de M^{me} Jauvin (mentionné plus loin) que ces organismes étaient ceux que le vérificateur général considérait comme étant comparables au Conseil canadien des relations du travail. M. Hefferon dit que M^{me} Jauvin ne lui a pas fait part de ce fait lorsque les documents ont été fournis.

[38] M. Hefferon dit qu'à l'occasion de la rencontre qu'il a eue avec son client les 13 et 14 décembre 1997, il a tiré la conclusion que le processus entrepris était contraire à l'article 69 de la *Loi sur les juges* [L.R.C. (1985), ch. J-1 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144; ch. 51, art. 28; 1993, ch. 34, art. 89)] et qu'il ne donnerait pas lieu à une audition équitable et impartiale. Le 14 décembre 1997, il a écrit à M^{me} Jauvin pour l'informer de sa position sur cette question. Par la même occasion, il a signalé qu'il n'avait toujours pas reçu les renseignements demandés relativement aux comparaisons ayant servi de fondement au rapport du vérificateur général.

[39] Ms. Jauvin replied to Mr. Hefferon on December 16, 1997, indicating that she did not agree with Mr. Hefferon's view of section 69 of the *Judges Act*. She repeated her proposal to meet on December 17 or 18, 1997.

[40] Mr. Hefferon wrote back to Ms. Jauvin on the same day. He indicated that he still did not have the information he required, and that as he was not in a position to make an appropriate response, he would not meet with her. He repeated his views as to the appropriate procedure. After a telephone conference that evening, Ms. Jauvin agreed to consult counsel on the procedural question.

[41] Between December 17 and December 19, 1997, telephone conferences were held between counsel, at the end of which there remained a disagreement with respect to the application of section 69 of the *Judges Act*.

[42] Apparently, the applicant received no further information and there were no further meetings between Ms. Jauvin and Mr. Hefferon or the applicant.

[43] Ms. Jauvin completed her report and a copy of it was delivered to the applicant on December 24, 1997, under cover of a letter from Mr. Michel Garneau, Assistant Clerk of the Privy Council. His letter indicates that the report was to be submitted to the Governor in Council. The applicant was told that any written reply he wished to make would be submitted to the Governor in Council as well, but that it should be received by January 16, 1998.

[44] The report itself is mostly factual. It includes information about the meetings and correspondence between Ms. Jauvin and Mr. Hefferon. The report makes it clear that Mr. Hefferon had advised Ms. Jauvin that he did not believe that he had sufficient information to make an appropriate response, and that this was the reason for the lack of any submission on behalf of the applicant.

[39] Le 16 décembre 1997, M^{me} Jauvin a répondu à M. Hefferon, lui indiquant qu'elle ne partageait pas l'interprétation de ce dernier quant à l'article 69 de la *Loi sur les juges*. Elle a réitéré sa proposition de tenir une rencontre le 17 ou le 18 décembre 1997.

[40] Le même jour, M. Hefferon a écrit de nouveau à M^{me} Jauvin. Il a indiqué qu'il n'avait toujours pas les renseignements demandés et qu'étant donné qu'il n'était pas en mesure de répondre de façon adéquate, il ne la rencontrerait pas. Il a réaffirmé sa position quant à la procédure appropriée. Par suite d'une conférence téléphonique en soirée, M^{me} Jauvin a convenu de consulter un avocat au sujet de la question de la procédure.

[41] Des conférences téléphoniques ont été tenues entre les avocats entre le 17 et le 19 décembre 1997, à la fin desquelles il existait toujours une mésentente relativement à l'application de l'article 69 de la *Loi sur les juges*.

[42] Le demandeur n'a apparemment pas reçu de renseignements supplémentaires, et il n'y a eu aucune rencontre ultérieure entre M^{me} Jauvin et M. Hefferon ni entre cette dernière et le demandeur.

[43] M^{me} Jauvin a achevé son rapport, et un exemplaire en a été transmis au demandeur le 24 décembre 1997 avec une lettre d'accompagnement de M. Michel Garneau, greffier adjoint du Conseil privé. Sa lettre indiquait que le rapport allait être soumis au gouverneur en conseil. Le demandeur a été informé que toute réponse écrite de sa part serait également soumise au gouverneur en conseil, dans la mesure où elle était reçue au plus tard le 16 janvier 1998.

[44] Le rapport lui-même est, en majeure partie, de nature factuelle. Il contient des renseignements au sujet des rencontres tenues et de la correspondance échangée entre M^{me} Jauvin et M. Hefferon. Le rapport expose clairement que M. Hefferon avait informé M^{me} Jauvin du fait qu'il ne croyait pas avoir suffisamment de renseignements pour répondre de façon adéquate et que cela expliquait l'absence d'observations faites au nom du demandeur.

[45] Apart from the facts, the report contains a discussion of some legal principles, including the meaning of “good behaviour” and the procedural requirements for the exercise of the power to terminate an appointment, as considered in *Wedge v. Canada (Attorney General)* (1997), 4 Admin. L.R. (3d) 153 (F.C.T.D.).

[46] The report repeats the conclusions reached by the Auditor General as to the reasonableness of the applicant’s expenses but does not state any opinion by Ms. Jauvin on that point. The report expresses no opinion or recommendation as to whether there was cause for removal of the applicant as Chairman of the Canada Labour Relations Board, but advises that this is a determination to be made by the Governor in Council.

[47] The applicant made no submission to the Governor in Council in response to Ms. Jauvin’s report.

[48] On January 7, 1998, the applicant commenced this application for judicial review, seeking an order preventing the Governor in Council from considering the question of removal in the absence of an inquiry under section 69 of the *Judges Act*. At the same time an application was made for an interim injunction to prevent the Governor in Council from considering the question of removal until the completion of the judicial review.

[49] The interim injunction application was heard and denied by Joyal J. on Friday, January 23, 1998 [(1998), 6 Admin. L.R. (3d) 137 (F.C.T.D.)].

[50] The applicant commenced an appeal on the following Monday, January 26, 1998, and sought an expedited hearing date.

[51] Meanwhile, on Monday, January 26, 1998, Mr. Garneau of the Privy Council Office wrote to the applicant, reminding him that the original deadline for his submission in response to Ms. Jauvin’s report was

[45] Outre les faits, le rapport aborde certains principes de droit, dont la signification de «inamovible» et les exigences procédurales en matière d’exercice du pouvoir de mettre fin à un mandat, à la lumière de la décision *Wedge c. Canada (Procureur général)* (1997), 4 Admin. L.R. (3d) 153 (C.F. 1^{re} inst.).

[46] Le rapport répète les conclusions tirées par le vérificateur général quant au caractère raisonnable des dépenses du demandeur, mais il n’indique aucune opinion de la part de M^{me} Jauvin sur cette question. Le rapport n’exprime aucune opinion ni recommandation à l’égard de la question de savoir s’il existait des motifs de révocation du demandeur à titre de président du Conseil canadien sur les relations du travail, mais il indique qu’il s’agit d’une question qui doit être tranchée par le gouverneur en conseil.

[47] Le demandeur n’a fait part d’aucune observation au gouverneur en conseil en réaction au rapport de M^{me} Jauvin.

[48] Le 7 janvier 1998, le demandeur a institué la présente procédure de contrôle judiciaire, cherchant à obtenir une ordonnance empêchant le gouverneur en conseil d’examiner la question de la révocation avant la tenue d’une enquête faite en vertu de l’article 69 de la *Loi sur les juges*. Au même moment, il a déposé une demande d’injonction provisoire visant à empêcher le gouverneur en conseil d’examiner la question de la révocation avant la fin de l’instance en contrôle judiciaire.

[49] La demande d’injonction provisoire a été entendue et rejetée par le juge Joyal le vendredi 23 janvier 1998 [(1998), 6 Admin. L.R. (3d) 137 (C.F. 1^{re} inst.)].

[50] Le demandeur a interjeté appel le lundi suivant, soit le 26 janvier 1998, et a sollicité la fixation d’une date d’audition accélérée.

[51] Entre-temps, soit le lundi 26 janvier 1998, M. Garneau, du Bureau du Conseil privé, a écrit au demandeur pour lui rappeler que le délai initial pour la réception de ses observations en réponse au rapport

January 16, 1998. He indicated that matters had been deferred pending the result of the hearing of the interim injunction application, but as that application had been denied, the process would be resumed. Mr. Garneau requested the applicant's written submissions by 5:00 p.m. the following Wednesday, January 28, 1998.

[52] The hearing of the appeal was scheduled for Monday, February 2, 1998. On Tuesday, January 27, 1998, Mr. Hefferon wrote to Mr. Garneau at the Privy Council Office asking that the process be stopped pending the hearing of the appeal, and reminding him that the applicant still had not been given all the documents required to respond to the report. No further information was provided to the applicant.

[53] On the same day, Tuesday, January 27, 1998, the applicant applied to the Federal Court of Appeal for an interim injunction pending the hearing of the appeal the following Monday. That application was heard and denied by Pratte J.A. on Wednesday, January 28, 1998.

[54] On Thursday, January 29, 1998, counsel for the respondents wrote to counsel for the applicant, in reply to Mr. Hefferon's letter of January 27, 1998, to advise that the process would continue. On that same day, the Governor in Council made the removal order.

[55] The appeal of the order of Joyal J. with respect to the interim injunction was thus rendered moot and was never heard. The applicant, however, continued with the application for judicial review.

Analysis

[56] The applicant argues, first, that a person appointed pursuant to an Act of Parliament to hold office during good behaviour cannot be removed from office without an inquiry under section 69 of the *Judges Act*, and second, in this case, there was a denial of fundamental justice in the procedure that led

de M^{me} Jauvin était le 16 janvier 1998. Il a indiqué que le processus avait été suspendu dans l'attente de l'issue de l'audition de la demande d'injonction provisoire, mais que, vu le rejet de cette demande, il allait être repris. M. Garneau a requis du demandeur qu'il lui fasse parvenir ses observations écrites au plus tard à 17 h, le mercredi suivant, soit le 28 janvier 1998.

[52] L'audition de l'appel a été fixée pour le lundi 2 février 1998. Le mardi 27 janvier 1998, M. Hefferon a écrit à M. Garneau, au Bureau du Conseil privé, pour lui demander d'arrêter le processus dans l'attente de l'audition de l'appel et pour lui rappeler qu'on n'avait toujours pas donné au demandeur l'ensemble des documents requis pour répondre au rapport. Aucun renseignement supplémentaire n'a été fourni au demandeur.

[53] Le même jour, soit le mardi 27 janvier 1998, le demandeur s'est adressé à la Cour d'appel fédérale pour obtenir une injonction provisoire valide jusqu'à l'audition de l'appel le lundi suivant. Cette demande a été entendue et rejetée par le juge Pratte le mercredi 28 janvier 1998.

[54] Le jeudi 29 janvier 1998, l'avocat des défendeurs a écrit à celui du demandeur, en réponse à la lettre du 27 janvier 1998 de M. Hefferon, pour l'aviser que le processus se poursuivait. Le même jour, le gouverneur en conseil a prononcé le décret de révocation.

[55] L'appel de l'ordonnance rendue par le juge Joyal relativement à l'injonction provisoire est donc devenu caduc et n'a jamais été entendu. Le demandeur a cependant continué de solliciter le contrôle judiciaire.

Analyse

[56] Le demandeur prétend, premièrement, qu'une personne nommée en vertu d'une loi fédérale à un poste à titre inamovible ne peut faire l'objet de révocation avant la tenue de l'enquête prévue par l'article 69 de la *Loi sur les juges*, et que, deuxièmement, il y a eu en l'espèce négation de la justice

to the removal order.

[57] No issue is raised in this application as to whether or not there was cause for the removal of the applicant, or whether his travel and hospitality expenses were reasonable within the meaning of section 12 of the *Canada Labour Code*. I am asked to review only the process by which the Governor in Council's decision was made, not the merits of the decision itself.

Section 69 of the *Judges Act*

[58] The relevant part of subsection 69(1) of the *Judges Act* reads as follows:

69. (1) The Council [Canadian Judicial Council] shall, at the request of the Minister [of Justice], commence an inquiry to establish whether a person appointed pursuant to an enactment of Parliament to hold office during good behaviour other than

- (a) a judge of a superior court or of the Tax Court of Canada, or
- (b) a person to whom section 48 of the *Parliament of Canada Act* applies,

should be removed from office for any of the reasons set out in paragraphs 65(2)(a) to (d).

[59] The reasons listed in paragraphs 65(2)(a) to (d) are:

65. (1) . . .
- (2) . . .
- (a) age or infirmity,
 - (b) having been guilty of misconduct,
 - (c) having failed in the due execution of that office, or
 - (d) having been placed, by his conduct or otherwise, in a position incompatible with the due execution of that office.

[60] Subsection 69(2) incorporates by reference certain provisions of the *Judges Act* relating to inquiries and investigations concerning judges, with necessary modifications. These are subsections 63(3)

fondamentale dans le cadre du processus qui a mené au décret de révocation.

[57] La présente demande ne soulève pas la question de savoir s'il existait des motifs justifiant la révocation du demandeur ni la question de savoir si ses dépenses de voyage et d'hébergement étaient raisonnables au sens de l'article 12 du *Code canadien du travail*. On ne me demande que d'examiner le processus suivi par le gouverneur en conseil pour rendre sa décision, et non pas d'évaluer le bien-fondé de la décision elle-même.

L'article 69 de la *Loi sur les juges*

[58] La partie pertinente du paragraphe 69(1) de la *Loi sur les juges* prévoit:

69. (1) Sur demande du ministre [de la Justice], le Conseil [le Conseil canadien de la magistrature] enquête aussi sur les cas de révocation—pour les motifs énoncés au paragraphe 65(2)—des titulaires de poste nommés à titre inamovible aux termes d'une loi fédérale, à l'exception des:

- a) juges des juridictions supérieures ou de la Cour canadienne de l'impôt;
- b) personnes visées par l'article 48 de la *Loi sur le Parlement du Canada*.

[59] Les motifs énoncés aux alinéas 65(2)a) à d) sont:

65. (1) [. . .]
- (2) [. . .]
- a) âge ou invalidité;
 - b) manquement à l'honneur et à la dignité;
 - c) manquement aux devoirs de sa charge;
 - d) situation d'incompatibilité, qu'elle soit imputable au juge ou à toute autre cause.

[60] Le paragraphe 69(2) intègre par renvoi certaines dispositions de la *Loi sur les juges* qui portent sur les enquêtes relatives aux juges, compte tenu des adaptations nécessaires. Il s'agit des paragraphes 63(3) à (6),

to (6), sections 64 and 65 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 27, s. 5], and subsection 66(2).

[61] By virtue of subsection 63(4), the Council when conducting an inquiry or investigation is deemed to be a superior court, with the power to summon witnesses, take evidence on oath or affirmation, and compel attendance and the production of documents. By virtue of section 64, the person who is the subject of an inquiry is entitled to reasonable notice of the subject-matter of the inquiry, and of the time and place of any hearing, and has the right to be heard at the hearing, to cross-examine witnesses and to adduce evidence on his own behalf. The result of an inquiry is a report to the Minister of Justice under subsection 65(1). Subsection 65(2) provides that the report may recommend the removal of the person from office.

[62] Subsection 69(3) provides that if there is a report to the Minister of Justice under subsection 65(1) in respect of a person referred to in subsection 69(1), the Governor in Council may, on the recommendation of the Minister, by order remove the person from office. It is clear that the Governor in Council, when considering the question of removal of a person in respect of whom there has been an inquiry under subsection 69(1), may make a removal order whether the report of the Council contains a recommendation for removal or not.

[63] Section 70 provides that if an appointment is terminated under subsection 69(3), the order and all related reports and evidence must be laid before Parliament within a specified time.

[64] It is undisputed that the office of Chairman of the Canada Labour Relations Board is an office held "during good behaviour". That is the implication of the requirement in section 10 of the *Canada Labour Code* that imposes a maximum term and permits removal "for cause".

des articles 64 et 65 [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 27, art. 5], et du paragraphe 66(2).

[61] En vertu du paragraphe 63(4), le Conseil, lorsqu'il mène une enquête, est réputé constituer une juridiction supérieure qui a le pouvoir de citer des témoins, de les obliger à déposer sous la foi du serment ou de l'affirmation solennelle et de les contraindre à comparaître et à produire des documents. En vertu de l'article 64, la personne faisant l'objet de l'enquête a le droit d'être informée suffisamment à l'avance de l'objet de l'enquête ainsi que de la date, de l'heure et du lieu de toute audition, et elle a le droit de contre-interroger les témoins et de présenter tout élément de preuve personnellement ou par l'entremise d'un procureur. Toute enquête aboutit à un rapport présenté au ministre de la Justice en vertu du paragraphe 65(1). Le paragraphe 65(2) prévoit que le rapport peut recommander la révocation de la personne.

[62] Le paragraphe 69(3) prévoit que lorsqu'un rapport a été présenté au ministre de la Justice en vertu du paragraphe 65(1) concernant une personne mentionnée au paragraphe 69(1), le gouverneur en conseil peut, sur recommandation du ministre, révoquer par décret la personne en cause. Il ressort que, lorsqu'il examine la question de la révocation d'une personne qui a fait l'objet d'une enquête en vertu du paragraphe 69(1), le gouverneur en conseil peut prononcer un décret de révocation, que le rapport du Conseil contienne ou non une recommandation en ce sens.

[63] L'article 70 prévoit que s'il y a révocation de mandat en vertu du paragraphe 69(3), le décret ainsi que tous les rapports et éléments de preuve à l'appui doivent être déposés devant le Parlement dans un délai prescrit.

[64] Il n'est pas contesté que le poste de président du Conseil canadien sur les relations du travail constitue un poste occupé «à titre inamovible». C'est ce que font ressortir les prescriptions de l'article 10 du *Code canadien du travail*, qui impose un mandat maximal et qui permet la révocation «motivée».

[65] It is also undisputed that in this case no inquiry was held under section 69 of the *Judges Act*. The applicant says that is a fatal flaw in the process. The respondent position is that section 69 affords an optional procedure, not a mandatory one.

[66] It is important to note that the language of subsection 69(1) is parallel to that of subsection 63(1) [as am. by S.C. 1992, c. 51, s. 27], which applies to superior court judges. I will quote those provisions for comparison [subsection 63(2) (as am. *idem*)]:

63. (1) The Council shall, at the request of the Minister or the attorney general of a province, commence an inquiry as to whether a judge of a superior court or of the Tax Court of Canada should be removed from office for any of the reasons set out in paragraphs 65(2)(a) to (d).

(2) The Council may investigate any complaint or allegation made in respect of a judge of a superior court or of the Tax Court of Canada.

. . .

69. (1) The Council shall, at the request of the Minister, commence an inquiry to establish whether a person appointed pursuant to an enactment of Parliament to hold office during good behaviour other than

(a) a judge of a superior court or of the Tax Court of Canada, or

(b) a person to whom section 48 of the *Parliament of Canada Act* applies,

should be removed from office for any of the reasons set out in paragraphs 65(2)(a) to (d).

[67] The procedural protection in section 64 is afforded to any person who is the subject of an inquiry or investigation under any of these provisions. Subsection 65(1) says that any such inquiry or investigation must end in a report to the Minister. Under subsection 65(2) that report may contain a recommendation for removal, and thus may lead to removal.

[68] In the case of a superior court judge, removal would require a joint address of the House of Commons and the Senate. In the case of a person to whom section 69 applies, removal would require an

[65] Il n'est pas non plus contesté qu'aucune enquête n'a été tenue en vertu de l'article 69 de la *Loi sur les juges* en l'espèce. Le demandeur prétend qu'il s'agit là d'un vice de procédure irrémédiable. La position des défendeurs est que la procédure prévue par l'article 69 est optionnelle, et non pas obligatoire.

[66] Il est important de souligner que la formulation du paragraphe 69(1) est identique à celle du paragraphe 63(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 51, art. 27], qui s'applique aux juges d'une juridiction supérieure. Je cite ces dispositions pour des fins de comparaison [paragraphe 63(2) (mod., *idem*)]:

63. (1) Le Conseil mène les enquêtes que lui confie le ministre ou le procureur général d'une province sur les cas de révocation au sein d'une juridiction supérieure ou de la Cour canadienne de l'impôt, pour tout motif énoncé aux alinéas 65(2)a) à d).

(2) Le Conseil peut en outre enquêter sur toute plainte ou accusation relative à un juge d'une juridiction supérieure ou de la Cour canadienne de l'impôt.

[. . .]

69. (1) Sur demande du ministre, le Conseil enquête aussi sur les cas de révocation—pour les motifs énoncés au paragraphe 65(2)—des titulaires de poste nommés à titre inamovible aux termes d'une loi fédérale, à l'exception des:

a) des juges des juridictions supérieures ou de la Cour canadienne de l'impôt;

b) personnes visées par l'article 48 de la *Loi sur le Parlement du Canada*.

[67] La protection procédurale que contient l'article 64 est conférée à toute personne qui fait l'objet d'une enquête en vertu de ces dispositions. Le paragraphe 65(1) prévoit que toute enquête aboutit à un rapport au ministre. En vertu du paragraphe 65(2), ce rapport peut contenir une recommandation de révocation, de sorte qu'il est susceptible de mener à la révocation.

[68] Dans le cas d'un juge d'une juridiction supérieure, la révocation nécessite une adresse conjointe de la Chambre des communes et du Sénat. Dans le cas d'une personne assujettie à l'application de l'arti-

order of the Governor in Council.

[69] The question, however, is whether an investigation or inquiry by the Canadian Judicial Council is an essential precondition for removal. It seems to me that as a matter of statutory interpretation, the answer must be the same for superior court judges and persons to whom section 69 applies. If the inquiry process in section 69 of the *Judges Act* is optional rather than mandatory, then so is the inquiry or investigation process in section 63. If that is so, then by necessary implication it is legally possible for a superior court judge to be removed from office by a joint address of the House of Commons and Senate that is not preceded by an inquiry or investigation by the Canadian Judicial Council.

[70] Given the necessary connection between section 63 and section 69, counsel for the applicant argues for a constitutional imperative that justifies reading both provisions as mandatory preconditions to removal. I summarize his argument as follows. The requirement of security of tenure for a person holding judicial or quasi-judicial office is a basic constitutional principle. Such security cannot be assured in the absence of a statute that precludes removal without a hearing with all the rights referred to in section 64 of the *Judges Act*. As sections 63 and 69 of the *Judges Act* are the only statutory provisions that afford an appropriate procedure, those provisions must be interpreted as mandatory.

[71] Respondents' counsel argues that the procedures in subsection 63(1) and 69(1) are not mandatory, but optional. He says they can be commenced only at the discretion of the Minister of Justice. He argues that the words of the statute cannot reasonably bear the applicant's interpretation, and that the applicant's argument would require reading into the *Judges Act* a provision to the effect that the Minister of Justice must make a request under section 69 if a removal

cle 69, la révocation nécessite un décret du gouverneur en conseil.

[69] La question est toutefois de savoir si l'enquête du Conseil canadien de la magistrature constitue une condition préalable essentielle à la révocation. Il me semble que, du point de vue de l'interprétation des lois, la réponse doit être la même tant pour les juges d'une juridiction supérieure que pour les personnes assujetties à l'application de l'article 69. Si le processus d'enquête prévu par l'article 69 de la *Loi sur les juges* est optionnel, et non pas obligatoire, il en est alors de même pour l'enquête prévue par l'article 63. Si tel est le cas, il faut donc conclure, par déduction nécessaire, que la loi permet qu'un juge d'une juridiction supérieure soit révoqué sur adresse conjointe de la Chambre des communes et du Sénat sans que le Conseil canadien de la magistrature n'ait fait d'enquête.

[70] Compte tenu du lien nécessaire entre les articles 63 et 69, l'avocat du demandeur prétend qu'il existe un impératif d'ordre constitutionnel qui justifie que l'on interprète ces deux dispositions comme prescrivant les conditions préalables obligatoires à la révocation. Je résume ses argument de la façon suivante. L'exigence de l'inamovibilité de toute personne occupant un poste de nature judiciaire ou quasi-judiciaire constitue un principe constitutionnel essentiel. Cette inamovibilité ne peut pas être garantie en l'absence d'une loi qui empêche la révocation sans la tenue d'une audition et sans l'existence des droits mentionnés à l'article 64 de la *Loi sur les juges*. Étant donné que les articles 63 et 69 de la *Loi sur les juges* sont les seules dispositions qui prévoient une procédure appropriée, ces dispositions doivent être interprétées comme étant obligatoires.

[71] L'avocat des défendeurs prétend que les procédures prévues par les paragraphes 63(1) et 69(1) ne sont pas obligatoires, mais plutôt optionnelles. Il dit qu'elles ne peuvent être entamées que si le ministre de la Justice en décide ainsi. Il affirme que le texte de la loi ne peut pas raisonnablement soutenir l'interprétation avancée par le demandeur et que l'adoption de l'argument de ce dernier nécessiterait que la *Loi sur les juges* soit interprétée comme si elle contenait une

decision is under consideration.

[72] There is no question as to the importance of security of tenure as far as judges are concerned. The issue has been discussed extensively in cases dealing with the right of a person charged with an offence to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal as required by paragraph 11(d) of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]].

[73] *Valente v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 673 was such a case. The issue was whether an Ontario provincial court judge was a tribunal that met the standard of independence in paragraph 11(d). Le Dain J., speaking for the Court, said (at page 694):

Security of tenure, because of the importance that has traditionally been attached to it, must be regarded as the first of the essential conditions of judicial independence for purposes of s. 11(d) of the *Charter*.

[74] The provincial statute provided that he could be removed from office by the Lieutenant Governor in Council, but only for misbehaviour or for inability to perform his duties properly, and only after an inquiry by a superior court judge at which the provincial court judge was given a full opportunity to be heard. The report of the inquiry had to be laid before the Legislature, but the Lieutenant Governor in Council was not bound by its findings or recommendations. The Court's conclusion is stated at page 698:

In sum, I am of the opinion that while the provision concerning security of tenure . . . falls short of the ideal or highest degree of security, it reflects what may be reasonably perceived as the essentials of security of tenure for purposes of s. 11(d) of the *Charter*; that the judge be removable only for cause, and that cause be subject to independent review and determination by a process at which the affected judge is afforded a full opportunity to be heard. The essence of security of tenure for purposes of s. 11(d) is

disposition prévoyant que le ministre de la Justice est tenu de faire la demande prévue à l'article 69 s'il désire se prononcer en matière de révocation.

[72] L'importance de l'inamovibilité des juges ne fait aucun doute. Cette question a fait l'objet d'analyses exhaustives dans les affaires portant sur le droit de la personne accusée d'une infraction d'avoir un procès public et équitable devant un tribunal indépendant et impartial, conformément à l'alinéa 11(d) 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]].

[73] L'arrêt *Valente c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 673, portait sur une affaire de cette nature. La question en litige était de savoir si un juge d'une cour provinciale de l'Ontario constituait un tribunal qui satisfaisait à la norme d'indépendance établie dans l'alinéa 11(d). Le juge Le Dain, s'exprimant au nom de la Cour, a dit (à la page 694):

L'inamovibilité, de par l'importance qui y a été attachée traditionnellement, doit être considérée comme la première des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire pour les fins de l'al. 11(d) de la *Charte*.

[74] La loi provinciale prévoyait que le juge pouvait être révoqué par le lieutenant-gouverneur en conseil, mais uniquement en cas de mauvaise conduite ou d'incapacité d'exercer ses fonctions de façon utile, et seulement après la tenue d'une enquête de la part d'un juge d'une cour supérieure, à l'occasion de laquelle le juge de la cour provinciale a eu l'entière possibilité de se faire entendre. Le rapport d'enquête devait être déposé devant l'assemblée législative, mais le lieutenant-gouverneur en conseil n'était pas lié par ses conclusions ni par ses recommandations. La conclusion tirée par la Cour est énoncée à la page 698:

En somme, je suis d'avis que si la disposition concernant l'inamovibilité [. . .] ne fournit une inamovibilité ni idéale ni parfaite, elle fait néanmoins ressortir ce qu'on peut raisonnablement percevoir comme les conditions essentielles de l'inamovibilité pour les fins de l'al. 11(d) de la *Charte*: que le juge ne puisse être révoqué que pour un motif déterminé, et que ce motif fasse l'objet d'un examen indépendant et d'une décision selon une procédure qui offre au juge visé toute possibilité de se faire entendre. L'essence

a tenure, whether until an age of retirement, for a fixed term, or for a specific adjudicative task, that is secure against interference by the Executive or other appointing authority in a discretionary or arbitrary manner.

[75] With respect to the position of superior court judges, he said this at page 695:

There are, of course, a variety of ways in which the essentials of security of tenure may be provided by constitutional or legislative provision. As I have indicated, superior courts in Canada enjoy what is generally regarded as the highest degree of security of tenure in the constitutional guarantee of s. 99 of the *Constitution Act, 1867* that they shall hold office during good behaviour until the age of seventy-five, subject to removal by the Governor General on address of the Senate and House of Commons. The judges of this Court, the Federal Court of Canada and the Tax Court of Canada also enjoy, under their respective governing statutes, a tenure during good behaviour until a specified age of retirement, subject to removal only on address of the Senate and House of Commons.

[76] Thus, there is more than one way to provide the security of tenure that is required by paragraph 11(d) of the Charter. In the case of a superior court judge, security of tenure is protected by the machinery of removal, the transparent and cumbersome procedure of joint address. In the case of a judge who can be removed by executive order, security of tenure is provided by the statutory requirement for cause and the existence of a legal right to a full hearing by an independent body. It is not suggested in *Valente* that these are the only permissible techniques for providing security of tenure.

[77] It is not clear to me whether the constitutional validity of decisions of the Canada Labour Relations Board requires the same degree of security of tenure for its members. Counsel for the applicant urges that the Canada Labour Relations Board is a quasi-judicial body with a broad jurisdiction. It is entrusted with very important decisions that are not subject to judicial scrutiny except in the most limited circumstances. I agree with that. But at the same time, respondents' counsel says, correctly, that the Canada Labour Relations Board is not a court. There is no scope for the application of paragraph 11(d) of the Charter in

de l'inamovibilité pour les fins de l'al. 11d), que ce soit jusqu'à l'âge de la retraite, pour une durée fixe, ou pour une charge *ad hoc*, est que la charge soit à l'abri de toute intervention discrétionnaire ou arbitraire de la part de l'exécutif ou de l'autorité responsable des nominations.

[75] Relativement au poste de juge d'une cour supérieure, il a dit ceci à la page 695:

Il existe bien entendu diverses façons de prévoir les conditions essentielles de l'inamovibilité par une disposition constitutionnelle ou législative. Comme je l'ai indiqué, les juges de cour supérieure au Canada jouissent de ce qui est généralement considéré comme le plus haut degré d'inamovibilité qu'offre la garantie constitutionnelle de l'art. 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867*: ils occupent leur charge à titre inamovible jusqu'à l'âge de soixante-quinze ans à moins d'être révoqués par le gouverneur général sur adresse du Sénat et de la Chambre des communes. En vertu des lois qui les régissent respectivement, les juges de cette Cour, ceux de la Cour fédérale du Canada et ceux de la Cour canadienne de l'impôt occupent également leur charge à titre inamovible jusqu'à un âge précis de mise à la retraite, à moins seulement d'être révoqués sur adresse du Sénat et de la Chambre des communes.

[76] Il existe donc plus d'une manière d'assurer l'inamovibilité requise par l'alinéa 11d) de la Charte. Dans le cas d'un juge de juridiction supérieure, l'inamovibilité est protégée par le mécanisme de révocation, soit la procédure publique et lourde de l'adresse conjointe. Dans le cas d'un juge qui peut être révoqué par voie de décret, l'inamovibilité est assurée par l'exigence légale de motif et par la garantie juridique du droit à une audience complète devant un organisme indépendant. Dans l'arrêt *Valente*, on ne laisse pas entendre qu'il s'agit des seuls moyens permis pour conférer l'inamovibilité.

[77] Il ne m'est pas facile de déterminer si les membres du Conseil canadien sur les relations du travail doivent avoir le même degré d'inamovibilité pour que leurs décisions soient valides sur le plan constitutionnel. L'avocat du demandeur soutient que le Conseil canadien sur les relations du travail est un organisme quasi-judiciaire dont le champ de compétence est étendu. Il se voit confier la tâche de prendre des décisions très importantes qui ne font pas l'objet d'examen judiciaire, sauf dans les cas les plus restreints. Je partage cette opinion. Néanmoins, l'avocat des défendeurs prétend avec raison que le Conseil

matters heard by the Canada Labour Relations Board.

[78] Assuming there is some need for security of tenure for members of the Canada Labour Relations Board, what is the standard to be applied? Is it the same as for provincial court judges, or will something less suffice?

[79] In *Canada (Procureur général) c. Alex Couture inc.*, [1991] R.J.Q. 2534 (Fr.); (1991), 83 D.L.R. (4th) 577 (Eng.), an analogous question was considered by the Quebec Court of Appeal in the context of the Competition Tribunal established under the *Competition Tribunal Act* [R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19]. Some members of that tribunal are judges of the Federal Court, Trial Division and others are lay members appointed by the Governor in Council on the recommendation of a Minister, who is required to consult with an advisory council. The constitutionality of the *Competition Act* [R.S.C., 1985, c. C-34 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19)] and the Competition Tribunal were challenged on numerous grounds, including the lack of independence of the tribunal, on the basis that lay members did not enjoy security of tenure. On that point Rousseau-Houle J.A., speaking for the Court, said this at pages 665-666 (D.L.R.):

The lay members may be removed before the end of their appointment by the Governor in Council. Such removal must be for cause The Act does not specify the specific causes for removal but this is not required as an essential condition for judicial independence for the purposes of s. 11(d) of the Charter. As the lay members are appointed to hold office during good behaviour, the Governor in Council can only remove them for some cause related to the exercise of their function. In this regard, the method of removal would appear to be sufficient. As Le Dain J. wrote in *Valente*, at p. 179:

It may be that the requirement of an address of the legislature makes removal of a judge more difficult in practice because of the solemn, cumbersome and publicly visible nature of the process, but the requirement of cause,

canadien sur les relations du travail n'est pas une cour. L'alinéa 11d) de la Charte ne peut pas s'appliquer aux affaires entendues par le Conseil canadien sur les relations du travail.

[78] Si on tient pour acquis que les membres du Conseil canadien sur les relations du travail doivent jouir d'une certaine inamovibilité, quelle est la norme à appliquer? S'agit-il de la même norme que pour les juges des cours provinciales ou si une norme moins exigeante est suffisante?

[79] Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Alex Couture inc.*, [1991] R.J.Q. 2534, une question analogue a été examinée par la Cour d'appel du Québec dans le contexte du Tribunal de la concurrence créé en vertu de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* [L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19]. Certains membres de ce tribunal sont des juges de la Section de première instance de la Cour fédérale tandis que d'autres sont des membres non juges nommés par le gouverneur en conseil sur recommandation d'un ministre, qui est tenu de demander l'avis d'un conseil consultatif. La validité sur le plan constitutionnel de la *Loi sur la concurrence* [L.R.C. (1985), ch. C-34 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19)] et du Tribunal de la concurrence a été contestée pour de nombreux motifs, notamment l'absence d'indépendance du tribunal en raison du fait que les membres non juges ne bénéficient pas de l'inamovibilité. Sur cette question, le juge d'appel Rousseau-Houle, s'exprimant au nom de la Cour, a dit, aux pages 2598 et 2599 (R.J.Q.):

Les membres non juges peuvent être révoqués avant la fin de leur mandat par le gouverneur en conseil. Une telle révocation doit être motivée [. . .] La loi ne prévoit pas les motifs spécifiques de révocation, mais une telle exigence n'est pas requise comme condition essentielle d'indépendance judiciaire pour les fins de l'article 11 d) de la charte. La charge des membres non juges étant déclarée inamovible, ce ne sera que pour des motifs se rattachant à l'exercice de la fonction de la personne en cause que le gouverneur en conseil pourra prononcer la révocation. À cet égard, le mode de révocation apparaît suffisant. Comme l'a exprimé le juge Le Dain dans l'arrêt *Valente* [. . .]:

Il se peut que la nécessité d'une adresse au corps législatif rende la révocation d'un juge plus difficile en pratique à cause de la solennité, de la lourdeur et de la visibilité de la procédure, mais qu'un motif soit nécessaire, comme le

as defined by statute, together with a provision for judicial inquiry at which the judge affected is given a full opportunity to be heard, is in my opinion a sufficient restraint upon the power of removal for purposes of s. 11(d).

The *Competition Tribunal Act* does not specifically provide for the holding a prior hearing in a proceeding in which the person in question is given an opportunity to be heard. The rules of natural justice and s. 69 of the *Judges Act* . . . supplement the absence of a specific legislative provision in a satisfactory fashion. Should the Governor in Council be called upon to exercise his power to remove a lay member, he would be obliged to adopt a fair process which would provide the opportunity for the person in question to be heard . . . Moreover, s. 69 of the *Judges Act* provides that, at the request of the Minister of Justice for Canada, the Canadian Judicial Council shall hold an inquiry . . .

If it were called upon to hold such inquiry concerning a lay member of the Competition Tribunal, the council would be required, pursuant to s. 64 of the *Judges Act*, to afford the member an opportunity to be heard and to adduce evidence that he considers relevant. The report of the inquiry is submitted to the Minister of Justice who may remove the person in question on the basis of this report. The fact that the commencement of this inquiry process is left to the discretion of the Minister of Justice does not permit, in my view, the conclusion that the minimum standard required by *Valente* has not been met.

The whole of these provisions and the rules of natural justice concerning security of tenure sufficiently demonstrate, in my view, that the office of the lay members of the tribunal is secure against interference in a discretionary or arbitrary manner by the Governor in Council, who is responsible for appointments. [Emphasis added.]

[80] From these comments, it appears to me that the requirement of security of tenure was met in this case by the combination of three elements. The first was the statutory requirement of “cause” as the ground for removal. The second was the obligation of the Governor in Council to observe the principles of natural justice when making a removal decision. The third was the potential for an independent inquiry under section 69 of the *Judges Act*, despite the fact that section 69 could not be engaged except at the discretion of the Minister of Justice.

[81] As I read this case, an inquiry under section 69 of the *Judges Act* was acknowledged to be a mere

définit la loi, et qu’une enquête judiciaire soit prévue au cours de laquelle le juge visé a pleinement l’occasion de se faire entendre, constituent à mon avis, une restriction suffisante du pouvoir de révocation pour les fins de l’al. 11 d).

La *Loi sur le Tribunal de la concurrence* ne prévoit pas expressément la tenue d’une audition préalable selon une procédure offrant à la personne visée la possibilité de se faire entendre. Les règles de la justice naturelle et l’article 69 de la *Loi sur les juges* [. . .] suppléent de façon satisfaisante à cette absence de disposition législative précise. Dans l’hypothèse où le gouverneur en conseil serait appelé à exercer son pouvoir de révocation d’un membre non juge, il serait tenu d’adopter une procédure équitable prévoyant la possibilité pour l’intéressé de se faire entendre [. . .] Par ailleurs, l’article 69 de la *Loi sur les juges* prévoit que, sur une demande à cet effet de la part du ministre de la Justice du Canada, le Conseil canadien de la magistrature se doit de tenir une enquête [. . .]

Dans le cas où il peut être appelé à tenir une telle enquête concernant un membre non juge du Tribunal de la concurrence, le Conseil est tenu, aux termes de l’article 64 de la *Loi sur les juges*, de fournir à l’intéressé la possibilité de se faire entendre et de soumettre les éléments de preuve qu’il estime pertinents. Le rapport d’enquête est ensuite présenté au ministre de la Justice, qui peut révoquer le titulaire en cause sur la base de ce rapport d’enquête. Le fait que ce processus d’enquête ne puisse être déclenché qu’à la discrétion du ministre de la Justice ne permet pas, à mon avis, de conclure que le standard minimum que commande l’arrêt *Valente* n’est pas respecté.

L’ensemble de ces dispositions et les règles de justice naturelle concernant l’inamovibilité font suffisamment ressortir, à mon avis, que la charge des membres non juges du Tribunal est à l’abri de toute révocation discrétionnaire ou arbitraire de la part du gouverneur en conseil responsable des nominations. [Non souligné dans l’original.]

[80] À la lumière de ces observations, il m’apparaît que l’exigence d’inamovibilité a été remplie en l’espèce au moyen de la combinaison de trois éléments. Le premier était l’exigence légale de l’existence d’une «cause» comme motif de révocation. Le deuxième était l’obligation faite au gouverneur en conseil d’appliquer les principes de la justice naturelle lorsqu’il prend une décision en matière de révocation. Le troisième était la possibilité de la tenue d’une enquête indépendante en vertu de l’article 69 de la *Loi sur les juges*, même si cet article ne s’applique que si le ministre de la Justice ne décide d’y recourir.

[81] Si je comprends bien cette affaire, il a été reconnu que l’enquête prévue par l’article 69 de la *Loi*

possibility while the application of the principles of natural justice are mandatory. In my view, that leads to the conclusion that if section 69 had never been enacted, the first two elements would suffice. The principles of natural justice are as binding on the Governor in Council, when considering whether to exercise a statutory power to remove a person from a position on a tribunal, as any procedural requirements in a statute. That is so even though the particular requirements of natural justice will necessarily vary from case to case. Therefore, a tribunal cannot be said to lack security of tenure merely because, in the event of a proposal to terminate an appointment, no procedural protections are mandated by statute.

[82] As stated above, the argument for the applicant is that security of tenure cannot be assured unless section 69 of the *Judges Act* is interpreted as a mandatory requirement, and therefore section 69 should be read as mandatory. My conclusion is that security of tenure does not require section 69. Therefore the applicant's argument on the interpretation of section 69 must fail for lack of a premise.

[83] My interpretation of subsection 69(1) is that it applies only at the discretion of the Minister of Justice.

[84] In my view, this interpretation is the one that is consistent with all the words of the statute. It is the only interpretation that gives effect to the words "at the request of the Minister" in a statute that requires the Council to act at her request but does not compel the Minister to make a request. It is also the only interpretation that is consistent with section 71 of the *Judges Act*, which reads as follows:

71. Nothing in, or done or omitted to be done under the authority of, any of sections 63 to 70 affects any power, right or duty of the House of Commons, the Senate or the Governor in Council in relation to the removal from office of a judge or any other person in relation to whom an inquiry may be conducted under any of those sections.

sur les juges n'était qu'une simple possibilité tandis que l'application des principes de la justice naturelle était obligatoire. J'estime que cela mène à la conclusion que si l'article 69 n'avait jamais été édicté, les deux premiers éléments seraient suffisants. Les principes de la justice naturelle lient le gouverneur en conseil, lorsqu'il examine la possibilité d'exercer le pouvoir que lui confère une loi de révoquer le titulaire d'une charge auprès d'un tribunal, de la même façon que toute exigence procédurale prévue par une loi. Il en est ainsi, même si les exigences particulières de justice naturelle varient nécessairement selon l'affaire en cause. On ne peut donc pas dire que les membres d'un tribunal ne jouissent pas de l'inamovibilité uniquement parce que la loi n'accorde aucune protection procédurale en cas de proposition de révocation de mandat.

[82] Comme je l'ai mentionné précédemment, le demandeur invoque l'argument que l'inamovibilité ne peut être garantie que si l'article 69 de la *Loi sur les juges* est interprété comme étant une exigence obligatoire, de sorte que cet article devrait être considéré comme étant obligatoire. Je conclus que l'article 69 n'est pas nécessaire pour les fins de l'inamovibilité. L'argument du demandeur à l'égard de l'interprétation de l'article 69 est donc insoutenable parce qu'il n'est fondé sur aucune prémisse.

[83] J'interprète le paragraphe 69(1) comme ne s'appliquant que si le ministre de la Justice y a recours.

[84] J'estime que cette interprétation est la seule qui soit compatible avec le texte de la loi. Il s'agit de la seule interprétation qui donne un sens à l'expression «que lui confie le ministre» dans une loi qui oblige le Conseil à agir sur demande de ce dernier mais qui ne contraint pas le ministre à faire la demande. Il s'agit également de la seule interprétation qui soit compatible avec l'article 71 de la *Loi sur les juges*, qui prévoit:

71. Les articles 63 à 70 n'ont pas pour effet de porter atteinte aux attributions de la Chambre des communes, du Sénat ou du gouverneur en conseil en matière de révocation des juges ou des autres titulaires de poste susceptibles de faire l'objet des enquêtes qui y sont prévues.

[85] In this regard I refer to the comments of Strayer J. in *Gratton v. Canadian Judicial Council*, [1994] 2 F.C. 769 (T.D.), at pages 802-803:

It is for the Canadian Judicial Council to recommend removal, but Parliament has the ultimate responsibility to decide whether to use the only constitutional device for removal, namely the joint address. There is nothing in the *Judges Act* which precludes Parliament considering the removal of a judge without any recommendation from the Council. Indeed section 71 of the *Judges Act* specifically preserves Parliament's power in this respect.

[86] That is not to say that the decision to remove a superior court judge can be made without complying with the principles of fundamental justice. But I cannot justify the conclusion that an inquiry or investigation by the Council under the *Judges Act* is the only possible means of accomplishing that objective.

[87] Similarly, the removal of a person from an office held during good behaviour cannot be done without affording that person procedural protection. I do not accept, however, that a full hearing, with examination and cross-examination of witnesses, and full disclosure of documents, is essential to the fair exercise of the power of removal.

[88] In this regard, I agree with the following statements of MacKay J. in the *Wedge* case (*supra*) at page 161:

. . . the requirements of procedural fairness were satisfied in this case in that the applicant was apprised of the substance of the allegations against him, and of the investigation report and the final Report about those allegations, and he was accorded a fair opportunity to respond orally once . . . and twice thereafter in writing.

[89] The issue then becomes whether or not the procedure adopted by the Governor in Council in this case met those requirements.

Procedural fairness

[90] The applicant argues that he was denied procedural fairness. He argues that there was a reasonable

[85] À cet égard, je renvoie aux observations faites par le juge Strayer dans *Gratton c. Conseil canadien de la magistrature*, [1994] 2 C.F. 769 (1^{re} inst.), à la page 803:

Il appartient au Conseil canadien de la magistrature de recommander la révocation, mais c'est au Parlement, finalement, de décider s'il y a lieu de recourir au seul mécanisme de révocation que prévoit la Constitution, à savoir l'adresse des Chambres du Parlement. Rien dans la *Loi sur les juges* n'empêche le Parlement d'envisager la révocation d'un juge sans recommandation émanant du Conseil. De fait, l'article 71 de la *Loi sur les juges* conserve explicitement le pouvoir du Parlement dans ce domaine.

[86] Cela ne signifie pas qu'on peut prendre la décision de révoquer un juge d'une juridiction supérieure sans se conformer aux principes de la justice fondamentale. Mais je ne peux voir aucune justification au soutien de la conclusion qu'une enquête faite par le Conseil en vertu de la *Loi sur les juges* est le seul moyen possible d'atteindre cet objectif.

[87] De la même façon, la révocation du titulaire d'un poste occupé à titre inamovible ne peut avoir lieu sans qu'une protection procédurale ne lui soit accordée. Je suis toutefois d'avis qu'une audition complète, comportant l'interrogatoire et le contre-interrogatoire des témoins ainsi que la divulgation totale des documents, n'est pas essentielle pour l'exercice équitable du pouvoir de révocation.

[88] À cet égard, je suis d'accord avec les commentaires émis par le juge MacKay dans l'affaire *Wedge* (précitée), à la page 161:

[. . .] les exigences de l'équité procédurale ont été remplies en l'espèce, en ce sens que le requérant a été mis au courant du fond des allégations formulées contre lui, ainsi que du rapport d'enquête et du rapport final concernant ces allégations, et il a eu une occasion équitable d'y répondre de vive voix, une fois [. . .] et deux fois par la suite par écrit.

[89] La question en litige se résume alors à la question de savoir si la procédure adoptée par le gouverneur en conseil dans la présente affaire a satisfait à ces exigences.

L'équité procédurale

[90] Le demandeur prétend qu'on n'a pas fait preuve d'équité procédurale à son endroit. Il soutient qu'il

apprehension of bias, as demonstrated by press reports to the effect that members of Parliament, including the Prime Minister, applauded when the Minister of Labour announced his intention to commence proceedings for the applicant's removal. He argues also that he should have been given better access to the documents relied on by the Auditor General, and more time to respond to the report of Ms. Jauvin.

[91] I am not persuaded that the press reports are sufficient to establish a reasonable apprehension of bias. First, there is no evidence before me as to whether the facts as reported are true. Secondly, if they are true, I can see no basis for distinguishing this case from that of *Mohammad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 363 (C.A.). Nor do I accept that the applicant was denied a fair opportunity to respond to the allegations against him, or that he was unfairly treated. I accept the submissions of the respondents' counsel that the applicant in this case was afforded substantially the same information and substantially the same opportunity to be heard as the applicant in the *Wedge* case.

[92] The applicant initially was asked to provide written submissions to Ms. Jauvin and meet with her on December 17 or 18, 1997. He did not do so, and his reasons for not doing so were fairly stated in Ms. Jauvin's report for consideration by the Governor in Council.

[93] When Ms. Jauvin's report was provided to him on December 24, 1997, he was asked to provide a written reply to the Governor in Council by January 16, 1998, later extended to January 28, 1998. He did not do so.

[94] I do not accept that his decision to make no submissions to Ms. Jauvin or the Governor in Council was due to a lack of time or knowledge. From October of 1997, he knew in general terms the factual foundation for the Auditor General's Report. He knew

existait une crainte raisonnable de partialité, comme le démontrent les articles de journaux indiquant que les députés, dont le Premier ministre, avaient applaudi lorsque le ministre du Travail avait annoncé son intention d'entamer le processus de révocation du demandeur. Il soutient également qu'on aurait dû lui donner un meilleur accès aux documents utilisés par le vérificateur général et plus de temps pour répondre au rapport de M^{me} Jauvin.

[91] Je ne suis pas convaincue que les articles de journaux soient suffisants pour établir l'existence d'une crainte raisonnable de partialité. Premièrement, rien dans la preuve dont je suis saisie n'indique que les faits racontés soient vrais. Deuxièmement, s'ils sont vrais, je ne vois aucune raison de distinguer la présente affaire de l'affaire *Mohammad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 363 (C.A.). Je suis également d'avis que le demandeur n'a pas été privé d'une possibilité raisonnable de répondre aux allégations faites contre lui et qu'il n'a pas été traité de façon inéquitable. J'accepte l'argument de l'avocat des défendeurs selon lequel le demandeur en l'espèce a bénéficié, essentiellement, des mêmes renseignements et de la même possibilité de se faire entendre que le demandeur dans l'affaire *Wedge*.

[92] On a d'abord requis du demandeur qu'il fournisse des observations écrites à M^{me} Jauvin et qu'il la rencontre le 17 ou le 18 décembre 1997. Il ne l'a pas fait pour des raisons qui ont été bien exposées dans le rapport préparé par M^{me} Jauvin à l'attention du gouverneur en conseil.

[93] Lorsqu'on lui a fourni une copie du rapport de M^{me} Jauvin le 24 décembre 1997, on lui a demandé de faire parvenir une réponse écrite au gouverneur en conseil au plus tard le 16 janvier 1998, délai qui a par la suite été prolongé au 28 janvier 1998. Il ne l'a pas fait.

[94] Je suis d'avis que sa décision de ne faire aucune observation à M^{me} Jauvin et au gouverneur en conseil n'était pas due à un manque de temps ou de renseignements. Dès octobre 1997, il connaissait, de façon générale, le fondement factuel du rapport du

that the Auditor General had considered the expense guidelines applicable to other public officials, though he did not have access to their actual claims. He knew, from December 2, 1997, the substance of the allegations that were under consideration with respect to the decision as to whether he should be removed.

[95] In early December, he had the opportunity to discuss the Auditor General's Report with the auditors who worked on it. With some effort, he obtained by approximately mid-December of 1997 the expense guidelines applicable to organizations thought to be comparable to the Canada Labour Relations Board. Ms. Jauvin's report, which he had on December 24, 1997, says that these were the same organizations considered by the Auditor General.

[96] The Governor in Council delayed its decision while the applicant's initial application for an interim injunction was pending. The applicant failed to take advantage of even that delay to prepare a written reply to the Governor in Council, in case the interim injunction was not granted. In my view the Governor in Council did not act unfairly in refusing further delay after the decision of Joyal J.

Conclusion

[97] This application for judicial review is dismissed with costs.

vérificateur général. Il savait que le vérificateur général avait examiné les lignes directrices, en matière de dépenses, qui s'appliquaient aux autres fonctionnaires, même s'il n'avait pas accès à leurs demandes de dépenses. Il connaissait, dès le 2 décembre 1997, l'essentiel des allégations qui étaient examinées dans le cadre de la prise de décision de le révoquer ou non.

[95] Au début de décembre, il a eu la possibilité de discuter du rapport du vérificateur général avec les vérificateurs qui ont travaillé à sa préparation. Malgré certaines difficultés, il a obtenu vers la mi-décembre 1997 les lignes directrices, en matière de dépenses, qui s'appliquent aux organismes qui avaient été estimés comparables au Conseil canadien sur les relations du travail. Le rapport de M^{me} Jauvin, qu'il avait en sa possession le 24 décembre 1997, indique qu'il s'agissait des mêmes organismes qui avaient été examinés par le vérificateur général.

[96] Le gouverneur en conseil a retardé sa décision pendant que la demande initiale d'injonction provisoire était en cours. Le demandeur n'a même pas profité de ce délai pour préparer une réponse écrite à l'endroit du gouverneur en conseil, dans l'éventualité où l'injonction provisoire n'était pas accordée. J'estime que le gouverneur en conseil n'a pas agi de façon inéquitable en refusant d'accorder un délai supplémentaire à la suite de la décision rendue par le juge Joyal.

Conclusion

[97] La présente demande de contrôle judiciaire est rejetée avec dépens.

A-30-97

A-30-97

Philman Abu Raman (*Appellant*)Philman Abu Raman (*appellant*)

v.

c.

Minister of Citizenship and Immigration (*Respondent*)Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (*intimé*)

INDEXED AS: RAMAN v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (C.A.)

RÉPERTORIÉ: RAMAN c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)

Court of Appeal, Linden, Robertson and McDonald J.J.A.—Toronto, June 1 and 4, 1999.

Cour d'appel, juges Linden, Robertson et McDonald, J.C.A.—Toronto, 1^{er} et 4 juin 1999.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Immigration inquiry process — Certified question: does SIO have jurisdiction to reopen hearing which resulted in removal order to allow person to make Convention refugee claim? — Doctrine of functus officio must be more flexible where no right of appeal — Where justice requires, administrative bodies should be able to reopen proceedings, but must be indications in enabling statute decision can be reopened — No such indication herein — Immigration Act, s. 44 stating refugee claims may not be determined if initiated after removal order made — Parliament thereby determining refugee claims must be initiated before removal order made — Refugee claims may not be heard in one specific circumstance: where refugee claim made after removal order — By referring to “appeal” from removal order in Immigration Act, s. 44(1), when no “appeal” actually exists, Parliament intending “appeal” to encompass judicial review — Judicial review appropriate process by which to contest removal order — Any common law right to reopen ousted by s. 44(1).

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Processus d'enquête en matière d'immigration — Question certifiée: l'agent principal a-t-il compétence pour rouvrir l'audience au terme de laquelle une mesure d'exclusion a été prononcée, de façon à permettre à une personne de réclamer la protection du statut de réfugié au sens de la Convention? — Le principe du functus officio doit être plus souple lorsqu'il n'y a pas de droit d'appel — Lorsque la justice l'exige, les organismes administratifs devraient avoir le pouvoir de rouvrir les instances, mais la loi habilitante doit porter à croire qu'une décision peut être rouverte — En l'espèce, rien ne porte à croire que tel est le cas — L'art. 44 de la Loi sur l'immigration dispose que les revendications du statut de réfugié ne peuvent faire l'objet d'une décision si elles sont déposées après qu'une mesure de renvoi a été prise — Le législateur a déterminé que les revendications du statut de réfugié doivent être présentées avant qu'une mesure de renvoi soit prise — Les revendications ne peuvent être entendues dans une situation en particulier, c'est-à-dire lorsque la revendication est présentée après qu'une mesure de renvoi a été prise — En faisant référence à un «appel» interjeté contre une mesure de renvoi, alors qu'en fait aucun «appel» n'est véritablement prévu, le législateur voulait que le mot «appel» utilisé à l'art. 44(1) de la Loi sur l'immigration englobe le contrôle judiciaire — Le contrôle judiciaire est la procédure appropriée pour contester une mesure de renvoi — Tout droit de common law prévoyant la réouverture de l'audience a été éteint par l'application à l'art. 44(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Upon arrival in Canada as visitor, appellant offered, declined to claim Convention refugee status, interpreter — Principles of fundamental justice mandate different procedures in different circumstances — Visitors have no right to enter into or remain in Canada — May be excluded with minimal procedural rights.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — À son arrivée au Canada à titre de visiteur, l'appellant s'est vu offrir la possibilité d'avoir les services d'un interprète et de revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention, mais il a refusé — Les principes de justice fondamentale dictent des procédures différentes selon les circonstances — Les visiteurs n'ont aucun droit d'entrer ou de demeurer au Canada — Ils peuvent en être exclus moyennant le respect de droits procéduraux minimes.

In denying an application for judicial review of a decision by a senior immigration officer (SIO), the Trial Division Judge certified the following question as one of general importance: (1) does an SIO have jurisdiction, either at common law or pursuant to Charter, section 7 and *Constitution Act, 1982*, subsection 52(1) to consider reopening a hearing which resulted in the issuance of a removal order in order for a person to claim protection as a Convention refugee?

During an interview with an immigration officer the appellant indicated that he was from Zimbabwe, although in fact he had come to Canada from Nigeria, and that he would remain in Canada for one week. In response to the immigration officer's questions, the appellant indicated that he did not wish to claim refugee status and that he did not require an interpreter. Upon being informed the following day that he was being excluded from Canada, the appellant advised the SIO that he wished to claim Convention refugee status. He was informed that he was unable to make such a claim at that time since a removal order had already been issued. An SIO subsequently formally advised the appellant that she had no jurisdiction to reopen the hearing, and the appellant was returned to Nigeria.

Held, the appeal should be dismissed.

The doctrine of *functus officio* must be more flexible where there is no right of appeal and, where justice requires, administrative bodies should be able to reopen proceedings. But there must be indications in the enabling statute that a decision can be reopened. There were no such indications herein; in fact there was a contrary indication: *Immigration Act*, subsection 44(1) states that refugee claims may not be determined if they are initiated after a removal order has been made against a person. Parliament thereby determined that refugee claims must be initiated before a removal order is made against a person. It specifically set out that refugee claims may not be heard in one circumstance i.e. where a refugee claim is made after a removal order.

Subsection 44(1) contemplates an "appeal" from a removal order, when in fact no "appeal" is actually available. Parliament must therefore have intended "appeal" to mean judicial review. The appropriate process by which to contest a removal order is to seek judicial review.

With regard to the common law, any right to reopen, which may have existed, was ousted by subsection 44(1).

En rejetant une demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un agent principal, le juge de première instance a certifié la question suivante comme question grave de portée générale: 1) l'agent principal a-t-il compétence, en vertu de la common law ou encore en vertu de l'article 7 de la Charte ou du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, pour examiner la possibilité de rouvrir l'audience au terme de laquelle une mesure d'exclusion a été prononcée, de façon à permettre à une personne de réclamer la protection du statut de réfugié au sens de la Convention?

Au cours d'une entrevue avec un agent d'immigration, l'appelant a déclaré qu'il venait du Zimbabwe, alors qu'en fait il est entré au Canada en provenance du Nigéria, et qu'il demeurerait au Canada pendant une semaine. En réponse aux questions de l'agent d'immigration, l'appelant a indiqué qu'il ne souhaitait pas revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention et qu'il n'avait pas besoin d'un interprète. Le lendemain, une fois informé qu'il allait être renvoyé du Canada, l'appelant a informé l'agent principal qu'il souhaitait revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention. On l'a avisé qu'il était trop tard pour le faire, à cause de la mesure de renvoi qui avait été prise contre lui. Une agente principale a par la suite informé l'appelant qu'elle n'avait pas compétence pour rouvrir son enquête et l'appelant a été renvoyé au Nigéria.

Arrêt: l'appel est rejeté.

Le principe du *functus officio* doit être plus souple lorsqu'il n'y a pas de droit d'appel et, lorsque la justice l'exige, les organismes administratifs devraient avoir le pouvoir de rouvrir les instances. Toutefois, la loi habilitante doit porter à croire qu'une décision peut être rouverte. En l'espèce, rien ne porte à croire que tel est le cas; en fait, il y a une indication à l'effet contraire: le paragraphe 44(1) de la *Loi sur l'immigration* dispose que les revendications du statut de réfugié ne peuvent faire l'objet d'une décision si elles sont déposées après qu'une mesure de renvoi a été prise contre une personne. Le législateur a donc déterminé que la revendication du statut de réfugié doit être présentée avant qu'une mesure de renvoi soit prise contre une personne. Il a expressément indiqué que les revendications du statut de réfugié ne peuvent être entendues dans une circonstance en particulier, c'est-à-dire lorsque la revendication est présentée après qu'une mesure de renvoi a été prise.

Le paragraphe 44(1) parle d'un «appel» interjeté contre une mesure de renvoi, alors qu'en fait aucun «appel» n'est véritablement prévu. Le législateur voulait donc que le mot «appel» englobe le contrôle judiciaire. La procédure appropriée pour contester une mesure de renvoi est de demander le contrôle judiciaire.

Pour ce qui a trait à la common law, tout droit de réouverture qui aurait pu exister a été éteint par le paragraphe 44(1) de la Loi.

The Charter did not require reopening the SIO's decision. The principles of fundamental justice mandate different procedures in different circumstances. A person with no status in Canada who declines both translation and the opportunity to make a refugee claim may be excluded with minimal procedural rights. Such a person is merely a visitor, and visitors have no right to enter into or remain in Canada. Fundamental justice was not denied.

La Charte n'exige pas la réouverture de la décision de l'agente principale. Les principes de justice fondamentale dictent des procédures différentes selon les circonstances. Une personne qui n'a pas de statut au Canada et qui refuse à la fois les services de traduction et la possibilité de revendiquer le statut de réfugié peut être renvoyée du Canada moyennant le respect de droits procéduraux minimaux. Cette personne est un simple visiteur, et les visiteurs n'ont pas le droit d'entrer ou de demeurer au Canada. Il n'y a pas eu manquement aux principes de justice fondamentale.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 44(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 35), 80.1(1) (as enacted *idem*, s. 70), (2) (as enacted *idem*), (3) (as enacted *idem*), (4) (as enacted *idem*), (5) (as enacted *idem*).

Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969, [1980] Can. T.S. No. 37.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

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.

DISTINGUISHED:

Kaur v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1990] 2 F.C. 209; (1989), 64 D.L.R. (4th) 317; 10 Imm. L.R. (2d) 1; 104 N.R. 50 (C.A.); *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652.

REFERRED TO:

Canada (Attorney General) v. Symtron Systems Inc., [1999] 2 F.C. 514; (1999), 236 N.R. 143 (C.A.); *Gwala v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 F.C. 404; (1999), 157 F.T.R. 161 (C.A.); *Bains v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 3 F.C. 487; (1989), 61 D.L.R. (4th) 573; 47 C.R.R. 361; 8 Imm. L.R. (2d) 165 (C.A.).

APPEAL from *Raman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 125 F.T.R. 50; 37 Imm. L.R. (2d) 294 (F.C.T.D.), wherein the Trial Judge certified the question: whether a senior immigration officer has jurisdiction, either at common law,

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.

Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, [1980] R.T. Can. n° 37.

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 44(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 35), 80.1(1) (édicte, *idem*, art. 70), (2) (édicte, *idem*), (3) (édicte, *idem*), (4) (édicte, *idem*), (5) (édicte, *idem*).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

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.

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Kaur c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1990] 2 C.F. 209; (1989), 64 D.L.R. (4th) 317; 10 Imm. L.R. (2d) 1; 104 N.R. 50 (C.A.); *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652.

DÉCISIONS CITÉES:

Canada (Procureur général) c. Symtron Systems Inc., [1999] 2 C.F. 514; (1999), 236 N.R. 143 (C.A.); *Gwala c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 C.F. 404; (1999), 157 F.T.R. 161 (C.A.); *Bains c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 3 C.F. 487; (1989), 61 D.L.R. (4th) 573; 47 C.R.R. 361; 8 Imm. L.R. (2d) 165 (C.A.).

APPEL de la décision *Raman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 125 F.T.R. 50; 37 Imm. L.R. (2d) 294 (C.F. 1^{re} inst.), dans laquelle le juge de première instance a certifié la question suivante: l'agent principal a-t-il compétence,

or pursuant to the Charter, section 7 and *Constitution Act, 1982*, subsection 52(1) to reopen a hearing which resulted in a removal order, in order to allow a person to claim Convention refugee status. Appeal dismissed, and the question was answered in the negative.

en vertu de la common law ou encore en vertu de l'article 7 de la Charte ou du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, pour examiner la possibilité de rouvrir l'audience au terme de laquelle une mesure d'exclusion a été prononcée, de façon à permettre à une personne de réclamer la protection du statut de réfugié au sens de la Convention. L'appel est rejeté, et une réponse négative est donnée à la question.

APPEARANCES:

Barbara L. Jackman and Kevin J. MacTavish for appellant.
Lori Hendriks and Martin Anderson for respondent.

ONT COMPARU:

Barbara L. Jackman et Kevin J. MacTavish pour l'appellant.
Lori Hendriks et Martin Anderson pour l'intimé.

SOLICITORS OF RECORD:

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

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Jackman, Waldman & Associates, Toronto, pour l'appellant.
Le sous-procureur général du Canada, pour l'intimé.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

[1] LINDEN J.A.: The certified questions in this case raise the issue of what jurisdiction a senior immigration officer has to reopen a hearing which resulted in the issuance of a removal order against a person who, having earlier declined the opportunity to claim refugee status, now wishes to claim protection as a Convention refugee.

[1] LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Les questions certifiées en l'espèce ont pour but de déterminer si un agent d'immigration principal a compétence pour rouvrir une audience à l'issue de laquelle une mesure de renvoi a été prise contre une personne qui, ayant déjà décliné la possibilité de revendiquer le statut de réfugié, souhaite maintenant réclamer la protection du statut de réfugié au sens de la Convention.

[2] The facts in this case are relatively simple to restate. The appellant came to Canada from Nigeria on June 12, 1995 and was examined by an immigration officer. During that interview the appellant informed the immigration officer that he was visiting Canada from Zimbabwe and would remain in Canada for one week. The appellant's answers to subsequent questions, as well as his plainly falsified Zimbabwean passport, caused the immigration officer to be suspicious of the appellant's story. The appellant was asked if he wished to claim refugee status, to which he replied "no". He was asked if he needed an inter-

[2] Les faits de la présente instance sont relativement simples à relater. L'appellant est entré au Canada en provenance du Nigéria le 12 juin 1995 et a été interrogé par un agent d'immigration. Au cours de cette entrevue, l'appellant a informé l'agent qu'il était venu du Zimbabwe pour visiter le Canada pendant une semaine. Les réponses de l'appellant aux questions subséquentes, de même que son passeport du Zimbabwe manifestement falsifié, ont suscité le doute dans l'esprit de l'agent d'immigration quant à la véracité de son récit. L'agent lui a donc demandé s'il souhaitait revendiquer le statut de réfugié, question à

preter, to which he replied "no". There is no indication that the officer asked the appellant if he wished to consult counsel.

[3] On June 13, 1995, the appellant was brought before the senior immigration officer and was informed that he was being excluded from Canada. The file notes indicate that, at the point when the exclusion order was being drawn up, the senior immigration officer met with the appellant and advised him that he was being excluded from Canada. The appellant was advised of his rights under the Vienna Convention [*Vienna Convention on the Law of Treaties*, May 23, 1969, [1980] Can. T.S. No. 37]. At that time, the appellant stated his real name, that he had travelled to Canada on a false passport, that he was from Nigeria, and that he was a flight lieutenant in the Nigerian Air Force. He has since changed his story twice more in statements supporting his claim to Convention refugee status. When advised that he was being removed from Canada, the appellant advised the senior immigration officer that he wished to claim Convention refugee status. He was informed that, since a removal order had been drawn up, he would be unable to make such a claim at that time.

[4] By letter dated June 26, 1995, appellant's counsel sought a reopening of the appellant's hearing before the senior immigration officer. Counsel indicated that the appellant had been misadvised regarding when to claim refugee status, and gave details of the appellant's refugee claim.

[5] On June 30, 1995, a senior immigration officer advised the appellant that she had no jurisdiction to reopen the appellant's inquiry. We were told that the appellant was then returned to Nigeria, where he spent over one year, and that he is currently in Saint Lucia.

[6] The appellant sought judicial review of the senior immigration officer's decision, which review was subsequently dismissed by the Trial Division of this Court.¹ The Trial Judge certified three questions of general importance to this Court. These questions are

laquelle l'appelant a répondu par la négative. Il lui a aussi demandé s'il avait besoin d'un interprète, et de nouveau il a répondu par la négative. Rien n'indique que l'agent a demandé à l'appelant s'il souhaitait consulter un avocat.

[3] Le 13 juin 1995, l'appelant a été convoqué en entrevue par l'agent principal qui l'a informé qu'il était exclu du Canada. Les notes au dossier indiquent que, pendant que la mesure d'exclusion était rédigée, l'agent principal a rencontré l'appelant et l'a informé qu'il allait être renvoyé du Canada. L'appelant a été informé de ses droits en vertu de la Convention de Vienne [*Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, [1980] R.T. Can. n° 37]. C'est à ce moment qu'il a décliné sa véritable identité et déclaré qu'il était entré au Canada muni d'un faux passeport, qu'il était originaire du Nigéria, et qu'il était capitaine d'aviation dans l'Armée de l'air nigériane. Il a depuis modifié son récit deux fois dans ses déclarations appuyant sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention. Quand il a été informé qu'il allait être renvoyé du Canada, l'appelant a dit à l'agent principal qu'il souhaitait revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention. On l'a avisé qu'il était trop tard pour le faire, à cause de la mesure de renvoi qui avait été prise contre lui.

[4] Dans une lettre en date du 26 juin 1995, son avocat a demandé la réouverture de l'audience devant l'agent principal. Il indiquait que l'appelant avait été mal conseillé concernant la période au cours de laquelle il pouvait revendiquer le statut de réfugié et donnait des détails sur la revendication de l'appelant.

[5] Le 30 juin 1995, une agente principale a informé l'appelant qu'elle n'avait pas compétence pour rouvrir son enquête. On nous a informé que l'appelant avait ensuite été renvoyé au Nigéria, où il a passé plus d'un an et qu'il se trouve actuellement à Sainte-Lucie.

[6] L'appelant a demandé le contrôle judiciaire de la décision de l'agente principale, contrôle qui a été rejeté par la Section de première instance de la présente Cour¹. Le juge de première instance a certifié trois questions graves de portée générale pouvant être

as follows [at page 56]:

1. Does a senior immigration officer have jurisdiction, either at common law or pursuant to s. 7 of the **Charter of Rights and Freedoms** and section 52(1) of the **Constitution Act, 1982**, to consider reopening a hearing which resulted in the issuance of a removal order in order for a person to claim protection as a Convention refugee?

2. If a senior immigration officer does have jurisdiction to reopen is this jurisdiction limited to instances where there has been a breach of natural justice in respect of the original decision?

3. If it is so limited, was there a breach of natural justice or the principles of fundamental justice in the failure of the senior immigration officer to advise the applicant of a right to counsel prior to conclusion of the hearing before the senior immigration officer which resulted in the issuance of a removal order?

[7] The appellant raised a fourth 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]] question regarding the constitutionality of subsection 44(1) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 35)] by way of a subsequent motion requesting permission to file a supplementary memorandum of argument, but the appellant's counsel chose not to argue that question before this Court.

[8] I am of the view that the appeal must be dismissed.

[9] As for the first question, the appellant's counsel rightly points out that the doctrine of *functus officio* must be more flexible where there is no right of appeal, and that, where justice requires, administrative bodies should be able to reopen proceedings. Indeed, this Court has recently restated and followed this principle.² However, Justice Sopinka warned in *Chandler v. Alberta Association of Architects*, that there must be "indications in the enabling statute that a decision can be reopened."³ In this case there are no such indications; in fact there is a contrary indication.

portées à l'attention de la présente Cour. Ces questions sont les suivantes [à la page 56]:

1. L'agent principal a-t-il compétence, en vertu de la common law ou encore en vertu de l'article 7 de la **Charte canadienne des droits et libertés** ou du paragraphe 52(1) de la **Loi constitutionnelle de 1982**, pour examiner la possibilité de rouvrir l'audience au terme de laquelle une mesure d'exclusion a été prononcée, de façon à permettre à une personne de réclamer la protection du statut de réfugié au sens de la Convention?

2. Si l'agent principal a compétence pour rouvrir l'audience, cette compétence est-elle restreinte aux instances où la décision initiale est entachée d'un manquement aux règles de justice naturelle?

3. Le cas échéant, l'agent principal a-t-il violé les règles de justice naturelle ou les principes de justice fondamentale lorsqu'il a omis d'informer le requérant, avant la fin de l'audience qu'il présidait et au terme de laquelle une mesure d'exclusion a été prononcée, de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat?

[7] L'appelant a soulevé une quatrième question fondée sur 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]] concernant la constitutionnalité du paragraphe 44(1) de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 35)] en déposant ultérieurement une requête demandant l'autorisation de déposer des plaidoiries supplémentaires, mais son avocat a choisi de ne pas débattre de cette question devant la présente Cour.

[8] Je suis d'avis de rejeter l'appel.

[9] Pour ce qui concerne la première question, l'avocat de l'appelant signale à bon droit que le principe du *functus officio* doit être plus souple lorsqu'il n'y a pas de droit d'appel et que, lorsque la justice l'exige, les organismes administratifs devraient avoir le pouvoir de rouvrir les instances. En fait, la présente Cour a récemment réaffirmé et suivi ce principe². Toutefois, le juge Sopinka a fait la mise en garde suivante dans l'arrêt *Chandler c. Alberta Association of Architects*: «la loi habilitante [doit porter] à croire qu'une décision peut être rouverte»³. En l'espè-

Subsection 44(1) of the *Immigration Act*, states that refugee claims may not be determined if they are initiated after a removal order has been made against a person. Subsection 44(1) reads as follows:

44. (1) Any person who is in Canada, other than a person against whom a removal order has been made but not executed, unless an appeal from that order has been allowed, and who claims to be a Convention refugee may seek a determination of the claim by notifying an immigration officer.

The Trial Judge considered this section and reasoned that [at pages 55-56]:

In my view, s. 44(1) of the Act clearly precludes the SIO from reopening a decision to exclude. Once that decision is made a refugee may not seek a determination of a refugee claim unless an appeal from that order has been allowed. The decisions relied upon by the applicant are distinguishable in the sense that they were not made in the context of a SIO acting under s. 44(1) of the Act. [Emphasis added.]

I agree with this reasoning. Parliament has determined that refugee claims must be initiated before a removal order is made against a person. Parliament has specifically set out that refugee claims may not be heard in one circumstance, i.e., where a refugee claim is made after a removal order. Parliament's purpose in enacting this subsection was clearly to prevent people, after being excluded from Canada on the basis of an initial story, from changing their story to claim refugee status. If this Court were to allow removal orders to be reopened in order to permit consideration of these claims, then the subsection would be rendered marcescent.

[10] I am also of the view that Parliament, in enacting subsection 44(1), contemplated judicial review of removal orders. It is noteworthy that subsection 44(1) of the Act contemplates an "appeal" from a removal order, when in fact no "appeal" is actually

ce, rien ne porte à croire que tel est le cas; en fait, il y a une indication à l'effet contraire. Le paragraphe 44(1) de la *Loi sur l'immigration* dispose que les revendications du statut de réfugié ne peuvent faire l'objet d'une décision si elles sont déposées après qu'une mesure de renvoi a été prise contre une personne. Le paragraphe 44(1) est rédigé dans les termes suivants:

44. (1) Toute personne se trouvant au Canada peut revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention en avisant en ce sens un agent d'immigration, à condition de ne pas être frappée d'une mesure de renvoi qui n'a pas été exécutée, à moins que la mesure n'ait été annulée en appel.

Le juge de première instance a examiné cet article et a exprimé le raisonnement suivant [aux pages 55 et 56]:

À mon avis, l'art. 44(1) de la Loi empêche manifestement l'AP de rouvrir une décision visant l'exclusion de l'intéressé. Une fois cette décision rendue, le réfugié ne peut tenter d'obtenir la reconnaissance du statut de réfugié à moins que la mesure n'ait été annulée en appel. Les décisions qu'invoque le requérant se distinguent de la présente espèce en ce sens qu'elles n'émanaient pas d'un AP agissant sous le régime de l'art. 44(1) de la Loi. [Non souligné dans l'original.]

Je souscris à ce raisonnement. Le législateur a déterminé que les revendications du statut de réfugié doivent être présentées avant qu'une mesure de renvoi soit prise contre une personne. Il a expressément indiqué que les revendications du statut de réfugié ne peuvent être entendues dans une situation en particulier, c'est-à-dire lorsque la revendication est présentée après qu'une mesure de renvoi a été prise. En adoptant ce paragraphe, le législateur avait manifestement l'intention d'empêcher certaines personnes, ayant été exclues du Canada sur la base d'un premier récit, de revendiquer le statut de réfugié en modifiant ce récit. Si la présente Cour autorisait la réouverture de mesures de renvoi afin de permettre l'examen de ces revendications, ce paragraphe perdrait tout son effet.

[10] Je suis également d'avis que le législateur, en adoptant le paragraphe 44(1), avait l'intention de permettre le contrôle judiciaire des mesures de renvoi. Il convient de noter que le paragraphe 44(1) de la Loi parle d'un «appel» interjeté contre une mesure de

available. In my view, Parliament intended the word “appeal” used in subsection 44(1) to encompass judicial review. It follows from this that the appropriate process by which to contest a removal order is not to seek a reopening but to seek judicial review in the Trial Division of this Court.

[11] I would briefly mention one of the arguments made by counsel for the appellant in favour of limiting subsection 44(1). Counsel argues, based on the language of subsection 44(1), that there is no “claim” for refugee status being made here, only an attempt to reopen a determination made by the senior immigration officer. I am not persuaded. As the certified question notes, the purpose for which a reopening is sought is to eventually allow the appellant to make a claim for Convention refugee status. In my view, subsection 44(1) is not open to the interpretation contended for by appellant’s counsel.

[12] The first certified question also asks whether the common law or the Charter gives jurisdiction to consider reopening the decision of the senior immigration officer. In my view, neither the common law nor the Charter assist the appellant. With regard to the common law, any right to reopen, which may have existed, was ousted by subsection 44(1) of the Act.

[13] While the application of the Charter to a decision of the senior immigration officer is more complex, it is my view that the Charter does not require the reopening of this decision. The effect of the principles of the Charter on decision-makers varies according to the circumstances under which they arise. In this case, a non-citizen has presented himself for entry into Canada. He was offered, and has declined, translation. He was offered, and declined, the opportunity to make a Convention refugee claim. Fundamental justice cannot be said to have been denied in this situation.

[14] Counsel for the appellant cites the *Kaur*⁴ case in support of an argument that section 7 of the Charter

renvoi, alors qu’en fait aucun «appel» n’est véritablement prévu. À mon avis, le législateur voulait que le mot «appel» utilisé au paragraphe 44(1) englobe le contrôle judiciaire. Il s’ensuit que la procédure appropriée pour contester une mesure de renvoi n’est pas d’en demander la réouverture, mais plutôt le contrôle judiciaire devant la Section de première instance de la présente Cour.

[11] Je tiens à mentionner brièvement l’un des arguments soulevés par l’avocat de l’appelant en faveur d’une interprétation restrictive du paragraphe 44(1). L’avocat prétend, en s’appuyant sur le libellé du paragraphe 44(1), qu’en l’espèce il n’y a pas de «revendication» du statut de réfugié, mais simplement une tentative de rouvrir une décision prise par l’agente principale. Je n’en suis pas convaincu. Comme l’indique la question certifiée, la réouverture est demandée dans le but de permettre à l’appelant de revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention. À mon avis, le paragraphe 44(1) ne peut être interprété de la manière proposée par l’avocat de l’appelant.

[12] La première question certifiée demande également si la common law ou la Charte donne à un agent principal compétence pour examiner la possibilité de rouvrir une décision qu’il a prise. À mon avis, ni la common law ni la Charte n’aide l’appelant. Pour ce qui a trait à la common law, tout droit de réouverture qui aurait pu exister a été éteint par l’application du paragraphe 44(1) de la Loi.

[13] Bien que l’application de la Charte à une décision de l’agente principale soit plus complexe, je suis d’avis que la Charte n’exige pas la réouverture de cette décision. Les principes enchâssés dans la Charte ont sur les décideurs un effet différent selon les circonstances dans lesquelles ils sont invoqués. En l’espèce, un non-citoyen a demandé à être admis au Canada. On lui a offert des services de traduction qu’il a refusés. On lui a offert la possibilité de revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention, qu’il a refusée. On ne peut dire qu’il y a eu en l’espèce manquement au principe de justice fondamentale.

[14] L’avocat de l’appelant cite l’arrêt *Kaur*⁴ à l’appui d’un argument selon lequel l’article 7 de la

operates to allow the jurisdiction to reopen this decision. I do not think that *Kaur*, which deals with the powers of an immigration adjudicator, is applicable to this context. There are three reasons for this. First, immigration adjudicators have wide-ranging powers under the Act, which are not possessed by senior immigration officers, including "sole and exclusive jurisdiction to hear and determine all questions of law and fact, including questions of jurisdiction" that arise in proceedings before them.⁵ In contrast, senior immigration officers have no jurisdiction to answer legal or constitutional questions⁶ and are expressly deprived by the Act of jurisdiction to reopen a decision to remove a person from Canada. In this case, the appellant seeks to have the senior immigration officer reconsider the decision on the ground that certain legal rights, such as the denial of natural justice, warrant vacating that decision in order to allow the appellant to make a claim for Convention refugee status. This is precisely the kind of legal consideration which is not open to the senior immigration officer. Rehearing and reconsideration by senior immigration officers may only be ordered by courts pursuant to judicial review. Second, both the majority and the concurring decisions in the *Kaur* case focus on the applicant's duress during the inquiry, in a context where there was a specific power to reopen. The record in this case shows no duress and no power to reopen on the part of Mr. Raman. Finally, the Court in *Kaur* held that the applicant was "effectively deprived of the ability to make a free, informed and independent decision respecting a claim to refugee status".⁷ In this case there is nothing on the record to show that the appellant was constrained from making a free and independent decision regarding a possible claim to refugee status. While it has been argued that the appellant was misinformed regarding the best time to make a refugee claim, I do not see how this can relieve him of his obligation to be truthful when presenting himself at our border for entry. A senior immigration officer is under no obligation to second-guess the representations of people who decline the opportunity to make a refugee claim.

Charte opère de façon à conférer la compétence de rouvrir cette décision. Je ne crois pas que l'arrêt *Kaur*, qui traite des pouvoirs d'un arbitre en matière d'immigration, soit applicable dans le contexte de l'espèce. Il y a trois raisons à cela. Tout d'abord, la loi confère aux arbitres en matière d'immigration des pouvoirs très étendus, que ne possèdent pas les agents d'immigration principaux, notamment la «compétence exclusive pour connaître et décider des questions de droit et de fait, y compris les questions de compétence» qui sont soulevées dans les procédures instruites devant eux⁵. Par contraste, les agents d'immigration principaux n'ont pas compétence pour répondre à des questions juridiques ou constitutionnelles⁶ et la Loi dispose expressément qu'ils n'ont pas compétence pour rouvrir une décision de renvoyer une personne du Canada. En l'espèce, l'appelant demande que l'agent principale réexamine la décision au motif que certains droits juridiques, comme le déni de justice naturelle, justifient d'infirmer cette décision afin de l'autoriser à revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention. C'est précisément le genre de considération juridique qui échappe à la compétence d'un agent d'immigration. Les agents principaux ne peuvent réentendre et réexaminer une décision que si la Cour le leur ordonne par suite d'un contrôle judiciaire. Deuxièmement, dans l'affaire *Kaur*, le jugement majoritaire et les décisions concordantes mettent l'accent sur la contrainte qui a été exercée sur la requérante au cours de l'enquête, dans un contexte où un pouvoir de réouverture était expressément prévu. En l'espèce, le dossier ne révèle aucune contrainte et aucun pouvoir de réouverture de la part de M. Raman. Finalement, dans l'arrêt *Kaur*, la Cour a statué que la requérante avait été «effectivement privée de la possibilité de prendre une décision libre et éclairée relativement à la revendication de statut de réfugiée»⁷. En l'espèce, le dossier n'indique pas qu'on a exercé une contrainte sur l'appelant, l'empêchant ainsi de prendre une décision libre et indépendante concernant la possibilité de revendiquer le statut de réfugié. Bien que l'on puisse soutenir que l'appelant a été mal informé concernant le moment le plus approprié pour revendiquer le statut de réfugié, je ne vois pas comment cela peut le décharger de son obligation de dire la vérité quand il se présente à la frontière d'un pays. Un agent principal n'a aucunement l'obligation de

[15] As stated above, the demands of the principles of section 7 of the Charter under these circumstances are limited. Just how limited was elucidated by the Supreme Court in the recent case of *R. v. Monney*.⁸ In that case, the respondent Monney arrived at Pearson International Airport and presented himself to customs officials, who became suspicious of the respondent's story and detained him until he consented to give a urine sample, at which point it was revealed that he had ingested heroin which he was smuggling into Canada. The Supreme Court unanimously and unequivocally noted the lower standards of Charter scrutiny which exist in border examinations.⁹ Further, Iacobucci J. expressly rejected the argument that section 7 of the Charter was impugned in that case, despite the fact that Mr. Monney was in some medical danger (having ingested 84 pellets of heroin). He wrote that [at pages 685-686]:

The respondent contends that the actions of the customs officers placed his life at risk in a manner contrary to his guaranteed constitutional rights under s. 7 of the *Charter* by failing to ensure that his detention was conducted at all times under medical supervision. The Court held in *Singh v. Minister of Employment and Immigration* . . . that state action which has the likely effect of impairing a person's health engages the fundamental right under s. 7 to security of the person. What the respondent is seeking in this appeal, however, is to extend this constitutional guarantee to include an obligation by the state to provide medical supervision in response to the risk to the respondent's health which in these circumstances was self-induced, notwithstanding that the respondent himself refused the offer of medical attention.

As Weiler J.A. noted, although the respondent was deprived of his physical liberty during his period of detention, he was not deprived of the liberty to make his own decisions concerning his health, regardless of whether he made a decision which was contrary to his own best interests. The customs officers specifically inquired as to the respondent's well-being and made it clear to the respondent that unconditional medical assistance was available at any time. While it might have been preferable for the customs officers to have followed the official customs policy, as indicated in the testimony of the expert, they took reason-

reconsidérer les déclarations de personnes qui refusent de se prévaloir de la possibilité de revendiquer le statut de réfugié.

[15] Comme je l'ai déjà dit, les exigences des principes prévus à l'article 7 de la Charte dans les circonstances sont limitées. La Cour suprême du Canada a d'ailleurs précisé quelles étaient ces limites dans l'arrêt *R. c. Monney*.⁸ Dans cette affaire, à son arrivée à l'Aéroport international Pearson, l'intimé Monney s'était présenté aux agents des douanes, qui ont eu des doutes sur la véracité de son récit et qui l'ont détenu jusqu'à ce qu'il consente à donner un échantillon d'urine, qui a révélé qu'il avait ingéré de l'héroïne pour la faire entrer clandestinement au Canada. La Cour suprême a unanimement et sans équivoque noté les normes très peu élevées que la Charte impose dans les cas des fouilles à la frontière.⁹ En outre, le juge Iacobucci a expressément rejeté l'argument selon lequel l'article 7 de la Charte était contesté dans ce cas, malgré le fait que M. Monney courait un certain risque médical (après avoir ingéré 84 boulettes d'héroïne). Il écrit ceci [aux pages 685 et 686]:

L'intimé prétend que, en négligeant de faire en sorte qu'il soit détenu sous surveillance médicale constante, les agents des douanes ont mis sa vie en danger dans des conditions incompatibles avec les droits constitutionnels que lui garantit l'art. 7 de la *Charte*. Dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, notre Cour a statué que les actes de l'État qui auront probablement pour effet de détériorer la santé d'une personne entraînent l'application du droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7. Toutefois, dans le présent pourvoi, l'intimé prétend que cette garantie constitutionnelle comportait l'obligation pour l'État de le mettre sous surveillance médicale en raison des risques qu'il avait lui-même créés pour sa santé, et ce malgré le fait qu'il avait lui-même refusé les soins médicaux qu'on lui offrait.

Comme l'a souligné le juge Weiler, bien que l'intimé ait été privé de sa liberté durant la période de détention, il n'a pas été privé de la liberté de prendre ses propres décisions à l'égard de sa santé, que ces décisions aient été dans son intérêt ou non. Les agents des douanes lui ont expressément demandé s'il se sentait bien et lui ont indiqué clairement qu'il pouvait obtenir de l'aide médicale en tout temps et sans conditions. Bien qu'il eût été préférable que les agents des douanes suivent la politique officielle des douanes, comme l'a indiqué l'expert dans son témoignage, ils ont pris des mesures raisonnables pour veiller à la sécurité de

able steps to ensure the respondent's physical safety by monitoring his condition and specifically offering him access to medical care. Constitutional protection of life and security of the person pursuant to s. 7 of the *Charter* does not extend to providing access to medical supervision during a passive "bedpan vigil" over and above the rejection of medical attention by the suspect being detained. [Citation omitted, emphasis added.]

[16] In the case at bar, the appellant was asked if he wished to make a claim for Convention refugee status, which opportunity he declined. If the refusal of medical attention is sufficient to relieve customs officials of the obligation to protect a person, then the conscious, voluntary refusal to make a Convention refugee claim must be sufficient to relieve the senior immigration officer of further constitutional duties. It is trite law that the principles of fundamental justice mandate different procedures in different circumstances. Where a person with no status in Canada declines both translation and the opportunity to make a refugee claim, they may be excluded with minimal procedural rights. Such a person is a mere visitor, and it is the fundamental principle of immigration law that visitors have no right to enter into or remain in Canada. Any person, who is not a citizen of Canada however, does have a right to make a claim for Convention refugee status. If a person properly makes such a claim at the appropriate time, the *Charter* offers significant procedural protections, but such a claim has not been made in this case.

[17] I would, therefore, answer the first question in the negative. Because the first question is answered in the negative, there is no need to address the second and third certified questions. This appeal should be dismissed.

ROBERTSON J.A.: I agree.

MCDONALD J.A.: I agree.

l'intimé en surveillant son état et en lui offrant expressément l'accès à des soins médicaux. La protection constitutionnelle du droit à la vie et à la sécurité de la personne prévu par l'art. 7 de la *Charte* n'oblige pas à assurer la surveillance médicale d'un suspect en détention durant une «veille au haricot» passive, lorsque ce dernier refuse l'aide médicale qui lui est offerte [Citation omise, soulignement ajouté.]

[16] En l'espèce, on a demandé à l'appelant s'il souhaitait revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention, et il a décliné cette offre. Si le refus d'attention médicale est suffisant pour relever les agents des douanes de l'obligation de protéger une personne, alors le refus conscient et volontaire de revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention doit être suffisant pour décharger l'agent principal de ses obligations au niveau constitutionnel. Il est de droit constant que les principes de justice fondamentale dictent des procédures différentes selon les circonstances. Lorsqu'une personne qui n'a pas de statut au Canada refuse à la fois les services de traduction et la possibilité de revendiquer le statut de réfugié, elle peut être renvoyée du Canada moyennant le respect de droits procéduraux minimales. Cette personne est un simple visiteur, et il existe un principe fondamental en droit de l'immigration selon lequel les visiteurs n'ont pas le droit d'entrer ou de demeurer au Canada. Toute personne autre qu'un citoyen canadien, toutefois, doit avoir le droit de revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention. Si une personne revendique à bon droit un tel statut au moment opportun, la *Charte* lui offre des protections procédurales importantes, mais, en l'espèce, cette revendication n'a pas été faite.

[17] Par conséquent, je suis d'avis de répondre à la première question par la négative. Comme c'est le cas, il n'est pas nécessaire de se pencher sur les deuxième et troisième questions certifiées. Je suis donc d'avis de rejeter l'appel.

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

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

¹ The Trial Division's reasons are reported at (1996), 125 F.T.R. 50 (F.C.T.D.).

¹ Les motifs de la Section de première instance sont publiés à (1996), 125 F.T.R. 50, (C.F. 1^{re} inst.).

² *Canada (Attorney General) v. Symtron Systems Inc.*, [1999] 2 F.C. 514 (C.A.), at paras. 56-58, pp. 536-537.

³ [1989] 2 S.C.R. 848, at p. 862.

⁴ *Kaur v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 209 (C.A.). See also *Bains v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 3 F.C. 487 (C.A.) I.A.B., time limit problem.

⁵ *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 80.1(1) [as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 70]. See also ss. 80.1(2) [as enacted *idem*], 80.1(3) [as enacted *idem*], 80.1(4) [as enacted *idem*] and 80.1(5) [as enacted *idem*].

⁶ *Gwala v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 3 F.C. 404 (C.A.).

⁷ *Kaur*, *supra*, note 4, at p. 218.

⁸ [1999] 1 S.C.R. 652.

⁹ *Id.*, paras. 34, 36, and 38, pp. 673-675.

² *Canada (Procureur général) c. Symtron Systems Inc.*, [1999] 2 C.F. 514 (C.A.), aux par. 56 à 58, p. 536 et 537.

³ [1989] 2 R.C.S. 848, à la p. 862.

⁴ *Kaur c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 C.F. 209 (C.A.). Voir également *Bains c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 3 C.F. 487 (C.A.), C.A.I., où il était question de délai.

⁵ *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 80.1(1) [édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 70]. Voir également art. 80.1(2) [édicte, *idem*], 80.1(3) [édicte, *idem*], 80.1(4) [édicte, *idem*], et 80.1(5) [édicte, *idem*].

⁶ *Gwala c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 3 C.F. 404 (C.A.).

⁷ *Kaur*, précité, note 4, à la p. 218.

⁸ [1999] 1 R.C.S. 652.

⁹ *Id.*, aux par. 34, 36 et 38, p. 673 à 675.

IMM-2755-99

IMM-2755-99

Ali Mohamed Ziyadah (*Applicant*)**Ali Mohamed Ziyadah** (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)**La ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**
(*défenderesse*)**INDEXED AS: ZIYADAH v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: ZIYADAH c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)**

Trial Division, Pelletier J.—Ottawa, June 7 and 8, 1999.

Section de première instance, juge Pelletier—Ottawa, 7 et 8 juin 1999.

Judges and Courts — Application for stay of removal order pending disposition of applications for leave to apply for judicial review, for judicial review, including application for extension of time within which to bring application — In Sholev v. Canada (M.E.I.), MacKay J. finding statutory stay applied when application for leave to apply for judicial review of CRDD decision rejecting refugee claim made out of time, and after making of removal order — Relied upon discretionary power in Immigration Act, s. 82.1(5) allowing judge for special reasons to extend time for making application for leave, judicial review — Notwithstanding question certified for appeal, no appeal taken because of view appeal barred by s. 82.2, prohibiting appeal from F.C.T.D. judgment on application for leave to commence application for judicial review — Minister arguing Sholev should be disagreed with as wrongly decided — Independence of judiciary, necessity for certainty in law competing interests to be reconciled by thoughtful application of stare decisis doctrine — Decision of judge of co-ordinate Court should be given considerable weight unless cogent reasons to depart therefrom, particularly when no possibility of appeal to resolve uncertainty — Such reasons including: validity of impugned judgment affected by subsequent decisions; some binding authority in case law or relevant statute ignored; judgment unconsidered — As Sholev not ignoring any relevant authority, statutory provision, reasoning adopted, notwithstanding some support for argument wrongly decided.

Juges et tribunaux — Requête en sursis à l'exécution d'une ordonnance de renvoi en attendant l'issue de la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire, avec demande de prorogation du délai de dépôt — Dans Sholev c. Canada (M.E.I.), le juge MacKay a conclu que le sursis prévu par la loi s'appliquait dans ce cas où la demande d'autorisation d'agir en contrôle judiciaire contre la décision défavorable de la section du statut était faite après l'expiration des délais et où l'ordonnance de renvoi avait été prise — Cette conclusion était fondée sur le pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 82.1(5) de la Loi sur l'immigration, selon lequel tout juge peut, pour des raisons spéciales, proroger le délai de demande d'autorisation d'agir en contrôle judiciaire — Bien qu'une question eût été certifiée aux fins d'appel, l'affaire n'a pas été portée en appel par suite de la croyance qu'un appel serait irrecevable par application de l'art. 82.2, qui exclut l'appel contre les décisions de la Section de première instance en matière de demandes d'autorisation d'agir en contrôle judiciaire — La ministre soutient qu'il faut écarter la décision Sholev qui était mal jugée — L'indépendance du juge et l'impératif de certitude dans les règles de droit sont deux impératifs contradictoires qu'il faut réconcilier par l'application réfléchie de la doctrine stare decisis — Toute décision d'une juridiction de même rang doit être respectée à moins qu'il n'y ait des raisons impérieuses de ne pas le faire — Par exemple, des décisions subséquentes ont remis en question la validité du jugement en question; la force obligatoire de la jurisprudence ou de la loi applicable n'a pas été prise en considération; le jugement était rendu sans délibéré — Puisque la décision Sholev n'a pas été rendue au mépris de la jurisprudence ou de la loi applicable, le raisonnement en est adopté, bien que l'argument qu'elle est mal jugée ne soit pas tout à fait sans fondement.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Immigration inquiry process — Application for stay of removal order pending disposition of application for leave to apply for judicial review, for judicial review, including application for extension of time within which to bring application — Immigration Act, s. 49(1)(c)(i) staying execution of removal order where person, found not to be

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Processus d'enquête en matière d'immigration — Requête en sursis à l'exécution d'une ordonnance de renvoi en attendant l'issue de la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire, avec demande de prorogation du délai de dépôt — L'art. 49(1)(c)(i) de la Loi sur l'immigration prévoit le sursis à l'exécution de l'ordonnance de renvoi jusqu'au

Convention refugee, filing application for leave to commence judicial review, or where time normally limited for filing application for leave elapsed, and where leave granted, until judicial review proceeding heard, disposed of — In Sholev v. Canada (M.E.I.), F.C.T.D. finding statutory stay applied when application for leave to apply for judicial review of CRDD decision rejecting refugee claim made out of time, and after making of removal order — Relied upon discretionary power in s. 82.1(5) allowing judge for special reasons to extend time for making application for leave, judicial review — S. 82.2 prohibiting any appeal from F.C.T.D. judgment on application for leave to commence application for judicial review — Application dismissed on ground removal order stayed by s. 49(1)(c)(i) — Support for argument Sholev wrongly decided as s. 49(1)(c)(i) speaking of “time normally limited” — S. 82.1(5) arising from special circumstances, different from time normally limited — But Sholev applied in interest of rationality, consistency in law, as not ignoring relevant authority, statutory provision, no possibility of appeal to resolve conflicting opinions — Questions certified: does s. 82.2 preclude appeal of serious question of law of general importance arising from interlocutory proceedings in course of application for leave, judicial review; where s. 82.1 application filed out of time, does s. 49(1)(c)(i) apply to preclude execution of removal order pending disposition of application by Court?

This was an application for a stay of a removal order pending disposition of outstanding applications. A conditional removal order had been made against the applicant when his temporary visa expired and pending disposition of his application for refugee status. The applicant was denied Convention refugee status and was late in applying for leave to apply for judicial review when he was told to report for deportation. He immediately applied for leave to apply for judicial review, and for judicial review, which included an application for an extension of time within which to bring the application.

Immigration Act, subparagraph 49(1)(c)(i) stays the execution of a removal order where a person who has been determined by the Refugee Division not to be a Convention refugee files an application for leave to commence a judicial review proceeding, or where the time normally limited for filing an application for leave has elapsed and where leave is granted, until the judicial review proceeding has been heard and disposed of. In *Sholev v. Canada (Minister of*

jugement sur la demande d'autorisation ou la demande de contrôle judiciaire, ou jusqu'à l'expiration du délai normal de demande d'autorisation, dans le cas où l'intéressé, qui s'est vu refuser le statut de réfugié au sens de la Convention par la section du statut, demande l'autorisation d'agir en contrôle judiciaire — Dans Sholev c. Canada (M.E.I.), la Section de première instance a conclu que le sursis prévu par la loi s'appliquait dans ce cas où la demande d'autorisation d'agir en contrôle judiciaire contre la décision défavorable de la section du statut était faite après l'expiration des délais et où l'ordonnance de renvoi avait été prise — Cette conclusion était fondée sur le pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 82.1(5), selon lequel tout juge peut, pour des raisons spéciales, proroger le délai de demande d'autorisation d'agir en contrôle judiciaire — L'art. 82.2 exclut l'appel contre les décisions de la Section de première instance en matière de demandes d'autorisation d'agir en contrôle judiciaire — Recours rejeté par ce motif que l'ordonnance de renvoi était déjà suspendue par l'effet de l'art. 49(1)(c)(i) — L'argument que la décision Sholev était mal jugée se fonde sur l'art. 49(1)(c)(i), où il est question du «délai normal» — La prorogation de délai prévue à l'art. 82.1(5) s'applique aux circonstances extraordinaires, dérogeant au délai normal — La décision Sholev est cependant appliquée au nom de la rationalité et de l'uniformité dans l'interprétation et l'application des règles de droit, comme elle n'a pas été rendue au mépris de la jurisprudence ou de la loi applicable, et qu'il n'y a aucune possibilité d'appel pour résoudre un conflit dans la jurisprudence — Questions certifiées: l'art. 82.2 exclut-il l'appel sur une question grave de portée générale qui se dégage d'une procédure interlocutoire dans le contexte d'une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire? au cas où la demande fondée sur l'art. 82.1 est déposée après l'expiration du délai imparti, l'art. 49(1)(c)(i) s'applique-t-il pour empêcher l'exécution de l'ordonnance de renvoi en attendant que la Cour se prononce sur cette demande?

Requête en sursis à l'exécution d'une ordonnance de renvoi en attendant l'issue de demandes pendantes. Une ordonnance de renvoi conditionnel a été prise contre le demandeur après l'expiration de son visa temporaire et alors que sa revendication du statut de réfugié était en instance. Le demandeur s'est vu refuser le statut de réfugié au sens de la Convention et a demandé tardivement l'autorisation d'agir en contrôle judiciaire après avoir été convoqué pour être expulsé. Il a immédiatement introduit une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire, avec demande de prorogation du délai de recours.

Le sous-alinéa 49(1)(c)(i) de la *Loi sur l'immigration* prévoit le sursis à l'exécution de l'ordonnance de renvoi jusqu'au jugement sur la demande d'autorisation ou la demande de contrôle judiciaire, ou jusqu'à l'expiration du délai normal de demande d'autorisation, dans le cas où l'intéressé, qui s'est vu refuser le statut de réfugié au sens de la Convention par la section du statut, demande l'autorisation d'agir en contrôle judiciaire. Dans *Sholev c. Canada*

Employment and Immigration) MacKay J. found that the statutory stay applied when the application for leave to apply for judicial review of the CRDD decision rejecting the refugee claim was made out of time and after the making of a removal order. He relied upon the discretionary power found at subsection 82.1(5), which allows a judge for special reasons, to extend the time for making an application for leave and judicial review. The Minister submitted that *Sholev* was wrongly decided because it would permit one who is liable to be deported as a result of a decision of a federal tribunal to hide out until apprehended and then apply late for leave and judicial review, including an extension of time, thus precluding immediate removal from Canada. It was argued that Parliament cannot have intended a result that rewards non-compliance with legal obligations. Notwithstanding that a question was certified for appeal, no appeal was taken because the Minister's advisors felt that an appeal was barred by section 82.2, which prohibits any appeal from a Trial Division judgment on an application for leave to commence an application for judicial review. MacKay J.'s reasoning has been accepted in two other Trial Division cases. The issue was whether the statutory stay applied herein.

Held, the application should be dismissed on the ground that the removal order was stayed by operation of subparagraph 49(1)(c)(i).

The possibility that there is no right of appeal under section 82.2 suggested that very careful consideration would be required before introducing a conflict in the case law when there is no possibility of resolving that conflict through an appeal. In cases such as this, the competing interests are the independence of the judiciary and the need for certainty and predictability in the law. The two interests can be reconciled through a thoughtful application of the doctrine of *stare decisis*. The decision of a judge of a coordinate court should be given considerable weight unless there are very cogent reasons to depart from such a decision. Such reasons include that the validity of the impugned judgment has been affected by subsequent decisions; some binding authority in case law or some relevant statute was ignored; or the judgment was unconsidered, as for example a judgment given in circumstances where the exigencies of the trial required an immediate decision without opportunity to fully consult authority. This position makes consistency possible without fettering the judgment of individual judges. It provides guidance as to when a departure from the judgment of a colleague is justified. It is particularly apt when there is no possibility of an appeal to resolve the

(*Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*), le juge MacKay a conclu que le sursis prévu par la loi s'appliquait dans ce cas où la demande d'autorisation d'agir en contrôle judiciaire contre la décision défavorable de la section du statut était faite après l'expiration des délais et où l'ordonnance de renvoi avait été prise. Cette conclusion était fondée sur le pouvoir discrétionnaire prévu au paragraphe 82.1(5), selon lequel tout juge peut, pour des raisons spéciales, proroger le délai de demande d'autorisation d'agir en contrôle judiciaire. La ministre soutient que *Sholev* est mal jugé, car la conclusion qui y a été tirée signifierait qu'une personne frappée d'une mesure d'expulsion par suite de la décision d'un tribunal administratif fédéral pourrait entrer dans la clandestinité jusqu'à ce qu'elle soit appréhendée, après quoi elle pourrait faire tardivement une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire (avec demande de prorogation du délai), laquelle demande aurait pour effet d'empêcher son renvoi immédiat hors du Canada. Pareil résultat récompenserait la non-observation des obligations légales et ne saurait être voulu par le législateur. Bien qu'une question eût été certifiée aux fins d'appel, l'affaire n'avait pas été portée en appel parce que les conseillers de la ministre pensaient qu'un appel serait irrecevable par application de l'article 82.2 de la Loi, qui exclut les appels contre les décisions de la Section de première instance en matière de demandes d'autorisation d'agir en contrôle judiciaire. Le raisonnement tenu par le juge MacKay a été suivi dans deux autres décisions de la Section de première instance. Il échet d'examiner s'il y a en l'espèce sursis par application de la loi.

Jugement: il faut rejeter le recours par ce motif que l'ordonnance de renvoi était déjà suspendue par l'effet du sous-alinéa 49(1)(c)(i).

La possibilité que les décisions en la matière ne soient pas susceptibles d'appel sous le régime de l'article 82.2 doit engager le juge à réfléchir longuement avant d'introduire un élément de conflit dans la jurisprudence, dans les cas où il n'y a aucune possibilité de résoudre pareil conflit par voie d'appel. Dans les cas comme celui-ci, les deux impératifs contradictoires sont l'indépendance du juge et l'impératif de certitude et de prévisibilité dans les règles de droit. Les deux peuvent être réconciliés par l'application réfléchie de la doctrine *stare decisis*. Toute décision d'une juridiction de même rang doit être respectée à moins qu'il n'y ait des raisons impérieuses de ne pas le faire. Par exemple, que des décisions subséquentes ont remis en question la validité du jugement en question; que la force obligatoire de la jurisprudence ou de la loi applicable n'a pas été prise en considération; que le jugement était rendu sans délibéré, là où les exigences du procès étaient telles que le juge devait rendre immédiatement sa décision sans avoir le temps de consulter la jurisprudence. Cette solution assure l'uniformité sans pour autant entraver les juges dans leur raisonnement. Elle pose les repères qui permettent de voir dans quels cas il faut tirer une conclusion différente de la décision antérieure d'un

uncertainty created by conflicting judgments on a particular point. The problem is not created by the judges who are bound to interpret the law according to their best judgment, but by a system which does not allow for these conflicting opinions to be resolved.

There was some support for the Minister's argument in subparagraph 49(1)(c)(i) which speaks of the "time normally limited" for making such an application. The time normally limited is 15 days. The extended time contemplated by subsection 82.1(5) arises from special circumstances, which is different from the time normally limited. But MacKay J.'s reasoning should be adopted for the sake of rationality and consistency in the law because he did not ignore any relevant authority or statutory provision.

The following questions were certified as serious questions of law of general importance: (1) does *Immigration Act*, section 82.2 preclude an appeal of a serious question of law of general importance arising from interlocutory proceedings in the course of an application for leave and judicial review?; and (2) where an application for leave and for judicial review pursuant to *Immigration Act*, section 82.1, including an application for an extension of time to file the application, is filed beyond the time limited by subsection 82.1(3), but has not been considered by the Court, does subparagraph 49(1)(c)(i) apply to preclude execution of a removal order pending disposition of the application by the Court?

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29.
Federal Court Immigration Rules, 1993, SOR/93-22, R. 18(1).
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 49(1)(c)(i) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 41), 82.1(3) (as am. *idem*, s. 73), (5) (as am. *idem*), 82.2 (as am. *idem*), 83 (as am. *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Sholev v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (1994), 78 F.T.R. 188 (F.C.T.D.); *Re Hansard Spruce Mills Ltd.*, [1954] 4 D.L.R. 590; (1954), 13 W.W.R. 285; 34 C.B.R. 202 (B.C.S.C.); *R. v. Northern Electric Co. Ltd.*, [1955] O.R. 431; [1955] 3 D.L.R. 449; (1955), 111 C.C.C. 241; 24 C.P.R. 1; 21 C.R. 45 (H.C.); *R. v. Koziolok*, [1999] O.J. 657 (Gen. Div.) (QL).

collègue. Elle est d'autant plus logique dans les cas où il n'y a aucune possibilité de porter l'affaire en appel pour résoudre l'incertitude créée par des jugements contradictoires sur un point donné. Le problème n'est pas créé par les juges qui sont tenus de dire le droit de leur mieux, mais par un système qui tolère que des divergences d'opinions ne soient pas résolues.

L'argument de la ministre n'est pas sans fondement: le sous-alinéa 49(1)(c)(i), où il est question du «délai normal» de demande d'autorisation, lequel délai normal est de 15 jours. Or, la prorogation de délai prévue au paragraphe 82.1(5) s'applique aux circonstances extraordinaires, qui justifient de déroger au délai normal. Il faut cependant adopter le raisonnement tenu par le juge MacKay au nom de la rationalité et de l'uniformité dans l'interprétation et l'application des règles de droit, puisqu'il n'a pas rendu jugement au mépris de la jurisprudence ou de la loi applicable.

Sont certifiées deux questions graves de portée générale: 1) l'article 82.2 de la *Loi sur l'immigration* exclut-il l'appel sur une question grave de portée générale qui se dégage d'une procédure interlocutoire dans le contexte d'une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire? et 2) au cas où la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire fondée sur l'article 82.1 de la *Loi sur l'immigration*, avec demande de prorogation du délai de dépôt, est déposée après l'expiration du délai prévu au paragraphe 82.1(3) mais n'a pas été jugée par la Cour, le sous-alinéa 49(1)(c)(i) s'applique-t-il pour empêcher l'exécution de l'ordonnance de renvoi en attendant que la Cour se prononce sur cette demande?

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 49(1)(c)(i) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 41), 82.1(3) (mod. *idem*, art. 73), (5) (mod., *idem*), 82.2 (mod., *idem*), 83 (mod., *idem*).
Règles de 1993 de la Cour fédérale en matière d'immigration, DORS/93-22, Règle 18(1).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Sholev c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1994), 78 F.T.R. 188 (C.F. 1^{re} inst.); *Re Hansard Spruce Mills Ltd.*, [1954] 4 D.L.R. 590; (1954), 13 W.W.R. 285; 34 C.B.R. 202 (C.S.C.-B.); *R. v. Northern Electric Co. Ltd.*, [1955] O.R. 431; [1955] 3 D.L.R. 449; (1955), 111 C.C.C. 241; 24 C.P.R. 1; 21 C.R. 45 (H.C.); *R. v. Koziolok*, [1999] O.J. 657 (Div. gén.) (QL).

REFERRED TO:

Ragunathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1995] F.C.J. No. 1616 (T.D.) (QL); *Gyle v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] F.C.J. No. 1596 (T.D.) (QL); *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 1 F.C. 457 (T.D.).

APPLICATION for a stay of a removal order pending disposition of outstanding applications for leave to apply for judicial review, and for judicial review, which included an application for an extension of time within which to bring the application. Application dismissed on the ground that the removal order was stayed by the operation of *Immigration Act*, subparagraph 49(1)(c)(i).

APPEARANCES:

Michael D. Roberts for applicant.
William Brad Hardstaff for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Snyder & Company, Edmonton, 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.: Ali Mohamed Ziyadah is a citizen of Libya who came to Canada on a temporary visa in January 1997 to further his education. At the expiry of his visa in September 1997, he applied for refugee status. On October 2, 1997 a conditional removal order was made against him pending the disposition of his application for refugee status. The Convention Refugee Determination Division (CRDD) heard his application on September 28, 1998 and its decision, when issued, was dated March 29, 1999. In the interim, Mr. Ziyadah had moved 2 or 3 times and had not informed the Convention Refugee Determination Division of his whereabouts. He did not receive notice of the rejection of his application until May 18, 1999 when Immigration Canada advised him to report for deportation to Libya on June 8, 1999. He immediately

DÉCISIONS CITÉES:

Ragunathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1995] A.C.F. n° 1616 (1^{re} inst.) (QL); *Gyle c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 1596 (1^{re} inst.) (QL); *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 1 C.F. 457 (1^{re} inst.).

REQUÊTE en sursis à l'exécution d'une ordonnance de renvoi en attendant l'issue de la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire, avec demande de prorogation du délai de dépôt. Requête rejetée par ce motif que l'ordonnance de renvoi était déjà suspendue par l'effet du sous-alinéa 49(1)c)(i) de la *Loi sur l'immigration*.

ONT COMPARU:

Michael D. Roberts pour le demandeur.
William Brad Hardstaff pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Snyder & Company, Edmonton, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

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

[1] LE JUGE PELLETIER: Ali Mohamed Ziyadah est un citoyen de la Libye, arrivé au Canada en janvier 1997 avec un visa temporaire pour études. À l'expiration de ce visa en septembre 1997, il a revendiqué le statut de réfugié. Le 2 octobre 1997, une ordonnance de renvoi conditionnel a été prise à son égard en attendant l'issue de cette revendication. La section du statut de réfugié (la section du statut) a entendu sa demande le 28 septembre 1998 et rendu sa décision le 29 mars 1999. Entre-temps, M. Ziyadah avait déménagé deux ou trois fois, sans donner son adresse à la section du statut. Il n'a été informé du rejet de sa revendication que le 18 mai 1999, lorsque Immigration Canada lui intima l'ordre de se présenter pour être expulsé en Libye le 8 juin 1999. Il a immédiatement consulté un avocat et introduit un recours en contrôle

consulted counsel and launched an application for judicial review which included an application for an extension of time within which to bring the application as he was well outside the 15-day period prescribed by subsection 82.1(3) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985 c. I-2 as amended from time to time (the Act). By notice of motion, he then sought a stay of the removal order pending the disposition of the application for leave, judicial review of the CRDD decision, and extension of time for the bringing of the judicial leave application.

[2] The issue which is raised by these facts is the applicability of the statutory stay found at subparagraph 49(1)(c)(i) [as am. *idem*, s. 41] to the facts of this case:

49. (1) Subject to subsection (1.1), the execution of a removal order made against a person is stayed

(a) in any case where the person against whom the order was made has a right of appeal to the Appeal Division, at the request of that person until the time provided for the filing of the appeal has elapsed;

(b) in any case where an appeal from the order has been filed with the Appeal Division, until the appeal has been heard and disposed of or has been declared by the Appeal Division to be abandoned;

(c) subject to paragraphs (d) and (f), in any case where a person has been determined by the Refugee Division not to be a Convention refugee or a person's appeal from the order has been dismissed by the Appeal Division,

(i) where the person against whom the order was made files an application for leave to commence a judicial review proceeding under the *Federal Court Act* or signifies in writing to an immigration officer an intention to file such an application, until the application for leave has been heard and disposed of or the time normally limited for filing an application for leave has elapsed and, where leave is granted, until the judicial review proceeding has been heard and disposed of . . . [Emphasis added.]

[3] The issue arises because of the decision of MacKay J. in *Sholev v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 78 F.T.R. 188 (F.C.T.D.) in which a similar set of facts arose. Sholev made an application for judicial review of the CRDD decision rejecting his refugee claim after the

judiciaire, avec demande de prorogation du délai de recours puisqu'il avait dépassé de loin le délai de quinzaine prévu au paragraphe 82.1(3) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, modifiée (la Loi). Il a ensuite demandé, par voie d'avis de requête, qu'il soit sursis à l'ordonnance de renvoi en attendant l'issue de sa demande d'autorisation d'agir en contrôle judiciaire, de son recours en contrôle judiciaire contre la décision du statut et de sa requête en prorogation du délai de recours.

[2] Il se pose donc en l'espèce la question de l'applicabilité du sursis prévu par la Loi en son sous-alinéa 49(1)c)(i) [mod., *idem*, art. 41] aux faits de la cause:

49. (1) Sauf dans les cas mentionnés au paragraphe (1.1), il est sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi:

a) à la demande de l'intéressé—s'il a un droit d'appel devant la section d'appel—jusqu'à l'expiration du délai de présentation de l'appel;

b) en cas d'appel, jusqu'à ce que la section d'appel ait rendu sa décision ou déclaré qu'il y a eu désistement d'appel;

c) sous réserve des alinéas d) et f), dans le cas d'une personne qui s'est vu refuser le statut de réfugié au sens de la Convention par la section du statut ou dont l'appel a été rejeté par la section d'appel:

(i) si l'intéressé présente une demande d'autorisation relative à la présentation d'une demande de contrôle judiciaire aux termes de la *Loi sur la Cour fédérale* ou notifie par écrit à un agent d'immigration son intention de le faire, jusqu'au prononcé du jugement sur la demande d'autorisation ou la demande de contrôle judiciaire, ou l'expiration du délai normal de demande d'autorisation, selon le cas [. . .] [Non souligné dans l'original.]

[3] Cette question se pose par suite de la décision rendue par le juge MacKay dans *Sholev c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1994), 78 F.T.R. 188 (C.F. 1^{re} inst.), dont les faits s'apparentent à ceux de l'affaire en instance. Sholev agissait en contrôle judiciaire contre la décision de la section du

time for making an application for leave and judicial review had expired. He included in his application a request for an extension of time for the bringing of the application for leave and judicial review. MacKay J. had to decide whether the statutory stay in subparagraph 49(1)(c)(i) applied when the application for leave was made out of time and after the making of a removal order. He found that the statutory stay did apply in those circumstances.

[4] MacKay J. relied upon the discretionary power found at subsection 82.1(5) [as am. *idem*, s. 73] of the Act in reaching his conclusion. The latter subsection allows a judge, for special reasons, to extend the time for the making of an application for leave and judicial review. The benefit of that subsection would be lost to persons subject to a removal order if subparagraph 49(1)(c)(i) were read so as to make the statutory stay inapplicable simply as a result of the failure to make the application in time. Put another way, the power to extend the time is meaningless if it does not apply when a person is out of time, the only circumstance in which such a power is required.

[5] The respondent Minister says, with respect, that *Sholev* is wrongly decided. She argues that the result arrived at in *Sholev* means that one who is liable to be deported as a result of a decision of a federal tribunal could hide out until they were apprehended and then make a late application for leave and judicial review (including an application for extension of time). Such an application would then preclude immediate removal from Canada. Such a result rewards non-compliance with legal obligations and cannot have been intended by Parliament.

[6] There is merit in the Minister's argument. Support for it can be found in the language of subparagraph 49(1)(c)(i) where it speaks of the "time normally limited" for making such an application. The time normally limited is 15 days. The extended time contemplated by subsection 82.1(5) arises from special circumstances, which is different from the time

statut portant rejet de sa revendication du statut de réfugié, mais après l'expiration du délai de demande d'autorisation. L'acte introductif d'instance était accompagné d'une demande de prorogation du délai de demande d'autorisation et de contrôle judiciaire. Le juge MacKay était appelé à juger si le sursis prévu au sous-alinéa 49(1)(c)(i) pouvait être invoqué dans le cas où la demande d'autorisation était faite après l'expiration des délais et où l'ordonnance de renvoi avait été prise. Il a conclu que ce sursis prévu par la Loi s'appliquait effectivement dans ces circonstances.

[4] Il a fondé sa conclusion sur le pouvoir discrétionnaire prévu au paragraphe 82.1(5) [mod., *idem*, art. 73] de la Loi, aux termes duquel tout juge peut, pour des raisons spéciales, proroger le délai de demande d'autorisation d'agir en contrôle judiciaire. Le bénéfice de cette disposition serait dénié aux personnes visées par une ordonnance de renvoi si le sous-alinéa 49(1)(c)(i) devait s'interpréter de façon à exclure le sursis pour la simple raison qu'elles n'ont pas fait la demande dans les délais. En d'autres termes, le pouvoir de prorogation serait vide de sens s'il ne pouvait s'exercer à l'égard de la personne qui n'est pas en mesure d'agir dans les délais, c'est-à-dire dans le seul cas où ce pouvoir a sa raison d'être.

[5] La ministre défenderesse soutient que *Sholev* est mal jugé, que la conclusion qui y a été tirée signifie qu'une personne frappée d'une mesure d'expulsion par suite de la décision d'un tribunal administratif fédéral pourrait entrer dans la clandestinité jusqu'à ce qu'elle soit appréhendée, après quoi elle pourrait faire tardivement une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire (avec demande de prorogation du délai), laquelle demande aurait pour effet d'empêcher son renvoi immédiat hors du Canada. Pareil résultat récompenserait la non-observation des obligations légales et ne saurait être voulu par le législateur.

[6] L'argument de la ministre n'est pas sans fondement. On peut trouver ce fondement dans les termes du sous-alinéa 49(1)(c)(i), où il est question du «délai normal» de demande d'autorisation, lequel délai normal est de 15 jours. La prorogation de délai prévue au paragraphe 82.1(5) s'applique aux circonstances extraordinaires, et elle est différente du délai normal.

normally limited. Were I deciding this at first instance, I might not have come to the same conclusion as my learned colleague.

[7] It is obvious that I am not deciding this at first instance. MacKay J.'s reasoning was accepted by Richard J. (as he then was) in *Ragunathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 1616 (T.D.) (QL), and by Lutfy J. in *Gyle v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] F.C.J. No. 1596 (T.D.) (QL).

[8] Mr. Hardstaff advised the Court that, notwithstanding the fact that MacKay J. certified a question for appeal pursuant to section 83 [as am. *idem*] of the Act and subsection 18(1) of the *Federal Court Immigration Rules, 1993* [SOR/93-22], no appeal was taken because the Minister's advisors felt that an appeal was barred by section 82.2 [as am. *idem*] of the Act:

82.2 No appeal lies to the Federal Court of Appeal from a judgment of the Federal Court—Trial Division on an application under section 82.1 for leave to commence an application for judicial review under the *Federal Court Act*.

[9] I would have thought that section 82.2 barred an appeal on the merits of an application for leave but would not necessarily preclude an appeal on a matter of law of general application arising in interlocutory proceedings. Be that as it may, the possibility that there is no right of appeal with respect to these matters suggests that one ought to consider very carefully before introducing a conflict in the case law where there is no possibility of resolving that conflict through an appeal. The experience of this Court with regard to the residency requirements under the *Citizenship Act* [R.S.C., 1985, c. C-29] is illustrative of the problems which can arise in those circumstances.

[10] In cases such as this the competing interests are the duty of a judge to articulate the law as it appears to him or her and on the other hand, the need for

Eussé-je jugé moi-même cette affaire en première instance, je ne serais peut-être pas parvenu à la même conclusion que mon distingué collègue.

[7] Il est évident que je ne juge pas cette question en première instance. Le raisonnement du juge MacKay a été adopté par le juge Richard (tel était alors son titre) dans *Ragunathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1616 (1^{re} inst) (QL), et par le juge Lutfy dans *Gyle c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 1596 (1^{re} inst.) (QL).

[8] M. Hardstaff a informé la Cour que le juge MacKay avait certifié une question aux fins d'appel en application de l'article 83 [mod., *idem*] de la Loi et du paragraphe 18(1) des *Règles de 1993 de la Cour fédérale en matière d'immigration* [DORS/93-22], mais que l'affaire n'avait pas été portée en appel parce que les conseillers de la ministre pensaient qu'un appel serait irrecevable par application de l'article 82.2 [mod., *idem*] de la Loi:

82.2 Le jugement d'un juge de la Section de première instance de la Cour fédérale sur une demande d'autorisation relative à la présentation d'une demande de contrôle judiciaire aux termes de la *Loi sur la Cour fédérale* est sans appel.

[9] J'aurais pensé que l'article 82.2 exclut l'appel portant sur le fond de la demande d'autorisation mais n'interdit pas nécessairement l'appel sur une question de droit d'application générale, qui se fait jour lors d'une procédure en injonction interlocutoire. Quoi qu'il en soit, la possibilité que les décisions en la matière ne soient pas susceptibles d'appel doit engager le juge à réfléchir longuement avant d'introduire un élément de conflit dans la jurisprudence, dans les cas où il n'y a aucune possibilité de résoudre pareil conflit par voie d'appel. Ce qui s'est passé dans notre Cour au sujet des conditions de résidence prévues pour l'acquisition de la citoyenneté est l'illustration des problèmes auxquels pareille situation pourrait donner lieu.

[10] Dans les cas comme celui qui nous intéresse en l'espèce, les deux impératifs contradictoires sont l'obligation pour le juge de dire le droit tel qu'il

certainty and predictability in the law. The need for certainty in the law can be reconciled with the independence of the judiciary through a thoughtful application of the doctrine of *stare decisis*. An excellent review of the role of *stare decisis* is found in the reasons of Granger J. in *R. v. Koziolok*, [1999] O.J. 657 (Gen. Div.) (QL). The length of the extract I am about to cite is justified by its treatment of a question whose resolution is of fundamental importance in situations such as the present [at paragraphs 14-15]:

Mr. Thomas on behalf of the Appellant submits that I am not bound by the decision of McIsaac J. and as a result I am entitled to ignore the result in *R. v. McCue*, *supra*, and follow those decisions which hold that if the vehicle is inoperable, the *actus reus* of the offence cannot be proven. Although I am not bound by the decision of McIsaac J. the matter is not as clear cut as suggested by Mr. Thomas. In *Holmes v. Jarrett*, [1993] O.J. No. 679 (Ont. Gen. Div.), I had an opportunity to review the doctrine of *stare decisis* and previous decisions of this court. I stated:

In 1990 the Ontario Legislature created the Ontario Court of Justice (General Division) which is the largest superior court in Canada with approximately 250 Justices exercising responsibilities in the 50 dispersed judicial centres within the eight judicial regions of the Province. In my opinion, it is desirable to develop certainty in the law throughout the court. I intend to review what means exist which would permit members of the judiciary to discharge their responsibilities within the context of the principles of judicial independence while avoiding individual or regional developments in the law. One approach is to employ the rule or doctrine of *stare decisis*. The phrase *stare decisis* is an abbreviation of the Latin phrase *stare decisis et non quieta movere* which may be translated as "to stand by decisions and not to disturb settled matters". The "rule" as it is often described, has been commonly understood in modern terms to mean that every court is bound to follow any case decided by a court above it in the hierarchy. However, as the entire phrase itself suggests, the "doctrine of *stare decisis* also requires that cases be decided the same way when their material facts are the same": see Glanville Williams, *Learning the Law* (9th ed.), 1973.

The employment of the rule of *stare decisis* has been necessary to ensure uniformity in the development of the law, and thereby ultimately encourage the predictability of decisions in a meaningful understanding of the law. As a result, it has been said that the primary reasons for the development of the doctrine can be stated as follows:

l'entend et, d'autre part, l'impératif de certitude et de prévisibilité dans les règles de droit. L'impératif de certitude dans les règles de droit peut être réconcilié avec l'indépendance du juge par l'application réfléchie de la doctrine *stare decisis*. On peut trouver un excellent exposé de cette doctrine dans les motifs prononcés par le juge Granger dans *R. v. Koziolok*, [1999] O.J. 657 (Div. gén.) (QL). La longueur du passage cité ci-dessous se justifie par le fait qu'il porte sur une question dont la résolution est d'importance fondamentale dans les cas comme l'affaire en instance [aux paragraphes 14 et 15]:

[TRADUCTION] M. Thomas, qui représente l'appelant, soutient que je ne suis pas lié par la décision du juge McIsaac et que, par conséquent, il m'est loisible d'ignorer la conclusion tirée dans *R. v. McCue*, *op. cit.*, et de suivre les décisions portant que dans le cas où le véhicule n'est pas en état de marche, l'élément matériel de l'infraction ne peut être prouvé. Bien que je ne sois pas lié par la décision du juge McIsaac, la question n'est pas aussi simple que le dit M. Thomas. Dans *Holmes v. Jarrett*, [1993] O.J. No. 679 (Ont. Gen. Div.), j'ai eu l'occasion de faire le point sur la doctrine *stare decisis* et les décisions antérieures de cette Cour, en ces termes:

En 1990, la législature de l'Ontario a créé la Cour de l'Ontario (Division générale) qui est la cour supérieure la plus importante au Canada avec quelque 250 juges exerçant leurs fonctions dans les 50 centres judiciaires répartis entre les huit régions judiciaires de la province. À mon avis, il est souhaitable d'instaurer la certitude dans l'application des règles de droit dans tout le ressort. Je me propose de passer en revue les moyens qui permettent aux juges d'exercer leurs fonctions conformément aux principes d'indépendance de la magistrature tout en évitant les élaborations individuelles ou régionales du droit. Une méthode consiste dans le recours à la règle ou doctrine *stare decisis*. Ces deux mots sont l'abréviation de la locution latine *stare decisis et non quieta movere*, qui signifie: «s'en tenir à ce qui a été décidé et ne pas bouleverser ce qui est établi». Cette «règle», telle qu'on l'appelle d'habitude, s'interprète communément de nos jours comme signifiant que tout tribunal est tenu de se conformer à la décision d'une instance supérieure. Cependant, comme l'indique la locution dans son ensemble, elle prescrit aussi que les diverses causes aboutissent à la même décision si les faits sont les mêmes; voir Glanville Williams, *Learning the Law* (9^e éd.), 1973.

L'observation de la règle *stare decisis* a été nécessaire pour garantir l'uniformité dans l'élaboration du droit, et partant, pour encourager en dernière analyse la prévisibilité des décisions dans une compréhension logique du droit. Par suite, il a été dit que la doctrine a principalement pour but:

1. To provide for certainty and predictability in the law;
2. To provide for continuity and stability in the law;
3. To provide for consistency in the law.

(See Gall, G., *The Canadian Legal System*, Carswell: Toronto, 1977).

Several judicial decisions have offered somewhat differing views as to whether or not Judges of the same court are bound or required as a matter of course to follow what has been previously decided in that court by another Judge.

The Authoritative View

Some Judges have adopted what may be described as a very strict and traditional view of the doctrine stating that Judges of the same court are required to apply the law as previously stated by their court. They have subscribed to the view that these decisions are authoritative. In *Sedziak v. Polish Worker's Association*, [1937] 4 D.L.R. 672, [1937] 3 W.W.R. 527 (Man. Q.B.) it was said that a Judgment of a Judge of the Court of King's Bench is binding on that court until altered by the Court of Appeal. In *R. v. Kartna* (1979), 2 M.V.R. 259 (Ont. H.C.) the accused argued that the information charging him with having committed an offence was technically invalid. He relied upon a District Court decision that was directly opposite the conclusion of another District Court decision in the same judicial district. The two District Court decisions were reached only a few weeks apart. Although it was not necessary to do so for the determination of the appeal, Hughes J. stated at p. 267:

I pause here to say, with deference but emphatically, that in my view it is unfortunate that such a disagreement with a Judge of coordinate jurisdiction was indulged in by Forget D.C.J. in the case of *Vaughan*. I will go further and say that the proper procedure, and one without the recognition of which the administration of justice would fall into disrepute and disarray, is for a Judge in his position to consider himself bound by what has been decided before in his own Court. Such is the rule of *stare decisis*. He may, of course, express his disagreement as trenchantly as he likes, but should leave the question which vexes him to the Court of Appeal for such decision as may be appropriate. In default of observing this time-honoured procedure and in the absence of appeal (as I am advised by Crown counsel is the case here) one accused is convicted and the other in precisely the same circumstances is acquitted of the same charge with concomitant uncertainty and potential scandal.

1. D'assurer la certitude et la prévisibilité dans les règles de droit;
2. D'assurer la continuité et la stabilité dans les règles de droit;
3. D'assurer l'uniformité dans les règles de droit.

(Voir Gall G., *The Canadian Legal System*, Carswell: Toronto, 1977).

Plusieurs décisions judiciaires ont présenté des conclusions quelque peu contradictoires sur la question de savoir si les juges sont tout naturellement tenus ou requis de se conformer aux décisions antérieures d'un juge de la même juridiction.

La conception de la valeur jurisprudentielle

Certains juges ont adopté ce qu'on peut appeler une conception très stricte et traditionnelle de la doctrine prescrivant que les juges de la même juridiction sont tenus d'appliquer le droit tel qu'il a été antérieurement défini au sein de cette juridiction. À leurs yeux, les décisions antérieures font jurisprudence. Dans *Sedziak v. Polish Workers Association*, [1937] 4 D.L.R. 672, [1937] 3 W.W.R. 527 (Man. Q.B.), il a été jugé qu'une décision d'un juge de la Cour du Banc du Roi faisait jurisprudence au sein de cette juridiction sauf réformation par la Cour d'appel. Dans *R. v. Kartna* (1979), 2 M.V.R. 259 (Ont. H.C.), l'accusé soutenait que la dénonciation dont il faisait l'objet était irrecevable, citant à cet effet une décision d'une cour de district qui était tout à fait le contraire de la conclusion d'une autre cour de district dans le même ressort. Ces deux décisions n'étaient séparées que de quelques semaines. Bien qu'elle ne fût pas nécessaire pour trancher l'appel, le juge Hughes a fait cette observation en page 267:

Sauf le respect que je lui dois, je dois souligner qu'à mon avis, il est regrettable que dans la cause *Vaughan*, le juge Forget de la Cour de district ait contredit un juge de même rang et dans le même ressort. J'ajouterai que la voie à suivre par un juge dans son cas, sous peine de déconsidérer et de compromettre l'administration de la justice, est de se considérer comme lié par une décision antérieure de sa propre juridiction. Telle est la règle *stare decisis*. Il peut certainement exprimer son désaccord avec tout le mordant qu'il veut, mais il devrait laisser la question qui le contrarie à la décision de la Cour d'appel. Faute par lui d'observer ce principe de longue date et faute d'appel (et c'est le cas en l'espèce d'après le procureur de la Couronne), un accusé est déclaré coupable et un autre se trouvant exactement dans le même cas est acquitté du même chef d'accusation, ce qui est source d'incertitude et de scandale possible.

The Persuasive View

The proposition that Judges of the same court are bound to follow one another has been indirectly criticized as being unnecessarily restrictive in the following statement of Lord Goddard C.J. contained in *Police Authority for Huddersfield v. Watson*, [1947] 1 K.B. 842 at p. 848:

. . . I think the modern practice, and the modern view of the subject, is that a judge of first instance, though he would always follow the decision of another judge of first instance, unless he is convinced the judgment is wrong, would follow it as a matter of judicial comity. He certainly is not bound to follow the decision of a judge of equal jurisdiction. He is only bound to follow the decisions which are binding on him, which, in the case of a judge of first instance, are the decisions of the Court of Appeal, the House of Lords and the Divisional Court.

This statement of Lord Goddard C.J. was cited with approval in *R. v. Groves* (1977), 17 O.R. (2d) 78. The foundation of the persuasive view is that the authoritative view is premised on the notion that *stare decisis* is a rule which obliges a Judge to follow a particular course of action. Such an obligation, it is argued, must arise from a source outside the person or entity whose conduct is to be directed. According to the persuasive view, such a rule does not exist, and therefore the phrase *stare decisis* is merely a convenient way of expressing the tradition which has developed within our judicial system that certain courts will follow decisions of other courts.

Compliance with this custom, it is said, may be viewed more as judicial comity than forced adherence. Courts higher in the hierarchical structure are followed to avoid the embarrassment of being overturned on appeal. This modern view is prepared to make expectations when a Judgment is wrong because there is nothing requiring the Judges to comply with the previous decision.

The Conformity View

This view suggests that Judges ought to follow previous decisions of their colleagues unless certain specific situations exist. In *Re Hansard Spruce Mills Ltd.*, [1954] 4 D.L.R. 590, 13 W.W.R. (N.S.) 285, Wilson J. stated at p. 286:

But, as I said in the *Cairney* case, I think the power or rather the proper discretionary duty, of a trial judge is more limited. The Court of Appeal, by overriding itself in *Bell v. Klein*, has settled the law. But I have no power to override a brother judge,

La conception de la valeur de persuasion

La prescription que les juges de la même juridiction se conforment aux décisions antérieures de leurs collègues a été indirectement critiquée comme étant inutilement restrictive dans l'observation suivante du lord juge en chef Goddard dans *Police Authority for Huddersfield v. Watson*, [1947] 1 K.B. 842, en page 848:

[. . .] Je pense que selon la pratique contemporaine, et la conception contemporaine de la question, c'est par déférence confraternelle qu'un juge de première instance se conforme toujours à la décision d'un autre juge de première instance, à moins qu'il ne soit convaincu que cette décision est erronée. Il n'est certainement pas tenu de se conformer à la décision d'un juge de même rang. Il n'est tenu de suivre que les décisions qui ont force jurisprudentielle à son égard, c'est-à-dire, s'il est juge de première instance, celles qui émanent de la Cour d'appel, de la Chambre des lords ou de la Cour divisionnaire.

Cette conclusion du lord juge en chef Goddard a été citée avec approbation dans *R. v. Groves* (1977), 17 O.R. (2d) 78. Selon les tenants de cette conception de la valeur de persuasion, le modèle jurisprudentiel est fondé sur le postulat que la règle *stare decisis* oblige le juge à suivre une certaine voie. À leur avis, pareille obligation n'existe que si elle est imposée par une autre source que la personne ou l'entité qui est censée l'observer. Selon eux, une telle règle n'existe pas, et la locution *stare decisis* n'est qu'un moyen commode d'exprimer la tradition qui s'est instaurée dans notre système judiciaire et selon laquelle certaines juridictions suivront les décisions d'autres juridictions.

Selon cette école de pensée, l'observation de cette coutume tient davantage de la déférence confraternelle que de l'application obligatoire. Le juge se conforme aux décisions des instances supérieures pour éviter l'embaras de voir sa décision infirmée en appel. Cette conception contemporaine laisse la place à d'autres conclusions si le jugement est erroné, car rien n'oblige les autres juges à s'y conformer.

La conception de la valeur de conformité

Selon cette école de pensée, les juges doivent suivre les décisions antérieures de leurs collègues, sauf dans certains cas spécifiques. Dans *Re Hansard Spruce Mills Ltd.*, [1954] 4 D.L.R. 590, 13 W.W.R. (N.S.) 285, le juge Wilson s'est prononcé en ces termes, à la page 286:

Mais, ainsi que je l'ai fait remarquer dans l'affaire *Cairney*, je pense que le pouvoir, ou plutôt l'obligation, discrétionnaire du juge de première instance est plus limité. La Cour d'appel, en revenant sur sa propre jurisprudence dans *Bell v. Klein*, a tranché le

I can only differ from him, and the effect of my doing so is not to settle but rather to unsettle the law, because, following such a difference of opinion, the unhappy litigant is confronted with conflicting opinions emanating from the same court and therefore of the same legal weight. That is the state of affairs which cannot develop in the Court of Appeal.

Therefore, to epitomize what I have already written in the *Cairney* case, I say this: I will only go against a judgment of another judge of this court if:

- (a) Subsequent decisions have affected the validity of the impugned judgment;
- (b) It is demonstrated that some binding authority in case law or some relevant statute was not considered;
- (c) The Judgment was unconsidered, a *nisi prius* judgment given in circumstances familiar with all trial judges, where the exigencies of the trial require an immediate decision without opportunity to fully consult authority.

If none of these situations exists, I think a trial judge should follow the decisions of his brother judges.

In *R. v. Northern Electric Co. Ltd.*, [1955] 3 D.L.R. 449 (Ont. H.C.) McRuer, C.J. H.C. stated at p. 466:

Having regard to all the rights of appeal that now exist in Ontario, I think Hogg J. stated the right common law principle to be applied in his judgment in *R. ex rel. McWilliam v. Morris*, [1942] O.W.N. 447 where he said: "The doctrine of *stare decisis* is one long recognized as a principle of our law". Sir Frederick Pollock says, in his *First Book of Jurisprudence*, 6th ed., p. 321: "The decisions of an ordinary superior court are binding on all courts of inferior rank within the same jurisdiction, and, though not absolutely binding on courts of co-ordinate authority nor on that court itself, will be followed in the absence of strong reasons to the contrary".

I think that "strong reasons to the contrary" does not mean a strong argumentative reason appealing to the particular Judge, but something that may indicate that the prior decision was given without consideration of a statute or some authority that ought to have been

point de droit. Mais je n'ai nullement le pouvoir d'infirmier le jugement d'un collègue, je ne peux que tirer des conclusions différentes, ce qui aurait pour effet non pas d'assurer la certitude, mais de créer l'incertitude dans les règles de droit, parce que, à la suite d'une telle divergence d'opinions, le malheureux justiciable se trouve aux prises avec des conclusions contradictoires émanant de la même juridiction et ayant donc la même force. Cet état de choses ne peut exister en Cour d'appel.

Pour récapituler donc l'observation que j'ai déjà faite dans *Cairney*, je ne tirerai une conclusion qui contredise le jugement d'un autre juge du siège que dans les suivants:

- a) Des décisions subséquentes ont remis en question la validité du jugement en question;
- b) Il y a la preuve que la force obligatoire de la jurisprudence ou de la loi applicable n'a pas été prise en considération;
- c) Le jugement était rendu sans délibéré, c'est-à-dire qu'il s'agit d'un jugement *nisi prius* rendu dans les circonstances bien connues de tous les juges de première instance, là où les exigences du procès sont telles que le juge doit rendre immédiatement sa décision sans avoir le temps de consulter la jurisprudence.

Sauf les cas ci-dessus, je pense que le juge de première instance doit se conformer aux décisions antérieures de ses collègues.

Dans *R. v. Northern Electric Co. Ltd.*, [1955] 3 D.L.R. 449 (Ont. H.C.), le juge en chef McRuer de la Haute Cour a fait observer à la page 466:

Étant donné tous les droits d'appel qui existent maintenant en Ontario, je pense que le juge Hogg a exprimé le principe de common law à appliquer par cette observation dans *R. ex rel. McWilliams v. Morris*, [1942] O.W.N. 447: «la doctrine *stare decisis* est reconnue de longue date comme un principe de notre droit». Sir Frederick Pollock écrit de son côté dans son *First Book of Jurisprudence*, 6^e éd., page 321: «Les décisions d'une cour supérieure ordinaire font jurisprudence pour toutes les juridictions inférieures du ressort et, bien qu'elles n'aient pas force jurisprudentielle à l'égard des autres cours de même rang ou en son propre sein, elles seront suivies à moins qu'il y ait de fortes raisons qui s'y opposent».

Je pense que les «fortes raisons qui s'y opposent» ne signifient pas une argumentation que le juge concerné trouve convaincante, mais quelque chose qui indique que la décision en question a été rendue au mépris d'une loi ou d'un précédent qui aurait dû être respect-

followed. I do not think “strong reasons to the contrary” is to be construed according to the flexibility of the mind of the particular Judge.

According to Chief Justice McRuer and Justice Wilson, the decisions of Judges of co-ordinate courts are persuasive and should be given considerable weight unless there are very cogent reasons to depart from such decision.

The authoritative view requires Judges to follow all previous decisions of their colleagues, allowing the Court of Appeal to correct any error if necessary. Although this approach provides certainty in law, it may be unnecessarily restrictive, particularly in situations where the previous decisions were given without consideration of a statute or relevant caselaw [*sic*].

On the other hand, the least restrictive view as represented by the position of Lord Goddard suggests that Judges ought to follow decisions of their colleagues out of judicial comity and only depart from them when they are wrong. While the flexibility shown in this approach is more preferable to the restrictive opinion, it fails to provide any criteria to determine when it can be said that a previous decision was wrong. If it only requires a difference of opinion about the law to permit a Judge to depart from previous decisions, then the concerns raised by Hughes J. in *Kartna* may be relevant.

Between these two views lies the proposition as put forward by Justice Wilson and Chief Justice McRuer that Judges ought to feel bound to follow previous decisions of their colleagues, unless certain factors exist to persuade them to decide the case differently.

In my opinion, it is imperative in a large trial court such as the Ontario Court of Justice that as much certainty as possible be brought to the law until the Court of Appeal rules on a point. This can best be achieved by following the approach as set out by Chief Justice McRuer. Accordingly, although I find much merit in the approach advocated by Mr. Thomas, I feel I must follow the Judgment of McIsaac J. unless there is some indication that his decision was given without considering the appropriate case-law. I am satisfied that McIsaac J. considered all of the relevant case-law. The criteria to justify not following a judgment of McIsaac J. does not exist in this case and, accordingly, the appeal is dismissed.

[11] The position expressed by Wilson J. [*Re Hansard Spruce Mills Ltd.*, [1954] 4 D.L.R. 590 (B.C.S.C.)] and McRuer C.J.O. [*R. v. Northern Electric Co. Ltd.*, [1955] O.R. 431 (H.C.)] (and adopted by Granger J.) has much to recommend it. Such a position makes consistency possible without fettering the judgment of individual judges. It provides

té. Je ne pense pas que le concept de «fortes raisons qui s’y opposent» doive s’interpréter en fonction de la souplesse d’esprit du juge concerné.

Selon le juge en chef McRuer et le juge Wilson, les décisions des juridictions de même rang sont persuasives et doivent être respectées à moins qu’il n’y ait des raisons impérieuses de ne pas le faire.

Le modèle jurisprudentiel oblige les juges à suivre toutes les décisions antérieures de leurs collègues et à laisser à la Cour d’appel le soin de redresser toute erreur le cas échéant. Bien que cette méthode assure la certitude dans les règles de droit, elle peut être inutilement restrictive, en particulier si les décisions antérieures ont été rendues au mépris d’une loi ou de la jurisprudence.

À l’autre extrémité du spectre, la conception la moins restrictive, adoptée par lord Goddard, veut que les juges suivent les décisions de leurs collègues par déférence confraternelle et ne les écartent que si elles sont erronées. Bien que par sa souplesse cette conception soit préférable à la conception restrictive, elle ne définit aucun critère qui permette de juger quand une décision antérieure est erronée. Si elle ne requiert qu’une différence d’opinion sur la règle applicable pour permettre au juge de s’écarter des décisions antérieures, alors la crainte exprimée par le juge Hughes dans *Kartna* est justifiée.

Entre ces deux extrêmes, il y a l’opinion exprimée par le juge Wilson et le juge en chef McRuer que les juges devraient se sentir liés par les décisions antérieures de leurs collègues, à moins qu’il y ait des facteurs qui les engagent à tirer une conclusion différente.

À mon avis, il est impératif, au sein d’une grande juridiction de première instance comme la Cour de l’Ontario, que la plus grande certitude possible règne jusqu’à ce que le point de droit soit tranché par la Cour d’appel. On peut y arriver par le modèle défini par le juge en chef McRuer. En conséquence, bien que la solution avancée par M. Thomas me paraisse bien logique, j’estime que je dois suivre le jugement du juge McIsaac, à moins qu’il ne soit démontré qu’il l’a rendu au mépris de la jurisprudence. Je suis convaincu qu’il a pris en compte la jurisprudence applicable en la matière. Les conditions qui justifient de ne pas suivre son jugement ne sont pas présentes en l’espèce; en conséquence, l’appel est rejeté.

[11] La solution définie par le juge Wilson [*Re Hansard Spruce Mills Ltd.*, [1954] 4 D.L.R. 590 (C.S. C.-B.)] et le juge en chef de l’Ontario McRuer [*R. v. Northern Electric Co. Ltd.*, [1955] O.R. 431 (H.C.)] (et adoptée par le juge Granger) est bien judicieuse. Elle assure l’uniformité sans pour autant entraver les juges dans leur raisonnement. Elle pose

guidance as to when a departure from the judgment of a colleague is justified. I accept it as a rational application of the doctrine of *stare decisis*.

[12] I believe that the approach adopted by Granger J. is particularly apt when there is no possibility of an appeal to resolve the uncertainty created by conflicting judgments on a particular point. In saying this, I emphasize that the problem is not created by the judges who are bound to interpret the law according to their best judgment, but by a system which does not allow for these conflicting opinions to be resolved.

[13] In this case, for the reasons set out above, I adopt the reasoning of MacKay J. in *Sholev* because I am not persuaded that my colleague ignored any relevant authority or statutory provision. As such, his decision is one which I ought to adopt for the sake of rationality and consistency in the law.

[14] In the event that the Minister's representatives wish to reconsider their position with respect to the availability of a right of appeal in these circumstances, I offered to certify a question as a serious question of law of general application. While subsection 83(1) speaks of a serious question, on the strength of the following authority, I do not believe I am limited to one question: *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 1 F.C. 457 (T.D.). In that case, the Federal Court, Trial Division addressed multiple questions on an appeal from an immigration matter. I certify the following questions as serious questions of law of general importance:

1. Does section 82.2 of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 preclude an appeal of a serious question of law of general importance arising from interlocutory proceedings in the course of an application for leave and judicial review?
2. Where an application for leave and for judicial review pursuant to section 82.1 of the *Immigration Act*, including an application for an extension of time to file the application, is filed, beyond the time limited

les repères qui permettent de voir dans quels cas il faut tirer une conclusion différente de la décision antérieure d'un collègue. J'y vois une application rationnelle de la doctrine *stare decisis*.

[12] Je pense que la solution adoptée par le juge Granger est d'autant plus logique dans les cas où il n'y a aucune possibilité de porter l'affaire en appel pour résoudre l'incertitude créée par des jugements contradictoires sur un point donné. Je tiens à faire remarquer à ce propos que le problème n'est pas créé par les juges qui sont tenus de dire le droit de leur mieux, mais par un système qui tolère que des divergences d'opinions ne soient pas résolues.

[13] Par ces motifs, j'adopte en l'espèce le raisonnement tenu par le juge MacKay dans *Sholev* parce que je ne suis pas convaincu qu'il ait rendu jugement au mépris de la jurisprudence ou de la loi applicable. Je dois donc adopter sa conclusion au nom de la rationalité et de l'uniformité dans l'interprétation et l'application des règles de droit.

[14] Au cas où les représentants de la ministre souhaiteraient revoir leur position au sujet d'une possibilité d'appel dans ce contexte, j'ai offert de certifier une question à titre de question grave de portée générale. Bien que le paragraphe 83(1) mentionne une question grave, je ne me crois pas limité à une seule question, à la lumière de la jurisprudence *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 1 C.F. 457 (1^{re} inst.). Dans cette dernière cause, la Section de première instance de la Cour fédérale s'est prononcée sur plusieurs questions en matière d'immigration. Je certifie en conséquence les questions graves de portée générale qui suivent:

1. L'article 82.2 de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, exclut-il l'appel sur une question grave de portée générale qui se dégage d'une procédure interlocutoire dans le contexte d'une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire?
2. Au cas où la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire fondée sur l'article 82.1 de la *Loi sur l'immigration*, avec demande de prorogation du délai de dépôt, est déposée après l'expiration du délai prévu

by subsection 82.1(3), but has not been considered by the Court, does subparagraph 49(1)(c)(i) apply to preclude execution of a removal order pending disposition of the application by the Court?

ORDER

Having considered the matter carefully, I therefore make the following order:

The application for a stay of the removal order executable June 8, 1999 is dismissed on the ground that the removal order is stayed by the operation of law, specifically subparagraph 49(1)(c)(i) of the *Immigration Act* according to the terms of that subparagraph and, as a consequence, no order of the Court is required in the circumstances.

au paragraphe 82.1(3) de la même Loi mais n'a pas été jugée par la Cour, le sous-alinéa 49(1)(c)(i) s'applique-t-il pour empêcher l'exécution de l'ordonnance de renvoi en attendant que la Cour se prononce sur cette demande?

ORDONNANCE

Après examen attentif de l'affaire, j'ordonne ce qui suit:

La requête en sursis à l'ordonnance de renvoi exécutable le 8 juin 1999 est rejetée par ce motif que la même ordonnance est suspendue par application de la loi, plus spécifiquement par application du sous-alinéa 49(1)(c)(i) de la *Loi sur l'immigration*, et que, par conséquent, une ordonnance de la Cour n'est pas nécessaire en la matière.

A-486-98

The Minister of Citizenship and Immigration
(Appellant)

v.

Rajadurai Samuel Thangarajan, Annette Thangarajan, William Thangarajan, and James Thangarajan, by their Litigation Guardian Rajadurai Samuel Thangarajan (Respondents)

INDEXED AS: THANGARAJAN v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (C.A.)

Court of Appeal, Létourneau, Rothstein and McDonald J.J.A.—Toronto, June 21 and 24, 1999.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Appeal on certified question: does “special education” fall within “social services” in Immigration Act, s. 19(1)(a)(ii) — S. 19(1)(a)(ii) prohibiting admission to Canada of persons whose admission might reasonably be expected to cause excessive demands on social services — Respondent’s moderately mentally retarded son excluded from admission on ground admission would create excessive demands on Canadian social services — Motions Judge holding special education for mentally challenged children within public school system not social service within s. 19(1)(a)(ii) — Appeal allowed, question answered in affirmative — S. 19(1)(a) triggered when prospective immigrant found to be suffering from disease, disorder, disability or other health impairment — “Social services” in s. 19(1)(a)(ii) contemplating services provided to those in need after assessment of nature, severity or probable duration of disease, disorder, disability or other health impairment — As requirement for publicly funded special education arising from assessment of nature, severity, probable duration of mental disability, no reason why Parliament would exclude special education from ambit of social services in s. 19(1)(a)(ii) — Movement away from institutionalization of mentally disabled toward community living — As institutionalization would constitute social service for purposes of s. 19(1)(a)(ii), substitute publicly provided program, such as special education, also social service for those purposes — “Social services” meaning more than welfare.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Immigration Act, s. 3(f) requiring standards of admission

A-486-98

Le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration
(appelant)

c.

Rajadurai Samuel Thangarajan, Annette Thangarajan, William Thangarajan et James Thangarajan, par l’intermédiaire de leur tuteur à l’instance Rajadurai Samuel Thangarajan (intimés)

RÉPERTORIÉ: THANGARAJAN c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L’IMMIGRATION) (C.A.)

Cour d’appel, juges Létourneau, Rothstein et McDonald, J.C.A.—Toronto, 21 et 24 juin 1999.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Appel portant sur la question certifiée suivante: les «services sociaux» visés à l’art. 19(1)a(ii) de la Loi sur l’immigration comprennent-ils l’«éducation spécialisée»? — En vertu de l’art. 19(1)a(ii), les personnes dont l’admission risquerait d’entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ne sont pas admissibles au Canada — Le fils de l’intimé, qui présente un déficit intellectuel modéré, n’a pas été admis pour le motif que son admission entraînerait un fardeau excessif pour les services sociaux canadiens — Le juge des requêtes a conclu que l’éducation spécialisée que donne l’école publique aux enfants aux prises avec des difficultés mentales ne constitue pas un service social au sens de l’art. 19(1)a(ii) — L’appel est accueilli et la question reçoit une réponse positive — L’art. 19(1)a s’applique quand un immigrant éventuel est jugé souffrir d’une maladie ou d’une invalidité — Les «services sociaux» mentionnés à l’art. 19(1)a(ii) visent les services fournis aux personnes qui, à la suite d’une évaluation de la nature, de la gravité ou de la durée probable de leur maladie ou de leur invalidité, sont considérées dans le besoin — Comme l’exigence relative à l’éducation spécialisée subventionnée par l’État découle de l’évaluation de la nature, de la gravité et de la durée probable de l’altération des facultés mentales, il n’y a aucun motif pour lequel le législateur exclurait l’éducation spécialisée des services sociaux mentionnés à l’art. 19(1)a(ii) — Il y a un mouvement de rejet de l’institutionnalisation des personnes présentant un déficit intellectuel au profit de la vie en collectivité — Comme l’institutionnalisation constituerait un service social aux fins de l’art. 19(1)a(ii), un programme de remplacement subventionné par l’État tel que l’éducation spécialisée doit également être un service social aux fins de cette disposition — L’expression «services sociaux» a une signification plus large que le bien-être social.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l’égalité — L’art. 3f) de la Loi sur l’immigration exige que

not discriminating in manner inconsistent with Charter — Immigration Act, s. 19(1)(a) prohibiting admission of persons whose admission might reasonably be expected to cause excessive demands on social services — Respondent construed so as to exclude special education from “social services” — In absence of proper debate with respect to Charter, s. 15, and s. 1 analysis, Court not prepared, on basis of general argument, to hold interpretation of “social services” in s. 19(1)(a)(ii) as including special education inconsistent with s. 3(f).

This was an appeal on the following certified question: does special education (the education of mentally challenged students within the publicly funded provincial school systems) fall within “social services” in *Immigration Act*, subparagraph 19(1)(a)(ii)? Subparagraph 19(1)(a)(ii) prohibits admission to Canada of persons whose admission might reasonably be expected to cause excessive demands on social services. Rajadurai Samuel Thangarajan applied for permanent residence on behalf of himself and his dependants. His son, William, was found to be moderately mentally retarded. Medical officers were of the opinion that his admission would create excessive demands on Canadian social services. One of the factors taken into consideration was the cost that would be incurred in providing special education to the respondent’s son within the public school system. The application for permanent residence was refused. On judicial review, the Motions Judge concluded that special education provided for mentally challenged children within the public school system was not a social service within the meaning of that term in subparagraph 19(1)(a)(ii).

Immigration Act, paragraph 3(f) requires that standards of admission not discriminate in a manner inconsistent with the Charter. The respondent submitted that paragraph 19(1)(a) was discriminatory, presumably on account of mental disability, and that, although the provision would probably be saved under section 1, it should, because it is discriminatory, be read narrowly so as to exclude special education from the ambit of social services.

Held, the appeal should be allowed, and the certified question answered in the affirmative.

Subparagraph 19(1)(a)(ii) was intended to ensure that access to health and social services by Canadian citizens and permanent residents should not be denied or impaired by reason of excessive demands for those services by prospective immigrants. Paragraph 19(1)(a) is triggered when a prospective immigrant is found to be suffering from a disease, disorder, disability or other health impairment. Social services in subparagraph 19(1)(a)(ii) contemplates

les critères d’admission excluent toute discrimination contraire à la Charte — En vertu de l’art. 19(1)a) de la Loi sur l’immigration, les personnes dont l’admission risquerait d’entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ne sont pas admissibles — L’intimé prétend que l’art. 19(1)a) est discriminatoire et devrait être interprété restrictivement de façon à exclure l’éducation spécialisée des «services sociaux» — En l’absence d’un débat approprié relativement à l’art. 15 de la Charte et d’une analyse fondée sur l’article premier, la Cour n’est pas prête à conclure, compte tenu de l’argumentation générale, qu’une interprétation de l’expression «services sociaux» contenue à l’art. 19(1)a)(ii) qui comprendrait l’éducation spécialisée est incompatible avec l’art. 3f).

Il s’agit d’un appel portant sur la question certifiée suivante: les «services sociaux» visés au sous-alinéa 19(1)a)(ii) de la *Loi sur l’immigration* comprennent-ils l’éducation spécialisée (l’éducation d’élèves mentalement inadaptés, dans des écoles relevant de l’enseignement public provincial)? En vertu du sous-alinéa 19(1)a)(ii), les personnes qui risqueraient d’entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ne sont pas admissibles au Canada. Rajadurai Samuel Thangarajan a présenté une demande de résidence permanente pour lui-même et pour les personnes à sa charge. On a conclu que son fils, William, présentait un déficit intellectuel modéré. De l’avis des médecins agréés, son admission entraînerait un fardeau excessif pour les services sociaux canadiens. Un des facteurs retenus est le coût de l’éducation spécialisée qu’il faudrait assurer au fils de l’intimé dans le cadre de l’enseignement public. La demande de résidence permanente a été rejetée. Dans le cadre d’un contrôle judiciaire, le juge des requêtes a conclu que l’éducation spécialisée que donne l’école publique aux enfants aux prises avec des difficultés mentales ne constitue pas un service social au sens du sous-alinéa 19(1)a)(ii).

Compte tenu de l’alinéa 3f) de la *Loi sur l’immigration*, les critères d’admission doivent exclure toute discrimination contraire à la Charte. L’intimé prétend que l’alinéa 19(1)a) est discriminatoire, présumément en raison de l’altération des facultés mentales, et que, bien que la disposition serait probablement sauvegardée en vertu de l’article premier, elle devrait, parce qu’elle est discriminatoire, être interprétée restrictivement de façon à exclure l’éducation spécialisée des services sociaux.

Arrêt: l’appel est accueilli et la question certifiée reçoit une réponse positive.

Le sous-alinéa 19(1)a)(ii) vise à faire en sorte que les immigrants éventuels n’empêchent pas ni ne restreignent l’accès aux services sociaux et de santé par les citoyens canadiens et les résidents permanents en entraînant un fardeau excessif pour ces services. L’alinéa 19(1)a) s’applique quand un immigrant éventuel est jugé souffrir d’une maladie ou d’une invalidité. Les services sociaux mentionnés au sous-alinéa 19(1)a)(ii) visent les services fournis aux

services provided to those in need after assessment of the nature, severity or probable duration of their disease, disorder, disability or other health impairment. Considering that the requirement for publicly funded special education arises from the assessment of the nature, severity and probable duration of a mental disability, there is no obvious reason why Parliament would have intended to exclude special education for the mentally retarded from the ambit of social services in subparagraph 19(1)(a)(ii).

There has been a movement away from the institutionalization of those with mental disabilities toward community living with an extensive community-based social service support system. As institutionalization would constitute a social service for purposes of subparagraph 19(1)(a)(ii), a substitute publicly provided program, such as special education to assist the mentally disabled, must also be a social service for the purposes of that provision.

In paragraph 19(1)(b) the term "social assistance" is used in the context of care and support of persons unable or unwilling to support themselves. Social assistance, as used in paragraph 19(1)(b), connotes welfare. "Social services" in subparagraph 19(1)(a)(ii) includes welfare, but means something more than that.

The Court would not assume that paragraph 19(1)(a) offends Charter section 15. In the absence of a proper debate regarding section 15 and a section 1 analysis, the Court was not prepared to say, on the basis of the general argument made before it, that an interpretation of "social services" in subparagraph 19(1)(a)(ii) as including special education was inconsistent with *Immigration Act*, paragraph 3(f).

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15.

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 3(f) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 2), 19(1)(a) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11), (b) (as am. *idem*), 83(1) (as am. *idem*, s. 73).

AUTHORS CITED

Canada. House of Commons. Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration. *Minutes of the Standing Committee*. Issue No. 11 (April 5, 1977).

personnes qui, à la suite d'une évaluation de la nature, de la gravité ou de la durée probable de leur maladie ou de leur invalidité, sont considérées dans le besoin. Comme l'exigence relative à l'éducation spécialisée subventionnée par l'État découle de l'évaluation de la nature, de la gravité et de la durée probable de l'altération des facultés mentales, il n'y a aucun motif évident pour lequel le législateur aurait voulu que le sous-alinéa 19(1)(a)(ii) ne comprenne pas l'éducation spécialisée destinée aux personnes présentant un déficit intellectuel.

Il y a un mouvement de rejet de l'institutionnalisation des personnes présentant un déficit intellectuel au profit de la vie en collectivité grâce à un système de soutien communautaire destiné à étayer les services sociaux. Comme l'institutionnalisation constituerait un service social aux fins du sous-alinéa 19(1)(a)(ii), un programme de remplacement subventionné par l'État tel que l'éducation spécialisée, qui vise à aider les personnes atteintes d'un déficit intellectuel, doit également être un service social aux fins de cette disposition.

À l'alinéa 19(1)(b), le terme «aide sociale» est utilisé dans le contexte du soutien des personnes qui n'ont pas la capacité ou la volonté de subvenir à leurs besoins. L'aide sociale prévue à l'alinéa 19(1)(b) évoque une idée de bien-être social. Les services sociaux mentionnés au sous-alinéa 19(1)(a)(ii) comprennent le bien-être social, mais signifient quelque chose de plus.

La Cour ne supposerait pas que l'alinéa 19(1)(a) contrevient à l'article 15 de la Charte. En l'absence d'un débat approprié relativement à l'article 15 et d'une analyse fondée sur l'article premier, la Cour n'est pas prête à dire, compte tenu de l'argumentation générale qui lui a été soumise, qu'une interprétation de l'expression «services sociaux» contenue au sous-alinéa 19(1)(a)(ii) qui comprendrait l'éducation spécialisée est incompatible avec l'alinéa 3f) de la *Loi sur l'immigration*.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 15.

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 3f) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 2), 19(1)(a) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11), b) (mod., *idem*), 83(1) (mod., *idem*, art. 73).

DOCTRINE

Canada. Débats de la Chambre des communes. Comité permanent de la santé, de la main-d'œuvre et de l'immigration. *Procès-verbal de délibération*. Fascicule n° 11 (5 avril 1977).

Concise Oxford Dictionary of Current English, 9th ed.
Oxford: Clarendon Press, 1995. “social services”

APPEAL on the following certified question: does special education (the education of mentally challenged students within the publicly funded provincial school systems) fall within “social services” in *Immigration Act*, subparagraph 19(1)(a)(ii)? Appeal allowed, and question answered in the affirmative.

APPEARANCES:

Marie-Louise Wcislo for appellant.
Barbara L. Jackman for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Jackman, Waldman & Associates, Toronto, for respondents.

The following are the reasons for judgment of the Court delivered orally in English by

[1] ROTHSTEIN J.A.: This is an appeal on a question certified under subsection 83(1) of the *Immigration Act*¹ [R.S.C., 1985, c. I-2 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73)]:

Does special education as described in the reasons for this order fall within “social services” as that term is used in subparagraph 19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act*?

[2] The reasons of the learned Motions Judge [(1998), 152 F.T.R. 91 (F.C.T.D.)] refer to [at paragraph 2] “the education of mentally challenged students within the publicly funded provincial primary and secondary school systems”. We infer that this is the description of “special education” intended by the Motions Judge in the certified question.

[3] Paragraph 19(1)(a) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11] of the *Immigration Act* provides:

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

Concise Oxford Dictionary of Current English, 9th ed.
Oxford: Clarendon Press, 1995. «social services»

APPEL portant sur la question certifiée suivante: les «services sociaux» visés au sous-alinéa 19(1)a(ii) de la *Loi sur l'immigration* comprennent-ils l'éducation spécialisée (l'éducation d'élèves mentalement inadaptés, dans des écoles relevant de l'enseignement public provincial)? L'appel est accueilli et la question reçoit une réponse positive.

ONT COMPARU:

Marie-Louise Wcislo pour l'appelant.
Barbara L. Jackman pour les intimés.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelant.
Jackman, Waldman & Associates, Toronto, pour les intimés.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement de la Cour prononcés à l'audience par

[1] LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.: Il s'agit d'un appel portant sur une question certifiée en application du paragraphe 83(1) de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73)]¹:

[TRADUCTION] Les «services sociaux» au sens du sous-alinéa 19(1)a(ii) de la *Loi sur l'immigration* comprennent-ils l'éducation spécialisée décrite dans les motifs de la présente ordonnance?

[2] Dans ses motifs, le juge des requêtes [(1998), 152 F.T.R. 91 (C.F. 1^{re} inst.)] fait référence à [au paragraphe 2] «l'éducation d'élèves mentalement inadaptés, dans des écoles primaires et secondaires relevant de l'enseignement public». Nous en déduisons qu'il s'agit là de la description de l'«éducation spécialisée» que le juge des requêtes avait à l'esprit dans la question certifiée.

[3] L'alinéa 19(1)a) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11] de la *Loi sur l'immigration* prévoit:

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

(a) persons who, in the opinion of a medical officer concurred in by at least one other medical officer, are persons

(i) who, for medical reasons, are or are likely to be a danger to public health or to public safety, or

(ii) whose admission would cause or might reasonably be expected to cause excessive demands, within the meaning assigned to that expression by the regulations, on health or prescribed social services;

[4] Rajadurai Samuel Thangarajan (hereinafter the respondent) applied for permanent residence in Canada on behalf of himself and his dependants. The respondent's son, William, was found on medical examination to be moderately mentally retarded. Medical officers were of the opinion that his admission would create excessive demands on Canadian social services. One of the factors taken into consideration in making the assessment was the cost that would be incurred in providing special education to the respondent's son within the public school system. The application for permanent residence was refused by a visa officer.

[5] On judicial review of the visa officer's decision, the learned Motions Judge concluded that special education provided for mentally challenged children within the public school system is not a social service within the meaning of that term in subparagraph 19(1)(a)(ii). The respondent's application for permanent residence was returned for reconsideration.

[6] The medical officers' opinions and the visa officer's decision were not based solely on the requirement for special education for the respondent's son. In addition, the learned Motions Judge's reasons indicate some other concerns she had with the medical assessments in this case. Nonetheless, we assume that, in certifying a question for appeal, the learned Motions Judge intended the answer to the certified question to be dispositive of the outcome.

[7] "Social services" is not a defined term in the *Immigration Act*. Paragraph 114(1)(m.1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 102] authorizes the Governor in

a) celles qu'un médecin agréé, dont l'avis est confirmé par au moins un autre médecin agréé, conclut être:

(i) soit des personnes qui constituent ou constitueraient vraisemblablement, pour des raisons d'ordre médical, un danger pour la santé ou la sécurité publiques,

(ii) soit des personnes dont l'admission entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif—au sens que donnent les règlements à cette expression—pour les services sociaux désignés par règlement ou les services de santé;

[4] Rajadurai Samuel Thangarajan (ci-après l'intimé) a présenté une demande de résidence permanente au Canada pour lui-même et pour les personnes à sa charge. Un examen médical a révélé que le fils de l'intimé, William, présentait un déficit intellectuel modéré. De l'avis des médecins agréés, son admission entraînerait un fardeau excessif pour les services sociaux canadiens. Un des facteurs retenus dans le cadre de cette évaluation est le coût de l'éducation spécialisée qu'il faudrait assurer au fils de l'intimé dans le cadre de l'enseignement public. L'agent des visas a rejeté la demande de résidence permanente.

[5] Dans le cadre du contrôle judiciaire de la décision de l'agent des visas, le juge des requêtes a conclu que l'éducation spécialisée que donne l'école publique aux enfants aux prises avec des difficultés mentales ne constitue pas un service social au sens du sous-alinéa 19(1)a)(ii). La demande de résidence permanente de l'intimé a été renvoyée afin de faire l'objet d'un nouvel examen.

[6] Les avis des médecins agréés et la décision de l'agent des visas n'étaient pas fondés uniquement sur le fait que le fils de l'intimé avait besoin d'une éducation spécialisée. En outre, dans ses motifs, le juge des requêtes mentionne d'autres préoccupations que soulèvent chez elle les évaluations médicales en l'espèce. Néanmoins, nous supposons qu'en certifiant une question en vue d'un appel, le juge des requêtes voulait que la réponse à cette question soit concluante quant au résultat du présent litige.

[7] L'expression «services sociaux» n'est pas définie dans la *Loi sur l'immigration*. L'alinéa 114(1)m.1) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 102] autorise le

Council to prescribe social services for the purposes of subparagraph 19(1)(a)(ii) but nothing has been prescribed to date.

[8] The *Concise Oxford Dictionary of Current English*, 9th ed. defines “social service” as:

. . . services provided by the state for the community, esp. education, health and housing.

According to the dictionary definition of the term, “social services” would include special education.

[9] More significantly, the context in which the term is used in subparagraph 19(1)(a)(ii) also points in the same direction. Health and social services are not unlimited and not costless. Subparagraph 19(1)(a)(ii) is clearly intended to ensure, as far as possible, that access to health and social services by Canadian citizens and permanent residents should not be denied or impaired by reason of excessive demands for those services by prospective immigrants. Paragraph 19(1)(a) is only triggered when a prospective immigrant is found to be suffering from a disease, disorder, disability or other health impairment. Social services in subparagraph 19(1)(a)(ii) contemplates services provided to those in need after assessment of the nature, severity or probable duration of their disease, disorder, disability or other health impairment. Considering that the requirement for publicly funded special education arises from the assessment of the nature, severity and probable duration of a mental disability, there is no obvious reason why Parliament would have intended to exclude special education for the mentally retarded from the ambit of social services in subparagraph 19(1)(a)(ii).

[10] The evidence of one of the medical officers involved in this case, Dr. John Barry Lazarus, provides further support for this view. In his affidavit, he states that the current Canadian philosophy is one which aims to integrate persons with disabilities to the largest extent possible into the mainstream of Canadian society. There is a clear movement away from the isolation and institutionalization of those with

gouverneur en conseil à désigner des services sociaux pour l’application du sous-alinéa 19(1)a)(ii), mais rien n’a été désigné jusqu’à ce jour.

[8] Le *Concise Oxford Dictionary of Current English*, 9^e éd., définit «social services» («services sociaux») comme suit:

[TRADUCTION] [. . .] services que l’État procure à la communauté, notamment l’éducation, la santé et le logement.

Selon cette définition, les «services sociaux» comprendraient l’éducation spécialisée.

[9] D’une manière plus significative, le contexte dans lequel cette expression est utilisée au sous-alinéa 19(1)a)(ii) va également dans le même sens. Les services sociaux et de santé ne sont pas illimités et gratuits. Le sous-alinéa 19(1)a)(ii) vise clairement à faire en sorte que, dans la mesure du possible, les immigrants éventuels n’empêchent pas ni ne restreignent l’accès aux services sociaux et de santé par les citoyens canadiens et les résidents permanents entraînant un fardeau excessif pour ces services. L’alinéa 19(1)a) s’applique uniquement quand un immigrant éventuel est jugé souffrir d’une maladie ou d’une invalidité. Les services sociaux mentionnés au sous-alinéa 19(1)a)(ii) visent les services fournis aux personnes qui, à la suite d’une évaluation de la nature, de la gravité ou de la durée probable de leur maladie ou de leur invalidité, sont considérées dans le besoin. Comme l’exigence relative à l’éducation spécialisée subventionnée par l’État découle de l’évaluation de la nature, de la gravité et de la durée probable de l’altération des facultés mentales, il n’y a aucun motif évident pour lequel le législateur aurait voulu que le sous-alinéa 19(1)a)(ii) ne comprenne pas l’éducation spécialisée destinée aux personnes présentant un déficit intellectuel modéré.

[10] Le témoignage de l’un des médecins agréés, à qui on a demandé une opinion dans la présente affaire, le D^r John Barry Lazarus, soutient davantage ce point de vue. Dans son affidavit, il affirme que la philosophie canadienne actuelle vise à intégrer le plus possible les personnes atteintes d’une incapacité à la société canadienne. Il y a un mouvement clair de rejet de l’isolement et de l’institutionnalisation des personnes

mental disabilities toward community living with an extensive community-based social service support system. Dr. Lazarus states:

In assessing the Applicant's son's condition in light of the primary philosophical norms of maintaining the mentally disabled individual in the home, facilitating community integration and normalization and encouraging the maximization of individual potential through socialisation and vocational opportunities, I am of the opinion that the key services that the applicant's son requires are continued special education and placement in a vocational training program to provide him with occupational skills training and employment opportunities in a "sheltered" workshop environment, along with the benefits of interaction and socialisation which such an environment outside the home provides.

[11] It appears that a policy of institutionalization of the mentally disabled has been replaced by a policy aimed at integrating such persons into the mainstream of society. There is no doubt that for purposes of subparagraph 19(1)(a)(ii), institutionalization would constitute a social service. A substitute publicly provided program such as special education to assist the mentally disabled must also be a social service for purposes of that provision.

[12] The learned Motions Judge was of the view that social services in subparagraph 19(1)(a)(ii) is to be read [at paragraph 6] "in a narrow sense, as meaning social services akin to welfare". In her view, the phrase "health or social services" indicates that health services are distinct from social services and that education, including special education, provided within the school system, is also distinct. With respect, we are unable to agree.

[13] While social services would include welfare, the term means something more than welfare. In paragraph 19(1)(b) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11], Parliament uses the term "social assistance" in the context of care and support of persons unable or unwilling to support themselves:

présentant un déficit intellectuel au profit de la vie en collectivité grâce à un système de soutien communautaire destiné à étayer les services sociaux. Le D^r Lazarus affirme:

[TRADUCTION] En évaluant l'état du fils du demandeur compte tenu des normes philosophiques de base selon lesquelles il convient de garder la personne atteinte d'un déficit intellectuel au foyer, de faciliter son intégration dans la société et sa normalisation par rapport à celle-ci, et d'encourager la maximalisation de ses possibilités grâce à la socialisation et aux moyens de promotion professionnelle, je suis d'avis que le fils du demandeur a besoin principalement d'une éducation spécialisée continue et d'être admis dans un programme de formation professionnelle qui lui donnera une formation professionnelle spécialisée et des possibilités d'emploi dans un environnement de travail «adapté» ainsi que les avantages relatifs à l'interaction avec d'autres personnes et à la socialisation que présente un tel environnement hors foyer.

[11] Il appert que la politique d'institutionnalisation des personnes présentant un déficit intellectuel a été remplacée par une politique visant à l'intégration de ces personnes dans la société. Il n'y a aucun doute qu'aux fins du sous-alinéa 19(1)a)(ii), l'institutionnalisation constituerait un service social. Un programme de remplacement subventionné par l'État tel que l'éducation spécialisée, qui vise à aider les personnes atteintes d'un déficit intellectuel, doit également être un service social aux fins de cette disposition.

[12] Le juge des requêtes était d'avis que les services sociaux visés au sous-alinéa 19(1)a)(ii) devaient être interprétés comme suit [au paragraphe 6]: «dans un sens [. . .] restreint, on entendra par service social le bien-être social proprement dit». À son avis, l'expression «services sociaux ou de santé» indiquent que les services de santé sont distincts des services sociaux et qu'il y a également lieu de distinguer l'enseignement, y compris l'enseignement spécialisé assuré au sein du système scolaire. Avec égards, nous ne pouvons être d'accord.

[13] Bien qu'elle inclurait le bien-être social, l'expression services sociaux signifie quelque chose de plus. À l'alinéa 19(1)b) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11], le législateur a utilisé le terme «aide sociale» dans le contexte du soutien des personnes qui n'ont pas la capacité ou la volonté présente ou future de subvenir à leurs besoins:

19. . . .

(b) persons who there are reasonable grounds to believe are or will be unable or unwilling to support themselves and those persons who are dependent on them for care and support, except persons who have satisfied an immigration officer that adequate arrangements, other than those that involve social assistance, have been made for their care and support; [Emphasis added.]

Social assistance as used in paragraph 19(1)(b), connotes welfare. Social services in subparagraph 19(1)(a)(ii) includes welfare, but also broader considerations.

[14] Further, in paragraph 19(1)(a) there is a link between a disease, disorder, disability or health impairment and social services. Here, the disability is mental retardation and that is what lead to the requirement, in the opinion of the medical officers, for special education. To exclude special education from the term “social services” would be to arbitrarily preclude the term from applying to the very type of services found to be required because of a determined disability. As we said above, if institutionalization of the mentally retarded is a social service, and we think it indisputable that it is, a substitute more modern program, special education, is also a social service.

[15] In her reasons, the learned Motions Judge refers to the respondent’s argument that because education is a right and attendance is a requirement, it is not a social service, which is a benefit often subject to a means test or cost recovery. We do not see this distinction as informing the analysis. Whether special education for Canadians is a right or whether attendance is a requirement (and we have no information on this latter point) does not change the fact that it is a publicly funded program for persons suffering from mental retardation. That is what brings it within the ambit of social services in subparagraph 19(1)(a)(ii).

19. [. . .]

b) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elles n’ont pas la capacité ou la volonté présente ou future de subvenir tant à leurs besoins qu’à ceux des personnes à leur charge et qui ne peuvent convaincre l’agent d’immigration que les dispositions nécessaires—n’impliquant pas l’aide sociale—ont été prises en vue d’assurer leur soutien; [Non souligné dans l’original.]

L’aide sociale prévue à l’alinéa 19(1)b) évoque une idée de bien-être social. Les services sociaux mentionnés au sous-alinéa 19(1)a)(ii) comprennent le bien-être social, mais aussi des considérations plus larges.

[14] En outre, l’alinéa 19(1)a) comporte un lien entre une maladie ou une invalidité et les services sociaux. La maladie en l’espèce est la déficience mentale et c’est pour cette raison que les médecins agréés ont jugé qu’une éducation spécialisée était nécessaire. Exclure l’éducation spécialisée des «services sociaux» reviendrait à exclure arbitrairement l’application de cette expression au type même de services qui ont été jugés nécessaires en raison d’une incapacité déterminée. Comme nous l’avons dit précédemment, si l’institutionnalisation des personnes atteintes d’une déficience mentale est un service social, et, à notre avis, il en est incontestablement ainsi, un programme de remplacement plus moderne, soit l’éducation spécialisée, est également un service social.

[15] Dans ses motifs, le juge des requêtes se réfère à l’argument de l’intimé selon lequel, vu que l’éducation est un droit et que la fréquentation scolaire est une exigence, l’éducation n’est pas un service social, soit des prestations souvent offertes après étude des ressources ou sous condition de recouvrement. À notre avis, cette distinction n’ajoute rien à l’analyse. La question de savoir si l’éducation spécialisée destinée aux Canadiens est un droit ou si la fréquentation scolaire est une exigence (et nous n’avons aucun renseignement sur ce dernier point) ne change rien au fait qu’il s’agit d’un programme subventionné par l’État destiné aux personnes souffrant d’une déficience mentale. C’est pour cette raison que l’éducation spécialisée est comprise dans les services sociaux prévus au sous-alinéa 19(1)a)(ii).

[16] There is then reference in her reasons to the transcript of the 1977 proceedings of the Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration when subparagraph 19(1)(a)(ii) was introduced in Parliament. In this case, we do not think the comments of the members of the Committee, government officials or even the Minister are instructive. The transcript indicates vagueness and ambiguity in the opinions expressed as to what is included in the term “social services”. While one official seems to equate social services with welfare, another refers to “social services that might be involved from a health standpoint”. Because these comments encompass the spectrum from the narrow to the very broad, we do not find them useful.

[17] The learned Motions Judge’s reasons then refer to the argument that under provincial legislation, education services, including special education, are provided under a different legislative regime and by a different government department than social services. We do not place significant weight on this argument. We are attempting to ascertain Parliament’s meaning in the use of the term “social services” in subparagraph 19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act*. The organizational structure of different provincial governments would seem to be a remote basis to determine the scope of the term “social services” that Parliament has used in the *Immigration Act*.

[18] A final issue is one raised by the respondent, as we understand it, for the first time in this Court, pertaining to paragraph 3(f) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 2] of the *Immigration Act*:

3. It is hereby declared that Canadian immigration policy and the rules and regulations made under this Act shall be designed and administered in such a manner as to promote the domestic and international interests of Canada recognizing the need

...

[16] Dans ses motifs, elle fait ensuite référence à la transcription des travaux de 1977 du Comité permanent du travail, de la main-d’œuvre et de l’immigration quand le sous-alinéa 19(1)a)(ii) a été présenté au Parlement. Nous ne croyons pas que les observations des membres du Comité, des fonctionnaires du gouvernement ou même du ministre soient instructifs en l’espèce. La transcription indique un manque de précision et une ambiguïté dans les opinions exprimées quant à la portée de l’expression «services sociaux». Alors qu’un fonctionnaire semble considérer les services sociaux comme l’équivalent du bien-être social, un autre fonctionnaire parle des [TRADUCTION] «services sociaux qui pourraient être visés du point de vue de la santé». Comme ces observations vont d’une interprétation restrictive à une interprétation très large, nous ne les considérons pas utiles.

[17] Dans ses motifs, le juge des requêtes renvoie ensuite à l’argument selon lequel, en vertu des lois provinciales, les services d’éducation, y compris l’éducation spécialisée, sont fournis conformément à un régime législatif différent de celui relatif aux services sociaux et par un ministère gouvernemental différent du ministère des services sociaux. Nous n’accordons pas un poids important à cet argument. Nous essayons de déterminer le sens que le législateur a voulu donner à l’expression «services sociaux» contenue au sous-alinéa 19(1)a)(ii) de la *Loi sur l’immigration*. La structure organisationnelle des différents gouvernements provinciaux semblerait constituer un fondement faible pour déterminer la portée de l’expression «services sociaux» que le législateur fédéral a utilisée dans la *Loi sur l’immigration*.

[18] Émanant de l’intimé, la dernière question litigieuse est, si nous comprenons bien, pour la première fois soulevée devant la Cour; elle concerne l’alinéa 3f) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 2] de la *Loi sur l’immigration*:

3. La politique canadienne d’immigration ainsi que les règles et règlements pris en vertu de la présente loi visent, dans leur conception et leur mise en œuvre, à promouvoir les intérêts du pays sur les plans intérieur et international et reconnaissent la nécessité:

[. . .]

(f) to ensure that any person who seeks admission to Canada on either a permanent or temporary basis is subject to standards of admission that do not discriminate in a manner inconsistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*;

[19] Respondent's counsel says that paragraph 19(1)(a) is discriminatory (presumably in this case on account of mental disability). Her argument is that, although upon a 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]] challenge, the provision would be saved under section 1, it should, because it is discriminatory, not be given its full and proper meaning but should be read narrowly so as to exclude special education from the ambit of social services. We are not prepared to assume that paragraph 19(1)(a) would offend section 15 of the Charter. In the absence of a proper debate with respect to section 15 and a section 1 analysis, we are not prepared to say, on the basis of the general argument made before us, that interpreting the term "social services" in subparagraph 19(1)(a)(ii) as including special education is inconsistent with paragraph 3(f) of the *Immigration Act*.

[20] For all these reasons, we find that social services in subparagraph 19(1)(a)(ii) includes special education. The certified question will be answered in the affirmative as follows:

Special education, including education of mentally challenged students within the publicly funded provincial primary and secondary school systems, falls within social services as that term is used in subparagraph 19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act*.

[21] The appeal will be allowed and the decision of the Motions Judge setting aside the visa officer's decision of August 1, 1997 and returning the respondent's application for permanent residence for reconsideration will be quashed. There will be no order as to costs as costs were not requested. We note that appellant's counsel stipulated that irrespective of the

f) de garantir que les personnes sollicitant leur admission au Canada à titre permanent ou temporaire soient soumises à des critères excluant toute discrimination contraire à la *Charte canadienne des droits et libertés*;

[19] L'avocate de l'intimé affirme que l'alinéa 19(1)a) est discriminatoire (présument, dans la présente affaire, en raison de l'altération des facultés mentales). Selon ce qu'elle prétend, bien que, dans le cadre d'une contestation fondée sur 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]], la disposition serait sauvegardée en vertu de l'article premier, elle ne devrait pas, parce qu'elle est discriminatoire, se voir accorder sa signification propre et entière, mais elle devrait être interprétée restrictivement de façon à exclure l'éducation spécialisée des services sociaux. Nous ne sommes pas prêts à supposer que l'alinéa 19(1)a) contreviendrait à l'article 15 de la Charte. En l'absence d'un débat approprié relativement à l'article 15 et d'une analyse fondée sur l'article premier, nous ne sommes pas prêts à dire, compte tenu de l'argumentation générale qui nous a été soumise, qu'une interprétation de l'expression «services sociaux» contenue au sous-alinéa 19(1)a)(ii) qui comprendrait l'éducation spécialisée est incompatible avec l'alinéa 3f) de la *Loi sur l'immigration*.

[20] Pour tous ces motifs, nous estimons que les services sociaux prévus au sous-alinéa 19(1)a)(ii) comprennent l'éducation spécialisée. Nous répondrons à la question certifiée par l'affirmative:

Les services sociaux au sens du sous-alinéa 19(1)a)(ii) de la *Loi sur l'immigration* comprennent l'éducation spécialisée, y compris l'éducation des étudiants souffrant d'une incapacité mentale qui relèvent des systèmes scolaires primaires et secondaires subventionnés par l'État.

[21] L'appel est accueilli et la décision du juge des requêtes d'annuler la décision que l'agent des visas a prise le 1^{er} août 1997 et de renvoyer la demande de résidence permanente de l'intimé afin qu'elle fasse l'objet d'un nouvel examen est annulée. Comme les dépens n'ont pas été demandés, il n'y aura aucune ordonnance en ce sens. Nous notons que l'avocate de

outcome of the appeal, the appellant would voluntarily redetermine the respondent's application for permanent residence in accordance with our decision.

¹ **83.** (1) A judgment of the Federal Court—Trial Division on an application for judicial review with respect to any decision or order made, or any matter arising, under this Act or the rules or regulations thereunder may be appealed to the Federal Court of Appeal only if the Federal Court—Trial Division has at the time of rendering judgment certified that a serious question of general importance is involved and has stated that question.

l'appelant a précisé que, indépendamment du résultat de l'appel, son client prendrait volontairement une nouvelle décision quant à la demande de résidence permanente de l'intimé, conformément à notre décision.

¹ **83.** (1) Le jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale rendu sur une demande de contrôle judiciaire relative à une décision ou ordonnance rendue, une mesure prise ou toute question soulevée dans le cadre de la présente loi ou de ses textes d'application—règlements ou règles—ne peut être porté en appel devant la Cour d'appel fédérale que si la Section de première instance certifie dans son jugement que l'affaire soulève une question grave de portée générale et énonce celle-ci.

T-222-97

T-222-97

Rachel Shilling (Plaintiff)**Rachel Shilling (demanderesse)**

v.

c.

Her Majesty the Queen in Right of Canada as represented by the Minister of National Revenue (Defendant)**Sa Majesté la Reine du chef du Canada représentée par le ministre du Revenu National (défenderesse)****INDEXED AS: SHILLING v. M.N.R. (T.D.)****RÉPERTORIÉ: SHILLING c. M.R.N. (1^{re} INST.)**

Trial Division, Sharlow J.—Toronto, May 31, June 1, 2; Ottawa, June 9, 1999.

Section de première instance, juge Sharlow—Toronto, 31 mai, 1^{er} et 2 juin; Ottawa, 9 juin 1999.

Native peoples — Taxation — Income Tax — Member of Rama band of Indians living in Toronto where working at native health centre — Employed by Indian, sole proprietor of native employment agency, at Six Nations of Grand River reserve — Indian Act, s. 87 providing Indians tax exemption for personal property situated on reserve — Historical review of Crown's position, case law on determination of whether employment income personal property of Indian situated on a reserve — Objective, interpretation of s. 87 — Whether situs-of-debtor rule surviving S.C.C. decision in Williams — Balance of connecting factors on case by case basis — Application of connecting factors test — Residence of employee — Location, nature of work, benefit to reserve — Indians, like other taxpayers, may arrange affairs for sole purpose of taking advantage of tax reductions permitted by Income Tax Act — No matter that employer on different reserve than plaintiff's Band — S. 87 broad, referring to property on "a reserve" not "the reserve" — Employer's location most important factor herein — Plaintiff's employment exempt from income tax as located on reserve.

Peuples autochtones — Taxation — Impôt sur le revenu — Une membre de la bande indienne de Rama vit à Toronto où elle travaille dans un centre de santé pour autochtones — Son employeur est un Indien, unique propriétaire d'une agence de placement pour autochtones, dans la réserve des Six nations de la rivière Grand — L'art. 87 de la Loi sur les Indiens exempte de taxation les biens d'un Indien situés sur une réserve — Historique de la position du ministère public et de la jurisprudence sur la question de savoir si le revenu d'emploi est un bien meuble d'un Indien situé sur une réserve — But et interprétation de l'art. 87 — La règle de la résidence du débiteur survit-elle à l'arrêt Williams de la C.S.C.? — Les facteurs de rattachement sont soupesés au cas par cas — Application du critère des facteurs de rattachement — Résidence de l'employé — Lieu et nature de l'emploi et bénéfice qu'en tire la réserve — Les Indiens, comme les autres contribuables, peuvent organiser leurs affaires dans le seul but de bénéficier de réductions d'impôt permises par la Loi de l'impôt sur le revenu — Peu importe que l'employeur soit sur une réserve différente de celle où se trouve la bande demanderesse — L'art. 87 est large et fait référence aux biens situés sur «une réserve» et non pas sur «la réserve» — Le lieu de résidence de l'employeur est le facteur le plus important en l'espèce — Le revenu d'emploi de la demanderesse est exempt d'impôt sur le revenu parce qu'il est situé sur une réserve.

Income Tax — Exemptions — Indians — Whether employment income of Indian from Rama reserve working at native health centre in Toronto exempt as income "situated on a reserve" (Indian Act, s. 87) — Employer an Indian carrying on business at Six Nations of Grand River reserve — Historical review of Crown's position, case law interpretation of s. 87 — Purpose of s. 87 — Location of employment income — Situs-of-debtor rule — Connecting factors test — Stress placed on employee's residence as connecting factor in Revenue Canada "Guidelines" may require amendment — Crown's argument employer's location only weak connecting factor, plaintiff having contracted with him for tax advantage, rejected — Indians, like others, may arrange affairs so as to reduce tax burden — Plaintiff's employment

Impôt sur le revenu — Exemptions — Indiens — Le revenu d'emploi d'une Indienne de la réserve de Rama, qui travaille dans un centre de santé pour autochtones situé à Toronto, est-il exempt d'impôt parce qu'il est «situé sur une réserve» (Loi sur les indiens, art. 87)? — L'employeur est un Indien qui fait affaire dans la réserve des Six nations de la rivière Grand — Historique de la position du ministère public et de l'interprétation jurisprudentielle de l'art. 87 — But de l'art. 87 — Lieu où est situé le revenu d'emploi — Règle de la résidence du débiteur — Critère des facteurs de rattachement — L'importance accordée à la résidence de l'employé en tant que facteur de rattachement dans les «lignes directrices» de Revenu Canada pourrait être modifiée — L'argument du ministère public selon lequel la

income tax exempt as located on reserve.

The plaintiff is an Ojibway of the Rama Indian Band living in Toronto. She has been working for Anishnawbe Health Toronto (AHT), a Native health centre, since 1993 through an Indian employer named Roger Obonsawin who carried on business as sole proprietor of a Native employment agency called Native Leasing Services (NLS). Mr. Obonsawin resided and carried on his business on the Six Nations of the Grand River reserve in southern Ontario. The agency had entered into a contract with AHT in 1992. The plaintiff contracted with NLS in order to take advantage of section 87 of the *Indian Act* and thus be exempt from income tax. The Crown, however, has assessed the plaintiff on the basis that her employment income from NLS for the taxation years 1995 and 1996 was taxable.

The plaintiff maintained that she was not required to pay income tax on her employment income for those years because that income was “situated on a reserve” within the meaning of section 87 of the *Indian Act*.

The issue was framed as a question of law under *Federal Court Rules (1998)*, rule 220, based upon a statement of agreed facts.

Held, the question should be answered in plaintiff’s favour.

Section 87 exempts from taxation all personal property of an Indian situated on a reserve. The purpose of section 87 of the *Indian Act* “is simply to insulate the property interests of Indians in their reserve lands from the intrusions and interference of the larger society so as to ensure that Indians are not dispossessed of their entitlements”: *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85. It is well settled that employment income is personal property: *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29. Before 1972, the Crown’s position was that employment income of an Indian was exempt from taxation only if the Indian lived and worked on a reserve. In 1972, the Crown issued an interpretation Bulletin shifting the focus to the place where the duties of employment were performed. Later still, the focus became the location of the employer: *R. v. National Indian Brotherhood*, [1979] 1 F.C. 103 (T.D.). However, in *Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877, it was held that the *situs* of income should be determined by balancing all the connecting factors on a case-by-case basis in light of three considerations: the purpose of the exemption under the

résidence de l’employeur n’est qu’un faible facteur de rattachement et que la demanderesse a signé un contrat avec lui en raison des avantages fiscaux est rejeté — Les Indiens, comme les autres, peuvent organiser leurs affaires de façon à réduire leur fardeau fiscal — Le revenu d’emploi de la demanderesse est exempt d’impôt parce qu’il est situé sur une réserve.

La demanderesse est une Ojibway de la bande indienne de Rama, qui vit à Toronto. Depuis 1993, elle travaille au Anishnawbe Health Toronto (AHT), un centre de santé pour autochtones; son employeur est un Indien s’appelant Roger Obonsawin, qui exploite, à titre de propriétaire unique, une agence de placement pour autochtones portant le nom de Native Leasing Services (NLS). M. Obonsawin réside et fait affaire dans la réserve des Six nations de la rivière Grand, située dans le sud de l’Ontario. L’agence a passé un contrat avec AHT en 1992. La demanderesse a signé un contrat avec NLS afin de bénéficier de l’article 87 de la *Loi sur les Indiens* et d’être donc exemptée d’impôt sur le revenu. Le ministère public, toutefois, a émis un avis de cotisation à l’endroit de la demanderesse sur la base que son revenu d’emploi gagné chez NLS pendant les années d’imposition 1995 et 1996 est imposable.

La demanderesse prétend qu’elle n’a pas à payer d’impôt quant à son revenu d’emploi pour ces années parce que ce revenu était «situ[é] sur une réserve» au sens de l’article 87 de la *Loi sur les Indiens*.

La question a été présentée sous la forme d’une question portant sur un point de droit, en vertu de la règle 220 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, fondée sur un exposé conjoint des faits.

Jugement: la question doit recevoir une réponse en faveur de la demanderesse.

L’article 87 exempte de taxation tous les biens d’un Indien situés sur une réserve. Le but de l’article 87 de la *Loi sur les Indiens* «est simplement de protéger des ingérences et des entraves de la société en général les droits de propriété des Indiens sur leurs terres réservées pour veiller à ce que ceux-ci ne soient pas dépouillés de leurs droits»: *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85. Il est bien établi qu’un revenu d’emploi est un bien meuble: *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29. Avant 1972, le ministère public soutenait que le revenu d’emploi d’un Indien était exempt de taxation seulement si l’Indien en question vivait et travaillait dans une réserve. En 1972, le ministère public a émis un Bulletin d’interprétation qui a déplacé le point central au lieu où le travail était exécuté. Par la suite, toutefois, le point central est devenu le lieu de résidence de l’employeur: *R. c. National Indian Brotherhood*, [1979] 1 C.F. 103 (1^{re} inst.). Cependant, dans l’arrêt *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877, il a été décidé que le *situs* du revenu devrait être déterminé en s’inspirant de tous les facteurs de rattachement au cas par cas en

Indian Act; the type of property in question; the nature of the taxation of that property. The question with regard to each connecting factor is what weight should be given to that factor in determining whether the tax would amount to the erosion of the entitlement of the Indian *qua* Indian with respect to that property. The *Williams* case left open the possibility that there may be situations where the connecting factors test leads to the same result as the situs-of-the-debtor rule.

Revenue Canada guidelines are not law, nor do they purport to be law and should not be read as though they were. They may require amendment in that they place undue stress on an employee's residence as a connecting factor.

Counsel for the Crown agreed that residence of the employee was irrelevant herein. For many Indians, residence off the reserve is not a choice taken willingly, but one compelled by circumstances rooted in the social and economic disadvantages of life on some reserves. The determination of the location of employment income for the purposes of section 87 should not depend in any way upon the location of the employee's residence, or the employee's personal and family connections to a reserve. There is no logical connection between those personal characteristics and employment relationship, or the location of employment income for purposes of section 87.

The fact that the income is earned as a result of performing services for Native people should not be considered a connecting factor because it does not recognize the need for a connection to the reserve as a physical place. However, if the benefit to a reserve is to be taken into account, the advantage to NLS, a reserve-based business, must be considered to be a factor that connects the plaintiff's employment income to a reserve.

Both parties were in agreement that the location of the employer should be a connecting factor. The fact that the plaintiff became an employee of NLS for the tax advantages should not diminish the weight of this connecting factor. It is well established that taxpayers can arrange their affairs in a particular way for the sole purpose of deliberately availing themselves of tax reduction devices in the *Income Tax Act*. Furthermore, it is not relevant that the reserve in question is the Six Nations of the Grand River reserve, where Mr. Obonsawin and NLS are located, rather than the Rama reserve. Section 87 refers to property situated on "a reserve", not "the reserve", nor "the reserve belonging to the band of which the Indian is a member". What is relevant is that because of her choice of employer, the plaintiff cannot look to anyone but Mr. Obonsawin, who is located on the reserve, for payment of her salary.

tenant compte de trois choses: l'objet de l'exemption prévue dans la *Loi sur les Indiens*, le genre de bien en cause et la nature de l'imposition de ce bien. Il s'agit de déterminer, relativement à chaque facteur de rattachement, le poids qui devrait lui être accordé pour décider si l'imposition en cause de ce type de bien représenterait une atteinte aux droits de l'Indien en tant qu'Indien sur une réserve. L'arrêt *Williams* laisse place à la possibilité que, dans certains cas, le critère des facteurs de rattachement apporte le même résultat que la règle de la résidence du débiteur.

Les lignes directrices de Revenu Canada n'ont pas force de loi, ne prétendent pas avoir force de loi et ne devraient pas être lues comme si elles avaient force de loi. Elles pourraient devoir être modifiées parce qu'elles accordent une importance indue à la résidence de l'employé en tant que facteur de rattachement.

L'avocat du ministère public a reconnu que le lieu de résidence de l'employé n'était pas pertinent en l'espèce. Pour plusieurs Indiens, le choix de résider à l'extérieur de la réserve n'est pas voulu, mais forcé par des événements se produisant à cause des inconvénients sociaux et économiques de la vie sur certaines réserves. La détermination de l'emplacement du revenu d'emploi pour l'application de l'article 87 ne devrait aucunement relever du lieu de résidence de l'employé ou de ses liens personnels et sociaux avec la réserve. Il n'existe aucun lien logique entre ces caractéristiques personnelles et la relation d'emploi ou avec l'emplacement du revenu d'emploi pour l'application de l'article 87.

Le fait que le revenu gagné provienne de la prestation de services à des personnes autochtones ne devrait pas être considéré comme un facteur de rattachement parce que cela ne nécessite pas un rattachement avec la réserve comme lieu physique. Toutefois, s'il doit être tenu compte du bénéfice apporté à une réserve, l'avantage apporté à NLS, une entreprise située dans une réserve, doit être considéré comme un facteur qui relie le revenu d'emploi de la demanderesse à une réserve.

Les parties sont d'accord pour dire que la résidence de l'employeur devrait être un facteur de rattachement. Le fait que la demanderesse est devenue une employée de NLS en raison des avantages fiscaux ne devrait pas diminuer le poids de ce facteur de rattachement. Il est bien établi que les contribuables peuvent organiser leurs affaires d'une façon particulière dans le seul but de se prévaloir délibérément des mécanismes de réduction de l'impôt prévus dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En outre, le fait que la réserve en cause soit celle des Six nations de la rivière Grand, où M. Obonsawin et NLS ont leur résidence, plutôt que celle de Rama, n'est pas pertinent. L'article 87 fait référence aux biens situés sur «une réserve» et non pas sur «la réserve» ou «la réserve appartenant à la bande dont l'Indien[ne] est membre». Ce qui est pertinent est que, parce qu'elle a choisi cet employeur, la demanderesse ne peut se tourner vers

The place of payment of the plaintiff's salary is irrelevant.

The most important factor to be taken into account in determining the location of the plaintiff's employment income is the location of the employer. Because of the substantive legal and economic consequences of her employment relationship, that factor is entitled to considerable weight. Plaintiff's employer is located on a reserve and that circumstance favours the conclusion that her employment income is located on a reserve.

A related factor that points to a location on the reserve is the fact that plaintiff's work benefits the business of her employer, which is a reserve-based business.

The plaintiff's employment income is located on a reserve, and is exempt from income tax by virtue of section 87 of the *Indian Act*.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 15(1).
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 220.
Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11.
Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 87.
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 2(1) "band", "Indian", 87.
Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Mitchell v. Peguis Indian Band (La Forest J. as to the applicable principles of interpretation), [1990] 2 S.C.R. 85; (1990), 71 D.L.R. (4th) 193; [1990] 5 W.W.R. 97; 67 Man. R. (2d) 81; [1990] 3 C.N.L.R. 46; 110 N.R. 241; 3 T.C.T. 5219; *Union of New Brunswick Indians v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [1998] 1 S.C.R. 1161; (1998), 200 N.B.R. (2d) 201; 161 D.L.R. (4th) 193; 512 A.P.R. 201; [1998] 3 C.N.L.R. 295; 98 G.T.C. 6247; 227 N.R. 92; *Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877; (1992), 90 D.L.R. (4th) 129; 41 C.C.E.L. 1; [1992] 3 C.N.L.R. 181; [1992] 1 C.T.C. 225; 92 DTC 6320; 136 N.R. 161; *Neuman v. M.N.R.*, [1998] 1 S.C.R. 770; (1998), 159 D.L.R. (4th) 1; [1998] 3 C.T.C. 177; 98 DTC 6297; 225 N.R. 190.

personne d'autre que M. Obonsawin, qui réside sur la réserve, afin d'obtenir son salaire.

Le lieu du paiement du salaire de la demanderesse n'est pas pertinent.

Le facteur le plus important dont il doit être tenu compte pour déterminer l'emplacement du revenu d'emploi de la demanderesse est la résidence de son employeur. En raison des conséquences juridiques et économiques non négligeables de sa relation d'emploi, il est accordé beaucoup de poids à ce facteur. L'employeur de la demanderesse réside sur une réserve, ce qui appuie la conclusion que son revenu d'emploi est situé dans une réserve.

Un autre facteur qui permet de relier le revenu à la réserve est le fait que le travail de la demanderesse bénéficie à l'entreprise de son employeur, qui est une entreprise située sur une réserve.

Le revenu d'emploi de la demanderesse est situé sur une réserve et est exempt d'impôt sur le revenu en vertu de l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 15(1).
Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, ch. 48.
Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11.
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2(1) «bande», «Indien», 87.
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, ch. I-6, art. 87.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 220.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Mitchell c. Bande indienne Peguis (juge La Forest, quant aux principes d'interprétation applicables), [1990] 2 R.C.S. 85; (1990), 71 D.L.R. (4th) 193; [1990] 5 W.W.R. 97; 67 Man. R. (2d) 81; [1990] 3 C.N.L.R. 46; 110 N.R. 241; 3 T.C.T. 5219; *Union of New Brunswick Indians c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [1998] 1 R.C.S. 1161; (1998), 200 N.B.R. (2d) 201; 161 D.L.R. (4th) 193; 512 A.P.R. 201; [1998] 3 C.N.L.R. 295; 98 G.T.C. 6247; 227 N.R. 92; *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877; (1992), 90 D.L.R. (4th) 129; 41 C.C.E.L. 1; [1992] 3 C.N.L.R. 181; [1992] 1 C.T.C. 225; 92 DTC 6320; 136 N.R. 161; *Neuman c. M.R.N.*, [1998] 1 R.C.S. 770; (1998), 159 D.L.R. (4th) 1; [1998] 3 C.T.C. 177; 98 DTC 6297; 225 N.R. 190.

DISTINGUISHED:

Canada v. Folster, [1997] 3 F.C. 269; (1997), 148 D.L.R. (4th) 314; [1997] 3 C.T.C. 157; 97 DTC 5315; 212 N.R. 342 (C.A.); *Recalma v. Canada*, [1998] 3 C.N.L.R. 279; [1998] 2 C.T.C. 403; (1998), 98 DTC 6238; 232 N.R. 7 (F.C.A.).

CONSIDERED:

R. v. National Indian Brotherhood, [1979] 1 F.C. 103; (1978), 92 D.L.R. (3d) 333; 9 C.N.L.C. 268; [1978] CTC 680; 78 DTC 6488 (T.D.); *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41.

REFERRED TO:

Corbière v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs) (1999), 173 D.L.R. (4th) 1 (S.C.C.); *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; *McClurg v. Canada*, [1990] 3 S.C.R. 1020; (1990), 76 D.L.R. (4th) 217; [1991] 2 W.W.R. 244; [1991] 1 C.T.C. 169; 91 DTC 5001; 119 N.R. 101; *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312; (1994), 94 DTC 6314; 168 N.R. 16; *Hickman Motors Ltd. v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 336; (1997), 148 D.L.R. (4th) 1; [1998] 1 C.T.C. 213; 97 DTC 5363; 213 N.R. 81; *Duha Printers (Western) Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 795; (1998), 159 D.L.R. (4th) 457; 39 B.L.R. (2d) 1; [1998] 3 C.T.C. 303; 98 DTC 6334; 225 N.R. 241.

AUTHORS CITED

Canada. Department of National Revenue. Taxation. *Interpretation Bulletin* IT-62, August 18, 1972.
 Cheshire, G. C. *Private International Law*, 10th ed. by P. M. North. London: Butterworths, 1979.
Nouveau Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française (Le), Paris: Dictionnaire Le Robert, 1993.
Shorter Oxford English Dictionary, Vol. II, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press, 1973.

DETERMINATION of a question of law under rule 220 of the *Federal Court Rules, 1998* as to whether plaintiff, an Indian working at a Toronto native health centre but employed by an Indian employment agency situated on a reserve, is entitled to income tax exemption by operation of section 87 of the *Indian Act*. Plaintiff is entitled to the exemption.

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Canada c. Folster, [1997] 3 C.F. 269; (1997), 148 D.L.R. (4th) 314; [1997] 3 C.T.C. 157; 97 DTC 5315; 212 N.R. 342 (C.A.); *Recalma c. Canada*, [1998] 3 C.N.L.R. 279; [1998] 2 C.T.C. 403; (1998), 98 DTC 6238; 232 N.R. 7 (C.A.F.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

R. c. National Indian Brotherhood, [1979] 1 C.F. 103; (1978), 92 D.L.R. (3d) 333; 9 C.N.L.C. 268; [1978] CTC 680; 78 DTC 6488 (1^{re} inst.); *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41.

DÉCISIONS CITÉES:

Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord) (1999), 173 D.L.R. (4th) 1 (C.S.C.); *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; *McClurg c. Canada*, [1990] 3 R.C.S. 1020; (1990), 76 D.L.R. (4th) 217; [1991] 2 W.W.R. 244; [1991] 1 C.T.C. 169; 91 DTC 5001; 119 N.R. 101; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312; (1994), 94 DTC 6314; 168 N.R. 16; *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336; (1997), 148 D.L.R. (4th) 1; [1998] 1 C.T.C. 213; 97 DTC 5363; 213 N.R. 81; *Duha Printers (Western) Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 795; (1998), 159 D.L.R. (4th) 457; 39 B.L.R. (2d) 1; [1998] 3 C.T.C. 303; 98 DTC 6334; 225 N.R. 241.

DOCTRINE

Canada. Ministère du Revenu national. Impôt. *Bulletin d'interprétation* IT-62, 18 août 1972.
 Cheshire, G. C. *Private International Law*, 10th ed. by P. M. North. London: Butterworths, 1979.
Nouveau Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française (Le), Paris: Dictionnaire Le Robert, 1993.
Shorter Oxford English Dictionary, Vol. II, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press, 1973.

DÉCISION sur un point de droit en vertu de la règle 220 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* quant à savoir si la demanderesse, une Indienne qui travaille dans un centre de santé pour autochtones situé à Toronto mais dont l'employeur est une agence de placement pour autochtones située sur une réserve, a droit, par application de l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*, à une exemption d'impôt sur le revenu. La demanderesse a droit à l'exemption.

APPEARANCES:

Leslie J. Pinder and Clarine Ostrove for plaintiff.

Paul E. Plourde and François Bordeleau for defendant.

SOLICITORS OF RECORD:

Leslie J. Pinder, Vancouver, for plaintiff.

Deputy Attorney General of Canada for defendant.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] SHARLOW J.: The plaintiff Rachel Shilling claims that she is not required to pay income tax on her employment income for the years 1995 and 1996 because that income was “situated on a reserve” within the meaning of section 87 of the *Indian Act* [R.S.C., 1985, c. I-5].

[2] The issue has been framed as a question of law under rule 220 [*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106], based on a statement of agreed facts and a transcript from the examination for discovery of the plaintiff.

The Facts

[3] Ms. Shilling is an “Indian” as defined in the *Indian Act* [subsection 2(1)] and a member of the Rama Band, which is a “band” as defined in the *Indian Act* [subsection 2(1)]. The members of the Rama Band are Ojibway. The Rama Band has a reserve near Orillia, Ontario. The statement of agreed facts says, at paragraph 2:

The plaintiff’s personal identity is connected to her being a member of the Band and of her First Nation.

[4] This statement is further explained in the following excerpt from the examination for discovery of Ms. Shilling:

ONT COMPARU:

Leslie J. Pinder et Clarine Ostrove pour la demanderesse.

Paul E. Plourde et François Bordeleau pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Leslie J. Pinder, Vancouver, pour la demanderesse.

Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

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

[1] LE JUGE SHARLOW: La demanderesse, Rachel Shilling, prétend qu’elle n’a pas à payer d’impôt quant à son revenu d’emploi pour les années 1995 et 1996 parce que ce revenu était «situ[é] sur une réserve» au sens de l’article 87 de la *Loi sur les Indiens* [L.R.C. (1985), ch. I-5].

[2] Le point litigieux a été présenté sous forme de question de droit, en vertu de la règle 220 [*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106], sur la base d’un exposé conjoint des faits et de la transcription de l’interrogatoire préalable de la demanderesse.

Les faits

[3] M^{me} Shilling est une «Indien[ne]» suivant la définition donnée dans la *Loi sur les Indiens* [paragraphe 2(1)], et est membre de la bande de Rama, qui est une «bande» suivant la définition donnée dans la *Loi sur les Indiens* [paragraphe 2(1)]. Les membres de la bande de Rama sont des Ojibways. La bande de Rama vit dans une réserve située à Orillia (Ontario). L’exposé conjoint des faits énonce, au paragraphe 2:

[TRADUCTION] L’identité personnelle de la demanderesse est pléiée au fait d’être membre de la bande et de sa première nation.

[4] Cette affirmation est expliquée plus en profondeur dans l’extrait de l’interrogatoire préalable de M^{me} Shilling qui suit:

11. THE DEPONENT: My mother and father were both raised on the Rama reserve, except for the time my mother was in a residential school. That is part of our community. That is where I grew up, and that is where I am from.

BY MR. PLOURDE:

12. Q. Would it be fair to say that you consider yourself first and foremost a Native person? Is that what you are trying to convey in that paragraph?

A. M'hmm. That has been what we were taught. That is what was instilled upon us, that we were first part of the Shilling group on my community, then we were part of the Ojibway group, which . . . I don't know how to explain it. The people on my reserve were like first cousins and the Ojibway nation, which was all along the Great Lakes of Canada and United States, are like second cousins, so that is how we were always . . . thought of it.

13. Q. When you refer to being a member of the Band, are you referring to being an Ojibway, or is that a different concept?

A. Ojibway . . . when I am in Toronto and I meet other Ojibway persons, they are like a brother and a brother, like a sister to us, even though they may not be from Rama; then when you meet someone from Rama, it is even tighter. Like, it is . . .

14. Q. So the Band relates to the Rama reserve, itself?

A. To my community, yes.

15. Q. Okay.

A. And we are all Ojibway, so we think that we have relatives all over, and they are all Ojibway people. So you go to Minnesota, you can go to Sault Ste. Marie, Ontario, and those are your cousins.

16. Q. So that is a big family?

A. Yes, yes.

[5] Ms. Shilling was born in 1951 and lived on the Rama reserve for the first 20 years of her life, with her parents and 11 siblings. Her reasons for moving to Toronto are explained in her examination for discovery:

A. My mother grew up in a residential school. She went to a residential school at the age of 5, and she was there until she was 21, I believe. No probably about 19. All the

[TRADUCTION]

11. [. . .] LA DÉPOSANTE: Ma mère et mon père ont été élevés dans la réserve de Rama, sauf pour la période où ma mère était au pensionnat. C'est une partie de notre communauté. C'est là que j'ai grandi, et c'est de là que je viens.

PAR M. PLOURDE:

12. Q. Serait-il juste de dire que vous vous considérez d'abord et avant tout comme une autochtone? Est-ce là le message que vous tentez de communiquer dans ce paragraphe?

R. M'hmm. C'est ce qui nous a été enseigné. C'est ce qui nous a été entré dans la tête, que nous faisons d'abord partie du groupe des Shilling dans ma communauté, puis du groupe des Ojibways, qui [. . .] je ne sais pas comment l'expliquer. Les gens à ma réserve étaient comme nos cousins au premier degré et la nation Ojibway, qui s'étend le long des Grands Lacs au Canada et aux États-Unis, sont comme des cousins au second degré, et c'est comme ça que nous avons été toujours [. . .] que nous pensions.

13. Q. Quand vous dites que vous êtes membre de la bande, voulez-vous dire que vous êtes une Ojibway, ou est-ce un concept différent?

R. Ojibway [. . .] quand je suis à Toronto et que je rencontre d'autres Ojibways, ils sont comme des frères pour moi et un frère, comme une sœur pour nous, même s'ils ne viennent pas de Rama; et quand tu rencontres quelqu'un de Rama, c'est encore plus proche. C'est comme [. . .]

14. Q. Donc, quand vous dites la «bande», cela se rapporte à la réserve de Rama même?

R. À ma communauté, oui.

15. Q. D'accord.

R. Et nous sommes tous Ojibways, donc nous pensons que nous avons de la famille partout, et ils sont tous des Ojibways. De cette façon, tu vas au Minnesota, tu peux aller à Sault Ste. Marie (Ontario), et ces gens-là sont tes cousins.

16. Q. Donc, c'est une grande famille?

R. Oui, oui.

[5] M^{me} Shilling est née en 1951 et a habité la réserve de Rama pendant les 20 premières années de sa vie, avec ses parents et leurs 11 autres enfants. Les raisons pour lesquelles elle est allée vivre à Toronto sont expliquées dans son interrogatoire préalable:

[TRADUCTION]

R. Ma mère a grandi dans un pensionnat. Elle est allée à un pensionnat à l'âge de cinq ans, et elle y a été jusqu'à l'âge de 21 ans, je crois. Non, probablement 19. Durant tout

time that I was growing up on the reserve, I am the 11th of 12 kids, and by the time I started asking questions, the way she answered things was, "I don't know what your traditions are. I know what they teach you in the church and in schools is not the answer, but I don't know what to tell you, so you are going to have to go out and find that out on your own".

The church had a very strong influence in my community and I wasn't encouraged to attend any of the things that were happening on the reserve. But she always told me that, "Find out what it is. Find out what your culture is. I can't teach you, but it is out there somewhere."

So when I came to Toronto, the people who had the strongest traditions were the Mohawk people, and they are the ones who are sharing a lot of those teachings here in Toronto, and I would often ask about the Ojibway traditions, and no one could tell me. That includes my community and the community of Toronto, so I sort of took up the traditions of the Mohawk people and I spent a lot of time with the elders and they helped me to raise my son.

5. Q. You indicate that that is a reason. Are there other reasons that you felt you had to leave the reserve in '71?

A. Yes, there are lots of reasons.

6. Q. Again, I don't want to confuse you. There is a reference in the Statement of Claim, in paragraph 5, to a number of other reasons.

A. When I left, in '71, the reserve, I also had brothers and sisters who were, like adults, and they had their own families and they lived in Detroit, Windsor, London, Toronto area, so I spent a lot of time with my family members and another one . . . that is why I came to Toronto was, there was so many people in Toronto to look after me, and employment opportunities, of course, because there were . . . the opportunities on my reserve were next to nothing. All of the jobs that were available on the reserve were filled by non-Native people.

[6] Ms. Shilling has a son, born in 1972. In 1979, she decided to move back to the Rama reserve to introduce her son to the community and Ojibway traditions, which were starting to be revitalized around that time. Ms. Shilling was able to find work on the Rama reserve. While working there she lived on the Rama reserve, except for the first 6 months, when she lived in Orillia while waiting for accommodation on the reserve to become available.

[7] When Ms. Shilling moved back to Toronto in 1985, it was to remove her son from some negative

le temps où je grandissais à la réserve, je suis la onzième de douze enfants, et quand j'ai commencé à poser des questions, la façon dont elle répondait était: «Je ne sais pas ce que sont vos traditions. Je sais que ce qu'ils t'enseignent à l'église et dans les écoles n'est pas la réponse, mais je ne sais pas quoi te dire, alors tu devras sortir et aller le trouver par toi-même».

L'église avait une très grande influence dans ma communauté et on ne m'a pas encouragée à participer à ce qui se passait à la réserve. Mais elle m'a toujours dit: «Trouve ce que c'est. Trouve ce qu'est ta culture. Je ne peux pas te l'apprendre, mais c'est là-bas, quelque part.»

Donc, quand je suis venue à Toronto, les gens qui avaient les plus fortes traditions étaient les Mohawks, et ce sont eux qui partagent le plus ces enseignements à Toronto, et j'ai souvent posé des questions à propos des traditions Ojibways, et personne ne savait. Cela comprend ma communauté et celle de Toronto, donc j'ai comme pris les traditions Mohawks et j'ai passé beaucoup de temps avec les aînés, et ils m'ont aidé à élever mon fils.

5. Q. Vous dites que cela était une raison. Y a-t-il d'autres raisons qui ont fait que vous ressentiez le besoin de partir de la réserve en '71?

R. Oui. Il y a plusieurs raisons.

6. Q. Encore une fois, je ne veux pas vous embrouiller. Il y a une référence dans la déclaration, au paragraphe 5, à plusieurs autres raisons.

R. Quand j'ai quitté la réserve en '71, j'avais aussi des frères et des sœurs qui étaient adultes; ils avaient leurs propres familles et vivaient à Détroit, Windsor, London, dans la région de Toronto; donc j'ai passé beaucoup de temps avec les membres de ma famille et d'autres [. . .] c'est pourquoi je suis venue à Toronto, il y avait tellement de gens pour s'occuper de moi, des possibilités d'emploi, bien sûr, parce qu'il y avait [. . .] les possibilités à ma réserve étaient presque inexistantes. Tous les emplois qui étaient disponibles à la réserve étaient pris par des non-autochtones.

[6] M^{me} Shilling a un fils qui est né en 1972. En 1979, elle a décidé de retourner vivre dans la réserve de Rama pour initier son fils à la communauté et aux traditions ojibways, qui commençaient alors à se revivifier. M^{me} Shilling a pu se trouver un emploi dans la réserve de Rama. Pendant le temps où elle a travaillé, elle a vécu dans la réserve, sauf pour les six premiers mois, où elle a vécu à Orillia en attendant de trouver un logement dans la réserve.

[7] Quand M^{me} Shilling est retournée à Toronto en 1985, c'était pour sortir son fils de la réserve de Rama

influences to which he was exposed on the Rama reserve.

[8] Since 1985 Ms. Shilling has lived in Toronto and has worked there, except for a short period of time in 1989 when she received unemployment insurance benefits and a period of approximately six months, from October 1992 to March 1993, when she received disability insurance benefits.

[9] Although Ms. Shilling has lived for long periods in Toronto, she has always maintained substantial connections with her family and her community on the Rama reserve, which she considers her home. She inherited from her grandfather a certificate of occupancy for 6 acres of land on the Rama reserve. She is related to approximately 30% of the people on the reserve. She goes there approximately every second weekend, staying with relatives or, in summer, camping out. She contributes in various ways to community life on the Rama reserve.

[10] Throughout her career, Ms. Shilling has chosen work that involves providing services to Native people and organizations. That is true of substantially all of her paid work, including her work on the Rama reserve between 1984 and 1989, and her work in Toronto before and after that time. She has also helped to establish and manage several organizations in Toronto that serve Native people.

[11] Ms. Shilling's employer since 1993 has been Roger Obonsawin, who carries on business as sole proprietor under the name Native Leasing Services (NLS). Mr. Obonsawin is a Mohawk and an "Indian" as defined in the *Indian Act*. He resides and carries on his business on the Six Nations of the Grand River reserve in southern Ontario.

[12] The statement of agreed facts does not disclose the location of Mr. Obonsawin's assets except that the head office of NLS is located on the Six Nations of the Grand River reserve and a bank account is maintained for NLS at a branch of the Canadian Imperial

car il y était sujet à de mauvaises influences.

[8] Depuis 1985, M^{me} Shilling a vécu à Toronto et y a travaillé, sauf pendant une courte période en 1989, où elle a touché des prestations d'assurance-emploi et une autre période d'environ six mois, d'octobre 1992 à mars 1993, où elle a touché des primes d'assurance-invalidité.

[9] Bien que M^{me} Shilling ait vécu pendant de longues périodes à Toronto, elle a toujours gardé de nombreux liens avec sa famille et sa communauté dans la réserve de Rama, qu'elle considère comme son foyer. Elle a hérité de son grand-père un certificat d'occupation d'un terrain de 6 acres situé sur la réserve de Rama. Elle a des liens familiaux avec environ trente pour cent des habitants de la réserve. Elle s'y rend environ à toutes les deux semaines et elle demeure chez des parents ou, l'été, elle fait du camping. Elle contribue de diverses façons à la vie de la réserve de Rama.

[10] Tout au long de sa carrière, M^{me} Shilling a choisi d'occuper des emplois dans le domaine des services aux personnes et aux organismes autochtones. C'est le cas de presque tous les emplois rémunérés qu'elle a occupés, y compris son emploi dans la réserve de Rama de 1984 à 1989, et son emploi à Toronto avant et après cette période. Elle a aussi participé à la création et à la gestion de plusieurs organismes au service des personnes autochtones à Toronto.

[11] Depuis 1993, M^{me} Shilling est employée par Roger Obonsawin, propriétaire unique d'une entreprise qui fait affaire sous le nom de Native Leasing Service (NLS). M. Obonsawin est un Mohawk et un «Indien» tel que défini dans la *Loi sur les Indiens*. Il réside et fait affaire dans la réserve des Six nations de la rivière Grand, située dans le sud de l'Ontario.

[12] L'exposé conjoint des faits ne traite pas de l'emplacement des biens mais mentionne que le bureau principal de NSL est situé dans la réserve des Six nations de la rivière Grand et que NSL a un compte bancaire dans une succursale de la CIBC

Bank of Commerce located on the nearby reserve at Mississauga of New Credit. For purposes of this proceeding, the Crown has admitted that NLS and its owner, Mr. Obonsawin, are located on the Six Nations of the Grand River reserve.

[13] In 1992, NLS entered into a contract with Anishnawbe Health Toronto (AHT), a native health centre in Toronto, under which NLS places employees with AHT.

[14] AHT was established in 1987. Its focus is preventive health care. It is committed to the recovery of native people through traditional healing, which is the core of the operation. In this regard it holds ceremonies and assists in seasonal fasting. It also provides some western health care services.

[15] AHT maintains significant and necessary links with many reserve communities, which are the source of traditional medicines and the location for certain ceremonies and other aspects of the healing process that cannot be done in an urban environment. Those communities include Ojibway, Mohawk and other groups with reserves in different parts of Ontario, but not the Rama Band. The clientele of AHT consists primarily of native people.

[16] In 1993, Ms. Shilling found work at AHT. She was told that she would have the option of contracting with NLS. She knew Mr. Obonsawin and was familiar with his work in promoting the interests of native people. She chose that option in order to take advantage of section 87 of the *Indian Act*.

[17] Ms. Shilling's contract with NLS was entered into on March 8, 1993. It initially provided her with a salary of \$22.50 per hour. The contract was revised on April 18, 1994 to provide for an annual salary of \$32,000. The contract was amended twice, increasing her salary to \$46,800 per year effective April 18, 1994 and decreasing it effective December 5, 1994 to \$41,754 per year.

située tout près, dans la réserve Mississauga de New Credit. Aux fins de la présente affaire, la Couronne a admis que NSL et son propriétaire, M. Obonsawin, résidaient dans la réserve des Six nations de la rivière Grand.

[13] En 1992, NLS a passé un contrat selon lequel NLS fournissait des employés à Anishnawbe Health Toronto (AHT), un centre de santé pour autochtones situé à Toronto.

[14] AHT a été créé en 1987. AHT concentre ses activités sur les soins de santé préventifs et la guérison des personnes autochtones par les soins traditionnels, qui sont le cœur de l'organisme. À cet égard, AHT tient des cérémonies et apporte son aide lors de jeûnes saisonniers. L'organisme offre aussi des soins de santé occidentaux.

[15] AHT conserve des liens importants et nécessaires avec les communautés de plusieurs réserves, qui sont la source des médecines traditionnelles et l'endroit où se déroulent certaines cérémonies et d'autres aspects du processus de guérison qui ne peuvent se faire dans un environnement urbain. Ces communautés incluent des Ojibways, des Mohawks et d'autres groupes dans des réserves situées à différents endroits en Ontario, mais n'incluent pas la bande de Rama. La clientèle de AHT est principalement autochtone.

[16] En 1993, M^{me} Shilling s'est trouvé un emploi à AHT. On leur a dit qu'elle aurait le choix de signer un contrat avec NLS. Elle connaissait M. Obonsawin et elle savait qu'il s'occupait de promouvoir les intérêts des personnes autochtones. Elle a choisi cette dernière option afin de bénéficier de l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*.

[17] Le contrat entre M^{me} Shilling et NLS a été conclu le 8 mars 1993. Initialement, le contrat prévoyait un salaire horaire de 22,50 \$. Le contrat a été modifié le 18 avril 1994 pour prévoir un salaire de 32 000 \$ par année. Le contrat a été modifié deux fois, augmentant d'abord son salaire à 46 800 \$ par année à compter du 18 avril 1994, puis le réduisant à 41 754 \$ par année à compter du 5 décembre 1994.

[18] Ms. Shilling's salary is paid to her by a transfer of funds from the NLS bank account at a bank on the reserve at Mississauga of New Credit. Initially the money was transferred to Ms. Shilling's account in a branch of Canada Trust in Toronto. Since June 14, 1995, the money has been transferred to her account at a branch of the Toronto-Dominion Bank on the reserve at Walpole Island. From June of 1995 that was Ms. Shilling's only bank account.

[19] Ms. Shilling has provided various services to AHT. She began as coordinator for a training program for Native people and is now an acting program director.

[20] The duties of Ms. Shilling are carried out principally in Toronto, and generally are aimed at assisting Native people in crisis to reconnect with their culture, and providing support in their healing process. She has organized camping trips to reserves, usually the Stoney Point reserve, which are held twice annually. During these trips AHT's clients meet with elders and engage in the sweat lodge. She has taken people to monthly sweats on reserves, organized by AHT. These trips last 12 to 13 hours each.

[21] Ms. Shilling was also responsible for coordinating a group of parents to start a Head Start program, to prepare Aboriginal children for schooling and teach them about their heritage. It is not clear whether that was done in the course of her employment, or as a volunteer.

[22] Although Ms. Shilling's services are provided to AHT and are aimed at assisting AHT's clients, the Crown does not contend that she is an employee of AHT. The statement of agreed facts says that she is an employee of NLS.

[23] For the taxation years 1993 and 1994, Ms. Shilling was not required to pay tax on her

[18] Le salaire de M^{me} Shilling lui est versé par transfert bancaire de fonds provenant du compte bancaire situé dans la réserve Mississauga de New Credit. Au départ, l'argent était transféré dans le compte de M^{me} Shilling, dans une succursale de la Canada Trust à Toronto. Depuis le 14 juin 1995, l'argent est transféré dans son compte d'une succursale de la Banque Toronto-Dominion, située dans la réserve de Walpole Island. Depuis juin 1995, c'est le seul compte en banque que possède M^{me} Shilling.

[19] M^{me} Shilling a fourni différents services à AHT. Elle a débuté en tant que coordonnatrice d'un programme de formation pour les personnes autochtones et elle agit maintenant à titre de directrice intérimaire du programme.

[20] M^{me} Shilling remplit principalement ses fonctions à Toronto, qui consistent la plupart du temps à aider des personnes autochtones en crise à rétablir le contact avec leur culture; elle apporte aussi son support aux personnes qui suivent le processus de guérison. Elle a organisé des voyages de camping dans des réserves qui ont lieu deux fois par année, habituellement dans la réserve de Stoney Point. Pendant ces voyages, les clients de AHT rencontrent des aînés et participent à des sueries. Elle a amené des gens à des sueries mensuelles organisées par AHT dans des réserves. Chacun de ces voyages dure 12 ou 13 heures.

[21] M^{me} Shilling était aussi responsable de la coordination d'un groupe de parents afin de mettre sur pied un programme Bon départ, pour préparer les jeunes enfants autochtones aux études scolaires et leur fournir un enseignement sur leur patrimoine. Il n'est pas établi clairement si elle a fait cela dans le cadre de son travail ou en tant que bénévole.

[22] Même si les services de M^{me} Shilling sont fournis à AHT et visent à aider des clients d'AHT, la Couronne ne prétend pas que M^{me} Shilling soit une employée d'AHT. L'exposé conjoint des faits dit qu'elle est une employée de NLS.

[23] Pour les années d'imposition 1993 et 1994, M^{me} Shilling n'avait pas à payer d'impôt sur son

employment income from NLS because of a remission order issued under the *Financial Administration Act* [R.S.C., 1985, c. F-11]. However, that remission order does not apply for 1995 and 1996.

[24] Ms. Shilling filed income tax returns for 1995 and 1996. The Crown has assessed her on the basis that her employment income from NLS is taxable. Her objections to those assessments are being held in abeyance by agreement, pending the outcome of these proceedings.

The Law

[25] Section 87 exempts from taxation all personal property of an Indian situated on a reserve. This is one of the provisions in the *Indian Act* that is rooted in the Crown's obligation to protect the interest of Indians in reserve lands.¹ Other aspects of that obligation find expression in statutory constraints on the alienability of reserve lands, and statutory protection from seizure of property of an Indian situated on a reserve.

[26] It has not always been clear how section 87 should apply to income tax on employment income earned by an Indian. Before 1972, the Crown's position was that the employment income of an Indian was exempt from taxation only if the Indian lived and worked on a reserve.

[27] In 1972 the Crown adopted another position, as indicated by the *Interpretation Bulletin* IT-62 dated August 18, 1972 entitled "Indians".² Based on that bulletin, the focus became the place where the duties of employment were performed. The place of residence of the employee was irrelevant, as was the location of the employer.

[28] Later, the location of the employer became the focus because of the decision of Thurlow A.C.J. in *R. v. National Indian Brotherhood*, [1979] 1 F.C. 103 (T.D.). The issue in that case was whether income tax was payable on salaries earned by Indian employees

revenu d'emploi chez NLS en raison d'un décret de remise émis en vertu de la *Loi sur la gestion des finances publiques* [L.R.C. (1985), ch. F-11]. Cependant, ce décret de remise ne s'applique pas aux années 1995 et 1996.

[24] M^{me} Shilling a produit des déclarations de revenus pour les années 1995 et 1996. La Couronne a émis un avis de cotisation à son endroit sur la base que son revenu d'emploi gagné chez NLS est imposable. Ses contestations à l'encontre de ces avis de cotisation sont en suspens en raison d'une entente survenue entre les parties, en attente du résultat des présentes procédures.

Le droit applicable

[25] L'article 87 exempte de taxation tous les biens d'un Indien situés sur une réserve. Il s'agit d'une des dispositions de la *Loi sur les Indiens* qui prend racine dans l'obligation de la Couronne de protéger les intérêts des Indiens dans les réserves¹. D'autres aspects de cette obligation se retrouvent dans des contraintes législatives portant sur l'aliénabilité des réserves, ainsi que dans la protection législative contre la saisie de biens se trouvant dans une réserve.

[26] La façon d'appliquer l'article 87 à l'impôt sur le revenu d'emploi gagné par un Indien n'a pas toujours été claire. Avant 1972, la Couronne soutenait que le revenu d'emploi d'un Indien était exempt de taxation seulement si l'Indien en question vivait et travaillait dans la réserve.

[27] En 1972, la Couronne a adopté un autre point de vue, comme l'indique le *Bulletin d'interprétation* IT-62, en date du 18 août 1972, intitulé «Indiens»². Sur la base de ce bulletin, le point central est devenu le lieu où le travail était exécuté. Le lieu de résidence de l'employé, tout comme celui de l'employeur, n'étaient pas pertinents.

[28] Par la suite, le lieu de résidence de l'employeur est devenu le point central en raison de la décision du juge en chef adjoint Thurlow dans *R. c. National Indian Brotherhood*, [1979] 1 C.F. 103 (1^{re} inst.). La question dans cette affaire était de savoir si un impôt

of National Indian Brotherhood.

[29] National Indian Brotherhood was a corporation with a head office in Ottawa and activities throughout Canada. Its objects and activities were aimed at the betterment of Indians throughout Canada. The employees who were Indians had resided on reserves before becoming employees and would probably reside on reserves if they ceased to be employees. While employed by the corporation they resided for the most part in Ottawa. They performed their duties throughout Canada, both on and off reserves.

[30] Thurlow A.C.J. concluded that in the context of section 87 [R.S.C. 1970, c. I-6], employment income should be treated as a right to salary, and thus a simple contract debt or chose in action. Under the principles of private international law, the location of a simple contract debt is the location of the debtor. Thurlow A.C.J. reasoned that the same principle could be applied to attribute employment income to the location of the employer. As National Indian Brotherhood was a corporation that was not located on a reserve, he concluded that the salaries it paid could not be considered to be located on a reserve.

[31] In *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, the issue was whether section 87 [R.S.C. 1970, c. I-6] applies to employment income at all (a point not debated in the *National Indian Brotherhood* case).

[32] Mr. Nowegijick was an Indian who was employed as a logger by Gull Bay Development Corporation, a corporation without share capital that had its head office and administrative offices on the Gull Bay reserve. The corporation conducted a logging operation 10 miles from the reserve, which is where Mr. Nowegijick performed his duties of employment.

sur le revenu était payable sur les salaires gagnés par des employés indiens de la National Indian Brotherhood.

[29] La National Indian Brotherhood était une société qui avait son siège social à Ottawa et qui pratiquait ses activités à la grandeur du Canada. Sa raison d'être et ses activités étaient d'aider les Indiens à la grandeur du Canada. Les employés qui étaient indiens avaient résidé dans des réserves avant de devenir des employés et auraient probablement résidé dans des réserves s'ils avaient cessé d'être des employés. Pendant qu'ils étaient au service de la société, la plupart résidaient à Ottawa. Ils accomplissaient leurs fonctions à la grandeur du Canada, aussi bien à l'extérieur qu'à l'intérieur de réserves.

[30] Le juge en chef adjoint Thurlow est arrivé à la conclusion que, dans le contexte de l'article 87 [S.R.C. 1970, ch. I-6], le revenu d'emploi devrait être traité comme un droit à un traitement ou un salaire, et ainsi comme une simple dette contractuelle ou un droit incorporel. Selon les principes du droit international privé, le *situs* d'une simple dette contractuelle est la résidence du débiteur. Suivant le raisonnement du juge en chef adjoint Thurlow, ce même principe pourrait s'appliquer pour qu'un revenu d'emploi ait comme emplacement la résidence de l'employeur. Étant donné que National Indian Brotherhood était une société qui n'était pas située sur une réserve, le juge en chef adjoint Thurlow a conclu que le traitement qu'elle a payé ne pouvait pas être considéré comme situé sur une réserve.

[31] Dans *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, la question était de savoir si l'article 87 [S.R.C. 1970, ch. I-6] s'appliquait au revenu d'emploi (une question qui n'avait pas été débattue dans la décision *National Indian Brotherhood*).

[32] M. Nowegijick était Indien et bûcheron employé par Gull Bay Development Corporation, une société sans capital-actions dont le siège social et les bureaux administratifs étaient situés dans la réserve de Gull Bay. La société effectuait une opération forestière à dix miles de la réserve, endroit où M. Nowegijick exécutait les fonctions de son emploi. Il vivait dans la

He lived on the reserve. It had been conceded by the Crown that the employer was located on the reserve and that if Mr. Nowegijick's employment income was personal property within the meaning of section 87, the exemption would apply.

[33] The Supreme Court of Canada held that, for purposes of section 87 of the *Indian Act*, income from employment is personal property. It followed that Mr. Nowegijick was entitled to the exemption from income tax on his employment income.

[34] Although the principal point raised in the *Nowegijick* decision is no longer in controversy, two aspects of the decision must be closely examined. One is the general statement of principle relating to the interpretation of section 87. The other is a comment on the location of employment income, on which counsel for Ms. Shilling relies to argue that the Supreme Court of Canada approved the situs-of-the-debtor rule.

[35] I will deal first with the general principle of interpretation. It is expressed in these words of Dickson J. [as he then was], speaking for the Court (at page 36):

It seems to me . . . that treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and doubtful expressions resolved in favour of the Indians. If the statute contains language which can reasonably be construed to confer tax exemption that construction, in my view, is to be favoured over a more technical construction which might be available to deny exemption. In *Jones v. Meehan*, 175 U.S. 1 (1899), it was held that Indian treaties "must . . . be construed, not according to the technical meaning of [their] words . . . but in the sense in which they would naturally be understood by the Indians".

[36] Dickson C.J. repeated this principle in *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85,³ at page 98, speaking only for himself. Two other judgments were written in the *Mitchell* case, one by La Forest J. (for himself, Sopinka and Gonthier JJ.) and the other by Wilson J. (for herself, Lamer and L'Heureux-Dubé JJ.). Wilson J. did not address the applicable principles of interpretation, but expressed her agreement with the conclusion reached by La Forest J. on the

réservation. La Couronne a admis que l'employeur résidait dans la réserve et que si le revenu d'emploi de M. Nowegijick était un bien meuble au sens de l'article 87, l'exemption s'appliquerait.

[33] La Cour Suprême du Canada a décidé que, pour l'application de l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*, le revenu d'emploi est un bien meuble. M. Nowegijick a donc eu droit à l'exemption d'impôt sur le revenu pour son revenu d'emploi.

[34] Bien que la question principale soulevée dans la décision *Nowegijick* ne soit plus l'objet d'une controverse, deux aspects de la décision doivent être examinés attentivement. Le premier aspect est la déclaration de principe générale en rapport avec l'interprétation de l'article 87. Le deuxième aspect est un commentaire à propos de l'emplacement du revenu d'emploi, aspect sur lequel l'avocate de M^{me} Shilling se fonde pour affirmer que la Cour suprême du Canada a approuvé la règle de la résidence du débiteur.

[35] Je commencerai par traiter du principe général d'interprétation. Le juge Dickson [tel était alors son titre] l'exprime en ces termes, au nom de la Cour (à la page 36):

Il me semble [. . .] que les traités et les lois visant les Indiens doivent recevoir une interprétation libérale et que toute ambiguïté doit profiter aux Indiens. Si la loi contient des dispositions qui, suivant une interprétation raisonnable, peuvent conférer une exemption d'impôts, il faut, selon moi, préférer cette interprétation à une interprétation plus stricte qui pourrait être utilisée pour refuser l'exemption. Dans l'affaire *Jones v. Meehan*, 175 U.S. 1 (1899), on a conclu que les traités avec les Indiens [TRADUCTION] «doivent [. . .] être interprétés non pas selon le sens strict de [leur] langage [. . .] mais selon ce qui serait, pour les Indiens, le sens naturel de ce langage».

[36] Le juge en chef Dickson a répété ce principe dans l'arrêt *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85³, à la page 98, ne parlant qu'en son nom. Deux autres opinions ont été rédigées dans l'arrêt *Mitchell*: l'une par le juge La Forest (en son nom et celui des juges Sopinka et Gonthier) et l'autre par le juge Wilson (en son nom et celui des juges Lamer et L'Heureux-Dubé). Le juge Wilson n'a pas traité des principes d'interprétation applicables, mais elle a

interpretation question. At pages 142-143, La Forest J. says this about the principle of interpretation stated in *Nowegijick* (emphasis added):

. . . I do not take issue with the principle that treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and doubtful expressions resolved in favour of the Indians. In the case of treaties, this principle finds its justification in the fact that the Crown enjoyed a superior bargaining position when negotiating treaties with native peoples.

But as I view the matter, somewhat different considerations must apply in the case of statutes relating to Indians. Whereas a treaty is the product of bargaining between two contracting parties, statutes relating to Indians are an expression of the will of Parliament. Given this fact, I do not find it particularly helpful to engage in speculation as to how Indians may be taken to understand a given provision. Rather, I think the approach must be to read the Act concerned with a view to elucidating what it was that Parliament wished to effect in enacting the particular section in question. This approach is not a jettisoning of the liberal interpretive method. As already stated, it is clear that in the interpretation of any statutory enactment dealing with Indians, and particularly the *Indian Act*, it is appropriate to interpret in a broad manner provisions that are aimed at maintaining Indian rights, and to interpret narrowly provisions aimed at limiting or abrogating them. Thus if legislation bears on treaty promises, the courts will always strain against adopting an interpretation that has the effect of negating commitments undertaken by the Crown . . .

At the same time, I do not accept that this salutary rule that statutory ambiguities must be resolved in favour of the Indians implies automatic acceptance of a given construction simply because it may be expected that the Indians would favour it over any other competing interpretation. It is also necessary to reconcile any given interpretation with the policies the Act seeks to promote.

[37] If there is any conflict between the interpretive approach of Dickson C.J. in *Nowegijick* and that of La Forest J. in *Mitchell*, I prefer the latter as being both later in time and more fully explained. I conclude that if section 87 of the *Indian Act* is capable of bearing more than one interpretation, the one that best promotes its objectives must prevail.

exprimé son accord avec la conclusion à laquelle était arrivé le juge La Forest sur la question de l'interprétation. Le juge La Forest dit, aux pages 142 et 143, à propos du principe d'interprétation exposé dans l'arrêt *Nowegijick* (non souligné dans l'original):

[. . .] je ne conteste pas le principe que les traités et les lois visant les Indiens devraient recevoir une interprétation libérale et que toute ambiguïté devrait profiter aux Indiens. Dans le cas des traités, ce principe se justifie par le fait que la Couronne jouissait d'un pouvoir de négociation supérieur au moment de la négociation des traités avec les peuples autochtones.

Mais selon ma conception de l'affaire, des considérations quelque peu différentes doivent s'appliquer dans le cas des lois visant les Indiens. Alors qu'un traité est le produit d'une négociation entre deux parties contractantes, les lois relatives aux Indiens sont l'expression de la volonté du Parlement. Cela étant, je ne crois pas qu'il soit particulièrement utile d'essayer de déterminer comment les Indiens peuvent comprendre une disposition particulière. Je pense que nous devons plutôt interpréter la loi visée en tentant de déterminer ce que le Parlement voulait réaliser en adoptant l'article en question. Ce point de vue ne constitue pas un rejet de la méthode d'interprétation libérale. Comme je l'ai déjà dit, il est clair que dans l'interprétation d'une loi relative aux Indiens, et particulièrement de la *Loi sur les Indiens*, il convient d'interpréter de façon large les dispositions qui visent à maintenir les droits des Indiens et d'interpréter de façon restrictive les dispositions visant à les restreindre ou à les abroger. Donc si la loi porte sur des promesses contenues dans un traité, les tribunaux vont toujours s'efforcer de rejeter une interprétation qui a pour effet de nier les engagements pris par la Couronne [. . .]

En même temps, je n'accepte pas que cette règle salutaire portant que les ambiguïtés législatives doivent profiter aux Indiens revienne à accepter automatiquement une interprétation donnée pour la simple raison qu'il peut être vraisemblable que les Indiens la préféreraient à toute autre interprétation différente. Il est également nécessaire de concilier toute interprétation donnée avec les politiques que la Loi tente de promouvoir.

[37] S'il y a une quelconque incompatibilité entre l'approche interprétative du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Nowegijick* et celle du juge La Forest dans l'arrêt *Mitchell*, je préfère la seconde approche au motif qu'elle survient plus tard dans le temps et qu'elle est expliquée de façon plus complète. J'en conclus que si l'article 87 de la *Loi sur les Indiens* peut être interprété de plus d'une façon, celle qui promeut le mieux les buts qu'il poursuit doit prévaloir.

[38] What is the objective of section 87 of the *Indian Act*? La Forest J. reached the following conclusions as to the purpose of section 87 (at page 131, emphasis added):

In summary, the historical record makes it clear that ss. 87 and 89⁴ of the *Indian Act* . . . constitute part of a legislative “package” which bears the impress of an obligation to native peoples which the Crown has recognized at least since the signing of the Royal Proclamation of 1763. From that time on, the Crown has always acknowledged that it is honour-bound to shield Indians from any efforts by non-natives to dispossess Indians of the property which they hold qua Indians, i.e., their land base and the chattels on that land base.

It is also important to underscore the corollary to the conclusion I have just drawn. The fact that the modern-day legislation, like its historical counterparts, is so careful to underline that exemptions from taxation and distraint apply only in respect of personal property situated on reserves demonstrates that the purpose of the legislation is not to remedy the economically disadvantaged position of Indians by ensuring that Indians may acquire, hold, and deal with property in the commercial mainstream on different terms than their fellow citizens. An examination of the decisions bearing on these sections confirms that Indians who acquire and deal in property outside lands reserved for their use, deal with it on the same basis as all other Canadians.

He also says, at page 133 (emphasis added):

. . . one must guard against ascribing an overly broad purpose to ss. 87 and 89. These provisions are not intended to confer privileges on Indians in respect of any property they may acquire and possess, wherever situated. Rather, their purpose is simply to insulate the property interests of Indians in their reserve lands from the intrusions and interference of the larger society so as to ensure that Indians are not dispossessed of their entitlements.

and at page 137 (emphasis added):

. . . a review of the obligations that the Crown has assumed in this area shows that it has done no more than seek to shield the property of Indians that has an immediate and discernible nexus to the occupancy of reserve lands from interference at the hands of non-natives.

[39] Put simply, section 87 is intended to protect from taxation the property of an Indian that is “situated on a reserve.” The word “situated” means

[38] Quel est le but de l’article 87 de la *Loi sur les Indiens*? Le juge La Forest est arrivé aux conclusions suivantes quant au but de l’article 87 (à la page 131, non souligné dans l’original):

En résumé, le dossier historique indique clairement que les art. 87 et 89⁴ de la *Loi sur les Indiens* [. . .] font partie d’un ensemble législatif qui fait état d’une obligation envers les peuples autochtones, dont la Couronne a reconnu l’existence tout au moins depuis la signature de la Proclamation royale de 1763. Depuis ce temps, la Couronne a toujours reconnu qu’elle est tenue par l’honneur de protéger les Indiens de tous les efforts entrepris par des non-Indiens pour les déposséder des biens qu’ils possèdent en tant qu’Indiens, c’est-à-dire leur territoire et les chatels qui y sont situés.

Il est également important de souligner la conséquence de la conclusion que je viens de tirer. Le fait que la loi contemporaine, comme sa contrepartie historique, prenne tant de soin pour souligner que les exemptions de taxe et de saisie ne s’appliquent que dans le cas des biens personnels situés sur des réserves démontre que l’objet de la Loi n’est pas de remédier à la situation économiquement défavorable des Indiens en leur assurant le pouvoir d’acquérir, de posséder et d’aliéner des biens sur le marché à des conditions différentes de celles applicables à leurs concitoyens. Un examen des décisions portant sur ces articles confirme que les Indiens qui acquièrent et aliènent des biens situés à l’extérieur des terres réservées à leur usage le font aux mêmes conditions que tous les autres Canadiens.

Il dit aussi, à la page 133 (non souligné dans l’original):

[. . .] il faut éviter d’accorder une portée trop large aux art. 87 et 89. Ces dispositions n’ont pas pour but d’accorder des privilèges aux Indiens à l’égard de tous les biens qu’ils peuvent acquérir et posséder, peu importe l’endroit où ils sont situés. Leur but est plutôt simplement de protéger des ingérences et des entraves de la société en général les droits de propriété des Indiens sur leurs terres réservées pour veiller à ce que ceux-ci ne soient pas dépouillés de leurs droits.

et, à la page 137 (non souligné dans l’original):

[. . .] un examen des obligations assumées par la Couronne dans ce domaine indique qu’elle a tout simplement tenté de protéger des atteintes portées par les non-Indiens les biens des Indiens qui ont un lien direct et discernable avec l’occupation d’une réserve.

[39] Dit simplement, l’article 87 est conçu pour protéger de la taxation les biens d’un Indien qui sont «situés sur une réserve». Le mot «situé» veut dire

“located” or “placed.”⁵ The phrase “on the reserve” means within the boundaries of the reserve: *Union of New Brunswick Indians v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [1998] 1 S.C.R. 1161, at pages 1183-1184. Section 87 is not intended simply to benefit an Indian who has property, or to increase his or her wealth.⁶ However, that may be an effect of section 87 if an Indian has property located on a reserve.

[40] I turn next to consider the proposition for which *Nowegijick* is authority. As stated above, it is undisputed that it stands for the proposition that employment income is personal property. Counsel for Ms. Shilling argues that it also stands for the proposition that the situs-of-the-debtor rule applies to determine the location of employment income for purposes of section 87. Her argument is based on these comments of Dickson J. at page 34 (emphasis added):

One point might have given rise to argument. Was the fact that the services were performed off the reserve relevant to *situs*? The Crown conceded in argument, correctly in my view, that the *situs* of the salary which Mr. Nowegijick received was sited on the reserve because it was there that the residence or place of the debtor . . . was to be found and it was there the wages were payable.⁷

If the situs-of-the-debtor rule applies for purposes of section 87, employment income would be located on a reserve if the employer is located on a reserve.

[41] Given that the *Nowegijick* decision gave implicit approval to the *National Indian Brotherhood* decision, it would have been reasonable to conclude that the Supreme Court of Canada approved the application of the situs-of-the-debtor rule for determining the location of employment income. That is not the end of the matter, however.

[42] Counsel for the Crown argues that even if the situs-of-the-debtor rule was approved in *Nowegijick*, that approval did not survive *Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877. He argues that decision replaced the situs-of-the-debtor rule with a test that requires an analysis in each case of the factors that connect the income to the reserve. Counsel for Ms. Shilling argues that *Williams* merely supplements the

«placé en un lieu»⁵. L'expression «sur la réserve» veut dire à l'intérieur des limites de la réserve: *Union of New Brunswick Indians c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [1998] 1 R.C.S. 1161, aux pages 1183 et 1184. L'article 87 ne vise pas simplement à apporter des bénéfices aux Indiens propriétaires de biens ou à faire augmenter leur richesse⁶. Cependant, cela peut être un effet de l'article 87 si un Indien possède des biens situés sur une réserve.

[40] J'étudierai maintenant le principe découlant de l'arrêt *Nowegijick*. Comme écrit plus haut, il n'est pas contesté que cet arrêt permet d'affirmer que le revenu d'emploi est un bien meuble. L'avocate de M^{me} Shilling plaide que cet arrêt permet aussi d'affirmer que la règle de la résidence du débiteur s'applique pour déterminer le lieu où est situé le revenu pour l'application de l'article 87. Son argument est fondé sur ces commentaires du juge Dickson, à la page 34 (non souligné dans l'original):

Un [point] aurait pu soulever un débat. Le fait que les services ont été rendus à l'extérieur d'une réserve était-il pertinent relativement au *situs*? Sa Majesté a reconnu au cours des plaidoiries, avec raison selon moi, que le *situs* du salaire de M. Nowegijick était la réserve parce que c'est là où la débitrice [. . .] avait sa résidence ou son lieu d'affaires et parce que c'est là que le salaire devait être payé⁷.

Si la règle de la résidence du débiteur s'applique à l'article 87, le revenu d'emploi est situé sur la réserve si l'employeur est situé sur la réserve.

[41] Étant donné que l'arrêt *Nowegijick* approuve implicitement la décision *National Indian Brotherhood*, il aurait été raisonnable de conclure que la Cour suprême du Canada a approuvé l'application de la règle de la résidence du débiteur pour déterminer l'emplacement du revenu d'emploi. Cependant, cela ne s'arrête pas là.

[42] L'avocat de Sa Majesté allègue que même si la règle de la résidence du débiteur avait été approuvée dans *Nowegijick*, cette approbation n'avait pas survécu à l'arrêt *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877. Il allègue que cet arrêt a eu pour effet de remplacer la règle de la résidence du débiteur par un critère qui rend nécessaire une analyse, dans chaque cas, des facteurs qui relie le revenu à la réserve. L'avocate

situs-of-the-debtor rule in order to deal with situations where the situs-of-the-debtor rule cannot sensibly be applied.

[43] The issue in the *Williams* case was whether section 87 [R.S.C. 1970, c. I-6] applies to unemployment insurance benefits received by an Indian who lives on a reserve, where the qualifying employment income was performed and paid on a reserve. The two employers were a band and a logging company located on a reserve. Gonthier J., speaking for the Court, analyzed the situs-of-the-debtor rule as it had been applied in the *National Indian Brotherhood* case and said (at pages 890-891):

... it is readily apparent that to simply adopt general conflicts principles in the present context would be entirely out of keeping with the scheme and purposes of the *Indian Act* and *Income Tax Act*. The purposes of the conflict of laws have little or nothing in common with the purposes underlying the *Indian Act*. It is simply not apparent how the place where a debt may normally be enforced has any relevance to the question whether to tax the receipt of the payment of that debt would amount to the erosion of the entitlements of an Indian *qua* Indian on a reserve. The test for *situs* under the *Indian Act* must be constructed according to its purposes, not the purposes of the conflict of laws. Therefore, the position that the residence of the debtor exclusively determines the *situs* of benefits such as those paid in this case must be closely reexamined in light of the purposes of the *Indian Act*.

[44] Gonthier J. then said that instead of the situs-of-the-debtor rule in the *National Indian Brotherhood* case, the *situs* of income should be determined by balancing all the connecting factors on a case-by-case basis. The flexibility of this approach was seen as an advantage, subject to certain limitations. This appears at page 892:

It is desirable, when construing exemptions from taxation, to develop criteria which are predictable in their application, so that the taxpayers involved may plan their affairs appropriately. This is also important as the same criteria govern an exemption from seizure.

de M^{me} Shilling allègue que l'arrêt *Williams* vient tout au plus compléter la règle de la résidence du débiteur lorsque se présentent des situations où la règle de la résidence du débiteur ne pourrait pas raisonnablement être appliquée.

[43] La question, dans l'affaire *Williams*, était de savoir si l'article 87 [S.R.C. 1970, ch. I-6] s'appliquait à des prestations d'assurance-chômage qu'un Indien vivant sur une réserve avait reçues, alors que les fonctions avaient été accomplies et que le revenu d'emploi donnant droit aux prestations avait été payé sur la réserve. Ses deux employeurs étaient une bande et une société forestière située sur la réserve. Le juge Gonthier, au nom de la Cour, a analysé la règle de la résidence du débiteur telle qu'elle avait été appliquée dans la décision *National Indian Brotherhood*, et il dit (aux pages 890 et 891):

[...] il est évident qu'il serait complètement contraire à l'économie et aux objets de la *Loi sur les Indiens* et de la *Loi de l'impôt sur le revenu* d'adopter simplement les principes généraux du droit international privé dans le présent contexte. En effet, les objets du droit international privé ont peu sinon rien en commun avec ceux qui sous-tendent la *Loi sur les Indiens*. On ne voit pas en quoi le lieu d'exécution normal d'une dette est pertinent pour décider si l'imposition de la réception du paiement de la dette représenterait une atteinte aux droits détenus par un Indien à titre d'Indien sur une réserve. Le critère du *situs* en vertu de la *Loi sur les Indiens* doit être interprété conformément aux objets de cette loi et non à ceux du droit international privé. En conséquence, il faut réexaminer attentivement, en fonction des objets de la *Loi sur les Indiens*, si l'on doit retenir la résidence du débiteur comme facteur exclusif pour déterminer le *situs* de prestations comme celles qui ont été versées en l'espèce.

[44] Le juge Gonthier dit ensuite que le *situs* du revenu devrait être déterminé en soupesant tous les facteurs de rattachement au cas par cas, plutôt que par la règle de la résidence du débiteur de la décision *National Indian Brotherhood*. La souplesse de cette approche a été perçue comme un avantage, sous réserve de certaines limites. Cela ressort à la page 892:

[...] il est souhaitable de concevoir des critères dont l'application est prévisible de sorte que les contribuables concernés puissent planifier leurs affaires en conséquence. Cela est également important puisque les mêmes critères régissent l'exemption de saisie.

Furthermore, it would be dangerous to balance connecting factors in an abstract manner, divorced from the purpose of the exemption under the *Indian Act*. A connecting factor is only relevant in so much as it identifies the location of the property in question for the purposes of the *Indian Act*. In particular categories of cases, therefore, one connecting factor may have much more weight than another. It would be easy in balancing connecting factors on a case by case basis to lose sight of this.

However, an overly rigid test which identified one or two factors as having controlling force has its own potential pitfalls. Such a test would be open to manipulation and abuse, and in focusing on too few factors could miss the purposes of the exemption in the *Indian Act* as easily as a test which indiscriminately focuses on too many.

[45] He concluded, at pages 892-893:

The first step is to identify the various connecting factors which are potentially relevant. These factors should then be analyzed to determine what weight they should be given in identifying the location of the property, in light of three considerations: (1) the purpose of the exemption under the *Indian Act*; (2) the type of property in question; and (3) the nature of the taxation of that property. The question with regard to each connecting factor is therefore what weight should be given that factor in answering the question whether to tax that form of property in that manner would amount to the erosion of the entitlement of the Indian *qua* Indian on a reserve.

[46] I agree with counsel for the Crown that the *Williams* decision was intended to replace the situs-of-the-debtor rule with a principle that requires identifying and weighing various factors that connect the employment income to a reserve or elsewhere. The comments of Gonthier J. at page 897 (where he discusses the *situs* of employment income) would have been pointless if he thought the situs-of-the-debtor rule alone was sufficient to determine the location of employment income for purposes of section 87.

[47] At the same time I agree with counsel for Ms. Shilling that the *Williams* case leaves open the possibility that there may be situations where the connecting factors test leads to the same result as the situs-of-the-debtor rule. As Gonthier J. said at page 891:

De plus, il serait dangereux de soupeser les facteurs de rattachement de manière abstraite, indépendamment de l'objet de l'exemption prévue dans la *Loi sur les Indiens*. Un facteur de rattachement n'est pertinent que dans la mesure où il identifie l'emplacement du bien en question aux fins de la *Loi sur les Indiens*. Dans des catégories particulières de cas, un facteur de rattachement peut donc avoir beaucoup plus de poids qu'un autre. On pourrait facilement perdre cette réalité de vue en soupesant les facteurs de rattachement cas par cas.

Cependant, un critère trop rigide qui accorderait une force déterminante à un ou deux facteurs comporte ses propres possibilités d'embûche. Un tel critère donnerait ouverture à des manipulations et à des abus et, en étant axé sur trop peu de facteurs, il pourrait ne pas donner effet aux objectifs de l'exemption contenue dans la *Loi sur les Indiens* aussi facilement qu'un critère qui est axé indifféremment sur un trop grand nombre de facteurs.

[45] Il conclut, aux pages 892 et 893:

Il faut d'abord identifier les divers facteurs de rattachement qui peuvent être pertinents. On doit ensuite analyser ces facteurs pour déterminer le poids à leur accorder afin d'identifier l'emplacement du bien, en tenant compte de trois choses: (1) l'objet de l'exemption prévue dans la *Loi sur les Indiens*, (2) le genre de bien en cause et (3) la nature de l'imposition de ce bien. Il s'agit donc de déterminer, relativement à chaque facteur de rattachement, le poids qui devrait lui être accordé pour décider si l'imposition en cause de ce type de bien représenterait une atteinte aux droits de l'Indien à titre d'Indien sur une réserve.

[46] Je suis d'accord avec l'avocat de Sa Majesté pour dire que l'arrêt *Williams* était destiné à remplacer la règle de la résidence du débiteur par un principe qui exige qu'on détermine et soupèse divers facteurs qui relient le revenu d'emploi à la réserve ou à un autre endroit. Les commentaires du juge Gonthier, à la page 897 (où il traite de l'emplacement du revenu d'emploi), n'auraient eu aucune raison d'être s'il avait pensé que la règle de la résidence du débiteur était suffisante, à elle seule, pour déterminer l'emplacement du revenu d'emploi pour l'application de l'article 87.

[47] Néanmoins, je suis d'accord avec l'avocate de M^{me} Shilling pour dire que l'arrêt *Williams* laisse place à la possibilité que, dans certains cas, le critère des facteurs de rattachement apporte le même résultat que la règle de la résidence du débiteur. Comme le dit le juge Gonthier à la page 891:

It may be that the residence of the debtor remains an important factor, or even the exclusive one.

[48] The remainder of the *Williams* case demonstrates how the connecting factors test should be applied. The income in issue in *Williams* was income received under the *Unemployment Insurance Act, 1971* [S.C. 1970-71-72, c. 48]. The payer of the income was the Crown, and the entitlement to the income arose from premiums paid by Mr. Williams in his prior qualifying employment. The potential connecting factors were identified as the residence of the person paying the income, the residence of the recipient, the place of payment, and the location of the qualifying employment income.

[49] Of these potential connecting factors, only the last was given significant weight. It was undisputed that the qualifying employment income was tax exempt because of section 87. The Court recognized the tie between the qualifying employment income and the unemployment insurance benefits, and concluded that the purpose of section 87 would not be achieved if the benefits were taxable while the employment income was not (at pages 894-897).

[50] The residence of the recipient was held to be “only potentially significant if it points to a location different from that of the qualifying employment” (at page 897). The other suggested factors, the residence of the payer and the place of payment, were given little or no weight. That is because the Crown was the debtor, and the income in question was available anywhere in Canada to anyone who qualified for them (at pages 893-894).

[51] Thus the location of the qualifying employment income determined the location of the unemployment insurance benefits. The next step would have been to find the location of the employment income. However, on that point there was no controversy. The parties had agreed that the employment income was located on the reserve. Even though they apparently reached

Il se peut que la résidence du débiteur demeure un facteur important, voire même le seul.

[48] Le reste de l'arrêt *Williams* montre de quelle façon le critère des facteurs de rattachement devrait être appliqué. Le revenu en cause dans l'affaire *Williams* a été reçu sous le régime de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* [S.C. 1970-71-72, ch. 48]. Le payeur du revenu était la Couronne, et le droit à ce revenu résulte du paiement de primes fait par M. Williams alors qu'il occupait son emploi. Les facteurs de rattachement pouvant être pertinents ont été identifiés comme étant la résidence de la personne qui paie le revenu, la résidence de la personne qui reçoit les prestations et le lieu où a été gagné le revenu donnant droit aux prestations.

[49] Il n'a été accordé un poids significatif qu'au troisième facteur. Il n'a pas été contesté que le revenu d'emploi donnant droit aux prestations était exempt d'imposition en vertu de l'article 87. La Cour a constaté le lien entre le revenu d'emploi donnant droit aux prestations et les prestations d'assurance-emploi, et a conclu que le but de l'article 87 n'aurait pas été atteint si les prestations avaient été imposables alors que le revenu d'emploi ne l'était pas (aux pages 894 à 897).

[50] Il a été déclaré que le facteur de la résidence de la personne qui reçoit les prestations «ne peut avoir d'importance que s'il indique un emplacement différent de celui de l'emploi qui a rendu admissible aux prestations» (à la page 897). Les autres facteurs proposés, soit la résidence du payeur et le lieu du paiement, ne se sont vu accorder que peu ou pas de poids en raison du fait que c'était la Couronne qui était débitrice et que le revenu en question était disponible partout au Canada pour quiconque y avait droit (aux pages 893 et 894).

[51] Ainsi, l'emplacement du revenu d'emploi donnant droit aux prestations a fixé l'emplacement des prestations d'assurance-emploi. La prochaine étape aurait été de déterminer l'emplacement du revenu d'emploi. Cependant, ce point n'était pas contesté. Les parties étaient d'accord sur le point que le revenu d'emploi avait pour emplacement la réserve. Bien que,

that conclusion on the basis of the situs-of-the-debtor rule, every possible connecting factor pointed to the reserve in any event. The result would have been the same regardless of the test applied.

[52] As I read the decision of Gonthier J., if it had been necessary to determine the location of the qualifying employment income, he would have analyzed each potential connecting factor for that income in light of the three considerations identified at page 892 (quoted above). That is what I must do in this case.

[53] Some of the argument before me referred to the "Guidelines" issued by Revenue Canada in 1994, following the *Williams* decision. As I understand it, the Guidelines are an attempt by Revenue Canada to explain its understanding of the application of the *Williams* principle in the context of income from employment. Because Canada depends upon a self-assessing system of income taxation, and income tax rules are difficult to understand and apply, such publications are an important aspect of Revenue Canada's duty to assist taxpayers to comply with their tax obligations. There is particular need for such assistance in the application of section 87 of the *Indian Act*, because the exemption is stated in broad, general language and Parliament has not enacted detailed rules, and because the case law has evolved in ways that have required major changes in assessing policies.

[54] However, the Guidelines are not law. They do not purport to be law. They should not be read as though they are law. As will be apparent from the discussion below, I question some of the assumptions underlying the Guidelines, for example, the stress placed on the residence of the employee as a connecting factor. If I am correct, the Guidelines may have to be amended.

Applying the law to the facts

[55] The connecting factors that are potentially relevant must be identified in light of (1) the purposes

en apparence, elles soient arrivées à cette conclusion en vertu de la règle de la résidence du débiteur, tous les facteurs de rattachement possibles menaient, de toute façon, à la réserve. Le résultat aurait été le même, indépendamment du critère appliqué.

[52] Je conclus de la décision du juge Gonthier que, s'il avait été nécessaire de déterminer l'emplacement du revenu d'emploi donnant droit aux prestations, il aurait analysé chaque facteur de rattachement potentiel relatif à ce revenu en tenant compte des trois éléments mentionnés à la page 892, précité. C'est ce que je dois faire en l'espèce.

[53] Une partie de l'argumentation qui m'est présentée fait référence aux «lignes directrices» publiées suite à l'arrêt *Williams* par Revenu Canada en 1994. Selon moi, les lignes directrices étaient une tentative de Revenu Canada d'expliquer sa façon d'interpréter et d'appliquer le principe découlant de l'arrêt *Williams* dans le contexte d'un revenu d'emploi. Parce que la fiscalité au Canada repose sur un système d'autocotisation et que les règles fiscales sont difficiles à comprendre et à appliquer, de telles publications sont un aspect important du devoir de Revenu Canada d'aider les contribuables à satisfaire à leurs obligations fiscales. Il y a un besoin particulier d'obtenir cette aide quant à la façon d'appliquer l'article 87 de la *Loi sur les Indiens* étant donné que l'exemption est rédigée en des termes larges et généraux et que le Parlement n'a pas adopté de règles détaillées, et parce que l'évolution de la jurisprudence a mené à des changements majeurs dans les politiques relatives à cotisation.

[54] Cependant, les lignes directrices n'ont pas force de loi. Elles ne prétendent pas avoir force de loi. Elles ne doivent pas être lues comme si elles avaient force de loi. Tel qu'il apparaîtra dans l'examen qui suit, je remets en question certains postulats sous-jacents aux lignes directrices: par exemple, l'importance accordée à la résidence de l'employé en tant que facteur de rattachement. Si j'ai raison, les lignes directrices pourraient devoir être modifiées.

Application du droit aux faits

[55] Les facteurs de rattachement qui peuvent être pertinents doivent être déterminés en fonction 1) de

of the exemption under the *Indian Act*; (2) the type of property in question; and (3) the nature of the taxation of that property. The question with regard to each connecting factor is what weight should be given to that factor in determining whether the tax would amount to the erosion of the entitlement of the Indian *qua* Indian with respect to that property.

Residence of the employee

[56] The written argument of counsel for the Crown suggested that the place of residence of Ms. Shilling is a potential connecting factor. Counsel for Ms. Shilling argued that her place of residence is irrelevant. At the hearing counsel for the Crown conceded this point.

[57] Counsel for Ms. Shilling argued that residence on a reserve may serve to prove a connection to a reserve, but residence off reserve cannot prove the contrary. Therefore, the place of residence of the employee should not be considered a connecting factor where the question is the location of employment income. She also argued that to the extent that Ms. Shilling's personal circumstances are to be taken into account, weight should be given to her family and social connections to her home on the Rama reserve, rather than her place of residence. There is some force in this argument. For many Indians, including Ms. Shilling, residence off the reserve is not a choice taken willingly, but one compelled by circumstances rooted in the social and economic disadvantages of life on some reserves. That is a fact recognized in the decision of the Supreme Court of Canada in *Corbière v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)* (1999), 173 D.L.R. (4th) 1, which held that the exclusion of band members residing off reserve from voting privileges on band governance is inconsistent with subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]].

l'objet de l'exemption prévue dans la *Loi sur les Indiens*; 2) du genre de bien en cause; et 3) de la nature de l'imposition de ce bien. Il s'agit donc de déterminer, relativement à chaque facteur de rattachement, le poids qui devrait lui être accordé pour décider si l'imposition en cause de ce type de bien représenterait une atteinte aux droits de l'Indien en tant qu'Indien sur une réserve.

La résidence de l'employé

[56] L'avocat de Sa Majesté donne à penser, dans ses observations écrites, que le lieu de résidence de M^{me} Shilling est un facteur de rattachement pouvant être pertinent. L'avocate de M^{me} Shilling a allégué que son lieu de résidence n'était pas pertinent, ce que l'avocat de Sa Majesté a reconnu à l'audience.

[57] L'avocate de M^{me} Shilling a soutenu que le fait de résider sur la réserve peut servir à prouver un rattachement à la réserve, mais que le fait de résider à l'extérieur de la réserve ne peut servir à prouver le contraire. Par conséquent, le lieu de résidence de l'employé ne devrait pas être considéré comme un facteur de rattachement quand vient le temps de déterminer l'emplacement du revenu d'emploi. Elle a aussi fait valoir que dans la mesure où il faut tenir compte de la situation personnelle de M^{me} Shilling, il faudrait accorder de l'importance aux liens sociaux et familiaux qu'elle entretient avec les gens de la réserve de Rama plutôt qu'à son lieu de résidence. Cet argument a une certaine force. Pour plusieurs Indiens, y compris M^{me} Shilling, le choix de résider à l'extérieur de la réserve n'est pas voulu, mais forcé par des événements se produisant à cause des inconvénients sociaux et économiques de la vie sur certaines réserves. Ce fait est reconnu dans *Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord)* (1999), 173 D.L.R. (4th) 1, de la Cour suprême du Canada, qui a statué que le fait d'enlever à des membres d'une bande ne résidant pas sur la réserve leur privilège de voter en ce qui a trait à la direction de la bande était contraire au paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]].

[58] In my view, the determination of the location of employment income for purposes of section 87 should not depend in any way upon the location of the employee's residence, or the employee's personal and family connections to a reserve. I see no logical connection between those personal characteristics and employment relationship, or the location of employment income for purposes of section 87.

The location and nature of the work, and the manner in which it benefits a reserve

[59] Counsel for the Crown would break this into three categories: the type of work being performed, the location where the work is done and the nature of the benefit to the reserve: *Canada v. Folster*, [1997] 3 F.C. 269 (C.A.). He argues that in this case, unlike *Folster*, a consideration of these factors would point to a location for the employment income that is not on a reserve.

[60] Counsel for Ms. Shilling argues that the fact that the income is earned as a result of performing services for native people should be considered a connecting factor. In my view this is not correct, because it does not recognize the need for a connection to the reserve as a physical place. Section 87 is not intended to benefit Indians generally, or to encourage their values and culture. It is intended to protect the property of Indians located on a reserve.

[61] Ms. Shilling performs the duties of her employment mostly in Toronto and sometimes on one of a number of reserves. Her work benefits AHT, a Toronto organization with significant connections to various reserves, and of course the clientele of AHT. AHT operates off reserve because its clients live off reserve. Counsel for Ms. Shilling argues that the connection between the reserves and AHT is sufficiently strong that I should decide, as did the Federal Court of Appeal in *Folster*, *supra*, that they override the fact that Ms. Shilling's duties are performed off reserve.

[62] In *Folster*, the issue was the location of employment income of Indians employed at a

[58] À mon avis, la détermination de l'emplacement du revenu d'emploi pour l'application de l'article 87 ne devrait aucunement relever du lieu de résidence de l'employé ou de ses liens personnels et sociaux avec la réserve. Je ne vois aucun lien logique entre ces caractéristiques personnelles et la relation d'emploi ou avec l'emplacement du revenu d'emploi pour l'application de l'article 87.

Le lieu et la nature de l'emploi, et la manière dont il bénéficie à la réserve

[59] L'avocat de Sa Majesté diviserait cela en trois catégories: la nature du travail effectué, le lieu où le travail est effectué et la nature du bénéfice qu'en tire la réserve: *Canada c. Folster*, [1997] 3 C.F. 269 (C.A.). Il allègue qu'en l'espèce, contrairement à *Folster*, un examen de ces facteurs mènerait à la conclusion que l'emplacement du revenu d'emploi serait ailleurs que sur la réserve.

[60] L'avocate de M^{me} Shilling allègue que le fait que le revenu gagné provienne de la prestation de services à des personnes autochtones devrait être pris en considération. Je ne partage pas cet avis, parce que cette façon de voir fait abstraction de la nécessité d'un rattachement avec la réserve comme lieu physique. L'article 87 n'a pas pour but de bénéficier aux Indiens en général, ou de promouvoir leurs valeurs et leur culture. Il a pour but de protéger les biens d'Indiens situés sur une réserve.

[61] M^{me} Shilling effectue son travail surtout à Toronto et parfois dans des réserves. Son travail bénéficie à AHT, une organisation torontoise ayant des liens significatifs avec diverses réserves, et bien sûr à la clientèle de AHT. AHT effectue ses opérations à l'extérieur des réserves parce que ses clients vivent à l'extérieur des réserves. L'avocate de M^{me} Shilling plaide que le lien entre les réserves et AHT est suffisamment fort pour que je conclue, comme l'a fait la Cour d'appel fédérale dans *Folster* (précité), que cela l'emporte sur le fait que M^{me} Shilling effectue son travail à l'extérieur d'une réserve.

[62] Dans l'affaire *Folster*, le litige portait sur l'emplacement du revenu d'emploi d'Indiens à l'em-

government hospital that served mostly the residents of a nearby reserve. The hospital had previously been located on the reserve, but was destroyed by fire and rebuilt outside the reserve boundaries, with no thought given to the potential legal consequences of the relocation. But the hospital remained primarily a reserve hospital, and that was sufficient for the Federal Court of Appeal to disregard its off reserve location as a mere technicality that should not override all the other connections between the hospital and the reserve it served.

[63] The facts of this case are quite different. They cannot support the reasoning that was applied in *Folster*. There is no factual basis for a conclusion that the services of AHT, or the work done by Ms. Shilling, benefit any particular reserve. Nor is it reasonable to conclude that the relatively small amount of work that Ms. Shilling does on various reserves is a sufficient basis for locating her employment income there. Therefore, if the place where Ms. Shilling's services are performed has any relevance, it must be considered a factor that connects her employment to a location that is not on a reserve.

[64] However, there is another way of connecting Ms. Shilling's services to a location. Her employer is NLS. It is admitted that NLS is a business, and from that I infer that its activities are undertaken for the purpose of profit. I also infer that Ms. Shilling's work for NLS brings profits to that business, and therefore Mr. Obonsawin. That is a tangible advantage to a reserve-based business. In my view, if the benefit to a reserve is to be taken into account, the advantage to NLS must be considered to be a factor that connects Ms. Shilling's employment income to a reserve.

Location of the employer

[65] Both parties agree that the location of the employer should be a connecting factor. It is

ploi d'un hôpital gouvernemental qui desservait surtout les résidents de la réserve située à proximité. L'hôpital avait déjà été situé sur la réserve, mais il avait été détruit par un incendie et reconstruit à l'extérieur des limites de la réserve sans que personne ne se préoccupe des conséquences juridiques possibles de cette relocalisation. Mais, l'hôpital est demeuré principalement l'hôpital de la réserve, et cela a suffi à la Cour d'appel fédérale pour considérer le fait qu'il soit situé à l'extérieur de la réserve comme un simple détail technique ne devant pas prédominer sur tous les autres liens existant entre l'hôpital et la réserve qu'il desservait.

[63] Les faits de la présente affaire sont très différents. Ils ne peuvent appuyer le raisonnement de l'arrêt *Folster*. Il n'y a pas de base factuelle pour appuyer la conclusion que les services de AHT, ou le travail effectué par M^{me} Shilling, bénéficient à une réserve en particulier. Il n'est pas possible, non plus, de conclure raisonnablement que la quantité de travail relativement restreinte effectuée par M^{me} Shilling dans diverses réserves est une base suffisante pour y fixer l'emplacement de son revenu d'emploi. Donc, si le lieu où M^{me} Shilling effectue son travail est d'une quelconque manière pertinent, il doit être considéré comme un facteur qui relie son emploi à un lieu situé à l'extérieur d'une réserve.

[64] Cependant, il y a une autre façon de relier les services de M^{me} Shilling à un lieu. Son employeur est NLS. Il est admis que NLS est une entreprise, et j'en déduis que ses activités sont exercées dans le but de générer un profit. J'en déduis aussi que le travail de M^{me} Shilling apporte des profits à cette entreprise, et conséquemment à M. Obonsawin. Il s'agit d'un avantage non négligeable pour une entreprise située dans une réserve. À mon avis, s'il doit être tenu compte du bénéfice apporté à une réserve, l'avantage apporté à NLS doit être considéré comme un facteur qui relie le revenu d'emploi de M^{me} Shilling à une réserve.

La résidence de l'employeur

[65] Les parties sont d'accord pour dire que la résidence de l'employeur devrait être un facteur de

undisputed that the employer is NLS and that NLS is located on a reserve.

[66] Counsel for the Crown argued that in this case, the location of the employer should be considered to be only a weak connecting factor because of the manner in which the employment relationship arose. He points out that Ms. Shilling found employment with AHT but instead of entering into an employment relationship with AHT, became an employee of NLS. He argues that, because she did so for the tax advantages, the location of NLS should be discounted.

[67] I do not accept this argument. I start from the premise that everyone is entitled to arrange their affairs to take advantage of statutory tax relief, and that this may be done by creating legal rights and relationships that have no purpose but to obtain that relief. The most recent expression of this principle is found in *Neuman v. M.N.R.*, [1998] 1 S.C.R. 770, at page 785:

. . . taxpayers can arrange their affairs in a particular way for the sole purpose of deliberately availing themselves of tax reduction devices in the [*Income Tax Act*].⁸

[68] This principle must apply equally to Indians who seek the tax advantage of section 87 of the *Indian Act* and are prepared to enter into legal relationships with that as their only objective: *Recalma v. Canada*, [1998] 3 C.N.L.R. 279 (F.C.A.), at page 281. This is consistent with the comments of Gonthier J. in *Williams*, at page 887:

. . . under the *Indian Act*, an Indian has a choice with regard to his personal property. The Indian may situate this property on the reserve, in which case it is within the protected area and free from seizure and taxation, or the Indian may situate this property off the reserve, in which case it is outside the protected area, and more fully available for ordinary commercial purposes in society. Whether the Indian wishes to remain within the protected reserve system or integrate more fully into the larger commercial world is a choice left to the Indian.

rattachement. Il n'est pas contesté que l'employeur est NLS et que NLS est située sur une réserve.

[66] L'avocat de Sa Majesté allègue que dans la présente affaire, la résidence de l'employeur devrait n'être considérée que comme un faible facteur de rattachement en raison de la façon dont la relation d'emploi a pris naissance. Il fait valoir que M^{me} Shilling a trouvé un emploi chez AHT mais que plutôt d'entrer en relation d'emploi avec AHT, elle est devenue une employée de NLS. Il soutient que, puisqu'elle a agit de la sorte en raison des avantages fiscaux, l'importance accordée à la résidence de NLS devrait être réduite.

[67] Je ne suis pas d'accord avec cet argument. Je pars de la prémisse que chaque personne a le droit d'organiser ses affaires pour bénéficier des allègements fiscaux prévus par la loi, et que cela peut être accompli par la création d'obligations et de relations qui n'ont pas d'autre but que l'obtention de cet allègement. C'est dans l'arrêt *Neuman c. M.R.N.*, [1998] 1 R.C.S. 770, à la page 785, que se trouve l'expression la plus récente de ce principe:

[. . .] les contribuables peuvent organiser leurs affaires d'une façon particulière dans le seul but de se prévaloir délibérément des mécanismes de réduction de l'impôt prévus dans la [*Loi de l'impôt sur le revenu*].⁸

[68] Ce principe doit s'appliquer également aux Indiens qui cherchent à obtenir l'avantage que leur procure l'article 87 de la *Loi sur les Indiens* et qui sont disposés à créer des relations juridiques en ne poursuivant que ce seul but: *Recalma c. Canada*, [1998] 3 C.L.N.R. 279 (C.A.F.), à la page 281. Cela est compatible avec les commentaires du juge Gonthier exposés dans l'arrêt *Williams*, à la page 887:

[. . .] en vertu de la *Loi sur les Indiens*, un Indien jouit d'un choix en ce qui concerne ses biens personnels. L'Indien peut situer ces biens sur la réserve, auquel cas les biens sont protégés contre la saisie et la taxation, ou il peut les situer hors de la réserve, auquel cas les biens sont situés à l'extérieur de la zone protégée et peuvent davantage être utilisés dans le cours des opérations commerciales ordinaires dans la société. Il appartient à l'Indien de décider s'il désire bénéficier du système de protection que constitue la réserve ou s'il veut s'intégrer davantage dans l'ensemble du monde des affaires.

[69] To accept the argument of counsel for the Crown would mean that the tax liability of Indians could vary depending only on whether the location of their property on a reserve arose with or without planning. Such a distinction makes no sense.

[70] In my view, the location of the employer as a connecting factor must be considered without regard to the fact that the location was dictated by a deliberate tax planning choice.

[71] I consider the analysis in *Recalma, supra*, to be instructive. In that case, an Indian claimed the benefit of a tax exemption under section 87 for the investment income he earned on financial instruments purchased at a branch of a financial institution located on a reserve. The exemption was denied because the investments he had chosen as the source of his investment income depended upon income generating activity in the “commercial mainstream”, in locations all over the world.

[72] Ms. Shilling has made the opposite choice. She chose an employment relationship with NLS. That choice has substantive legal and commercial consequences that give her employment relationship an undeniable tie to a reserve. If the employment relationship breaks down, the only recourse of Ms. Shilling is to Mr. Obonsawin. If Mr. Obonsawin becomes insolvent, Ms. Shilling may not be paid. On the other hand, Ms. Shilling will not necessarily be adversely affected if AHT ceases to operate or becomes insolvent, because her employment relationship is with NLS.

[73] It is not relevant that the reserve in question is the one where Mr. Obonsawin and NLS are located rather than the Rama reserve. The language of section 87 is very broad, and refers to property situated on “a reserve,” not “the reserve,” and not “the reserve belonging to the band of which the Indian is a member.” What is relevant is that because of her choice of employer, Ms. Shilling cannot look to anyone but Mr. Obonsawin, who is located on the reserve, for payment of her salary, which is the source of her livelihood and her ability to support her son.

[69] Accepter l’argument de l’avocat de Sa Majesté reviendrait à dire que les obligations fiscales des Indiens pourraient varier et ne dépendre que de la question de savoir si la localisation des biens sur la réserve a été planifiée ou non. Une telle distinction n’a pas de sens.

[70] À mon avis, le facteur de rattachement qu’est la résidence de l’employeur doit être analysé sans tenir compte du fait que cet emplacement a été choisi délibérément pour des fins de planification fiscale.

[71] Je trouve que l’analyse faite dans l’arrêt *Recalma*, précité, est intéressante. Dans cette affaire, un Indien réclamait le bénéfice de l’exemption fiscale de l’article 87 pour un revenu de placement gagné à partir d’instruments financiers achetés dans une succursale d’une banque située sur la réserve. L’exemption lui a été refusée parce que les investissements qu’il avait choisis et qui étaient la source de son revenu de placement généraient leur revenu d’activités «sur le marché» partout dans le monde.

[72] M^{me} Shilling a fait le choix contraire. Elle a choisi d’entrer en relation d’emploi avec NLS. Ce choix amène des conséquences juridiques et commerciales non négligeables qui confèrent à sa relation d’emploi un lien indéniable avec une réserve. Si la relation d’emploi se termine, le seul recours de M^{me} Shilling est à l’endroit de M. Obonsawin. Si M. Obonsawin devient insolvable, M^{me} Shilling peut ne pas être payée. D’un autre côté, M^{me} Shilling ne sera pas nécessairement lésée si AHT cesse d’opérer ou devient insolvable, parce que sa relation d’emploi est avec NLS.

[73] Le fait que la réserve en question soit celle où M. Obonsawin et NLS résident et non la réserve de Rama n’est pas pertinent. Les termes de l’article 87 sont très larges et font référence aux biens situés sur «une réserve» et non pas sur «la réserve» ou «la réserve appartenant à la bande dont l’Indien est membre». Ce qui est pertinent est que, parce qu’elle a choisi cet employeur, M^{me} Shilling ne peut se tourner vers personne d’autre que M. Obonsawin, qui réside sur la réserve, afin d’obtenir son salaire, qui est son gagne-pain et son moyen de subvenir aux besoins de son fils.

[74] The fact that Ms. Shilling's employer is located on a reserve is a factor that must be given considerable weight in determining the location of her employment income. Because the source of Ms. Shilling's employment income is a business located on a reserve, to impose income tax on that employment income would tend to erode her entitlement *qua* Indian on a reserve.

Other considerations

[75] Both parties agreed that the place of payment of Ms. Shilling's salary is irrelevant. No other connecting factors were suggested.

Conclusion

[76] The most important factor to be taken into account in determining the location of Ms. Shilling's employment income is the location of her employer. Because of the substantive legal and economic consequences of her employment relationship, that factor is entitled to considerable weight. Her employer is located on a reserve, which favours the conclusion that her employment income is located on a reserve.

[77] A related factor that points to a location on the reserve is the fact that her work benefits the business of her employer, which is a reserve-based business.

[78] The factors that point to the opposite conclusion are that she performs the duties of her employment in Toronto. Her work benefits AHT, a Toronto based organization which in turn benefits Indians residing in Toronto, but does not benefit any particular reserve. However, those factors are not of sufficient weight to override the factors that connect Ms. Shilling's employment income to a reserve.

[79] I conclude that Ms. Shilling's employment income is located on a reserve, and is exempt from income tax by virtue of section 87 of the *Indian Act*.

[74] Le fait que l'employeur de M^{me} Shilling réside sur une réserve est un facteur auquel il doit être donné beaucoup de poids pour déterminer l'emplacement de son revenu d'emploi. Puisque la source du revenu d'emploi de M^{me} Shilling est une entreprise située sur une réserve, prélever un impôt sur ce revenu pourrait constituer une atteinte à ses droits d'Indienne en tant qu'Indienne sur une réserve.

Autres points examinés

[75] Les parties s'entendent pour dire que le lieu du paiement du salaire de M^{me} Shilling n'est pas pertinent. Aucun autre facteur de rattachement n'a été soumis.

Conclusion

[76] Le facteur le plus important dont il doit être tenu compte pour déterminer l'emplacement du revenu d'emploi de M^{me} Shilling est la résidence de son employeur. En raison des conséquences juridiques et économiques non négligeables de sa relation d'emploi, il est accordé beaucoup de poids à ce facteur. Son employeur réside sur une réserve et cela appuie la conclusion que son revenu d'emploi est situé dans une réserve.

[77] Un autre facteur qui permet de relier le revenu à la réserve est le fait que le travail de M^{me} Shilling bénéficie à l'entreprise de son employeur, qui est une entreprise située sur une réserve.

[78] Les facteurs appuyant la conclusion contraire sont le fait qu'elle accomplisse ses fonctions à Toronto, que son travail bénéficie à AHT et par le fait même à des Indiens vivant à Toronto, mais pas à une réserve en particulier. Cependant, ces facteurs n'ont pas suffisamment de poids pour l'emporter sur les facteurs qui relient le revenu d'emploi de M^{me} Shilling à une réserve.

[79] Je conclus donc que le revenu d'emploi de M^{me} Shilling est situé sur une réserve et qu'il est exempt d'impôt sur le revenu en vertu de l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*.

[80] The question to be answered was stated as follows (with amendments required to take into account the remission orders for 1993 and 1994):

Is Rachel Shilling entitled by operation of section 87 of the *Indian Act* to exemption from income tax with respect to the salary paid to her by Native Leasing Services for the years 1995-1996 in the circumstances described in the agreed statement of facts (Schedule B to the within motion and pages 8-22 of the plaintiff's motion record)?

The answer is yes.

¹ The history of these provisions is set out in the judgment of La Forest J. in *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, at pp. 127-131.

² IT-62 was withdrawn on July 15, 1995 by a Special Release containing amendments to IT-397.

³ In the *Mitchell* case, the issue was the interpretation of s. 90(1)(b) of the *Indian Act* [R.S.C. 1970, c. I-6].

⁴ S. 89 is the provision that protects the real and personal property of an Indian or a band from any charge, pledge, mortgage, attachment, levy, seizure, distress or execution in favour of or at the instance of any person other than an Indian, if the property is situated on a reserve.

⁵ *Shorter Oxford English Dictionary*, Vol. II, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press, 1973. In the French version of s. 87, the word used is "situé" which is given the same meaning in *Le Nouveau Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris: Dictionnaire Le Robert, 1993.

⁶ *Union of New Brunswick Indians*, *supra*, at p. 1183.

⁷ Citing Cheshire and North, *Private International Law*, 10th ed., London: Butterworths, 1979, at p. 536 *et seq.* and also the judgment of Thurlow A.C.J. in *National Indian Brotherhood*, *supra*.

⁸ See also *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *McClurg v. Canada*, [1990] 3 S.C.R. 1020; *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312; *Hickman Motors Ltd. v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 336; *Duha Printers (Western) Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 795.

[80] La question était exposée comme suit (avec les modifications qui ont dû être apportées afin de tenir compte des décrets de remise pour les années 1993 et 1994):

Rachel Shilling a-t-elle le droit, par application de l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*, d'être exemptée de payer de l'impôt sur le salaire qui lui a été versé par Native Leasing Services, pour les années 1995 et 1996, dans les circonstances décrites dans l'exposé conjoint des faits (annexe B de la présente requête et les pages 8 à 22 du dossier de requête de la demanderesse)?

La réponse est oui.

¹ L'historique de ces dispositions est exposé dans le jugement du juge La Forest dans *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, aux p. 127 à 131.

² *Le Bulletin d'interprétation* IT-62 a été annulé le 15 juillet 1995 par une publication spéciale comprenant des modifications apportées à IT-397.

³ L'affaire *Mitchell* portait sur l'interprétation de l'art. 90(1)(b) de la *Loi sur les Indiens* [S.R.C. 1970, ch. I-6].

⁴ L'art. 89 est la disposition selon laquelle les biens d'un Indien ou d'une bande ne peuvent pas faire l'objet d'un privilège, d'un nantissement, d'une hypothèque, d'une opposition, d'une réquisition, d'une saisie ou d'une exécution en faveur ou à la demande d'une personne autre qu'un Indien, si les biens sont situés sur une réserve.

⁵ *Le Nouveau Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris: Dictionnaire le Robert, 1993. Dans la version anglaise de l'art. 87, le mot utilisé est «situated», auquel le *Shorter Oxford English Dictionary*, vol. II, 3^e éd. Oxford: Clarendon Press, 1973 donne le sens de «located» ou «placed».

⁶ *Union of New Brunswick Indians*, précité à la p. 1183.

⁷ Voir Cheshire et North, *Private International Law* (10^e éd., Londres: Butterworths, 1979), à la p. 536 et suiv. et aussi le jugement du juge en chef adjoint Thurlow dans l'affaire *National Indian Brotherhood* (précitée).

⁸ Voir aussi *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *McClurg c. Canada*, [1990] 3 R.C.S. 1020; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312; *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336; *Duha Printers (Western) Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 795.

A-415-99

A-415-99

Manickavasagam Suresh (*Appellant*)**Manickavasagam Suresh** (*appellant*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship & Immigration and
The Attorney General of Canada** (*Respondents*)**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
et le procureur général du Canada** (*intimés*)**INDEXED AS: SURESH v. CANADA (MINISTER OF
CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (C.A.)****RÉPERTORIÉ: SURESH c. CANADA (MINISTRE DE LA
CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)**Court of Appeal, Robertson J.A.—Ottawa and Toronto
(teleconference), July 19; Ottawa, July 23, 1999.Cour d'appel, juge Robertson, J.C.A.—Ottawa et
Toronto (téléconférence), 19 juillet; Ottawa, 23 juillet
1999.

Citizenship and Immigration — Immigration practice — Motion for stay of appellant's removal from Canada pending disposition of appeal from dismissal of application for judicial review of Minister's danger opinion — Applicant, Tamil from Sri Lanka, Convention refugee — Member of LTTE, terrorist organization — Minister issuing security certificate pursuant to Immigration Act, s. 40.1 — Deportation order issued — In dismissing judicial review application, McKeown J. certifying questions for consideration — Application of tripartite test for granting stay formulated in American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd. — (1) Serious issues raised in certified questions — (2) When test formulated, H.L. probably not considering applicability in human rights context — Irreparable harm characterized in terms of that which cannot be compensated in monetary terms only in commercial context — No transgression of human right accurately measured, compensated by money, particularly in immigration cases involving deportation to country failing to abide by international norms respecting human rights — Two approaches to irreparable harm: assessment of risk of personal harm if person deported; assessment of effect of denial of stay application on person's right to have merits of case determined and to enjoy benefits associated with positive ruling — Subject to balance of convenience, if F.C.T.D. judges certifying questions of general importance, not unreasonable to defer execution of deportation orders where serious Charter issues relating to complex scheme for removing persons from this country and possibility would be exposed to inhumane treatment on arrival in former homeland — (3) Appellant's private interest outweighing public interest.

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Requête visant à obtenir le sursis du renvoi de l'appelant du Canada jusqu'à la décision de l'appel qu'il a formé contre la décision de rejeter sa demande de contrôle judiciaire de l'opinion de danger qu'a émise le ministre — Le demandeur, un Tamoul originaire du Sri Lanka, est un réfugié au sens de la Convention — Il est un membre des LTTE, une organisation terroriste — Le ministre a délivré une attestation de sécurité en vertu de l'art. 40.1 de la Loi sur l'immigration — Une mesure d'expulsion a été prise — En rejetant la demande de contrôle judiciaire, le juge McKeown a certifié des questions pour examen — Application du critère à trois volets applicable à l'octroi d'un sursis, formulé dans American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd. — 1) Les questions certifiées soulèvent des questions sérieuses — 2) Lorsqu'elle a formulé le critère, la Chambre des lords n'a probablement pas tenu compte de son applicabilité dans le contexte des droits de la personne — C'est uniquement dans un contexte commercial qu'on parle de préjudice irréparable du point de vue d'un préjudice qui ne peut être réparé par l'octroi d'une somme d'argent — Aucune violation d'un droit humain n'est mesurée avec précision ou réparée par l'octroi d'une somme d'argent, en particulier dans des affaires en matière d'immigration comportant l'expulsion dans un pays qui ne respecte pas les normes internationales en matière de droits de la personne — Il y a deux façons de voir le préjudice irréparable: la première consiste à évaluer le risque de préjudice personnel en cas d'expulsion et la deuxième consiste à évaluer l'effet du rejet d'une demande de sursis sur le droit d'une personne d'obtenir une décision sur le fond de sa cause et de profiter des avantages rattachés à une décision positive — Sous réserve de la prépondérance des inconvénients, si des juges de la Section de première instance de la Cour fédérale certifient des questions de portée générale, il n'est pas déraisonnable de reporter l'exécution des mesures d'expulsion lorsqu'il y a, dans l'optique de la Charte, des questions graves concernant un mécanisme complexe pour renvoyer des personnes du Canada et la possibilité qu'elles fassent l'objet d'un

Administrative law — Judicial review — Injunctions — Motion for order staying removal of Convention refugee from Canada pending disposition of appeal from dismissal of application for judicial review of Minister's danger opinion — Application of tripartite test for granting stay formulated by H.L. in American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd. — (1) Certified questions raising serious issues; (2) irreparable harm, as raising serious Charter issues relating to complex scheme for removing persons from Canada, and possibility appellant would be exposed to inhumane treatment on arrival in former homeland; (3) appellant's private interest outweighing public interest as unclear appellant personally involved in acts of terrorism, no evidence appellant's presence in Canada representing threat to personal safety of Canadians, near certainty appellant will be subjected to inhumane treatment if returned to Sri Lanka — Allowing appellant to remain in Canada until appeal heard will not adversely affect Canada's reputation in international community with respect to fighting terrorism.

Judges and Courts — F.C.T.D. denying Convention refugee's application for interlocutory injunction to prevent removal from Canada pending disposition of leave application — Ontario Court (General Division) granting interlocutory injunction to prevent deportation, but staying declaratory component — Problems with exercise of concurrent jurisdiction by two superior courts of record with respect to same constitutional challenges to federal legislation — Prohibition against collateral attacks on orders of superior court — One superior court may not exercise supervisory jurisdiction over another — Only S.C.C. having such power — Ontario courts prepared to entertain concurrent proceedings as denial of injunctive relief would render proceedings in F.C. moot.

This was an expedited motion for an order staying the removal of the appellant from Canada pending the disposition of his appeal from the dismissal of his application for judicial review of the Minister's decision to declare him a danger to the security of Canada. The appellant arrived in Canada in 1990 and was found to be a Convention refugee. In 1995 he became the subject of a security certificate and was detained and given notice that a certificate had been

traitement inhumain à leur arrivée dans leur ancienne patrie — 3) L'intérêt personnel de l'appelant l'emporte sur l'intérêt public.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Injonctions — Requête visant à obtenir une ordonnance sursoyant au renvoi du Canada d'un réfugié au sens de la Convention jusqu'à la décision de l'appel qu'il a formé contre la décision de rejeter sa demande de contrôle judiciaire de l'opinion de danger qu'a émise le ministre — Application du critère à trois volets applicable à l'octroi d'un sursis qu'a formulé la Chambre des lords dans American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd. — 1) Les questions certifiées soulèvent des questions sérieuses; 2) Il y a un préjudice irréparable parce ce qu'on soulève, dans l'optique de la Charte, des questions graves concernant un mécanisme complexe pour renvoyer des personnes du Canada et la possibilité que l'appelant fasse l'objet d'un traitement inhumain à son arrivée dans son ancienne patrie; (3) L'intérêt personnel de l'appelant l'emporte sur l'intérêt public parce qu'on ne sait pas très bien si l'appelant a été personnellement mêlé à des actes de terrorisme; il n'y pas d'éléments de preuve que la présence de l'appelant au Canada constitue une menace pour la sécurité personnelle des Canadiens et, si l'appelant est renvoyé au Sri Lanka, il ferait presque certainement l'objet d'un traitement inhumain — La décision de permettre à l'appelant de demeurer au Canada jusqu'à ce que son appel ait été entendu n'affectera pas la réputation du Canada sur la scène internationale en ce qui concerne la lutte au terrorisme.

Juges et tribunaux — La Section de première instance de la Cour fédérale a rejeté la demande d'un réfugié au sens de la Convention, visant l'octroi d'une injonction interlocutoire pour empêcher son renvoi du Canada jusqu'à la décision de sa demande d'autorisation — La Cour de l'Ontario (Division générale) a accordé une injonction interlocutoire pour empêcher l'expulsion, mais a suspendu l'élément déclaratoire de la demande — L'exercice d'une compétence concurrente par deux cours supérieures d'archives en ce qui a trait aux mêmes contestations de la constitutionnalité d'une loi fédérale est douteuse — Interdiction visant les contestations parallèles d'ordonnances rendues par une cour supérieure — Une cour supérieure ne peut pas exercer un pouvoir de surveillance sur une autre cour — Seule la C.S.C. est investie de ce pouvoir — Les cours de l'Ontario ont été disposées à connaître de poursuites concurrentes parce que le refus d'une injonction aurait rendu la poursuite devant la C.F. sans objet.

Il s'agit d'une requête accélérée visant à obtenir une ordonnance sursoyant au renvoi de l'appelant du Canada jusqu'à la décision de l'appel qu'il a formé contre la décision de rejeter sa demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre de déclarer qu'il constitue un danger pour la sécurité du Canada. L'appelant est arrivé au Canada en 1990 et a été reconnu comme un réfugié au sens de la Convention. En 1995, il a fait l'objet d'une attestation de

issued under section 40.1 of the *Immigration Act* and that a deportation order might be made against him. A Judge of the Trial Division found that the certificate was reasonable and valid. After that decision was rendered, but before reasons were issued, an adjudicator ordered the appellant deported. Reasons upholding the security certificate were issued on November 14, 1997 and on January 6, 1998, the Minister rendered a decision pursuant to paragraph 53(1)(b) that the appellant represented a danger to the security of Canada. The appellant filed an application for leave and for judicial review of the Minister's decision. Although the Trial Division dismissed his application for an interlocutory injunction to prevent his removal from Canada pending the disposition of his leave application, the Ontario Court (General Division) then granted such an interlocutory injunction, but stayed the declaratory component of the application. The appellant was released from detention. The appellant's application for judicial review of the Minister's decision to declare him a danger to the security of Canada was dismissed, and three questions were certified to be of general public importance. Since the Ontario Court injunction has expired, the appellant applied to this Court for the same relief pending the disposition of his appeal from the judicial review application.

Held, the application should be allowed.

The first part of the tripartite test for granting a stay was met. The certified questions raised serious issues.

The issue of irreparable harm can be approached in two ways. The first involves an assessment of the risk of personal harm if a person is deported or deported to a particular country. The appellant will be deported to Sri Lanka where he will certainly be detained by the authorities upon his arrival. While the appropriate standard of risk assessment for irreparable harm is not absolute certainty, it is difficult to speculate on the fate that may await a person who is to be deported to a country whose human rights record falls below international or Canadian standards. When the tripartite test was formulated in *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396, the House of Lords probably did not consider its applicability in the human rights context. Any court would characterize irreparable harm in terms of that which cannot be compensated in monetary terms only in a commercial context such as that which presented itself in *American Cyanamid*. No transgression of a basic human right can be accurately measured or compensated by money, particularly in immigration cases involving deportation to a country which fails to abide by international norms respecting human rights. Nevertheless, there is no absolute right to remain in Canada, particularly for those whom the Minister

sécurité et a été mis en détention et avisé qu'une attestation avait été délivrée en vertu de l'article 40.1 de la *Loi sur l'immigration* et qu'il pouvait faire l'objet d'une mesure d'expulsion. Un juge de la Section de première instance a conclu que l'attestation était raisonnable et valide. Après que cette décision eut été rendue, mais avant que les motifs ne soient prononcés, un arbitre a ordonné que l'appellant soit expulsé. Les motifs entérinant l'attestation de sécurité ont été prononcés le 14 novembre 1997 et, le 6 janvier 1998, le ministre a pris une décision en application de l'alinéa 53(1)b, à savoir que l'appellant constitue un danger pour la sécurité du Canada. L'appellant a déposé une demande d'autorisation et demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre. Bien que la Section de première instance ait rejeté sa demande d'octroi d'une injonction interlocutoire pour empêcher son renvoi du Canada jusqu'à la décision de sa demande d'autorisation, la Cour de l'Ontario (Division générale) a par la suite accordé cette injonction interlocutoire, mais elle a suspendu l'élément déclaratoire de la demande. L'appellant a été mis en liberté. La demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre de déclarer que l'appellant constitue un danger pour la sécurité du Canada a été rejetée et trois questions de portée générale ont été certifiées. Depuis l'expiration de l'injonction accordée par la Cour de l'Ontario, l'appellant s'est adressé à la Cour fédérale dans le but d'obtenir la même réparation jusqu'à l'issue de l'appel qu'il a formé contre la demande de contrôle judiciaire.

Arrêt: la demande est accueillie.

Le premier élément du critère à trois volets applicable à l'octroi d'un sursis est satisfait. Les questions certifiées soulèvent des questions sérieuses.

Il est possible de voir la question du préjudice irréparable de deux façons. La première consiste à évaluer le risque de préjudice personnel en cas d'expulsion ou d'expulsion dans un pays donné. L'appellant sera expulsé au Sri Lanka où il sera certainement détenu par les autorités à son arrivée. Bien que la norme appropriée pour évaluer le risque de préjudice irréparable ne soit pas la certitude absolue, il est difficile de présumer le sort qui peut attendre une personne devant être expulsée dans un pays dont les antécédents en matière de respect des droits de la personne tombent au-dessous des normes canadiennes ou internationales. Lorsqu'elle a formulé le critère à trois volets dans l'arrêt *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396, la Chambre des lords n'a probablement pas tenu compte de son applicabilité dans le contexte des droits de la personne. C'est uniquement dans un contexte commercial semblable à celui de l'arrêt *American Cyanamid* qu'un tribunal parlerait de préjudice irréparable du point de vue d'un préjudice qui ne peut être réparé par l'octroi d'une somme d'argent. Aucune violation d'un droit humain fondamental ne peut être mesurée avec précision ou réparée par l'octroi d'une somme d'argent, en particulier dans des affaires en matière d'immigration comportant l'expulsion dans un pays qui ne respecte

has reasonable grounds to believe are terrorists or active supporters of terrorism. Ultimately, the balance of convenience may have to favour the public interest over the interests of a person who is to be deported to a country where human rights abuses exist.

The second approach is to assess the effect of a denial of a stay application on a person's right to have the merits of the case determined and to enjoy the benefits associated with a positive ruling. The appellant argued that his pending appeal will be rendered "moot" or "nugatory" if he is deported prior to the hearing of his appeal. Assuming that the appellant is deported and detained in Sri Lanka prior to that proceeding and that he will be successful on appeal, since the Sri Lankan authorities would be unlikely to release him, he would be unable to avail himself of the fruits of his victory, i.e. the right to remain in Canada until his case is disposed of in accordance with the Charter. Ontario courts have been moved, in part, to grant injunctive relief on this basis. The exercise of concurrent jurisdiction by two superior courts of record with respect to the same constitutional challenges to federal legislation, such as the *Immigration Act*, is highly problematic: there is the question of whether concurrent proceedings can be brought by the same party in two superior courts simultaneously, as well as the well-entrenched prohibition against collateral attacks on orders of a superior court. To permit concurrent proceedings makes it appear as if one superior court is exercising supervisory jurisdiction over another, a supervisory mandate belonging only to the Supreme Court of Canada. Ontario courts have been prepared to entertain concurrent proceedings only where the denial of injunctive relief would render the proceedings in the Federal Court moot. Subject to the balance of convenience factor, it seems that appellants such as Mr. Suresh are entitled to have their day in court before being deported. If judges of the Trial Division are prepared to certify questions of general importance as a condition precedent to the Court of Appeal hearing an unrestricted appeal on the merits, then it is reasonable to defer the execution of a deportation or removal order in circumstances where it may ultimately be found that persons such as the appellant have not been dealt with as required by law. Similar reasoning may be applied where leave to seek judicial review has been granted in cases raising serious Charter issues relating to a complex scheme for removing persons from Canada and the possibility that they would be exposed to inhumane treatment upon arrival in their former homeland. Until such issues are decided, it is only just that appellants such as Suresh be allowed to remain in Canada.

pas les normes internationales en matière de droits de la personne. Quoi qu'il en soit, le droit absolu de demeurer au Canada n'existe pas, en particulier dans le cas des personnes dont le ministre a des motifs raisonnables de croire qu'elles sont des terroristes ou de fervents partisans du terrorisme. En dernière analyse, la prépondérance des inconvénients peut devoir privilégier l'intérêt public plutôt que les intérêts d'une personne qui doit être expulsée dans un pays dans lequel les droits de la personne ne sont pas respectés.

La seconde façon de voir consiste à évaluer l'effet du rejet d'une demande de sursis sur le droit d'une personne d'obtenir une décision sur le fond de sa cause et de profiter des avantages rattachés à une décision positive. L'appelant a soutenu que l'appel en instance deviendra «sans objet» ou «futile» s'il est expulsé avant l'audition de son appel. En supposant que l'appelant soit expulsé et détenu au Sri Lanka avant l'audition de son appel et que son appel soit accueilli, comme il est peu probable que les autorités sri-lankaises le mettraient en liberté, il ne serait pas en mesure de profiter des fruits de sa victoire, c'est-à-dire le droit de demeurer au Canada jusqu'à ce qu'une décision soit rendue sur son cas en conformité avec la Charte. Les tribunaux ontariens ont été saisis de requêtes qui les invitaient notamment à accorder une injonction pour ce motif. L'exercice d'une compétence concurrente par deux cours supérieures d'archives en ce qui a trait aux mêmes contestations de la constitutionnalité d'une loi fédérale, comme la *Loi sur l'immigration*, est très douteux: il y a la question de savoir si des poursuites concurrentes peuvent être intentées simultanément par la même partie devant deux cours supérieures ainsi que l'interdiction bien consacrée visant les contestations parallèles d'ordonnances rendues par une cour supérieure. Permettre l'introduction de poursuites concurrentes donne l'impression qu'une cour supérieure exerce un pouvoir de surveillance sur une autre cour; seule la Cour suprême du Canada est investie de cette mission de surveillance. Les cours de l'Ontario n'ont été disposées à connaître de poursuites concurrentes que si le refus d'une injonction rendrait la poursuite devant la Cour fédérale sans objet. Sous réserve du facteur de la prépondérance des inconvénients, il semble que des appelants comme M. Suresh ont le droit d'être entendus avant d'être expulsés. Si des juges de la Section de première instance sont disposés à certifier des questions de portée générale en tant que condition préalable à l'audition d'un appel sans restriction sur le fond par la Cour d'appel, il n'est pas déraisonnable de reporter l'exécution d'une mesure d'expulsion ou de renvoi dans des circonstances dans lesquelles il peut finalement être conclu que des personnes comme l'appelant n'ont pas été traitées de la manière prescrite par la loi. On peut appliquer un raisonnement similaire lorsque l'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire a été accordée dans les affaires qui soulèvent, dans l'optique de la Charte, des questions graves concernant un mécanisme complexe pour renvoyer des personnes du Canada et la possibilité qu'elles fassent l'objet d'un traitement inhumain à leur arrivée dans leur ancienne patrie. Jusqu'à ce que ces questions soient

The third prong of the tripartite test requires the balancing of the private interest of the appellant against the public interest. The former outweighs the latter herein. Accepting that there are reasonable grounds to believe that the appellant represents a threat to Canada's security, it was unclear whether he was personally involved in acts of terrorism. The appellant has not committed any acts of violence in Canada. He is being deported largely because he is the leader of a Canadian organization which raises financial aid for a terrorist organization. There was no evidence to support a valid concern that the appellant's presence in Canada represents a threat to the personal safety of Canadians. If he is returned to Sri Lanka, he will almost certainly be detained, and there is the possibility that he will be subjected to inhumane treatment. Finally, the appellant was released from prison on strict bail conditions and there was no evidence that he had breached any of those conditions.

Allowing the appellant to remain in Canada until his appeal has been heard would not adversely affect Canada's reputation in the international community with respect to fighting terrorism, but merely demonstrate that Canada is committed to its obligations against the *refoulement* of persons to countries where human rights violations persist, at least until such time as any removal accords with the Charter.

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. 2, 7, 12.

Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36, Art. 3.

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(1)(e)(iv)(C) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11), f(ii) (as am. *idem*), (iii)(B) (as am. *idem*), 40.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4; S.C. 1992, c. 49, s. 31), 53(1)(b) (as am. *idem*, s. 43), 83(1) (as am. *idem*, s. 73), Sch. (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 34).

United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Suresh v. R. (1999), 42 O.R. (3d) 797; 116 O.A.C. 329 (Div. Ct.); *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.).

décidées, il n'est que juste que des appelants comme M. Suresh soient autorisés à demeurer au Canada.

Le troisième élément du critère à trois volets exige la mise en balance de l'intérêt personnel de l'appelant et de l'intérêt public. En l'espèce, le premier l'emporte sur le second. Acceptant qu'il existe des motifs raisonnables de croire que l'appelant constitue une menace pour la sécurité du Canada, on ne sait pas très bien si l'appelant a été personnellement mêlé à des actes de terrorisme. L'appelant n'a pas commis d'actes de violence au Canada. On veut l'expulser principalement parce qu'il dirige une organisation canadienne qui réunit des fonds destinés à une organisation terroriste. Il n'y pas d'éléments de preuve permettant d'appuyer une crainte valable quant au fait que la présence de l'appelant au Canada constitue une menace pour la sécurité personnelle des Canadiens. S'il est renvoyé au Sri Lanka, il serait presque certainement détenu et il est possible qu'il fasse l'objet d'un traitement inhumain. Enfin, les conditions auxquelles la mise en liberté sous caution de l'appelant a été subordonnée étaient rigoureuses et rien ne permet de conclure qu'il a violé ces conditions.

La réputation du Canada sur la scène internationale en ce qui concerne la lutte au terrorisme ne serait pas affectée par la décision de permettre à l'appelant de demeurer au Canada jusqu'à ce que son appel ait été entendu; cette décision montre simplement que le Canada prend au sérieux ses obligations contre le refoulement de personnes vers des pays qui continuent de violer les droits de la personne, du moins jusqu'à ce qu'un renvoi soit effectué en conformité avec la Charte.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 2, 7, 12.

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36, art. 3.

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. 19(1)(e)(iv)(C) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11), f(ii) (mod., *idem*), (iii)(B) (mod., *idem*), 40.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29, art. 4; L.C. 1992, ch. 49, art. 31), 53(1)(b) (mod. *idem*, art. 43), 83(1) (mod., *idem*, art. 73), annexe (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 34).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Suresh v. R. (1999), 42 O.R. (3d) 797; 116 O.A.C. 329 (C. div.); *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.).

CONSIDERED:

Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] F.C.J. No. 865 (T.D.) (QL); *Suresh, Re* (1997), 140 F.T.R. 88; 40 Imm. L.R. (2d) 247 (F.C.T.D.); *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] F.C.J. No. 28 (T.D.) (QL); *Suresh v. R.* (1998), 38 O.R. (3d) 267; 49 C.R.R. (2d) 131 (Gen. Div.).

REFERRED TO:

Moumdjian v. Canada (Security Intelligence Review Committee), [1999] F.C.J. No. 1160 (C.A.) (QL); *Wilson v. R.*, [1983] 2 S.C.R. 594; (1983), 4 D.L.R. (4th) 577; [1984] 1 W.W.R. 481; 26 Man. R. (2d) 194; 9 C.C.C. (3d) 97; 37 C.R. (3d) 97; 51 N.R. 321; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 226 N.R. 201; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] S.C.J. No. 39 (QL).

MOTION for an order staying the removal of the appellant from Canada pending the disposition of his appeal from the dismissal of his application for judicial review of a danger opinion issued by the Minister of Citizenship and Immigration. Motion allowed.

APPEARANCES:

Ronald P. Poulton and Barbara Jackman for appellant.
Cheryl D. Mitchell and Neeta Logsetty for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

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

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] ROBERTSON J.A.: This is an expedited motion for an order staying the removal of the appellant (Mr. Suresh) from Canada pending the disposition of his appeal from the decision of Justice McKeown, dated June 28, 1999 [reasons for judgment dated

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] A.C.F. n° 865 (1^{re} inst.) (QL); *Suresh, Re* (1997), 140 F.T.R. 88; 40 Imm. L.R. (2d) 247 (C.F. 1^{re} inst.); *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 28 (1^{re} inst.) (QL); *Suresh v. R.* (1998), 38 O.R. (3d) 267; 49 C.R.R. (2d) 131 (Div. gén.).

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

Moumdjian c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité), [1999] F.C.J. n° 1160 (C.A.) (QL); *Wilson c. R.*, [1983] 2 R.C.S. 594; (1983), 4 D.L.R. (4th) 577; [1984] 1 W.W.R. 481; 26 Man. R. (2d) 194; 9 C.C.C. (3d) 97; 37 C.R. (3d) 97; 51 N.R. 321; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 226 N.R. 201; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.S. n° 39 (QL).

REQUÊTE visant à obtenir une ordonnance sursoyant au renvoi de l'appelant du Canada jusqu'à la décision de l'appel qu'il a formé contre la décision de rejeter sa demande de contrôle judiciaire de l'opinion de danger qu'a émise le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration. Requête accueillie.

ONT COMPARU:

Ronald P. Poulton et Barbara Jackman pour l'appellant.
Cheryl D. Mitchell et Neeta Logsetty pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Jackman, Waldman & Associates, Toronto, pour l'appellant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Il s'agit d'une requête accélérée visant à obtenir une ordonnance sursoyant au renvoi de l'appelant (M. Suresh) du Canada jusqu'à la décision de l'appel qu'il a formé contre la décision en date du 28 juin 1999 [motifs en

June 11, 1999 reported at [1999] F.C.J. No. 865 (F.C.T.D.) (QL)], in which Mr. Suresh's application for judicial review was dismissed. The judicial review application was initiated after the Minister of Citizenship and Immigration issued an opinion letter under paragraph 53(1)(b) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 43)] in which she described Mr. Suresh as a danger to the security of Canada.

[2] There has been an increase in the number of stay applications pending the disposition of an appeal to this Court from a dismissal of a judicial review application involving certified questions of general importance under subsection 83(1) [as am. *idem*, s. 73] of the Act. These applications raise an interesting question as to the type of irreparable harm which satisfies the second part of the tripartite test set out in the jurisprudence. In the reasons that follow, I agree with the Ontario Supreme Court that the failure to grant the relief sought in this and similar cases would effectively render the hearing of the appeal on the merits "moot" or "nugatory". I begin my analysis with a recitation of the facts precipitating this stay application.

FACTS AND LITIGATION

[3] Mr. Suresh, a Tamil from Sri Lanka, arrived in Canada on October 5, 1990 and was found to be a Convention refugee on April 1, 1991. On September 11, 1995, Mr. Suresh became the subject of a security certificate issued pursuant to section 40.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4; S.C. 1992, c. 49, s. 31] of the Act on the grounds that he was inadmissible to Canada by virtue of clause 19(1)(e)(iv)(C) [as am. *idem*, s. 11], subparagraph 19(1)(f)(ii) [as am. *idem*] and clause 19(1)(f)(iii)(B) [as am. *idem*] of the Act. The certificate was based on security intelligence reports and was signed by the Solicitor General and the Minister of Citizenship and Immigration on September 11, 1995. Clause 19(1)(e)(iv)(C), subparagraph 19(1)(f)(ii) and clause 19(1)(f)(iii)(B) of the Act state:

date du 11 juin 1999, publiés à [1999] F.C.J. n° 865 (C.F. 1^{re} inst.) (QL)] par laquelle le juge McKeown a rejeté la demande de contrôle judiciaire de M. Suresh. Cette demande de contrôle judiciaire a été présentée après que le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration eut délivré, en vertu de l'alinéa 53(1)b) de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 43)], une lettre d'opinion portant que M. Suresh constitue un danger pour la sécurité du Canada.

[2] Le nombre de demandes de sursis jusqu'à la décision d'un appel formé devant la Cour contre le rejet d'une demande de contrôle judiciaire qui fait l'objet de questions certifiées de portée générale suivant le paragraphe 83(1) [mod., *idem*, art. 73] de la Loi est en hausse. Ces demandes soulèvent une question intéressante quant au type de préjudice irréparable qui satisfait au deuxième élément du critère à trois volets qui est exposé dans la jurisprudence. Dans les motifs qui suivent, je conviens avec la Cour suprême de l'Ontario que le défaut d'accorder la réparation demandée dans la présente espèce et dans des affaires similaires aurait effectivement pour effet de rendre l'audition de l'appel sur le fond «sans objet» ou «futile». Je commence mon analyse par la relation des faits qui sont à l'origine de la présente demande de sursis.

LES FAITS ET LE LITIGE

[3] M. Suresh est un Tamoul originaire du Sri Lanka. Il est arrivé au Canada le 5 octobre 1990 et a été reconnu comme un réfugié au sens de la Convention le 1^{er} avril 1991. Le 11 septembre 1995, M. Suresh a fait l'objet d'une attestation de sécurité délivrée en vertu de l'article 40.1 [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29, art. 4; L.C. 1992, ch. 49, art. 31] de la Loi au motif qu'il n'était pas admissible au Canada en vertu de la disposition 19(1)e)(iv)(C) [mod., *idem*, art. 11], du sous-alinéa 19(1)f)(ii) [mod., *idem*] et de la disposition 19(1)f)(iii)(B) [mod., *idem*] de la Loi. Cette attestation est basée sur des rapports secrets en matière de sécurité et a été signée par le solliciteur général et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration le 11 septembre 1995. La disposition 19(1)e)(iv)(C), le sous-alinéa 19(1)f)(ii) et la disposition 19(1)f)(iii)(B) de la Loi sont ainsi libellées:

19. (1) . . .

(e) persons who there are reasonable grounds to believe

. . .

(iv) are members of an organization that there are reasonable grounds to believe will

(C) engage in terrorism;

(f) persons who there are reasonable grounds to believe

. . .

(ii) have engaged in terrorism, . . .

(iii) are or were members of an organization that there are reasonable grounds to believe is or was engaged in

. . .

(B) terrorism. [Emphasis added.]

19. (1) [. . .]

e) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles:

[. . .]

(iv) soit sont membres d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle

(C) soit commettra des actes de terrorisme;

f) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles:

[. . .]

(ii) se sont livrées à des actes de terrorisme,

(iii) soit sont ou ont été membres d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre ou s'est livrée

[. . .]

(B) soit à des actes de terrorisme. [Non souligné dans l'original.]

[4] Mr. Suresh was detained on October 18, 1995, and given notice of the section 40.1 proceedings against him, namely, that a certificate had been issued under section 40.1 and that a deportation order may be made against him.

[4] M. Suresh a été mis en détention le 18 octobre 1995 et a été avisé des mesures prises contre lui en vertu de l'article 40.1, à savoir qu'une attestation avait été délivrée en vertu de l'article 40.1 et qu'il pouvait faire l'objet d'une mesure d'expulsion.

[5] On August 29, 1997, after more than 50 days of hearings, Justice Teitelbaum held that the certificate issued by the Solicitor General and the Minister of Citizenship and Immigration pursuant to section 40.1 of the Act was valid [written reasons dated November 14, 1997 reported at (1997), 140 F.T.R. 88 (F.C.T.D.)]. Justice Teitelbaum found that there was sufficient evidence for him to conclude that the certificate issued by the Crown was reasonable. He noted that he did not have to consider whether Mr. Suresh was or is a member of the Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE), but only to determine whether there was evidence upon which the Crown could reasonably conclude that Mr. Suresh was or is such a member. Justice Teitelbaum concluded that there were reasonable grounds to believe that Mr. Suresh was and is a member of the LTTE, based on his earlier activities and the fact that he travelled internationally to head the World Tamil Movement which, Justice Teitelbaum concluded can reasonably be considered part of the LTTE organization or at

[5] Le 29 août 1997, après plus de 50 jours d'audience, le juge Teitelbaum a statué que l'attestation délivrée par le solliciteur général du Canada et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration en vertu de l'article 40.1 de la Loi était valide [motifs écrits en date du 14 novembre 1997, publiés à (1997), 140 F.T.R. 88 (C.F. 1^{re} inst.)]. Le juge Teitelbaum a conclu qu'il avait été saisi d'éléments de preuve suffisants pour conclure que l'attestation délivrée par la Couronne était raisonnable. Il a fait remarquer qu'il n'était pas nécessaire qu'il décide si M. Suresh avait été ou était encore un membre des Tigres de libération de l'Eelam tamoul (LTTE), mais qu'il lui suffisait de décider s'il existait des éléments de preuve en fonction desquels la Couronne pouvait valablement conclure que M. Suresh avait été ou était encore un membre des LTTE. Le juge Teitelbaum a conclu qu'il y avait des motifs raisonnables de croire que M. Suresh avait été et était encore un membre des LTTE, compte tenu de ses activités antérieures et du fait qu'il s'était rendu dans différents pays pour y diriger le World Tamil

least strongly supportive of it. Justice Teitelbaum also referred to Mr. Suresh's continual contacts with the leadership of the LTTE, the fact that he devoted a great deal of his time to the LTTE, and the fact that Mr. Suresh collected funds for that organization. Justice Teitelbaum found that Mr. Suresh "lacks total credibility" and that, in his written representations to obtain refugee status "little, if anything, written by [Mr.] Suresh was true". With respect to the meaning of "terrorism" as it is used in the Act, Justice Teitelbaum concluded [at page 101] that it should receive a "wide and unrestricted interpretation for the purposes of a section 40.1 application". Referring to an Appendix containing 140 incidents involving the LTTE, and rejecting Mr. Suresh's witnesses' characterization of such incidents as justified in the struggle for political independence, Justice Teitelbaum found that there were reasonable grounds to conclude that the LTTE committed terrorist acts, regardless of how the word terrorism is defined. Thus, Justice Teitelbaum held that the certificate issued under section 40.1 of the Act was valid. There is no appeal from or judicial review of Justice Teitelbaum's decision, according to subsection 40.1(7) of the Act, which states:

40.1 . . .

(7) Where a certificate has been reviewed by the Federal Court pursuant to subsection (4) and has not been quashed pursuant to paragraph (4)(d),

(a) the certificate is conclusive proof that the person named in the certificate is a person described in subparagraph 19(1)(c.1)(ii), paragraph 19(1)(c.2)(d), (e), (f), (g), (j), (k) or (l) or subparagraph 19(2)(a.1)(ii); . . .

[6] After Justice Teitelbaum's decision, but before he issued reasons, an adjudicator ordered Mr. Suresh deported from Canada on the ground that he is a person described in clauses 19(1)(e)(iv)(C) and 19(1)(f)(iii)(B) of the Act. The adjudicator did not mention subparagraph 19(1)(f)(ii), apparently because the adjudicator did not agree with Justice Teitelbaum's

Movement qui, selon la conclusion du juge Teitelbaum, fait vraisemblablement partie de l'organisation des LTTE ou, du moins, appuie vigoureusement cette organisation. Le juge Teitelbaum s'est également référé aux contacts continus que M. Suresh a eus avec les dirigeants des LTTE, au fait que M. Suresh a consacré une bonne partie de son temps aux LTTE et au fait que M. Suresh recueillait des fonds pour cette organisation. Le juge Teitelbaum a conclu que M. Suresh n'avait «absolument aucune crédibilité» et que, dans ses observations écrites visant à obtenir le statut de réfugié, M. Suresh «n'a pas écrit grand-chose de vrai». Pour ce qui est du sens du terme «terrorisme» tel qu'il est employé dans la Loi, le juge Teitelbaum a conclu [à la page 101] qu'il devrait recevoir «une interprétation large et non restrictive pour l'application de l'article 40.1». Se référant à une annexe contenant 140 incidents impliquant les LTTE et rejetant les déclarations des témoins cités par M. Suresh selon lesquelles ces incidents sont justifiés dans la lutte pour l'indépendance politique, le juge Teitelbaum a conclu qu'il existait des motifs raisonnables de conclure que les LTTE avaient commis des actes de terrorisme, quelle que soit la façon dont le terme «terrorisme» est défini. Par conséquent, le juge Teitelbaum a statué que l'attestation délivrée en vertu de l'article 40.1 de la Loi était valide. Aux termes du paragraphe 40.1(7) de la Loi, la décision du juge Teitelbaum ne peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire ou d'un appel. Cette disposition est ainsi libellée:

40.1 [. . .]

(7) Toute attestation qui n'est pas annulée en application de l'alinéa (4)d) établit de façon concluante le fait que la personne qui y est nommée appartient à l'une des catégories visées au sous-alinéa 19(1)c.1(ii), aux alinéas 19(1)c.2), d), e), f), g), j), k) ou l) ou au sous-alinéa 19(2)a.1(ii) [. . .]

[6] Après que le juge Teitelbaum eut rendu sa décision, mais avant qu'il ne prononce ses motifs, un arbitre a ordonné que M. Suresh soit renvoyé du Canada au motif qu'il est une personne visée aux dispositions 19(1)e)(iv)(C) et 19(1)f)(iii)(B) de la Loi. L'arbitre n'a pas mentionné le sous-alinéa 19(1)f)(ii), vraisemblablement parce qu'il ne souscrivait pas à la

decision for which reasons had not yet been issued. As I understand the facts, the Crown has appealed that portion of the adjudicator's decision to the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board. That appeal has yet to be heard. On September 17, 1997, Mr. Suresh was given notice that the Minister was considering issuing a paragraph 53(1)(b) opinion that Mr. Suresh was a danger to the security of Canada. As I understand the statutory scheme, one of the effects of the paragraph 53(1)(b) opinion is to eliminate any right to appeal to the Immigration and Refugee Board on humanitarian and compassionate grounds. Counsel for Mr. Suresh made submissions to the Minister on October 1, 1997, but requested that the Minister refrain from making a decision under paragraph 53(1)(b) until Justice Teitelbaum's reasons upholding the security certificate were issued. Justice Teitelbaum issued his reasons on November 14, 1997. On January 6, 1998, the Minister of Citizenship and Immigration rendered a decision pursuant to paragraph 53(1)(b) that Mr. Suresh represents a danger to the security of Canada. Mr. Suresh filed an application for leave and for judicial review of the Minister's decision. He also sought an interlocutory injunction to prevent his removal from Canada pending the disposition of his leave application. On January 16, 1998, Justice Tremblay-Lamer dismissed the injunction, finding that Mr. Suresh would not suffer irreparable harm and that the balance of convenience favoured the Minister [[1998] F.C.J. No. 28 (T.D.) (QL)]. Thus, on January 19, 1998, Mr. Suresh commenced a notice of application in the Ontario Court (General Division), as it then was, seeking an injunction to prevent his deportation. Justice Lane dismissed the jurisdictional challenge to the Ontario Court's authority and granted the interlocutory injunction, but he stayed the underlying notice of application [*Suresh v. R.* (1998), 38 O.R. (3d) 267]. Justice Teitelbaum authorized the release of Mr. Suresh from detention on March 23, 1998, on terms and conditions stipulated in subsection 40.1(9) of the Act. The Ontario Divisional Court dismissed the Crown's appeals from the two orders of Justice Lane on January 8, 1999 [*Suresh v. R.* (1999), 42 O.R. (3d) 797].

décision du juge Teitelbaum, qui n'avait pas encore été motivée. Si je comprends bien les faits, la Couronne a interjeté appel de cette partie de la décision de l'arbitre devant la section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Cet appel n'a pas encore été entendu. Le 17 septembre 1997, M. Suresh a été avisé que le ministre songeait à exprimer, en application de l'alinéa 53(1)b), l'opinion que M. Suresh constituait un danger pour la sécurité du Canada. Si je comprends bien le système législatif, l'opinion exprimée en vertu de l'alinéa 53(1)b) a notamment pour effet de supprimer tout droit d'appel devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié pour des raisons d'ordre humanitaire. L'avocat de M. Suresh a soumis des observations au ministre le 1^{er} octobre 1997, mais a demandé au ministre de s'abstenir de prendre une décision fondée sur l'alinéa 53(1)b) jusqu'au prononcé des motifs du juge Teitelbaum entérinant l'attestation de sécurité. Le juge Teitelbaum a prononcé ses motifs le 14 novembre 1997. Le 6 janvier 1998, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration a pris une décision en application de l'alinéa 53(1)b), à savoir que M. Suresh constitue un danger pour la sécurité du Canada. M. Suresh a déposé une demande d'autorisation et demande de contrôle judiciaire de cette décision. Il a également demandé l'octroi d'une injonction interlocutoire pour empêcher son renvoi du Canada jusqu'à la décision de sa demande d'autorisation. Le 16 janvier 1998, M^{me} le juge Tremblay-Lamer a refusé l'injonction au motif que M. Suresh ne subirait pas un préjudice irréparable et que la prépondérance des inconvénients penchait en faveur du ministre [[1998] A.C.F. n^o 28 (1^{re} inst.) (QL)]. Par conséquent, le 19 janvier 1998, M. Suresh a présenté un avis de demande à la Cour de l'Ontario (Division générale) afin d'obtenir une injonction empêchant son expulsion. Le juge Lane a rejeté la contestation juridictionnelle du pouvoir du tribunal ontarien et a accordé l'injonction interlocutoire, mais il a suspendu l'avis de demande sous-jacent [*Suresh v. R.* (1998), 38 O.R. (3d) 267]. Le 23 mars 1998, le juge Teitelbaum a autorisé la mise en liberté de M. Suresh aux conditions prévues au paragraphe 40.1(9) de la Loi. Le 8 janvier 1999, la Cour divisionnaire de l'Ontario a rejeté les appels formés par la Couronne contre les deux ordonnances rendues par le juge Lane [*Suresh v. R.* (1999), 42 O.R. (3d) 797].

[7] On June 28, 1999, Justice McKeown dismissed Mr. Suresh's application for judicial review of the decision of the Minister of Citizenship and Immigration to declare Mr. Suresh a danger to the security of Canada pursuant to paragraph 53(1)(b) of the Act. In doing so, he addressed a number of constitutional and administrative law issues including the Federal Court's jurisdiction to determine the constitutionality of paragraphs 19(1)(e), 19(1)(f) and 53(1)(b) of the Act, whether sections 2, 7 and 12 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] were violated, whether the Minister's decision was procedurally unfair, and whether Mr. Suresh had been given sufficient notice of all of the evidence considered by the Minister. Parenthetically, I note that a number of similar issues were considered in *Moumdjian v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, [1999] F.C.J. No. 1160 (C.A.) (QL), which was only recently filed by this Court.

[8] With respect to the jurisdictional issue, Justice McKeown affirmed the Federal Court's jurisdiction to declare legislation of no force and effect on an application for judicial review. With respect to the Minister's discretionary decision under section 53 of the Act, Justice McKeown was of the view that the Minister's decision was reasonable, since the Minister balanced the risk of returning a Convention refugee to Sri Lanka against the danger that Mr. Suresh poses to Canadian security. Justice McKeown also held that the requirements of procedural fairness were satisfied since adequate disclosure was made to Mr. Suresh of the material before the Minister, and the Minister's decision was reasonably open to her, based on the evidence. With respect to Mr. Suresh's Charter arguments, Justice McKeown found that the balancing undertaken by the Minister in making her decision under paragraph 53(1)(b) did not violate the principles of fundamental justice, nor did it violate Article 3 of the Convention Against Torture [*Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, December 10, 1984, [1987]

[7] Le 28 juin 1999, le juge McKeown a rejeté la demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de déclarer que M. Suresh constitue un danger pour la sécurité du Canada en vertu de l'alinéa 53(1)b) de la Loi. Pour ce faire, il a examiné un certain nombre de questions relevant du droit administratif et constitutionnel, notamment la compétence de la Cour pour se prononcer sur la constitutionnalité des alinéas 19(1)e), 19(1)f) et 53(1)b) de la Loi, et les questions de savoir s'il y a eu violation des articles 2, 7 et 12 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]], si la décision du ministre était injuste sur le plan de la procédure et si M. Suresh avait obtenu un avis suffisant de tous les éléments de preuve pris en considération par le ministre. Je fais remarquer en passant qu'un certain nombre de questions similaires ont été examinées dans la décision *Moumdjian c. Canada (Comité de surveillance des activités du renseignement de sécurité)*, [1999] A.C.F. n° 1160 (C.A.) (QL) que la Cour vient de déposer.

[8] En ce qui concerne la question juridictionnelle, le juge McKeown a confirmé que la Cour fédérale a le pouvoir de déclarer que des dispositions législatives sont inopérantes dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire. En ce qui concerne la décision discrétionnaire prise par le ministre en vertu de l'article 53 de la Loi, le juge McKeown était d'avis que la décision du ministre était raisonnable puisque le ministre a mis en balance le risque qu'entraîne le renvoi d'un réfugié au sens de la Convention au Sri Lanka et le danger que M. Suresh constitue pour la sécurité du Canada. Le juge McKeown a également statué que les exigences de l'équité procédurale avaient été respectées puisque M. Suresh avait été suffisamment renseigné sur les éléments de preuve soumis au ministre et que le ministre pouvait raisonnablement prendre la décision qui a été prise, compte tenu de la preuve. En ce qui concerne les moyens que M. Suresh a tirés de la Charte, le juge McKeown a conclu que la pondération effectuée par le ministre pour prendre une décision en application de l'alinéa 53(1)b) ne portait pas atteinte aux principes de justice

Can. T.S. No. 36]. Justice McKeown also noted that Mr. Suresh failed to satisfy the high evidentiary threshold required by Article 3 of the Convention Against Torture (which is not binding under Canadian law) and the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* [July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] (which has been implemented into the *Immigration Act* [Sch. (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 34)]) because he failed to submit a personal statement to the Minister outlining why he would be at risk if he were returned to Sri Lanka. According to Justice McKeown, paragraphs 19(1)(e), 19(1)(f) and 53(1)(b) of the Act do not violate Mr. Suresh's exercise of expressive and associational freedoms, nor do they constitute cruel and unusual punishment or treatment. Finally, Justice McKeown held that the expression "danger to the security of Canada" was not unconstitutionally vague. In dismissing Mr. Suresh's application for judicial review, Justice McKeown certified the following three questions of general public importance pursuant to subsection 83(1) of the Act:

1. Do ss. 19(1)(e)(iv)(C), 19(1)(f)(ii) and 19(1)(f)(iii)(B) of the *Immigration Act* infringe freedoms guaranteed under ss. 2(b) and 2(d) of the *Charter* and if they do, is that demonstrably justified in a free and democratic society within s. 1 of the *Charter*?
2. (A) Does ss. 53(1)(h) of the *Immigration Act* infringe section 7 of the *Charter* and if it does, is that demonstrably justified in a free and democratic society within s. 1 of the *Charter*?
- (B) Are the principles of fairness at common law and the principles of fundamental justice under section 7 of the *Charter* met by the present administrative process for the determination by the Minister under section 53(1) of the *Immigration Act* of whether in her opinion a person constitutes a danger to the security of Canada, given that the Court has read into this subsection a determination by the Minister of the risk of torture a person may face if removed

fondamentale et ne contrevenait pas à l'article 3 de la Convention contre la torture [*Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, [10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36]. Le juge McKeown a également fait remarquer que M. Suresh n'avait pas satisfait aux exigences élevées en matière de preuve qui sont prévues à l'article 3 de la Convention contre la torture (qui n'a pas force exécutoire en droit canadien) et dans la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] (à laquelle la *Loi sur l'immigration* donne effet [annexe (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 34]) parce qu'il avait omis de fournir au ministre une déclaration personnelle exposant les raisons pour lesquelles il serait exposé à un risque s'il retournait au Sri Lanka. Selon le juge McKeown, les alinéas 19(1)e), 19(1)f) et 53(1)b) de la Loi ne portent pas atteinte à l'exercice de la liberté d'expression et de la liberté d'association de M. Suresh, et ils ne constituent pas un traitement ou une peine cruel et inusité. Enfin, le juge McKeown a statué que l'expression «danger pour la sécurité du Canada» n'était pas inconstitutionnellement vague. En rejetant la demande de contrôle judiciaire de M. Suresh, le juge McKeown a certifié les trois questions de portée générale suivantes en application du paragraphe 83(1) de la Loi:

[TRADUCTION]

1. Les dispositions 19(1)e)(iv)(C), 19(1)f)(ii) et 19(1)f)(iii)(B) de la *Loi sur l'immigration* portent-elles atteinte aux libertés garanties par les alinéas 2b) et 2d) de la *Charte* et, dans l'affirmative, s'agit-il de limites dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique suivant l'article premier de la *Charte*?
2. (A) L'alinéa 53(1)h) de la *Loi sur l'immigration* contrevient-il à l'article 7 de la *Charte* et, dans l'affirmative, s'agit-il d'une limite dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique suivant l'article premier de la *Charte*?
- (B) L'actuelle procédure administrative par laquelle le ministre décide, en application du paragraphe 53(1) de la *Loi sur l'immigration*, si, selon lui, une personne constitue un danger pour la sécurité du Canada respecte-t-elle les principes d'équité reconnus par la common law et les principes de justice fondamentale prévus à l'article 7 de la *Charte*, compte tenu du fait que la Cour a introduit dans cette disposition la détermination par le ministre du

to a particular country?

3. Is it contrary to this *Charter* to deport a Convention refugee from Canada to his or her country of origin if that person is the subject of a s. 40.1 security certificate, the reasonableness of which has been upheld, is a person described under ss. 19(1)(e) and (f) of the *Immigration Act* and has been found by the Minister of Citizenship and Immigration, pursuant to ss. 53(1)(b) of the *Act*, to be a danger to the security of Canada?

[9] I turn now to the merits of the stay application.

ANALYSIS

[10] With respect to the tripartite test for granting a stay, it is common ground that the certified questions raise serious issues and, therefore, the first prong of the test is satisfied. In my view, the more problematic aspect of this case pertains to the second part of the three-pronged test, namely, the issue of irreparable harm.

[11] The evidence before me is that if Mr. Suresh is deported, he will be deported to Sri Lanka, as no other country is prepared to accept him. Within this context, the general thrust of Mr. Suresh's argument is that if he is deported to Sri Lanka, it is likely that he will be detained by the Sri Lankan authorities on arrival and subjected to torture. In response, the Minister points out that the Government of Canada has received written assurances from representatives of the Sri Lankan government that although Mr. Suresh may be detained upon his return, "he would not be subjected to torture or degrading treatment". In reply, counsel for Mr. Suresh maintains that such assurances are hollow promises in light of the documented history of human rights abuses perpetrated by Sri Lankan police on those believed to be members of the LTTE. At issue is the ability of the Sri Lankan government to exert sufficient influence over those responsible for enforcing the laws of that country.

[12] Based on the documentary evidence, I have no doubt that Mr. Suresh will be detained by the

risque de torture auquel une personne peut être exposée si elle est renvoyée dans un pays donné?

3. Est-il contraire à la *Charte* de renvoyer dans son pays d'origine un réfugié au sens de la Convention qui fait l'objet d'une attestation de sécurité prévue à l'article 40.1 et dont le caractère raisonnable a été confirmé, qui est une personne visée aux alinéas 19(1)e) et f) de la *Loi sur l'immigration* et qui a été reconnu par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, en application de l'alinéa 53(1)b) de la Loi, comme une personne qui constitue un danger pour la sécurité du Canada?

[9] J'en viens maintenant au fond de la demande de sursis.

ANALYSE

[10] En ce qui concerne le critère à trois volets applicable à l'octroi d'un sursis, il est reconnu que les questions certifiées soulèvent des questions sérieuses et, partant, la première condition du critère est remplie. À mon avis, l'aspect plus délicat de la présente espèce se rapporte à la deuxième condition du critère, soit la question du préjudice irréparable.

[11] Selon la preuve qui m'a été soumise, si M. Suresh est expulsé, il sera renvoyé au Sri Lanka étant donné qu'aucun autre pays n'est disposé à l'accueillir. Dans ce contexte, l'effet général du moyen invoqué par M. Suresh est que s'il est renvoyé au Sri Lanka, il sera probablement détenu par les autorités sri-lankaises à son arrivée et torturé. En réponse, le ministre a fait remarquer que des représentants du gouvernement sri-lankais ont donné au gouvernement du Canada des assurances écrites selon lesquelles même si M. Suresh peut être détenu à son arrivée, [TRADUCTION] «il ne serait pas torturé et ne ferait pas l'objet d'un traitement dégradant». L'avocat de M. Suresh a répliqué que de telles assurances sont de vaines promesses compte tenu des antécédents documentés de violations des droits de la personne commises par la police sri-lankaise contre des personnes soupçonnées d'appartenir aux LTTE. La question est de savoir si le gouvernement sri-lankais est capable d'exercer une influence suffisante sur les responsables de l'application des lois de ce pays.

[12] Compte tenu de la preuve documentaire, je ne doute pas que M. Suresh sera détenu par les autorités

authorities upon his arrival in Sri Lanka. Not only has Mr. Suresh's case garnered widespread attention in Canada, it has also attracted the attention of the Sri Lankan authorities, both in Canada and Sri Lanka. Unfortunately, I am not as confident that Mr. Suresh's basic human rights will be respected once he is detained. This is not to suggest that the appropriate standard of risk assessment for irreparable harm is absolute certainty. The jurisprudence clearly states otherwise. Yet it is difficult to speculate on the fate that may await a person who is to be deported to a country whose human rights record falls below international or Canadian standards. I have always found it difficult to accept that when the House of Lords formulated the tripartite test in its seminal decision of *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396, consideration was ever given to its applicability in the human rights context. It is only in a commercial context such as that which presented itself in *American Cyanamid* that any court would characterize irreparable harm in terms of that which cannot be compensated in monetary terms. No transgression of a basic human right can be accurately measured or compensated by money. This is particularly true in immigration cases involving deportation to a country which fails to abide by international norms respecting human rights. Nevertheless, it is equally true that there is no absolute right to remain in Canada, particularly for those whom the Minister has reasonable grounds to believe are terrorists or active supporters of terrorism. Ultimately, the balance of convenience may have to favour the public interest over the interests of a person who is to be deported to a country where human rights abuses exist. However, it is not necessary at this stage to dwell on the fate that may await Mr. Suresh if he is returned to Sri Lanka, for there is an alternate basis upon which to find that he will suffer irreparable harm if his stay application is not granted.

[13] Clearly, the issue of irreparable harm can be answered in one of two ways. The first involves an

à son arrivée au Sri Lanka. Non seulement on a beaucoup parlé du cas de M. Suresh au Canada, mais son cas a également attiré l'attention des autorités sri-lankaises au Canada et au Sri Lanka. Malheureusement, je ne suis pas aussi sûr que les droits humains fondamentaux de M. Suresh seront respectés pendant sa détention. Je ne veux pas dire que la norme appropriée pour évaluer le risque de préjudice irréparable est la certitude absolue. La jurisprudence indique nettement le contraire. Toutefois, il est difficile de présumer le sort qui peut attendre une personne devant être renvoyée dans un pays dont les antécédents en matière de respect des droits de la personne tombent au-dessous des normes canadiennes ou internationales. Il m'a toujours paru difficile de reconnaître que lorsque la Chambre des lords a formulé le critère à trois volets dans l'arrêt de principe *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396, elle a tenu compte de son applicabilité dans le contexte des droits de la personne. C'est uniquement dans un contexte commercial semblable à celui de l'arrêt *American Cyanamid* qu'un tribunal parlerait de préjudice irréparable du point de vue d'un préjudice qui ne peut être réparé par l'octroi d'une somme d'argent. Aucune violation d'un droit humain fondamental ne peut être mesurée avec précision ou réparée par l'octroi d'une somme d'argent. C'est particulièrement vrai dans des affaires en matière d'immigration comportant le renvoi dans un pays qui ne respecte pas les normes internationales en matière de droits de la personne. Quoi qu'il en soit, il est également vrai que le droit absolu de demeurer au Canada n'existe pas, en particulier dans le cas des personnes dont le ministre a des motifs raisonnables de croire qu'elles sont des terroristes ou de fervents partisans du terrorisme. En dernière analyse, la prépondérance des inconvénients peut devoir privilégier l'intérêt public plutôt que les intérêts d'une personne qui doit être renvoyée dans un pays dans lequel les droits de la personne ne sont pas respectés. Toutefois, il est inutile à ce stade-ci de s'appesantir sur le sort qui peut attendre M. Suresh s'il est renvoyé au Sri Lanka, car il existe un autre motif en fonction duquel on peut conclure qu'il subira un préjudice irréparable si sa demande de sursis n'est pas accueillie.

[13] À l'évidence, il est possible de répondre à la question du préjudice irréparable de deux façons. La

assessment of the risk of personal harm if a person is deported or deported to a particular country. The second involves an assessment of the effect of a denial of a stay application on a person's right to have the merits of his or her case determined and to enjoy the benefits associated with a positive ruling.

[14] The alternative argument advanced by counsel for Mr. Suresh is that his pending appeal will be rendered "moot" or "nugatory" if he is deported prior to the hearing of his appeal. Assuming that Mr. Suresh is deported and detained in Sri Lanka prior to that proceeding, and assuming that he is successful on appeal, Mr. Suresh's successful constitutional challenge would be a hollow victory, since the Sri Lankan authorities would be unlikely to release him and, therefore, he would be unable to avail himself of the fruits of his victory, most likely, the right to remain in Canada until such time as his case is disposed of in accordance with the Charter. Were he to remain in Canada and be successful on his appeal, I take it for granted that the Minister would be unable to act on the deportation order.

[15] The jurisprudence makes it clear that the Ontario courts have been moved, in part, to grant injunctive relief on this very basis, even though such relief had already been refused in the Federal Court and proceedings were ongoing. In this regard, I need go no further than the present case. As noted earlier, the Trial Division of this Court refused to stay the deportation of Mr. Suresh pending the outcome of the judicial review application before Justice McKeown. Thus, Mr. Suresh brought an application in the Ontario Court (General Division) for a declaration that the deportation order and the legislation on which it was based were unconstitutional, and for an order preventing the Minister from removing him from Canada pending the outcome of that application. The Ontario Court stayed the declaratory component of Mr. Suresh's application, but granted injunctive relief restraining the Minister from removing him from Canada until 10 days after his application for judicial review in the Federal Court had been determined. Since the Ontario injunction against deportation expired, Mr. Suresh has turned to this Court for the

première consiste à évaluer le risque de préjudice personnel en cas de renvoi dans un pays donné. La seconde consiste à évaluer l'effet du rejet d'une demande de sursis sur le droit d'une personne d'obtenir une décision sur le fond de sa cause et de profiter des avantages rattachés à une décision positive.

[14] L'autre moyen invoqué par l'avocat de M. Suresh est que l'appel en instance deviendra «sans objet» ou «futile» si M. Suresh est expulsé avant l'audition de son appel. En supposant que M. Suresh soit déporté et détenu au Sri Lanka avant l'audition de son appel, et en supposant que son appel soit accueilli, une décision favorable à M. Suresh quant à la contestation constitutionnelle serait une fausse victoire puisqu'il est peu probable que les autorités sri-lankaises le mettraient en liberté et, partant, il ne serait pas en mesure de profiter des fruits de sa victoire, c'est-à-dire, fort probablement, le droit de demeurer au Canada jusqu'à ce qu'une décision soit rendue sur son cas en conformité avec la Charte. S'il devait demeurer au Canada et avoir gain de cause en appel, je présume que le ministre ne serait pas en mesure de donner suite à la mesure d'expulsion.

[15] Il ressort clairement de la jurisprudence que les tribunaux ontariens ont été saisis de requêtes qui les invitaient notamment à accorder une injonction pour ce motif précis, même si pareille réparation avait déjà été refusée par la Cour fédérale et que des procédures étaient en cours. À cet égard, il est inutile que j'aille plus loin que la présente espèce. Ainsi que je viens de le mentionner, la Section de première instance de la Cour fédérale a refusé de surseoir à l'expulsion de M. Suresh jusqu'à l'issue de la demande de contrôle judiciaire dont le juge McKeown a été saisi. M. Suresh a donc présenté une demande devant la Cour de l'Ontario (Division générale) afin d'obtenir un jugement déclaratoire portant que la mesure d'expulsion et les dispositions législatives sur lesquelles cette mesure repose étaient inconstitutionnelles, et une ordonnance empêchant le ministre de le renvoyer du Canada jusqu'au jugement sur cette demande. La Cour de l'Ontario a suspendu l'élément déclaratoire de la demande de M. Suresh, mais a accordé l'injonction visant à empêcher le ministre de le renvoyer du Canada dans les 10 jours suivant le jugement de la

same relief pending the disposition of his appeal from the judicial review application.

[16] There is no doubt that the exercise of concurrent jurisdiction by two superior courts of record with respect to the same constitutional challenges to federal legislation, such as the *Immigration Act*, is highly problematic. It is not a question of whether two superior courts have concurrent jurisdiction over the constitutional validity of federal legislation; rather it is a question of whether concurrent proceedings can be brought by the same party in two superior courts simultaneously. It is equally problematic that one superior court would grant injunctive relief after another has already denied that very relief. The prohibition against collateral attacks on orders of a superior court is well entrenched in the jurisprudence of the Supreme Court: see *Wilson v. R.*, [1983] 2 S.C.R. 594. Furthermore, to permit concurrent proceedings makes it appear as if one superior court is exercising supervisory jurisdiction over another. Only the Supreme Court of Canada has that supervisory mandate. Admittedly, the Ontario courts are cognizant of the role of the Federal Court in immigration matters and are reluctant to assume jurisdiction unless there are compelling reasons. As I read the jurisprudence, the only reason the Ontario courts have been prepared to entertain concurrent proceedings stems from the fact that the denial of injunctive relief would render the proceedings in the Federal Court moot. In this regard, I respectfully agree with the following comments of Justice Southey in *Suresh v. R.* (1999), 42 O.R. (3d) 797 (Divisional Court) [at page 799], affg (1998), 38 O.R. (3d) 267 (General Division):

It appears to us that, barring the intervention of Lane J., the order made in the Federal Court of Canada on January 16, 1998, carried with it an unjustifiable risk of rendering practically nugatory any remedy available in the judicial review proceeding still alive in the Federal Court.

Cour fédérale sur sa demande de contrôle judiciaire. Depuis l'expiration de l'injonction accordée par la Cour de l'Ontario contre l'expulsion, M. Suresh s'est adressé à la Cour fédérale dans le but d'obtenir la même réparation jusqu'à l'issue de l'appel qu'il a formé contre cette demande de contrôle judiciaire.

[16] À l'évidence, l'exercice d'une compétence concurrente par deux cours supérieures d'archives en ce qui a trait aux mêmes contestations de la constitutionnalité d'une loi fédérale, comme la *Loi sur l'immigration*, est très douteux. Il ne s'agit pas de savoir si deux cours supérieures ont une compétence concurrente à l'égard de la constitutionnalité d'une loi fédérale, mais bien de savoir si des poursuites concurrentes peuvent être intentées simultanément par la même partie devant deux cours supérieures. Il est également douteux qu'une cour supérieure accorde une injonction après qu'une autre cour supérieure a déjà refusé de le faire. L'interdiction visant les contestations parallèles d'ordonnances rendues par une cour supérieure est bien consacrée par la jurisprudence de la Cour suprême: voir *Wilson c. R.*, [1983] 2 R.C.S. 594. Par ailleurs, permettre l'introduction de poursuites concurrentes donne l'impression qu'une cour supérieure exerce un pouvoir de surveillance sur une autre cour. Seule la Cour suprême du Canada est investie de cette mission de surveillance. Il faut convenir que les cours de l'Ontario connaissent le rôle joué par la Cour fédérale en matière d'immigration et sont peu disposées à assumer une compétence sauf s'il existe des raisons impérieuses de le faire. Selon mon interprétation de la jurisprudence, la seule raison pour laquelle les cours de l'Ontario ont été disposées à connaître des poursuites concurrentes réside dans le fait que le refus d'une injonction rendrait la poursuite devant la Cour fédérale sans objet. À cet égard, je souscris aux remarques suivantes que le juge Southey a faites dans l'affaire *Suresh v. R.* (1999), 42 O.R. (3d) 797 (Cour divisionnaire) [à la page 799], confirmant (1998), 38 O.R. (3d) 267 (Division générale):

[TRADUCTION] Il nous semble que, sans l'intervention du juge Lane, l'ordonnance rendue par la Cour fédérale du Canada le 16 janvier 1998 comportait le risque injustifiable de rendre pratiquement futile toute réparation qui peut être accordée dans l'instance en contrôle judiciaire encore pendante devant la Cour fédérale.

We note that the disposition by Lane J. on January 19, 1998, and January 28, 1998 . . . interferes as little as possible with the role of the Federal Court or the statutory scheme created by Parliament. It reflects the jurisdictional deference which ought normally to govern these matters. [Emphasis added.]

[17] Subject to the balance of convenience factor, it seems to me that appellants such as Mr. Suresh are entitled to have their day in court before being deported. If judges of the Trial Division are prepared to certify questions of general importance as a condition precedent to the Court of Appeal hearing an unrestricted appeal on the merits (on this latter point, see *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982 and *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] S.C.J. No. 39), then it is not unreasonable to defer the execution of a deportation or removal order in circumstances where it may ultimately be found that persons such as Mr. Suresh have not been dealt with as required by law. Similar reasoning may be applied to cases where leave to seek judicial review has been granted. These cases raise serious Charter issues relating to a complex scheme for removing persons from this country and the possibility that they would be exposed to inhumane treatment on arriving in their former homeland. Until such issues are decided, it is only just that the appellants such as Mr. Suresh be allowed to remain in Canada. While there may be instances in which a person can return to Canada following deportation and a successful appeal, this is not one of those cases.

[18] The only question which remains is whether, on a balance of convenience, the stay should be granted. The third prong of the tripartite test requires me to balance the private interest of Mr. Suresh against the public interest. In my opinion, the former outweighs the latter.

[19] I accept the Minister's decision to classify Mr. Suresh as a danger to the security of Canada, as there are reasonable grounds to believe that

Nous remarquons que la décision rendue par le juge Lane le 19 janvier 1998, et le 28 janvier 1998 [. . .] perturbe aussi peu que possible le rôle de la Cour fédérale ou le système législatif créé par le législateur. Elle reflète la retenue judiciaire qui devrait normalement régir ces affaires. [Non souligné dans l'original.]

[17] Sous réserve du facteur de la prépondérance des inconvénients, il me semble que des appelants comme M. Suresh ont le droit d'être entendus avant d'être expulsés. Si des juges de la Section de première instance sont disposés à certifier des questions de portée générale en tant que condition préalable à l'audition d'un appel sans restriction sur le fond par la Cour d'appel (sur ce dernier point, voir *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, et *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.S n° 39), il n'est pas déraisonnable de reporter l'exécution d'une mesure d'expulsion ou de renvoi dans des circonstances dans lesquelles il peut finalement être conclu que des personnes comme M. Suresh n'ont pas été traitées de la manière prescrite par la loi. On peut appliquer un raisonnement similaire aux affaires dans lesquelles l'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire a été accordée. Ces affaires soulèvent, dans l'optique de la Charte, des questions graves concernant un mécanisme complexe pour renvoyer des personnes du Canada et la possibilité qu'elles fassent l'objet d'un traitement inhumain à leur arrivée dans leur ancienne patrie. Jusqu'à ce que ces questions soient décidées, il n'est que juste que des appelants comme M. Suresh soient autorisés à demeurer au Canada. Il peut y avoir des cas où une personne peut revenir au Canada après avoir été expulsée et avoir obtenu gain de cause en appel, mais ce n'est pas le cas en l'espèce.

[18] Il ne reste plus qu'à décider si, selon la prépondérance des inconvénients, le sursis devrait être accordé. Le troisième élément du critère m'oblige à mettre en balance l'intérêt personnel de M. Suresh et l'intérêt public. À mon avis, le premier l'emporte sur le second.

[19] J'accepte la décision du ministre de déclarer que M. Suresh constitue un danger pour la sécurité du Canada, puisqu'il existe des motifs raisonnables de

Mr. Suresh represents a threat to Canada's security. However, it is unclear whether Mr. Suresh was personally involved in acts of terrorism. In his reasons, Justice Teitelbaum indicates that he was, but the adjudicator failed to include this fact in the deportation order. What is clear is that Mr. Suresh has not committed any acts of violence in Canada. He is being deported largely because he is the leader of a Canadian organization which raises financial aid for a terrorist organization, namely, the LTTE. In short, there is no evidence to support a valid concern that Mr. Suresh's presence in Canada represents a threat to the personal safety of Canadians. If he is returned to Sri Lanka, however, he will almost certainly be detained, and there is the possibility that he will be subjected to inhumane treatment. Finally, I note that Mr. Suresh was incarcerated from October 18, 1995 until March 23, 1998, and was released from prison on stringent bail conditions, which were the subject of an unsuccessful Charter challenge. There is no evidence to suggest that Mr. Suresh has breached any of the bail terms imposed upon him.

[20] In concluding that the balance of convenience favours the private interest, I do not wish these reasons to be viewed as undermining the legitimate attempts of the Minister to deport those who actively support terrorist organizations and their violent objectives. Canada cannot and should not be viewed as a safe haven for terrorist groups, such as the LTTE, to engage in fund-raising activities. One only has to review the multitude of refugee claims in which the Refugee Division accepted that a claimant had been tortured at the hands of the LTTE to appreciate that the LTTE is a terrorist organization. Nevertheless, I do not believe that allowing Mr. Suresh to remain in Canada until such time as his appeal has been heard is going to adversely affect Canada's reputation in the international community with respect to fighting terrorism. It merely demonstrates that Canada is committed to its obligations against the *refoulement* of persons to countries where human rights violations persist, at least until such time as any removal accords with the Charter.

croire que M. Suresh constitue une menace pour la sécurité du Canada. Toutefois, on ne sait pas très bien si M. Suresh a été personnellement mêlé à des actes de terrorisme. Dans ses motifs, le juge Teitelbaum indique qu'il l'a été, mais l'arbitre n'a pas inclus ce fait dans la mesure d'expulsion. Ce qui est clair, c'est que M. Suresh n'a pas commis d'actes de violence au Canada. On veut l'expulser principalement parce qu'il dirige une organisation canadienne qui réunit des fonds destinés à une organisation terroriste, soit les LTTE. Bref, il n'y a pas d'éléments de preuve permettant d'appuyer une crainte valable quant au fait que la présence de M. Suresh au Canada constitue une menace pour la sécurité personnelle des Canadiens. S'il est renvoyé au Sri Lanka, toutefois, il serait presque certainement détenu et il est possible qu'il fasse l'objet d'un traitement inhumain. Enfin, je prends note du fait que M. Suresh a été incarcéré du 18 octobre 1995 au 23 mars 1998, et que les conditions auxquelles sa mise en liberté sous caution a été subordonnée étaient rigoureuses. La constitutionnalité de ces conditions a été contestée, mais M. Suresh a été débouté. Rien ne permet de conclure que M. Suresh a violé les conditions de la liberté sous caution qui lui ont été imposées.

[20] Je conclus que la prépondérance des inconvénients penche en faveur de l'intérêt personnel, mais je ne désire pas que les présents motifs soient interprétés comme une atteinte aux efforts légitimes déployés par le ministre pour expulser les personnes qui appuient activement des organisations terroristes et leurs objectifs violents. Le Canada ne peut pas et ne devrait pas être considéré comme un refuge sûr où des groupes terroristes comme les LTTE peuvent exercer des activités de financement. Il suffit de parcourir la multitude de revendications du statut de réfugié dans lesquelles la section du statut a reconnu qu'un revendicateur a été torturé par les LTTE pour se rendre compte que les LTTE sont une organisation terroriste. Néanmoins, je ne suis pas d'avis que la réputation du Canada sur la scène internationale en ce qui concerne la lutte au terrorisme sera affectée par la décision de permettre à M. Suresh de demeurer au Canada jusqu'à ce que son appel ait été entendu. Cette décision montre simplement que le Canada prend au sérieux ses obligations contre le *refoulement* de personnes

[21] In summary, there are serious Charter issues to be resolved with respect to Mr. Suresh's appeal. Mr. Suresh would suffer irreparable harm if he were to be deported prior to the hearing of his appeal, as it would be rendered moot for all intents and purposes. The balance of convenience also clearly favours Mr. Suresh. Surely, the public interest is not going to be seriously affected if Mr. Suresh remains in Canada for a few more months—he has already been living in Canada for close to nine years.

[22] During the teleconference call, counsel for Mr. Suresh indicated that if this Court were prepared to grant a stay, they would be prepared to pursue the appeal in an expedited fashion and, in fact, are presently doing so. For the above reasons, I will grant the stay requested and order Mr. Suresh to obtain a hearing date from the Judicial Administrator for the appeal in A-415-99 by Friday, August 6, 1999. The hearing date shall be as soon as practicable.

vers des pays qui continuent de violer les droits de la personne, du moins jusqu'à ce qu'un renvoi soit effectué en conformité avec la Charte.

[21] En résumé, il existe des questions sérieuses touchant la Charte à trancher relativement à l'appel de M. Suresh. Celui-ci subirait un préjudice irréparable s'il devait être expulsé avant l'audition de son appel, puisque son appel deviendrait pratiquement sans objet. La prépondérance des inconvénients penche également nettement en faveur de M. Suresh. De toute évidence, l'intérêt public ne sera pas sérieusement touché si M. Suresh demeure au Canada quelques mois de plus; il vit déjà au Canada depuis bientôt neuf ans.

[22] Pendant la téléconférence, l'avocat de M. Suresh a indiqué que si la Cour était disposée à accorder un sursis, son client et lui seraient disposés à poursuivre l'appel de façon accélérée et, en fait, prennent actuellement des mesures en ce sens. Pour les motifs qui précèdent, j'accorderai le sursis demandé et j'ordonnerai à M. Suresh d'obtenir de l'administrateur judiciaire une date en vue de l'audition de l'appel interjeté dans le dossier A-415-99 au plus tard le vendredi 6 août 1999. Cette date doit être la plus rapprochée possible.

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

Judicial review of Minister's decision applicant constituting danger to security of Canada within meaning of Immigration Act, s. 53(1)(b)—On August 28, 1998 applicant served with letter providing notice of intention to seek Minister's opinion, requesting applicant make submissions on or before September 12, 1998—By letter dated September 10, 1998 applicant's counsel writing to address in letter, enclosing copy of letter to Minister containing submissions on whether danger to security of Canada—Even though received outside time limit, Minister accepting submissions for consideration—On September 14, 1998 Amnesty International faxed letter to applicant stating applicant should not be returned to India because would be at risk of serious human rights violations, in particular imprisonment, torture because of allegations against him—Applicant forwarding letter to Minister by letter dated October 23, 1998—By letter dated December 4, 1998 Deputy Minister of Department recommending to Minister that she issue opinion applicant constituting danger to security of Canada—Minister forming opinion on December 9, 1998—Letter from Amnesty International never provided to Minister prior to making of her decision under s. 53(1)(b)—Basic tenets of procedural fairness required Minister to review, consider letter from Amnesty International in making her decision under s. 53(1)(b), particularly given that letter forwarded to ministerial office over one month before made decision—Requirements of procedural fairness cannot be frustrated or negated by apparent bureaucratic inefficiencies in operation of Minister's correspondence unit—Minister's decision quashed, matter remitted to her for reconsideration—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 53(1)(b) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 43).

SINGH V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-6546-98, McGillis J., order dated 23/6/99, 11 pp.)

Application for judicial review of Canadian International Trade Tribunal (CITT) decision disqualifying counsel, who

ADMINISTRATIVE LAW—Concluded

had only recently left employment of CITT after six years of acting as counsel to Tribunal, from participating in hearing before CITT, although senior counsel and law firm not so disqualified—Application dismissed—Application of *Szcecka v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. D-34 (C.A.) wherein Court stating barring special circumstances, there should not be appeal or immediate judicial review of interlocutory judgments—As matter herein interlocutory in nature and its determination not going to merits of issue before CITT, and no special circumstances, Court should not intervene.

IPSCO INC. V. SOLLAC, ACIERS D'USINOR (A-311-99, Linden J.A., judgment dated 26/5/99, 3 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Assessing weight of evidence—Application for judicial review of Immigration Appeal Division (IAD) decision dismissing appeal against execution of removal order issued against applicant—Applicant, permanent resident in Canada, married, divorced in Canada—Son in ex-wife's custody—Sexually assaulted wife on two occasions after separation, before divorce final—Convicted, sentenced to imprisonment for two years less one day—Parole after less than nine months—Removal order issued as result of conviction—Appealed against execution of removal order on ground that, having regard to all circumstances of case, should not be removed from Canada—Appeal dismissed by IAD—Application for judicial review of that decision dismissed—No doubt IAD chose to single out and rely on limited aspects of evidence, and to reject burden of greater part of evidence in favour of applicant—Open to IAD to focus as did, and in result to give little or no weight to much of evidence before it, including expert opinion—Assessing weight to be given to evidence, including expert evidence, matter for determination by tribunal hearing it: *Pehtereva v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995),

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

103 F.T.R. 200 (F.C.T.D.)—IAD did not ignore evidence—Its findings or conclusions not perverse having regard to totality of evidence before it—Did not act unreasonably.

PEREIRA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3460-98, Gibson J., order dated 11/6/99, 10 pp.)

Immigration Inquiry Process

Judicial review of Senior Immigration Officer's decision applicant ineligible to seek refugee status in Canada pursuant to Immigration Act, s. 46.01—Applicant citizen of Sri Lanka—Fled to Germany where granted refugee status—Claiming persecution in Germany on account of colour—Determination of ineligibility based on finding applicant recognized as Convention refugee in Germany, Germany country to which can be returned—Deportation order issued—Application dismissed—Immigration Act, s. 53 prohibiting removal from Canada of person determined to be ineligible to have Convention refugee claim determined by Refugee Division on basis person described in s. 46.01(1)(a) to country where life or freedom threatened for reasons of race—Pursuant to "adequate alternative remedy principle" explained by Joyal J. in *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1993] 1 F.C. 74 (T.D.); affd [1995] 1 S.C.R. 3, applicant should apply under s. 53—Basic characteristic of judicial review as exceptional remedy maintained only when no other effective recourse open to litigant—On such application, court must view all circumstances and decide if any other recourse available—Applicant made request to Post-Determination Review Section that case be considered in accordance with s. 53—Decision thereof not on file—S. 53 remedy designed to prevent removal of applicant if feels threatened for reason of race—As other recourse available to applicant, application for judicial review dismissed on this sole basis—Officer not required to evaluate whether applicant could be persecuted if returned to Germany, but rather required to limit assessment to applicant's eligibility to claim refugee status—Officer's assessment based on information applicant granted refugee status—Satisfied on reasonable grounds claimant would be readmitted in Germany—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 46.01 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 36), 53 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 43).

THIRUVARULSELVAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3384-98, Blais J., order dated 17/6/99, 13 pp.)

Inadmissible Persons

Application for judicial review challenging IRB Appeal Division decision refusing to stay deportation order—Applicant convicted of three criminal offences—Deportation

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

order issued after Immigration Act, s. 27 inquiry—Appeal to IRB Appeal Division based on Act, s. 70(3)(b) invoking existence of compassionate or humanitarian considerations—Record indicating since release from incarceration, applicant has not exhibited dangerous behaviour while on medication for his mental illness—Application dismissed—Appeal Division gave careful and thorough consideration of nature and cause of applicant's criminal behaviour, control thereof after release and various factors relevant to prospects of control of behaviour in future—All factual conclusions supported by evidence—Difference between appeal brought under Act, s. 70(1)(b) (where Appeal Division required to consider all circumstances of case) and Act, s. 70(3)(b) (humanitarian and compassionate considerations)—Whatever difference between phrase "all the circumstances of the case" and phrase "humanitarian and compassionate considerations" both broad enough to include evidence of criminal history, rehabilitation and future prospects, including risk of future danger to public—Even though *Barrera v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 F.C. 3 (C.A.) and *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Mansoobi*, [1997] F.C.J. No. 353 (T.D.) (QL) may be distinguished from present case on basis applicant's criminal behaviour caused by mental illness and make applicant more worthy of sympathetic consideration, that does not detract from conclusion Appeal Division entitled to consider question of public safety in appeal under Act, s. 70(3)(b)—No basis to argument proper procedure in case of concern about public safety to invoke Act, s. 70(5) as public safety may very well be considered under other provisions, including Act, s. 70(3)(b)—Applicant had ample opportunity to present evidence relating to question of public risk, and took opportunity—Question certified: Did IRB Appeal Division exceed jurisdiction when it considered public safety in appeal of deportation order under Immigration Act, s. 70(3)(b)?—Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 70(1)(b), (3)(b) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1995, c. 15, s. 13), (5) (as am. *idem*).

NAGULARAJAH V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3732-98, Sharlow J., order dated 7/7/99, 9 pp.)

Applicant, deported from Canada in 1964 because of criminal activity, returned illegally to Canada in 1985—February 1999 report declaring him to be person described in Act, s. 27(2)(h)—In March 1999, arrested and detained on basis of Act, s. 27(2)(h) report and determination by immigration officer applicant danger to public and posing flight risk—Later, immigration officer issued departure order pursuant to Act, s. 27(4)(b)(iii)—Application for judicial review on basis detention unlawful, seeking as interim relief order directing release or alternatively directing officials who have reviewed or will review detention that detention

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

unlawful—Application for interim relief dismissed—Applicant arguing that because of Act, s. 32.02, departure order and detention inconsistent as matter of law (departure order requiring applicant to leave Canada but detention preventing him from complying), and detention must therefore be unlawful; departure order herein could not become deportation order as long as applicant remained in detention; not only does applicant's detention prevent him from leaving voluntarily, Minister prevented from removing him involuntarily, so could remain in detention in perpetuity; detention therefore unlawful—Error in reasoning in that Minister not precluded from removing applicant involuntarily (upon expiry of stay)—Departure order, like deportation order, removal order and enforceable in same way—Applicant's detention not rendered unlawful merely because Act, s. 32.02 cannot operate while detention continues—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 27(2),(4) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 16; 1995, c. 15, s. 5), 32.02 (as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 22).

TRASMUNDI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2884-99, Sharlow J., order dated 15/6/99, 4 pp.)

Removal of Visitors

Applicant entering Canada in 1992 on visitor's visa—Shortly after deportation order issued in 1995, applicant witnessing criminal act, resulting in placement in witness protection program—Suspects countrymen of applicant, two of whom may have returned to home country—Applicant's refugee claim precluded by Immigration Act, s. 44(1) because removal order made, but not executed against him—In 1996, 1997 execution of deportation order stayed because applicant's presence in Canada required in court proceedings—In 1998 applicant arrested, forcibly removed to home country notwithstanding outstanding summons to appear in proceeding in Ontario Court (Provincial Division)—Ontario Court (General Division) ordering applicant be returned to Canada at Minister's expense; ordering Minister to pay costs on solicitor and client basis—Basis for decision preservation of courts' authority against usurpation by well-meaning civil servants—Notwithstanding s. 50(1)(a) clear bar against removal in face of summons to witness, departmental officials making own determination of validity, appropriateness of second summons—Had no business doing so—Upon return to Canada, applicant's claim to refugee status again denied on basis of s. 44(1)—Applicant arguing s. 44(1) no longer applicable because no longer unexecuted deportation order against him—Arguing 1998 removal constituting execution of 1995 deportation order, even though execution invalid—Unlawful removal of person from Canada not "execution" of deportation order—In context of execution of order "execution" connoting performance of what order contemplating—Act inconsistent with order or

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

law on which based cannot be characterized as execution of order—Parliament not dealing expressly with possibility Minister's officials would act in breach of Immigration Act as occurring herein—Integrity of Act cannot be preserved by giving effect to unlawful act as though lawful—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 44(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 35), 50(1)(a).

CASSELLS V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3316-98, Sharlow J., order dated 16/6/99, 5 pp.)

IMMIGRATION PRACTICE

Application for judicial review of danger opinion, stay of deportation order pending hearing of application for leave, judicial review of danger opinion—Applicant, citizen of Jamaica, came to Canada in 1987 to live with grandmother—Obtained landed immigrant status as result of grandmother's sponsorship—Convicted twice of offences involving importation of drugs into Canada—Minister forming opinion, under Immigration Act, s. 70(5), applicant danger to public—Application of *Thompson v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 118 F.T.R. 269 (F.C.T.D.) to facts of present case raising serious issue—Whether *Thompson* case still good law following decision of F.C.A. in *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 212 N.R. 63 (F.C.A.)—Immigration authorities preparing three reports resulting in opinion applicant danger to public—Little, if any, information could be construed as capable of supporting opinion applicant danger to public other than fact of two convictions—Mere fact of conviction not sufficient to reasonably support opinion individual danger to public—With respect to irreparable harm, loss of applicant as primary caregiver would represent serious loss to grandmother—Irreparable harm can consist of harm to others, not limited to harm to person whose deportation being sought—Balance of convenience, irreparable harm closely interconnected—On facts of case, balance of convenience favouring applicant—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 70(5) (as enacted by S.C. 1995, c. 15, s. 13).

RICHARDS V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2720-99, Pelletier J., order dated 8/6/99, 9 pp.)

STATUS IN CANADA

Citizens

Application to revoke respondent's citizenship on ground admitted to Canada for permanent residence, obtained Canadian citizenship by false representations, fraud or by knowingly concealing material circumstances, in particular

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

failing to divulge to Canadian immigration, citizenship officials collaboration with, service to German authorities in Ukraine during 1941 to 1943, as member of Ukrainian auxiliary police; participation, as member of German armed forces, Ukrainian auxiliary police in commission of crimes, atrocities against civilians—Respondent obtained Canadian immigration visa in December 1948; landed in Canada in January 1949, obtained Canadian citizenship in 1954—Respondent arguing in December 1948 no legal authority to prohibit entry of potential immigrants, including collaborators, to Canada, because undesirables or represented security risks, when had otherwise complied with Immigration Act, regulations—Implicit assumption Immigration Act, ss. 3, 38 displaced Crown prerogative relating to exclusion of aliens on grounds of national security—Applicant arguing such prerogative arising implicitly from Crown prerogative concerning international affairs, national defence—Arguable Canadian government fulfilled duty to ensure national security through exercise of Crown prerogative, at least prior to 1960 when “such security and intelligence services as may be required by the Minister” first enacted as among duties of RCMP—Respondent arguing even if had disclosed wartime activities as railway guard, member of auxiliary police force under *Schutzmannschaften*, no legal authority to prohibit entry into Canada if otherwise met legislative requirements—Applicant responding (i) regulations passed under Immigration Act provided immigration officers with legal authority to prohibit person’s landing in Canada, or (ii) such authority could be founded upon doctrine of Crown prerogative—As to (ii), Crown prerogative defined as residue of discretionary or arbitrary authority which at any given time legally left in hands of Crown—Prerogative may be displaced by statutory enactment, but when effect of related legislation only incidental, Crown prerogative may subsist—Interpretation Act, s. 17 providing no enactment binding on Crown or affecting Crown’s prerogatives except as mentioned or referred to in enactment—“Mentioned or referred to” broadly interpreted to encompass expressly binding words, clear intention to bind, intention to bind where purpose of statute would be “wholly frustrated” if government not bound—Therefore issue whether Immigration Act, as existed in 1948, provided comprehensive legislative scheme controlling admittance, removal of aliens thereby displacing Crown prerogative—As neither s. 3 nor s. 38 clear statement expressly binding Crown, displacement of Crown prerogative to exclude prospective immigrants on security grounds must arise by necessary implication from wording of legislation—Total displacement of Crown prerogative, even by implication uncertain at best—Legislative history of Immigration Act in context of Canada’s contemporary concern with issues of national security considered—When ss. 3, 38 first enacted in 1910, amended in 1919, unlikely Parliament considered type of security concerns arising in late 1940s when identified prohibited classes of immigrants, more particularly “conditions or

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

requirements” for suitable, desirable immigrants—“Other conditions or requirements of Canada” in s. 38(c) part of larger phrase “deemed unsuitable having regard to” socio-economic factors primarily concerned with suitability of prospective immigrants and not apparently related to issues concerning national security—In 1948 legislation not creating right to enter Canada for persons in Europe—Prospective immigrants situated overseas not entitled to enter, land in Canada, even when entry not prohibited by s. 3 and where otherwise complying with Act—Even if not member of prohibited class, no right of entry existed—Immigrant’s entitlement to be granted landing first introduced in 1976—Thus questionable whether legislation fully displaced Crown prerogative in relation to exclusion of aliens on grounds of national security, but unnecessary to decide whether legal authority to prohibit entry on security grounds rested solely on doctrine of Crown prerogative in view of conclusions concerning effect of orders in council in force in 1948—In 1931 Governor in Council prohibited landing of all immigrants of any class or occupation, subject to four exceptions—Use of permissive language granted immigration officer discretion to admit persons who came within permitted categories of immigrants, discretion to prohibit entry of immigrants—Membership in excepted class not creating right to land in Canada—Neither Act, s. 3 nor order in council creating such right—In July 1950 P.C. 2856 coming into force—Requiring person to satisfy Minister suitable immigrant having regard to climatic, social, educational, industrial, labour, or other conditions or requirements of Canada—Respondent arguing prior thereto, no legal authority to prohibit entry of prospective immigrants into Canada on grounds of national security—Submitting “other conditions or requirements” forming basis for earliest legal authority to bar entry of collaborators—No direct evidence P.C. 2856 passed to address legal authority concerns discussed by officials in 1949—Legal authority to prohibit entry of undesirable persons or security risks created in discretion given to immigration officers to permit landing in Canada, not by words “other conditions or requirements” in P.C. 2856—Orders in council P.C. 695, P.C. 4849, P.C. 2743, P.C. 2856 establishing blanket prohibition against landing of immigrants of all classes, occupations, afforded immigration officer discretion to allow landing of specified classes—Prospective immigrants found to be German collaborators or otherwise posing risk to national security could be prohibited from landing in Canada—Such view supported by second series of orders in council introducing requirement passports of certain aliens carry visa of Canadian immigration officer—More persuasive of existence of legal authority to prohibit entry of prospective immigrants on grounds of national security—On basis of orders in council P.C. 4849 and 4851, in December 1948 immigration officers had legal authority to prohibit entry, landing into Canada of immigrants on grounds either undesirables or security risks—Outcome consistent with prohibition against entry of persons not fulfilling, meeting, complying with

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

conditions, requirements of any regulations found in s. 3(i)—After Soviet occupation of Ukraine, respondent's family relocated to Poland where respondent serving as railway guard, armed and in German uniform through 1940, beginning of 1941—Moved back to Ukraine where recruited as police officer from late 1941 through 1943—No serious evidence respondent coerced into service either as railway guard or as police officer—Acknowledged worked as railway guard, as part of German police because had to work somewhere, had no other option—Paid and fed—Could have worked on family farm when recruited to work as police officer—Again paid, housed, fed—Respondent voluntarily assisted German forces—Involved in escorting Jewish domestic worker for police to her execution—Role as police officer not limited to investigating petty thefts, domestic abuse—Member of auxiliary police force organized by Germans, known as *Schutzmannschaften*—Through activities as railway guard, auxiliary police officer, respondent collaborated with Germans between 1940, 1943—*Schutzmannschaften* auxiliary police force in rural villages under umbrella of *Schutz Staffel* or S.S. —In December 1948, when respondent obtained Canadian immigration visa, visa applicants should not have been met by medical, immigration officers without first having been interviewed by security officer—As respondent met by medical, immigration officer, on balance of probabilities, also met by security officer—On balance of probabilities respondent questioned about employment history during World War II—Knowingly concealed role in assisting Germans as railway guard, auxiliary police officer—Response during 1953 RCMP interview for citizenship that entered Germany as forced labour concealed material facts—Based on findings concerning involvement in 1941 to 1943 incidents, sworn statement in 1954 petition of citizenship that person of good character false—Respondent admitted to Canada for permanent residence, obtained Canadian citizenship by false representations or fraud or by knowingly concealing material circumstances—Immigration Act, R.S.C. 1927, c. 93, ss. 3, 38—Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 17—Immigration Act—Order re landing of immigrants in Canada, SOR/50-232 (P.C. 1950-2856)—Immigration Act—Regulations re landing of immigrants in Canada, SOR/49-227 (P.C. 1949-2743)—Immigration Act—Regulation respecting the production of passports by immigrants to Canada, SOR/47-922 (P.C. 1947-4851)—Immigration Act—prohibiting the landing in Canada of immigrants with certain exceptions, SOR/47-920 (P.C. 1947-4849).

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. KISLUK (T-300-97, Lutfy J., decision dated 7/6/99, 95 pp.)

Convention Refugees

Application for judicial review of CRDD decision applicant, citizen of Costa Rica, not Convention refugee—

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Applicant's claim based on membership in particular social group: women subject to domestic violence—CRDD rejected claim on basis applicant had not sought protection in Honduras, where she had right to Honduran citizenship by virtue of mother's birth in Honduras—Finding based on mother's birth in Honduras, letter from Honduran ambassador, article of Honduras' Constitution—Application allowed—Constitution of Honduras providing person in situation of applicant (those born abroad of Honduran father or mother by birth) already considered Honduran by birth—Basic principle of refugee law to grant refugee status only to those requiring surrogate protection and not to those who have ready and automatic right to another country's nationality applicable herein—Relevant case law making it clear that refugee claimant must seek protection of countries in which she can assert nationality as basis for citizenship before making claim for asylum in Canada—However, before applicant obliged to seek protection from Honduran authorities, CRDD should have considered whether applicant has well-founded fear of persecution with reference to Honduras—CRDD did not properly address issue—After determining another country of nationality exists, CRDD must assess application with reference to that particular country, something it did not do herein.

CANALES V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1520-98, Cullen J., order dated 11/6/99, 11 pp.)

Application for judicial review of decision of Immigration and Refugee Board applicant not Convention refugee under Immigration Act, s. 2(1)—Applicant born in Tiraspol, Moldova, non-practising Jew—Board not refusing to exercise jurisdiction by adopting reasoning of another panel regarding existence of Internal Flight Alternative (IFA) in capital of Moldova—Same documentary evidence before two panels—Unusual for Board to annex to own decision decision of another panel but not fatal—Akin to annexing jurisprudence it decided to follow—Application dismissed—Question certified as being of general importance under Act, s. 83: May Board "adopt the same reasoning as another panel" faced with same documentary evidence as basis for finding existence of internal flight alternative in same country?—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1), 83 (as am. *idem*, art. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73).

KOROZ V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2394-98, Dubé J., order dated 11/6/99, 6 pp.)

Persons with Temporary Status

Appeal from Motions Judge's decision ([1997] 3 F.C. D-32) allowing application for judicial review of visa

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Concluded

officer's refusal of application for student authorization—Respondent's mother submitting application for temporary entry to Canada to allow son to study in Canada, complete grade 5—Respondent to live with aunt while parents, siblings to remain in Hong Kong—Mother's affidavit stating hoped son would complete university in Canada—Visa officer not satisfied respondent seeking admission for temporary purpose—Motions Judge concluding, on basis of evidence before visa officer, capricious to conclude respondent's application to come to Canada for other than temporary purpose—Certified following question: did applicant who expressed long-term goal to study in Canada satisfy definition of "visitor" as defined in Immigration Act, s. 2(1)—Question as framed not meeting requirements of s. 83(1), permitting appeal of Trial Division's judgment on judicial review only where certifying "serious question of general importance"—Question submitted specific to this case, fact related and driven—Would require Court of Appeal to determine whether, on basis of evidence before visa officer, capricious for visa officer to reach conclusion respondent's application to come to Canada for other than temporary purpose—Cannot be done as no right of appeal of merits of decision of this kind—Also, appeal under s. 83(1) involving certified question not allowing for full review of case on merits—Serious question of general importance giving rise to conflicting decisions of Trial Division: whether visa officer entitled, at time of application for student visa for temporary purpose or definite period of time, to search for long-term goal of applicant and to consider that goal, as expressed by himself or parents, in assessing whether applicant genuine visitor within meaning of s. 2(1) i.e. person seeking to come into Canada for temporary purpose—Visa officer entitled, even at moment of first application for such visa, to examine totality of circumstances, including long-term goal of applicant—Such goal relevant consideration, but not necessarily determinative, to be weighed with all other facts, factors in determining whether application visitor within terms of definition provided in Act—Appeal dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2(1), 83(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73).

WONG (GUARDIAN) V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-533-97, Létourneau J.A., judgment dated 23/6/99, 5 pp.)

CONSTITUTIONAL LAW

Application for judicial review of deportation order made against applicant following attempt to enter Canada under false identity—Only point of importance whether senior immigration officer made error of fact or law or acted without jurisdiction or contrary to rules of natural justice or procedural fairness so as to justify intervention by Court—

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

Applicant alleged denied access to services of lawyer; denied right to claim refugee status before deportation order made; deportation order made contrary to Act, s. 23(4) since no report prepared on applicant as required by Act, s. 20—Application dismissed—S. 20 report was prepared—Applicant had ample opportunity to claim refugee status—Examination of applicant at port of entry administrative process not giving rise to right to counsel—Decision applicant fell within ss. 23(4) and 19(2)(d) and did not belong to another inadmissible class not unreasonable—Amendments to Immigration Act by S.C. 1995, c. 15 and Constitution Act, 1985 (1985 Representation Act, S.C. 1986, c. 8, providing new method of determining number of representatives of each province in House of Commons) valid—In view of analysis by British Columbia Supreme Court and Court of Appeal in *Campbell v. Canada (Attorney General)* ([1988] 2 W.W.R. 650 (S.C.); affd by C.A.), and fact Supreme Court denied leave to appeal ([1988] 6 W.W.R. lxviii), it follows Constitution Act, 1985 entirely valid and, this being the case, Canadian Parliament, and in particular House of Commons, validly constituted—Appointment of immigration officer therefore entirely valid and exercise of powers conferred on him by Immigration Act also valid—Appointment of two judges of Supreme Court of Canada as Deputy Governor General valid pursuant to Part VII of 1947 Letters Patent, as are legislation assented to by them—Even read in conjunction with Part VIII of 1947 Letters Patent, nothing in wording of Part VII of said Letters Patent authorizing Court to conclude any limitation exists on appointment of SCC judges as Deputy Governors General—These Parts designed for entirely different reasons and Part VIII of Letters Patent not limitation on Part VII of said Letters—Nothing to prevent Governor General of Canada delegating to one of his or her Deputies power of royal assent conferred on him by Constitution Act, 1867, s. 55—Further, Judges Act, s. 57 expressly envisaging possibility of judge holding said office of Deputy Attorney General—When acting as Deputy Attorney General, SCC judge does nothing likely to affect rule of judicial independence—Further, constitutional convention prohibiting Governor General or his Deputy from refusing to give royal assent—SCC judges authorized to act as Deputy Governors General—Further, based on presumption legislation constitutional plaintiff did not submit evidence challenged legislation was unconstitutional—Plaintiff's argument all Canadian legislation unconstitutional because adopted by unconstitutionally constituted Parliament purely academic since in fact said legislation will have to continue being applied, under rule of law: Reference Re Manitoba Language Rights, [1985] 1 S.C.R. 721—Entirely tardy, wrongful and dilatory for counsel for plaintiff to ask SCC Chief Justice be called as witness—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(2)(d), 20 (am. by S.C. 1992, c. 49, s. 12), 23 (am. by S.C. 1992, c. 49, s. 12; 1995, c. 15, s. 3)—Representation Act, 1985, S.C. 1986, c. 8—Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict. c. 3 (am. by Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.),

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

schedule to the Constitution Act, 1982, No. 1 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 55—Judges Act, R.S.C. 1985, c. J-1, s. 57—Letters Patent creating the office of Governor General of Canada, R.S.C. 1985, Appendix II, No. 31, Parts VII and VIII.

TUNDA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-980-97, Teitelbaum J., order dated 11/6/99, 34 pp.)

CONTRACTS

Appeal from disallowance of \$2,000,000 claim for investment tax credit for research, development expenses—Plaintiff entering contract with Air Canada to obtain financing to develop software for automated ticketing for entertainment event anywhere in country—Contract providing for development of software for fixed fee of \$2 million, and for regular invoicing—Air Canada also agreed to “advance credit” for \$2 million fee invoiced, to be repaid in accordance with clause 3.1—Clause 3.1 providing amount advanced to be repaid at rate of \$0.05 per ticket sold—Plaintiff would be owner of software—Ontario Court (General Division) (*Ticketnet Corp. v. Air Canada*, [1993] O.J. No. 289 (Gen. Div.) (QL)) determining contract valid, binding, and Air Canada committed repudiatory breach of software development agreement—In awarding damages, deducted \$2 million in respect of plaintiff’s contractual liability to pay Air Canada, although payment not yet due—Air Canada ordered to return software to plaintiff—Whether contract imposing unconditional obligation, thus qualifying expense incurred on research and development as investment tax credit—Claim dismissed—Plaintiff submitting two distinct, separate parts to software development agreement: contract for supply of services in connection with development of software for fee, and interest-free loan to enable it to pay Air Canada’s fee for service to be repaid through royalty on ticket sales—But agreement nowhere using terms “loan”, “amount lent”—Also essential feature of loan promise to repay amount lent—As of April 30, 1986, not clear plaintiff would ever be required to “repay” \$2 million to Air Canada since “repayment” only to occur after acceptance of software by plaintiff, and if ticket sales generating minimum of \$2 million—Contract silent about eventuality of plaintiff never accepting software, as was case—Obligation to this effect cannot be implied—Whatever reasons for plaintiff’s failure to make payments, agreement creating option for Air Canada to purchase software for \$2 million against which plaintiff required to set off so much of \$2 million advanced by Air Canada that had not repaid from ticket sales—Contract not providing Air Canada could sue plaintiff for amount of loan not “repaid”—Just as plaintiff in *Alberta and Southern Gas Co. Ltd. v. The Queen* (1976), 76 DTC 6362 (F.C.T.D.) looking to assigned petroleum substances for repayment, and Court holding transaction not loan, so Air Canada could ultimately resort

CONTRACTS—Concluded

to option to purchase software for reimbursement if not receiving agreed payments from ticket sales—If terms of contract unclear as to whether borrower/lender relationship created, then in absence of commercial rationale other than obtaining tax credit, Court should not strive to construe contract in way plaintiff urging—Plaintiff submitting weight should be attached to characterization of plaintiff’s obligation in financial statements prepared by auditors in accordance with generally accepted accounting principles—Question of law depending on construction of contract whether plaintiff’s liability to Air Canada arising from loan or supply of services, or unconditional or contingent—Not matter of general principles of accounting—Whether plaintiff’s liability “contingent” or advance loan could not be conclusively determined by inclusion in financial statements under “long term debt”—Purpose of financial statement to give investors complete, accurate picture of company’s financial position—Prudent to include debt, regardless of whether contingent or accrued—But for tax purposes distinction between contingent, unconditional critical—Apparently casual, inaccurate way in which some statements, invoices prepared may reflect fact that not matter of any commercial or accounting significance as far as Air Canada concerned—Argument unfair to deny plaintiff benefit of tax credit simply because Air Canada providing both service, financing for service, missing point—Problem not that service provider, lender same person, but that terms of contract not imposing unequivocal obligation to repay money lent, one of defining legal characteristics of loan—Legal obligations assumed by plaintiff under contract not those of borrower—Alternatively plaintiff submitting contract obliged plaintiff to pay for services rendered by Air Canada not conditional on its acceptance of software i.e. contract for provision of services, not for delivery of product—Ontario Court judgment deducting \$2 million from damages awarded not deciding as of June 30, 1986 plaintiff’s obligation to Air Canada unconditional, but based on estimate of net profits if contract had been performed, in which case plaintiff’s profits reduced by \$2 million paid to Air Canada from proceeds of sales of tickets through use of software—Nothing in judgment contradicting contract for development, delivery of product—Moreover, until finished product delivered, plaintiff’s liability to pay contingent only—That plaintiff would not be liable to pay if Air Canada failed to deliver software, or software not accepted for good reason, sufficient to make debt contingent—Acceptance condition to “vesting” of liability—On face of contract plaintiff not assuming unconditional liability to pay until software accepted, tickets sold—If software accepted, but less than specified payments made, plaintiff would be liable to transfer title to software to Air Canada—Uncertainty as to liability different from uncertainty as to quantum.

TICKETNET CORP. V. CANADA (T-2185-88, Evans J., judgment dated 11/6/99, 26 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE

EXCISE TAX ACT

Application by Crown for summary judgment dismissing plaintiff's action for refund of payment made to defendant under Excise Tax Act between June 1985 and June 1986—Minister's assessment erroneous as based on incorrect wording of Act, s. 27(1.1)(c): *MacMillan Bloedel Ltd. v. Minister of National Revenue* (1990), 38 F.T.R. 58 (F.C.T.D.) (decision dated 19/10/90)—However, plaintiff herein filed application for refund in December 1992, more than two years after that decision and some six years after payments—Original claim for \$30,000,000—Application for summary judgment allowed—Principles governing summary judgment summarized by Tremblay-Lamer J. in *Granville Shipping Co. v. Pegasus Lines Ltd.*, [1996] 2 F.C. 853 (T.D.): essentially, whether case so doubtful it does not deserve consideration by trier of fact at future trial—Party against which summary judgment motion launched required to produce sufficient evidence to show genuine issue for trial—Proper statutory provision in seeking redress in case of moneys paid in error obviously Act, s. 68, providing for two-year limitation period after payment of monies—Act, s. 81.1(6) relating to assessment process, has no relevance to application for refund made pursuant to Act, s. 68—Plaintiff outside statutory time limit under both sections—Excise Tax Act containing complete code applicable to repayment of amounts paid in error: Act, s. 71 (except as provided in this Act or any other Act of Parliament, no right of action against Crown for recovery of monies paid to Crown that are taken into account by Crown as taxes): *Michelin Tires (Canada) Ltd. v. Canada*, [1998] F.C.J. No. 1753 (T.D.) (QL)—Right to obtain equitable relief (restitution based on unjust enrichment) by virtue of Federal Court Act, s. 3 not rendering Excise Tax Act, s. 71 ineffective—Sufficient evidence before Court to conclude that plaintiff's application for refund made beyond two-year limitation period as set out in Act, s. 68—Court may not extend or abridge limitation period—Act providing complete code for all rights or recovery of monies paid in error to Crown—Therefore, no genuine issue for trial—Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13, s. 27(1.1)(c) (as enacted by S.C. 1976-77, c. 15, s. 7)—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 68 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 15, s. 24; (2nd Supp.), c. 1, s. 195; c. 7, ss. 23, 24), 71 (as am. *idem*, c. 7, ss. 26, 34), 81.1(6) (as enacted *idem*, s. 38)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 3.

FEDERATED CO-OPERATIVES LTD. V. CANADA
(T-185-94, Dubé J., order dated 25/6/99, 12 pp.)

ENVIRONMENT

Application to set aside approval of construction of Sewap Creek Bridge pursuant to Navigable Waters Protection Act (NWPA), s. 5—Respondent Tolko Manitoba Inc.'s projects

ENVIRONMENT—Continued

encompassing conversion, expansion of existing pulp mill, construction of new pulp mill, hundreds of kilometres of all-season roads, other related forestry operations—Bridge proposed for development in 1997 Annual Plan—As part of licensing process, Plan circulated among various federal, provincial governmental departments for review, including Canadian Coast Guard (CCG) which identified Sewap Creek as navigable waterway—Application submitted to CCG for approval pursuant to NWPA s. 5(1) to construct bridge across Sewap Creek—Approval process triggered environmental assessment pursuant to Canadian Environmental Assessment Act (CEAA), s. 5(1)(d)—No environmental assessment triggered pursuant to CEAA, except in respect of Sewap Creek Bridge—Only decision to allow Sewap Creek Bridge project to go forward proper subject of judicial review application—CEAA, s. 2 defining "project" in relation to physical work as "any proposed construction, operation, modification, decommissioning, abandonment or other undertaking in relation to that physical work"—CCG, as responsible authority, determined scope of project pursuant to CEAA, s. 15(1) 'construction of bridge along with approaches, accesses directly relating to bridge'—No error in determination of scope of project—S. 15(3) dealing with scope of environmental assessment—CCG determined scope of environmental assessment including environmental effects at, downstream of bridge site and any works related to construction, operation, maintenance of bridge—Under s. 16(1)(a) concluding cumulative effects of project limited to hydraulic impacts of project in combination with other works along waterway, within confines of Sewap Creek—CCG concluding project would not likely cause significant adverse effects, and approving application under NWPA—Construction completed in 1997—CCG not erring in determination of scope of assessment pursuant to s. 15(3)—According to definition any "other undertaking in relation to that physical work" meaning undertakings within same class as those undertakings specifically mentioned—These undertakings possible events in life cycle of physical work i.e. Sewap Creek Bridge—French version supporting this construction—Scope of "project", meaning bridge itself and all undertakings in relation to life cycle of bridge, for CCG to determine under s. 15(1)—Under s. 15(3) responsible authority shall conduct environmental assessment not only in regard to undertakings in relation to physical work proposed by proponent, but also in regard to undertakings which in opinion of responsible authority "likely to be carried out in relation to that physical work"—Wording of s. 15(3) with respect to nature of undertakings subject to responsible authority's environmental assessment, wording of s. 15(3) same as s. 2—Must assess all undertakings relating to life cycle of physical work, i.e. Sewap Creek Bridge—Although change in terminology from "any proposed construction" in s. 2 to "every construction" in s. 15(3), both expressions qualified by phrase "in relation to that physical work" thus restricting scope of assessment to those undertakings related to physical work—Respondent's

ENVIRONMENT—Continued

forestry operations neither undertakings in relation to Sewap Creek Bridge nor undertakings “likely to be carried out” in relation to Sewap Creek Bridge—In screening project, CCG considering environmental effects of bridge, any work related to construction, operation, maintenance of bridge, cumulative environmental effects—Open to CCG to determine scope of factors under s. 16(1)—No basis for intervention in regard to that determination—CCG’s decision project not likely to cause significant adverse effects on fish habitat after taking into account implementation of appropriate mitigation matter reasonable—Gibson J.’s interpretation of CEAA, s. 15(3) *Friends of the West Country Assn. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1998] 4 F.C. 340 (T.D.) disagreed with—Gibson J. giving application of CEAA broad interpretation based on CEAA, s. 4, setting out purposes of Act, and certain comments of La Forest J. in *Friends of the Old Man River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3—Concluding s. 15(3) requiring responsible authority to include within scope of environmental assessment road, perhaps forestry operations, if “in relation to” projects—Giving word “undertaking” meaning not contemplated by subsection, particularly when read with definition of “project”—Although Gibson J. held could not interfere with responsible authority’s determination regarding scope of projects, in effect recharacterized scope of projects through analysis of scope of environmental assessments under s. 15(3)—Not open to him to do so—Based expansive view of scope of environmental assessments under s. 15(3) on “independent utility test” for which found support in American case law, and *Canadian Environmental Assessment Act Responsible Authorities Guide*—American case law not relevant since American legislative scheme bearing no similarity to CEAA—Guide simply reflecting thoughts of Canadian Environmental Assessment Agency, administrative body, regarding implementation of Act—Gibson J. apparently giving Guide, hence “independent utility” principle, precedence over wording of CEAA—Responsible authorities having duty to follow, implement CEAA, not Guide—Although Guide may be helpful, cannot oust statute—Regardless, Gibson J.’s interpretation of Guide inconsistent with what Guide actually says—Passage cited to aid interpretation of s. 15(3), relevant to responsible authority’s discretion regarding determination of scope of project, not to determination of scope of assessment—Gibson J. holding in regard to what physical works accessory to principal project using criteria enunciated in Guide: “linkage”, “interdependence”—In applying “linkage” criterion, Gibson J. finding as fact building of bridges made building of road “inevitable”—“Inevitable” in relation to “linkage” criterion meaning building of principal project rendering “inevitable” building of another physical work—Building of bridges not rendering building of road inevitable—Perhaps not making sense to build bridges without road leading to and from bridges, but building of bridges not requiring building of roads—As to “interdependence” criterion, Sewap Creek crossing “principal” project—

ENVIRONMENT—Concluded

“Principal project” can proceed without undertakings regarding construction of roads, paper mill—Thus roads, paper mill not components of scoped project—Both “linkage”, “interdependence” criteria making it clear intent to address not determination of environmental assessment, but rather determination of scope of project—Under s. 15(1) scope of assessment not pretext to modify, amend project as determined under s. 15(1), but project as determined by responsible authority and environmental effects to be examined by responsible authority—Only caveat that under s. 15(3) responsible authority must conduct environmental assessment not only of project but of other undertakings “likely to be carried out in relation to that physical work” i.e. undertakings within class of undertakings specifically mentioned in definition of “project” in CEAA, s. 2—Had projects triggered environmental assessment under CEAA, s. 5(1) responsible authority could have exercised discretion under s. 15(2), determined projects “so closely related that can be considered to form single project”—Application dismissed—Navigable Waters Protection Act, R.S.C., 1985, c. N-22, s. 5—Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37, ss. 2 “project” 5, 15, 16.

MANITOBA’S FUTURE FOREST ALLIANCE V. CANADA (MINISTER OF THE ENVIRONMENT) (T-434-98, Nadon J., judgment dated 18/6/99, 46 pp.)

FEDERAL COURT JURISDICTION

APPEAL DIVISION

Copyright—Application for writ of prohibition to prevent Copyright Board from proceeding with hearing to commence on August 24, 1999—Applicant alleging Board without jurisdiction to hear matter *inter alia* on basis part of Copyright Act invalid, contrary to Charter, ss. 2, 15—Issue whether writ of prohibition properly sought in Appeal Division—Application properly brought in Appeal Division—Federal Court Act, s. 28(1)(j) providing Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine applications for judicial review made in respect of Copyright Board—Question as to whether, in complex jurisdictional matters involving Charter, Appeal Division should be first instance, and possibly last instance, to hear and determine such matters—How is appropriate factual basis to be established, especially in respect of Charter issues and, in particular, issues relating to Charter, s. 1—Does Board have jurisdiction to consider Charter issues relating to its jurisdiction and if so, should Board consider bifurcating its hearing so as to deal with and decide jurisdictional issue at outset?—All issues to be addressed on hearing of application for writ of prohibition—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28(1)(j) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8)—Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982,

FEDERAL COURT JURISDICTION

—Concluded

Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2, 15.

EVANGELICAL FELLOWSHIP OF CANADA V. CANADIAN MUSICAL REPRODUCTION RIGHTS AGENCY (A-371-99, Rothstein J.A., order dated 30/6/99, 4 pp.)

TRIAL DIVISION

Appeal from Trial Division's order ([1999] F.C.J. No. 231 (T.D.) (QL)) adding Merck Frosst as respondent to proceedings commenced by Nu-Pharm—Cullen J. allowing Nu-Pharm's application for declaration Minister's refusal to process Nu-Pharm's ANDS unlawful, referring matter back to Minister who issued notice of compliance—Subsequently Trial Division Judge granting motion to add Merck as respondent—Only Federal Court of Appeal could, arguably, once judgment on merit of case rendered by Trial Division, allow third party to be added as party for purpose of filing notice of appeal, and only in such circumstances as were described in *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et al. v. Association of Parents for Fairness in Education et al.*, [1986] 1 S.C.R. 549—Rr. 104(1)(b) (joinder of party), 109(1) (intervention) only invoked before division of Court before which proceeding then pending—No longer proceeding before Trial Division with respect to which Merck could be added as party or as intervener—If Merck of view Nu-Pharm had obligation under r. 303 to name Merck as party respondent, Merck's recourse to make motion in Trial Division under r. 399 to set aside decision rendered or to seek in Court of Appeal leave to be added as party for purpose of launching appeal—Federal Court Act, s. 27(2) authorizing Trial Division to extend time to appeal to Court of Appeal; not authorizing Trial Division to grant status to non-party to proceeding for purposes of seeking extension of time to file appeal—Motions Judge had no authority to allow Merck to become respondent for purpose of launching appeal in Appeal Division of Court—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 104(1)(b), 109, 303, 399—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 27(2) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 7).

NU-PHARM INC. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-130-99, Décaré J.A., judgment dated 15/6/99, 5 pp.)

HUMAN RIGHTS

Application for judicial review of Canadian Human Rights Commission decision to extend time for bringing of respondent's complaints against applicant CBC—Respondent complained of discrimination in respect of her wages on ground of sex and of discrimination practice or policy against women in respect of wages of female camera operators on ground of sex—In both cases, date of alleged conduct December 15, 1993—Complaint filed February 19,

HUMAN RIGHTS—Concluded

1996—Application dismissed—Decisions under Human Rights Act, s. 41(e) (authorizing Commission to deal with complaints based on acts having occurred more than one year before receipt of complaint) discretionary administrative decisions which courts will not readily set aside where discretion exercised in good faith, in accord with principles of natural justice and procedural fairness, and where reliance has not been placed on irrelevant or extraneous considerations: *Cape Breton Development Corp. v. Hynes*, [1999] 2 F.C. D-68 (T.D.)—Moreover, Court ought not to interfere with Commission's exercise of discretion under s. 41(e) unless satisfied exercise patently unreasonable—Sufficient herein for Commission to provide CBC with copies of ss. 40, 41 analysis, dealing with timeliness issue, and to give CBC opportunity to send written comments before decision on question—No requirement in Act to allow CBC to make representations prior to ss. 40, 41 analysis and, furthermore, CBC adduced no evidence of real prejudice—No procedural unfairness *vis-à-vis* CBC—No evidence of bias on part of Commission—Allegations in report sufficiently serious to prevent Court from concluding not reasonable for Commission to exercise discretion as it did—Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 40, 41(e).

CANADIAN BROADCASTING CORP. V. GRAHAM (T-2297-96, Pinard J., order dated 10/6/99, 9 pp.)

Application for judicial review of decision of Canadian Human Rights Commission dismissing applicant's complaint of discrimination against employer Canadian Imperial Bank of Commerce (CIBC) because of race—Applicant arguing Commission estopped from making some of findings it made by reason of decision of Board of Referees on same factual issues—In decision dated August 18, 1995, Board of Referees finding serious antagonistic relationship between manager, appellant—Applicant's argument decision operated as estoppel preventing Commission from finding no harassment, differential treatment, forced resignation of applicant by CIBC—Relevant tests for issue estoppel: (1) same question has been decided; (2) judicial decision said to create estoppel final; (3) parties to judicial decision or privies same persons as parties to proceedings in which estoppel raised or privies—CIBC not party before Board of Referees—Board of Referees not deciding there had been harassment, differential treatment, forced resignation—Concluding rather serious antagonistic relationship between applicant, manager constituting danger to applicant's health, giving her no reasonable alternative but to leave employment—Commission's decision referring to antagonistic relationship but not because of race—Board of Referees' decision not creating issue estoppel in so far as Commission, CIBC concerned—Neither party to procedure leading to Board's decision—Application dismissed.

ATHWAL V. CANADIAN IMPERIAL BANK OF COMMERCE (T-1478-98, Reed J., order dated 9/7/99, 34 pp.)

INCOME TAX

INCOME CALCULATION

Capital loss—Appeal from Tax Court judge's decision allowing respondent's appeal from assessment for taxation year ending 31/12/87 by which MNR disallowed claim, under ITA, s. 39(2), for capital loss (\$24,965,399) on currency fluctuation sustained when it redeemed in US dollars preferred shares which it had issued in 1977, 1982 and 1983 in US dollars—Appeal dismissed—On appeal, respondent conceded redemption payment deemed dividend by virtue of ITA, s. 84(3)—Issue whether ss. 84(3) and 39(2) could operate concurrently—ITA, s. 84(3) providing where corporations redeeming shares at amount in excess of paid-up capital in respect of those shares, corporation deemed to have paid dividend in amount of that excess and shareholder deemed to have received dividend in that amount—Obvious tax consequence that in hands of shareholder, dividend is income—No necessary tax consequence for corporation—Provision neutral in respect of corporation with respect to characterization of deemed payment of dividend as being either of capital or income nature—Clear from language of ITA, s. 39(2) that gain or loss caused by currency fluctuation gives rise to capital gain or loss provided that amount in question would not otherwise be considered in computing taxpayer's income—Amounts paid by corporation, not otherwise being considered expenditure deductible from income, eligible for application of ITA, s. 39(2)—According to common understanding of "loss", respondent's payment to shareholders clearly qualifying—Circumstances herein not unlike those in *Tahsis Co. Ltd v The Queen*, [1979] C.T.C. 410 (F.C.T.D.)—Operation of ITA, s. 84(3) not limiting meaning of "loss" in ITA, s. 39(2)—Rather, two provisions deal with different sets of circumstances, both of which apply to transaction under review herein—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 39(2) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 38(1)).

CANADA V. MACMILLAN BLOEDEL LTD. (A-655-97, Strayer J.A., judgment dated 28/6/99, 8 pp.)

Capital Cost Allowance

Whether taxpayer entitled, for 1986 to 1989 taxation years, to capital cost allowance provided in Income Tax Regulations (ITR), Class 17, on ground its ski trails depreciable properties due to their construction and development (whether ski trail can be considered "road, sidewalk, airplane runway, parking area, storage area or similar surface construction"); to credit on Canadian manufacturing and processing profits from goods for lease, as provided in Income Tax Act (ITA), s. 125.1, investment tax credit on manufacturing and processing of goods for lease provided in Act, s. 127(5) and capital cost allowance provided in ITR, Class 29 for property acquired for manufacturing or processing of goods for lease as manufacturing artificial snow, which it used in copious amounts to cover ski trails, and leased these snow-covered trails to downhill skiing enthusi-

INCOME TAX—Continued

asts—MNR rejected capital cost allowance and investment tax credit—T.C.C. refused investment tax credit but allowed capital cost allowance—Appeal by Crown and cross-appeal by taxpayer—Appeal and cross-appeal dismissed—(1) Capital cost allowance—Taxpayer not entitled to manufacturing and processing profits credit, investment tax credit and Class 29 capital cost allowance—Taxpayer clearly does not lease artificial snow as such, just as owner of a parking lot clearly does not lease asphalt to someone who wants to park his automobile there—Once manufactured property incorporated with another property or becomes accessory, albeit important or necessary, thereto, loses its own identity and therefore no longer object of lease—Informed commercial person cannot seriously claim manufacture of artificial snow to be used to enhance ski slopes manufacture for lease: *Canada v. Hawboldt Hydraulics (Canada) Inc. (Trustee)*, [1995] 1 F.C. 830 (C.A.)—Main purpose of contract entered into with downhill skier lease of land specifically developed for practice of this sport and snow, gradient of slope and ski-lifts important accessories making land appropriate for intended use and thereby promote its leasing—(2) Capital cost allowance on ski trails as Class 17 property—Necessary, first, to identify like features of surface constructions listed in Regulations and, second, to ask ourselves whether construction of ski trails constituting surface construction and, if so, whether displaying characteristics peculiar to listed structures—T.C.C. Judge accepted as feature common to all of enumerated surface constructions fact they are all flattened properties converted through necessary intervention of man, final product of which makes them distinguishable from any other land in natural state—Whatever interpretative approach selected, one fact remains: Class 17(c) artificially groups together, and considers as surface constructions, some disparate items for which construction aspect, in some instances, as minimal as can be—First, land which, as a result of work performed, becomes surface construction should display clearly discernible change in configuration and be readily distinguishable from another property in its natural state—Second, these surface constructions occupy circumscribed space identifiable as such, are visible and to varying degrees require addition of some materials in order to fulfill intended function—Third, because subject to wear and tear, constructions have recurring need for and cost of maintenance to retain identity and purpose—Ski slopes built by taxpayer herein meet these three criteria and are surface construction similar to those enumerated in Class 17(c)—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 125.1(3) (enacted by S.C. 1973-74, c. 29, s. 1; 1977-78, c. 1, s. 60(1); 1980-81-82-83, c. 48, s. 71(1); c. 140, s. 87(1); 1985, c. 45, s. 70(1); 1986, c. 6, s. 31(2)), 127(5) (enacted by S.C. 1974-75-76, c. 71, s. 9(1); 1984-85, c. 1, s. 72(2); 1988, c. 55, s. 106(1))—Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, Schedule II, Classes 17, 29.

CANADA V. MONT-SUTTON INC. (A-764-95, Létourneau, J.A., judgment dated 29/6/99, 17 pp.)

INCOME TAX—Continued

Capital Gains

Appeals from two Tax Court of Canada decisions pursuant to *Income Tax Act*, s. 73(5)—Appellants had appealed from assessments made by MNR in respect of their 1987, 1988 and 1989 taxation years—Son, Thierry, born in 1973—In 1978 they founded company specializing in sale of coffee, Orient Express Café Ltée, in which they held all shares—In December 1987, A.L. Van Houtte Ltée undertook to purchase almost all shares in Orient Express for \$1,810,500—Appellants wished to minimize tax liability and at same time confer benefit on son—By notarial deed dated December 23, 1987, appellants transferred 400,000 shares to “Fiducie de Thierry Nicolas de Ruelle” (Fiducie Thierry)—On same day appellants and Fiducie Thierry sold Van Houtte almost all shares in Orient Express for \$1,810,500—Appellants claimed capital gains exemptions worth \$50,000 each in tax return—Minister disallowed claim for exemption—Case at bar resulted from misunderstanding of meaning to be given to words “transferred to child” in Act, s. 73(5) and scope of judgment of Supreme Court of Canada in *Royal Trust Co. v. Tucker*, [1982] 1 S.C.R. 250—*Prima facie* word “transfer” not presupposing any particular form and may be made indirectly—S. 73(5) applying once action taken (here creating Fiducie Thierry) which initiates process by which property will ultimately be included in child’s estate—Not possible to say no transfer to child because if *Tucker* strictly applied, child would only be contingent owner of property transferred—No doubt shares transferred by parents and transfer irrevocable—Nothing to indicate trustee did not act in best interests of beneficiary child by selling, as soon as acquired, shares in family business which parents had chosen to sell—When they created trust for child’s benefit in manner prescribed by Quebec law, parents transferred shares to child within meaning of Act, s. 73(5) and could make use of tax benefit conferred by subsection—Appeals allowed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 73(5) (am. by S.C. 1977-78, c. 42, s. 6; 1979, c. 5, s. 24(1); rep. by S.C. 1986, c. 6, s. 36).

BROUILLETTE V. CANADA (A-1019-96, A-1020-96, Décaré J.A., judgment dated 29/6/99, 11 pp.)

Deductions

Appeal from Tax Court judgment confirming reassessment disallowing deductions on basis moneys neither interest nor paid pursuant to legal obligation to pay interest on borrowed money—Appellant issuing two series of debentures, each of which requiring it to pay to holders interest semi-annually—Both series governed by trust indentures requiring establishment of sinking fund from which appellant obliged to redeem debentures—Appellant repurchasing certain of its debentures through brokers—Discounted price negotiated with vendors in respect of capital amount, assuming amount of interest accrued on debentures as of date of repurchase

INCOME TAX—Concluded

would also be paid by appellant to holders of debentures at time of repurchase—Appellant deducting from income amounts so attributed to interest as interest amount paid pursuant to legal obligation on borrowed money and for purpose of earning income pursuant to Income Tax Act, s. 20(1)(c)(i)—Appeal allowed—Appellant not buying “expectation of interest” as it would obviously not contemplate paying itself interest once it had repurchased debentures—Cases relied on by Tax Court, *Wigmore v. Summerson & Sons*, [1926] 1 K.B. 131 and *R. v. Immobiliare Canada Ltd.*, [1978] 1 F.C. 633 (T.D.); affd by F.C.A. distinguishable as each involving purchase of debt instrument by someone other than debtor under that instrument—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 20(1)(c)(i).

HUDSON BAY MINING AND SMELTING CO. V. CANADA (A-330-96, Strayer J.A., judgment dated 6/5/99, 4 pp.)

Appeals from Tax Court of Canada decision ruling purchase of seismic data used for licensing purposes qualified as Canadian exploration expense but limiting deduction to amount of cash outlay—Income Tax Act, s. 66 permitting taxpayer to deduct from income “Canadian exploration expense” defined as expense incurred for purpose of determining existence, location of oil and gas reserves in Canada—Term “seismic data” used to describe geophysical information obtained by installing sound recorders in earth’s surface, tracing results of explosion—Appellant taxpayer purchasing seismic data for \$15 million—\$1.8 million paid in cash, balance of \$13.2 million secured by limited recourse promissory note—Global deducting full purchase price from income for 1991, 1992 taxation years on basis amount qualified as Canadian exploration expense within meaning of Act, s. 66.1(6)—MNR disallowing deduction in entirety on ground acquisition of data with view to licensing not within purpose test set out in provision—Taxpayer not entitled to tax deduction, in whole or in part—Tax strategy defective in design, execution—Seismic data purchased for purpose of resale, licensing not qualified as Canadian exploration expense within meaning of s. 66.1(6)—Global not establishing oil and gas exploration carried out on its behalf with aid of seismic data it had purchased—If activities of Global satisfy purpose test set out in s. 66.1(6)(a), Global limited to Canadian exploration expense deduction of \$1.8 million for two reasons—First, Global failed to establish seismic data had fair market value greater than cash amount—Second, balance of purchase price secured by promissory note contingent liability, not deductible from income for year in which obligation arose—Tax law not permitting deduction of expense which may not have to be paid—Appeals dismissed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 66.1(6)(a).

GLOBAL COMMUNICATIONS LTD. V. CANADA (A-426-97, A-427-97, Robertson J.A., judgment dated 18/6/99, 26 pp.)

INJUNCTIONS

Motion for interlocutory injunction requiring respondent to forthwith request Swiss authorities to take no further action on letter of request pending final determination of applications under reserve—First such application seeking order directing respondent to withdraw, rescind letter of request for legal assistance sent to Swiss authorities in connection with RCMP investigation concerning applicant, others following respondent's admissions in settlement of action commenced by one of those others, former Prime Minister of Canada, Right Honourable Brian Mulroney—Admitting certain conclusions expressed in letter of request without foundation—Second application seeking declaratory relief concerning respondent's authority to pursue request to Swiss authorities following *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841 wherein determined respondent, in seeking information from abroad under letter of request without having first sought judicial authorization, not acting in violation of applicant's Charter rights—Application of tripartite test in *R.J.R. Macdonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311—That serious issues not disputed—Applicant claiming irreparable harm will result if private documents, information forwarded from Switzerland to Canada for perusal by Canadian authorities in response to letter of request before resolution of applicant's request for order to stop process—Further, arguing application seeking to hold respondent to performance of public duties in administration of justice sufficient to indicate irreparable harm will occur if respondent not awaiting judicial determination of responsibilities—Those claims to harm general—Applicant having opportunity to raise potential objections to planned legal assistance by Swiss authorities—Swiss process also providing for appeal, automatically suspending action on decision—Thus evidence not demonstrating irreparable harm if relief now sought not granted—Mere speculation that, following any appeal, Swiss authorities will respond to letter of request before disposition of applications now under reserve—No need to assess balance of convenience—Motion dismissed without prejudice to possible further application if circumstances changing.

SCHREIBER V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(T-224-97, T-1221-98, MacKay J., order dated 9/7/99,
7 pp.)

JUDGES AND COURTS

Judicial comity—Whether Court bound by recent decision in citizenship and immigration case of *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 865 (T.D.) (QL) in so far as deciding same constitutional issues raised in present cases—In *Janssen Pharmaceutica Inc. v. Apotex Inc.* (1997), 72 C.P.R. (3d) 179 (F.C.A.), Federal Court of Appeal adopted and applied decision of another F.C.A. panel on identical question in different case even though it was not binding on it *per se*, invoking

JUDGES AND COURTS—Concluded

reasons of judicial comity or *stare decisis*—For reasons of judicial comity, decision of McKeown J. in *Suresh* adopted and applied as material facts therein not distinguishable from those in present cases and as McKeown J.'s decision not shown to be manifestly wrong—Parties will nevertheless be provided herein with opportunity, at appropriate time, to make submissions on certification of any questions in relation to constitutional issues.

AHANI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4204-98, T-1767-98, IMM-6546-98, IMM-4825-98), McGillis J., order dated 18/6/99, 7 pp.)

LABOUR RELATIONS

Judicial review of Adjudicator's decision awarding applicant compensation for unjust dismissal, but declining to order reinstatement—Canada Labour Code, s. 242(4) granting Adjudicator wide discretion to grant compensation, reinstatement, other equitable remedy—Adjudicator holding no reason to depart from general proposition that in most cases of unjust dismissal award measuring compensation employee would have received had reasonable notice been given appropriate, equitable—Erred in law in not conforming with weighing of considerations requirement respecting reinstatement expressed in *Atomic Energy of Canada Ltd. v. Sheikholeslami*, [1998] 3 F.C. 349 (C.A.)—*Atomic Energy* binding although approach to be adopted in applying discretion to award reinstatement under s. 242(4)(b) matter of debate, ex. Ball, Stacey Reginald in *Canadian Employment Law* (Aurora, Ontario: Canada Law Book, 1996) of opinion reinstatement norm, and will not be ordered only in situations where relationship between parties soured past point of repair versus Grosman's (Grosman, M. Norman) view expressed in *Federal Employment Law in Canada* (Toronto: Carswell, 1990) reinstatement should be limited to unique circumstances where real prospect of viable working relationship between parties exists—Marceau J.A. stating in *Atomic Energy* unfair dismissal provision for non-unionized employees in Canada Labour Code simply providing for reinstatement as possible remedy that may be resorted to in proper situations—Létourneau J.A. stating finding of unjust dismissal finding work relationship should not have been severed, therefore presumption favours reinstatement unless clear evidence to contrary—Establishing principle that in exercise of discretion under s. 242(4)(b) adjudicator must weigh considerations for, against such award, including as far as Marceau J.A. concerned, evaluation of nature of employer/employee relationship at time reinstatement being considered—*Atomic Energy* not restricted to facts (argument for reinstatement by employee found to be dishonest) because Marceau, Létourneau J.A.'s comments expressed as statements of general principle—By being forced to take

LABOUR RELATIONS—Continued

teaching position off Driftpile reserve, applicant forced to work, and/or reside in another community; thus separated from family still living on Driftpile Reserve; and because status Indian, by having to accept employment off-Reserve, applicant required to pay income tax—Adjudicator neither addressing such real, important considerations nor mentioning relationship between parties, except for findings of fact that applicant's 1996 teaching evaluation excellent, had never received negative teaching evaluation, yet not recommended for continued employment—Only directing addressing considerations respecting reinstatement that applicant otherwise employed, respondent would have to dismiss teacher if applicant reinstated—Not conducting required analysis patently unreasonable error in law—Adjudicator's decision set aside with respect to reinstatement only—Issue referred back for reconsideration on direction such reconsideration include weighing all considerations for, against award, reinstatement including fact award of compensation made—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 242(4).

CHALIFOUX V. DRIFTPILE FIRST NATION (T-1738-98, Campbell J., order dated 21/5/99, 8 pp.)

Judicial review of Canada Labour Relations Board's refusal to adjudicate upon appellant's claim for economic loss, damages—Board finding union breached Canada Labour Code, s. 69 by operating hiring hall in discriminatory manner—April 1996 order requiring union to alter seniority list, not mentioning payment of damages—In August 1997 Board adopting recommendations of Commissioner appointed to ensure implementation of order—Appellant moving up 65 spots on seniority list—Six months later, appellant requesting Board to reconvene to determine complaint in respect of damages—Board declaring itself *functus*—Application dismissed—Board under no duty to order any particular type of remedy in respect of union's breach of s. 69: *International Longshoremen's and Warehousemen's Union, Local 502 v. McLean*, [1996] F.C.J. No. 1269 (C.A.) (QL)—Compare *Association Internationale des Commis de Détail, FAT-CIO-CTC, Local 486 (Union des Commis du Détail) v. Commission des Relations de Travail du Québec et al.*, [1971] S.C.R. 1043, where Board not making decision specifically required to make—Applicant's, union's submissions as to economic loss, damages before Board when made April 1996 decision—Union submitting any claim for compensation would have to be subject of full evidentiary hearing and not appropriate remedy herein since purpose of remedy to deal with "systemic discrimination" existing in dispatch system—Having matter squarely before it, Board chose not to provide for any economic remedy—Restricted order to revision of seniority list, and having noted implementation of order would require "great deal of good faith, responsibility", Board retained jurisdiction strictly for purpose of implementing order—August 1997 decision preceded by letter giving 7 days to file submission before

LABOUR RELATIONS—Concluded

final decision issued—Decision specified Board retained jurisdiction only with respect to implementation of recommendations of Commissioner to ensure casual list, admission of members into union as recommended by Commissioner implemented—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 69.

MCLEAN V. INTERNATIONAL LONGSHOREMEN'S AND WAREHOUSEMEN'S UNION, LOCAL 502 (A-247-98, Noël J.A., judgment dated 23/6/99, 5 pp.)

MARITIME LAW**CREDITORS AND DEBTORS**

Priorities of *in rem* claimants to sale proceeds of *Atlantis Two* (\$1,100,000) and bunkers (\$58,393.49), assignment of claim of crew for repatriation costs to Crown—Priority given to maritime claims in Canada generally follows ranking of claims in UK, with minor differences—As number of lien holders claim American maritime liens, Court should touch upon ranking, *inter se*, of some American maritime claims—As valid portions of American maritime liens and portion of one Canadian necessities claim raised to equivalent of American maritime lien do not exhaust available fund, no need to consider ranking *inter se*, of these claims under Canadian law—While ranking of American maritime liens for necessities is, in Canada, governed by Canadian scheme of priorities, American ranking may be relevant—Laches considered in respect thereof—As number of American necessities claims, which give rise to statutory maritime liens, *Todd Shipyards Corp. v. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] S.C.R. 1248 pertinent—S.C.C. there held holder of substantive American maritime lien might bring lien into Canada and then use our procedural legislation, Federal Court Act and Rules, to enforce it—Ranking determined according to law of Canada—(1) Bunkers supplied by order or Court to be paid out of sale proceeds with priority as if Marshall's expense, with interest based on estimate by inspection of Bank of Montreal commercial lending rates for relevant period—(2) Claims of crew, officers and master (Crew)—Master's disbursements mostly for food for crew out of own pocket secured by maritime lien—Crew's wages given first priority to sale proceeds that remain after sheriff's costs of sale and reimbursement of bunkers—First priority extending to repatriation costs—Crew shall have lump sum for costs and disbursements of \$6,000—(3) Repatriation—Costs of repatriating crew normally borne by owners, however, owners herein had abandoned both ship and Crew—Repatriation costs, borne by seamen themselves, can rank with wage claims—Maritime lien for repatriation may be assigned by order of Court where, as here, repatriation expenses paid by someone else—(4) Bunkers claim of Mermaid Shipping Co. Ltd., head charterers under charter

MARITIME LAW—Continued

party, as owner of bunkers aboard ship—Mermaid sub-chartered *Atlantis Two* to International Coffee and Fertilizer Trading Co. (INCOFE)—Mermaid's claim for bunkers consumed while ship under arrest at Vancouver at best statutory right *in rem*—Unfortunately, funds not sufficient to satisfy this aspect of Mermaid's claim—Mermaid entitled to value of bunker and fuel aboard, less share of costs of sale, and appropriate interest—Mortgagees now claiming interest in fuel aboard ship—However, terms of mortgage did not extend to fuel; by terms of head charter, property in fuel did not pass to owners, but remained in Mermaid, as charterer—Equitable that *pro rata* portion of cost of sale of ship and fuel aboard be absorbed by Mermaid—In sum, Mermaid entitled to net value of fuel, being sale price of fuel, kept in notionally separate fund, less equitable portion of costs of sale—Mermaid entitled to whatever interest accrued on value of fuel sold while held in trust and on deposit—(5) Supply of necessaries in United States (Strachan Shipping Co., Hellenic Ship Supply Inc., Atlantic Steamers Supply Co. (DE) Inc., Atlantic Steamers Supply Co. (NLN) Inc.)—Claims not secured by preferred maritime liens—Rather, they are maritime liens which would, in US, rank above mortgagees of ship—Of course, within Canadian framework and applying *Todd Shipyards Corp.*, these claims ranked above claim of ABN-Amro, as mortgagee—Claims of maritime lien, as allowed, and given funds available, rank *pari passu*—Claim of Hellenic granted, but no maritime lien for attorney's fees—Claim of Atlantic NLN for necessaries supplied in US before date of registration of mortgages against ship preferred maritime lien—Balance for goods supplied later allowed—As necessaries supplier in Australia not accorded maritime lien, claim of Nautilus Australia Limited for necessaries supplied in 1997 standing in same position as usual supplier of necessaries in Canada, holding form of right *in rem*, coming below both maritime liens and mortgages—Claim of Mega Marine Services Ltd. for price of two engine cylinder heads neither of which supplied directly to ship, both supplied F.O.B. Houston, Texas—In view of American law requirement necessaries be furnished to ship (not case herein) no maritime lien against *Atlantis Two*—Claim of Unitor ASA for marine supplies delivered through US agent of New Jersey to *Atlantis Two* in Mexico in November 1997 and January 1998 and for necessaries delivered to sister ships of *Atlantis Two*—In view of Federal Maritime Lien Act and case law interpreting it, Unitor, Norwegian company, acting through American agent, has maritime liens against *Atlantis Two* and two sister ships, whether or not necessaries supplied at American port—With respect to enforcement of claims through sister ship procedure, substantive American lien does not fit into sister ship provision, Federal Court Act, s. 43(8), which merely refers to jurisdiction conferred on Court by Act, s. 22, an *in personam* jurisdiction, as being enforceable against sister ship, not right or privilege against one ship being enforced against another ship—If American lien holders wished to use sister ship procedure here in Canada, they would need

MARITIME LAW—Continued

sister ship legislation in US to enable them to bring into Canada full blown maritime lien against sister ship—Of course, lien holder, assuming had *in personam* right against shipowner and assuming shipowner owner of not only wrongdoing or debtor ship, but also of sister ship at relevant time, might bring that *in personam* right into Canada and enforce it, procedurally, against one or more of sister ships—However, priority of such claim would then only be that of statutory right *in rem*, of no assistance here, given limited sale proceeds involved—Claim of Mermaid for breach of charter party by shipowner, including claims for overpayment of hire, loss of income and anticipated claims from Mermaid's sub-charterer, INCOFE—Although under American law, charterer can have maritime lien for breach of charter against owner, in present case, no connection with American jurisdiction—Breach occurred in Canada—Charter party clause provided English law applies—No maritime lien herein—With respect to monies paid in advance, at best, Mermaid has statutory right *in rem*, under Federal Court Act, for breach of contract, which, herein, of no value—Sub-charterer INCOFE claims, as secured by American maritime lien, by way of breach of charter party between Mermaid as disponent owner and time charterer, on one hand, and INCOFE as voyage charterer, on other hand—Initial issue whether claim for breach of charter party gives rise to American maritime lien enforceable in priority over mortgage against *Atlantis Two* held by ABN-Amro Bank N.V.—INCOFE's argument that charter party providing for arbitration in New York and therefore American law proper law of contract—Breach relied upon by INCOFE, as giving rise to claim, that of seaworthiness warranty in charter party—INCOFE has American maritime lien arising out of breach of charter, but lien, arising after registration of ABN-Amro's mortgages, not preferred maritime lien coming ahead of preferred mortgage in American ranking system—This American maritime lien for breach of contract ranks, again referring to American system, after all previously preferred ship's mortgages—However, in present instance, right of INCOFE for breach of sub-charterer as maritime lien, travelling with ship recognized—In Canadian scheme, even though not preferred maritime lien, it ranks ahead of ABN-Amro mortgages—INCOFE's damages—Damages claimed not in nature of substantive American right, nature of which to be explained by American experts in order to determine manner of enforcement in Canada, but Canadian remedy to be determined by Court without expert help—Having determined INCOFE has proper claim, Court must quantify claim so that, to extent sale proceeds sufficient, INCOFE awarded sum to put it, as nearly as possible, in same position it would have been in had breach of charter party not occurred—INCOFE claiming interest on value of cargo detained aboard ship by reason of delay in sailing, extension of insurance coverage by reason of delay, ship board survey at Vancouver, reimbursement of claim by buyer of potash who had to obtain same from other source, lost profit—Interest claim allowed on purchase price of

MARITIME LAW—Continued

cargo for period from payment of cargo to delivery of same—Claim for payment to buyer of potash for differential on cost of replacement potash—Claim raising difficulty in that INCOFE did not contest buyer's expense of mitigation—Same principles of remoteness will apply to claims whether sound in tort or contract subject only to special knowledge, understanding or relationship of contracting parties or to any terms expressed or implied of contractual arrangement relating to damages recoverable on breach: *Asamera Oil Ltd. v. Sea Oil & General Corporation*, [1979] 1 S.C.R. 633—Nothing herein in contractual arrangements dealing with breach of contract—Court has been referred to no persuasive material by way of effective challenge to hard costs making up differential in value of *Atlantis Two* cargo as opposed to cost of replacement cargo, trucking from Guatemala and Nicaragua to Costa Rica and for parcel of bagged phosphate which came by sea—That portion of claim will stand—Claim for interest not proper or justified item—Claim for lost 1997 profits denied as delay of 1997 *Atlantis Two* potash, sold in rising market in 1998, meant that INCOFE suffered no profit loss whatsoever in 1997—As for claim for 1998 profit, INCOFE has not established that, but for *Atlantis Two* debacle, it would, on balance of probabilities, have sold all of cargo earmarked for it by seller—Applying *Houweling Nurseries Ltd. v. Fisons Western Corp.* (1988), 49 D.L.R. (4th) 205 (B.C.C.A.), at p. 217 (where claims represent loss of opportunity, which, while it probably would have arisen, must be discounted for possibility it might not have fully materialized), 75% reasonable and common sense award—Claim of ABN-Amro Bank N.V. for total of \$11,374,895 under first and second mortgages—Mortgage security of ABN-Amro ranks, in usual scheme of priorities, ahead of statutory rights *in rem*, but behind maritime liens—Various creditors submit ABN-Amro ought to have moved against ship at earlier date, thereby putting creditors on notice not to extend credit—Creditors argue ABN-Amro ought therefore to lose priority—No reason to disturb priority of ABN-Amro as first mortgage holder as no evidence it stood by, knowing repairs to ship undertaken for which owner could not pay and value of which would fall into pocket of mortgagee on forced sale of ship—Claim of Fraser Shipyard, based on unjust enrichment, for major repair work done on ship enhancing sale price of ship—Consideration of when Court will depart from usual priorities and whether it ought, in present instance, to enhance priority of Fraser Shipyard claim because repair work enhanced ship's sale price—Equitable jurisdiction of Court should only be used to upset longstanding priorities where necessary to prevent obvious injustice—Present unjust result that, without Fraser Shipyard's work, ship would, in all likelihood, have sold at scrap value plus intrinsic value increment—On material and argument presented, including expert evidence, value of *Atlantis Two* might have been increased by say 25% above scrap and intrinsic value by reason of repair work, from \$880,000 to \$1,100,000 ship fetched on sale—By that calculation, \$220,000 US of Fraser

MARITIME LAW—Concluded

Shipyard's claim allowed to stand *pari passu* with American lien claimants, together with interest at 7% from completion of repairs.

FRASER SHIPYARD AND INDUSTRIAL CENTRE LTD. V. *ATLANTIS TWO* (THE) (T-111-98, Hargrave P., order dated 11/6/99, 86 pp.)

NATIVE PEOPLES**ELECTIONS**

Motion to strike parts of statement of claim on ground disclosing no cause of action—Crown urging since no allegation of breach of fiduciary control of Aboriginal assets, reserve lands, mineral rights or Indian moneys, no alleged breach of Aboriginal or treaty rights, and no allegation of some discretion or power vested in Crown that was exercised to disadvantage of plaintiff, no allegation to which claim in paragraph 25, of breach of fiduciary duty, can be related—However, contexts in which fiduciary duties owed by Her Majesty to Aboriginal peoples not yet closed, as application of concept continues to evolve—Crown's delay in bringing motion to strike not precluding motion based on ground no reasonable cause of action—Plaintiff in essence urging that Minister owing fiduciary duty to Aboriginal peoples living off reserves to protect their Aboriginal rights under customary election procedures and that duty breached in circumstances of case herein; that Minister has residual authority, and fiduciary duty to Aboriginal people, to ensure that, where applicable, Band custom followed—Not for Court to determine at this stage whether so—Sufficient to acknowledge not plain and obvious plaintiff's action having no chance of success—Motion dismissed—Incidentally, plaintiff arguing Indian Act questioned herein as Act providing no legislated guidelines to ensure rules said to be customary do actually reflect true custom and no customary guidelines protect rights of Band members, or ensure consistency with Charter—However, Crown entitled to particulars of matter said to be implicit in amended statement of claim giving rise to plaintiff's claim of breach of fiduciary duty by or on behalf of Crown.

SARK V. LENNOX ISLAND BAND OF INDIANS (T-390-95, MacKay J., order dated 24/6/99, 8 pp.)

OFFICIAL LANGUAGES

Appeal from Trial Division decision ((1998), 152 F.T.R. 1) concerning six complaints filed in 1994 against Air Canada—In September 1996, Commissioner of Official Languages of Canada, with consent of complainant, Robert Jollette, moved for remedy against Air Canada under Official Languages Act, s. 78(1)(a)—Disputed issues following: (1) whether complaints "closed" or "closed with follow-up"

OFFICIAL LANGUAGES—Concluded

(2) if complaints still active, whether investigation conducted by Commissioner prescribed by Act, s. 58(1)—First question one of fact—Trial Judge held complaints in question not closed complaints and Commissioner's investigation only stayed—Correctly held that sixth complaint "complaint with follow-up", hence complaint subject to being reactivated, with actual knowledge of Air Canada—Situation differed in regard to first five complaints, however—Commissioner has himself established procedure under which complaints active, closed, or unresolved and subject to being reactivated—Inasmuch as record indicating that sixth complaint unresolved, it must be concluded from evidence that first five complaints closed—Appeal on this point therefore allowed in part—Second question pertained to investigation concerning complaints—In instant case, Commissioner combined 18 complaints for investigation purposes—He identified complaints in report, made summary of them, says he reviewed them and made number of recommendations characterized as systemic—Preferable if Commissioner had taken trouble to write in his report that he had reviewed each complaint and found each individually founded—Throughout Commissioner's investigation in 1995 and 1996 on Air Canada's bilingual service at Lester B. Pearson International Airport in Toronto, company aware Mr. Jollette's sixth complaint one of complaints being investigated by Commissioner—Air Canada never objected—In pleading procedural defect, surprise and injustice, Air Canada in reality pleading ignorance of law—Appeal allowed in part—Official Languages Act, R.S.C., 1985, (4th Supp.), c. 31, ss. 58(1), 78(1).

CANADA (COMMISSIONER OF OFFICIAL LANGUAGES) V. AIR CANADA (A-409-98, Décaré J.A., judgment dated 14/5/99, 8 pp.)

PAROLE

Action for damages—Question whether fact inmate's ex-wife contacted National Parole Board and represented herself as victim, and was so regarded by Board, infringed inmate's rights and could be basis for action under Charter, s. 24—Inmate serving life imprisonment term since 1977—Ex-wife France Bélanger sent two letters to National Parole Board asking specific condition ex-husband not communicate directly or indirectly be imposed on him and describing herself as victim—In first letter to Board she sought to prevent plaintiff contacting her and obtaining review of suspended custody and visiting rights in respect of son Alexandre—Nothing in evidence to show France Bélanger met definition of victim contained in Corrections and Conditional Release Act, namely person to whom harm done or who suffered physical or emotional damage as result of commission of offence—By treating plaintiff's ex-wife as victim, sending her information to which not entitled and giving her copies of decisions concerning plaintiff contrary to clear provisions of Corrections and Conditional Release

PAROLE—Concluded

Act, defendant's officials infringed plaintiff's right to liberty of person, protection against unusual treatment and equal protection and equal benefit of law without discrimination—Plaintiff presented no evidence of loss of salary—Entitled to damages of \$10,000 and exemplary damages of \$5,000—Action allowed in part—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 2—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act, 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 24.

ZARZOUR V. CANADA (T-1368-97, Denault J., judgment dated 28/5/99, 18 pp.)

PATENTS

Appeal by respondent Apotex Inc. from order of Associate Senior Prothonotary dismissing Apotex's motion under Patented Medicines Notice of Compliance Regulations, s. 6(5) to have applicants' application dismissed on grounds "frivolous, vexatious, otherwise constitutes abuse of process"—Applicants seeking order prohibiting respondent Minister of Health and Welfare from issuing notice of compliance to Apotex in respect of drug sertraline hydrochloride until after expiration of Canadian Patent 1,130,815—Seminal case on question of standard of review of prothonotary's order *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425 (C.A.)—Order under appeal deciding question vital to final issue of case—Not appropriate instance to grant relief sought by Apotex, counsel for Pfizer having raised number of issues not so futile, so devoid of merit application deserves to be struck—Pfizer's primary argument in resisting Apotex's motion to strike legal in nature focussing on scope of Patent Act, s. 55.2 which is basis for Apotex's allegation of non-infringement, justification—All issues of statutory interpretation raising genuine questions required to be determined on merits, not on motion to strike—Resolution of conflicting factual situations necessary to properly understand factual context for statutory interpretation should not be undertaken at motion to strike stage, here to dismiss—Issue raised here contextual relationship between Regulations, ss. 5(1)(a), 5(1)(b), significance—Issue having sufficient merit necessitating full debate on hearing of application—Appeal dismissed—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 55.2 (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4)—Patented Medicines Notice of Compliance Regulations, SOR/93-133, ss. 5(1) (as am. by SOR/98-166, s. 4), 6(5) (as enacted *idem*, s. 5(2)).

PFIZER CANADA INC. V. APOTEX INC. (T-1745-98, Lemieux J., order dated 15/6/99, 21 pp.)

PRACTICE

Application for judicial review of decisions, dated March 20, 23, 1998, sent by Commissioner of Patents, stating

PATENTS—Concluded

earlier decision dated February 24, 1998 to reinstate applicant's patent application sent in error, applicant's letter dated March 10, 1997 not qualifying as request for reinstatement, patent application deemed abandoned—Applicant seeking declaration patent application 2,131,371 reinstated as of January 27, 1998, order quashing decision of Commissioner of Patents dated March 23, 1998—On May 10, 1996, Pfizer instructing patent agents to abandon 371 application—On May 23, 1996, Pfizer told by agents abandonment could be achieved by failing to pay next maintenance fee—Patent Office sending two letters dated March 20, 23, 1998 to applicant's patent agents—Whether letters decisions subject to review under Federal Court Act, s. 18.1—Letters issued by Patent Office pursuant to statutory power, in response to applicant's abandonment, subsequent attempted reinstatement of patent application under Patents Act—Letters affecting rights, interests of applicant, determinative in final sense in purporting to extinguish applicant's patent application—Subject to review by Court—Notwithstanding apparent failure to satisfy requirements of Act, s. 73(3), Patent Office issued Notice of Reinstatement on February 24, 1998—Aside from certain circumstances, tribunal considered *functus officio* once decision rendered—Notice of reinstatement sent to applicant—Unless applicant abandons application, notice of reinstatement should govern—Application allowed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 73(3) (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 52).

PFIZER INC. V. CANADA (COMMISSIONER OF PATENTS)
(T-1291-98, Cullen J., order dated 10/6/99, 14 pp.)

PRACTICE

Pre-trial—Action involving plea for relief from ascertained forfeiture of \$12,500—At pre-trial conference, contrary to r. 260, defendant Minister did not have authorized representative present with sufficient authority to make discussion of settlement required by r. 263 in any way meaningful—Counsel for Minister wrote, week before settlement conference, to say representative would come from Ottawa, on condition representative would not have final decision-making authority—Not appropriate for several reasons—First, settlement discussion mandated by Rules at pre-trial conference going nowhere because Minister's representative did not have useful authority—Second, terms of attendance already set out in direction: not for Crown to impose conditions at this point—Third, such procedure far too complicated for matter involving \$12,500—Defendant may bring motion for relief from instruction MNR present representative with proper decision-making ability at settlement conference—If no relief obtained, representative of Minister with appropriate authority not in attendance, counsel for Minister to show cause why Minister's defence

PRACTICE—Continued

ought not to be struck out—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 260, 263.

MOSCONE V. M.N.R. (T-1904-96, Hargrave P., order dated 4/5/99, 4 pp.)

Practice—Non-suit—Appeal from trial judgment declaring non-suit of counterclaim—Plaintiff providing labour, materials to defendant ship for purpose of outfitting ship for scallop dragging—Defendant not paying plaintiff, believing price excessive—Additionally defendant counterclaiming for lost profit for period in excess of five days as plaintiff represented work would take five days, but took five weeks—When defendant's witness testified, not dealing with counterclaim—During cross-examination of defendant's witness Trial Judge intervening—Transcript indicating even though defendant's counsel apparently confused as to import of judge's intervention, counterclaim not abandoned, notwithstanding Judge's pressure on defendant's counsel to do so—At Trial Judge's instigation, plaintiff's counsel requesting, granted non-suit of counterclaim—Cross-examination of defendant's witness continuing thereafter—Appeal allowed—Although little case law in this Court dealing with non-suit, Ontario authorities instructive: *McKenzie et al. v. Bergin et al.*, [1937] O.W.N. 200 (C.A.); Sopinka, John, *et al. The Trial of an Action*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1998)—Authorities disclosing following rules: (1) Trial Judge should not of own motion direct non-suit; (2) motion for non-suit on counterclaim should not be made until end of defendant's evidence—Procedural fairness indicating Judge should have left it to plaintiff to decide whether to bring motion for non-suit on counterclaim, and that motion for non-suit should not have been entertained until after defendant's evidence completed—Trial Judge erred in directing plaintiff's counsel to ask for non-suit on counterclaim, and in ruling on non-suit before defendant's evidence completed—Non-suit issue raised by Judge with no prior notice to either counsel and counsel not given opportunity to consider matter—In surprising counsel with non-suit issue, giving them no time to consider it, Judge appears to have taken advantage of ambiguity of situation, inexperience, confusion of junior counsel—Should not have interrupted junior counsel—Should have suggested junior counsel consult with senior counsel, who had returned from criminal trial, and to Judge's knowledge, present in courtroom, on issue of counterclaim, necessity of evidence to support it, rather than directing, deciding premature non-suit motion—Trials must be dealt with efficiently, but always consistent with fairness—When, for no justifiable reason judge hurries through trial by employing improper procedure, process seen as unfair—In finding equal responsibility between parties for misunderstanding relative to portion of work, Court of Appeal concerned Judge not taking time, effort to try and establish question of liability, reason parties came to Court in first place—Regrettable parties must be put to expense of new trial in these circumstances but necessary—Case

PRACTICE—Continued

remitted to Trial Division for new trial before different judge.

GERALD'S MACHINE SHOP LTD. v. MELINA & KEITH II (THE) (A-441-97, Isaac C.J., Létourneau and Rothstein J.J.A., 8/7/99, 9 pp.)

COSTS

Costs order relating to execution of *Anton Piller* orders—Court having full discretionary power over amount, allocation of costs, determination of by whom to be paid—In award of costs, neither ability to pay nor difficulty of collection should be deciding factor—Some, all of defendants against whom costs sought herein may lack ability to pay—For others, enforcing costs award against them may well be difficult if not impossible—Not factors Court should consider—Costs awards should not be such as to benefit plaintiffs from “economies of scale”—Number of plaintiffs who agree to utilize single observation, search team, single counsel on resulting appearance before Court should not thereby reap disproportionate reward in costs—Costs awards sought on behalf of plaintiffs excessive—Costs awards on applications for orders reviewing execution of *Anton Piller* orders, adding defendants and granting interlocutory injunctions should not exceed amount in range of \$500 per order granted, should not exceed, in aggregate, amount of \$5,000, no matter how many plaintiffs represented, how many defendants served—Where maximum of \$5,000 per appearance sought, should be shared equally among all orders granted on particular appearance before Court.

NIKE CANADA LTD. v. DOE (T-2027-97, Gibson J., order dated 22/6/99, 8 pp.)

Applicant seeking solicitor and client costs from Minister—Application to compel Minister to consider refugee claim arising from fear of persecution in Jamaica based in part on events occurring in 1992 when witness to crime in Canada—Renewed on basis of events occurring after April 1998 when Minister causing removal from Canada in face of statutory stay of 1995 deportation order—Court holding Immigration Act, s. 44(1) barring refugee claim as 1995 deportation order unexecuted because unlawful removal of person from Canada cannot be execution of deportation order—Applicant facing three hurdles: (1) Federal Court Immigration Rules, R. 22 requiring “special reasons” before any costs may be awarded in application for judicial review of decision under Immigration Act; (2) solicitor and client costs extraordinary and should be ordered only if misconduct connected with application; (3) application not successful—Although F.C.A. indicating existence of test case may be sufficient to award costs on solicitor and client basis: *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Mayers*, [1993] 1 F.C. 154 (C.A.), no basis for concluding this was test case, in sense other similar cases awaiting

PRACTICE—Continued

outcome of this one—Minister's unlawful removal of applicant from Canada not misconduct in respect of application—Questions relating to execution arising infrequently in past: *Ramkissoon v. Minister of Manpower and Immigration*, [1978] 2 F.C. 290 (C.A.); *Cuskic v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 130 F.T.R. 232 (F.C.T.D.); *Clarke v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 147 F.T.R. 259 (F.C.T.D.)—Question certified: For purposes of Immigration Act, is deportation order against person executed when Minister causing person to be removed from Canada while deportation order subject of statutory stay—Federal Court Immigration Rules, 1993, SOR/93-22, R. 22—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 44(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 35).

CASELLS v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3316-98, Sharlow J., order dated 9/7/99, 4 pp.)

JUDGMENTS AND ORDERS*Stay of Execution*

Motion for directions and for temporary stay of execution—Applicants sought stay of execution of requirement of production of documents until judgment rendered by this Court on appeal from order made by T.D. Judge on May 12, 1999—Applicant Bisailon businessman with interests in two applicant companies, Hypnat Ltée and Hypnat Ltée Courtier—Hypnat owed Revenue Canada large sums of money in respect of 1989 to 1992 taxation years, against which objections filed—Courtier, founded in 1993, owed Hypnat sum of \$1,664,078.80 at close of its fiscal year, January 31, 1996—Revenue Canada sent Laurentian Bank requirement to provide information and documents concerning affairs of customer Courtier pursuant to *Income Tax Act*, s. 231.2(1)—Requirement to provide information made to Laurentian Bank sought information on Courtier's banking activities and to determine whether it had made payments to Hypnat despite peremptory requirement of payment made to it—Applicants asked Court to declare request made to Laurentian Bank illegal and void on ground unduly vague and in fact merely fishing expedition not authorized by Act, s. 231.2(1)—Motions Judge dismissed application by applicants to stay production of documents requested until judgment rendered by Federal Court in case T-291-99—Applicants properly argued Motions Judge did not consider arguments as to vague and imprecise nature of requirement of production of documents and hence legality of said requirement—Question of whether Motions Judge erred in not taking into account applicants' argument regarding standards of precision applicable to requirements for production of documents and information under s. 231.1 and vague and imprecise nature of requirement serious question raised by appeal—Irreparable harm that for which damages cannot compensate or can only compensate with

PRACTICE—Continued

difficulty—Applicants likely to suffer such harm if stay not granted—Applicants' appeal would become moot or futile from execution of very order from which appealing—Applicants are ones who would suffer greatest harm if stay not granted—Could find themselves unable to forestall and prevent infringement of constitutional rights—Application allowed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 231.2(1).

BISAILLON V. CANADA (A-315-99, Létourneau J.A., order dated 10/6/99, 18 pp.)

LIMITATION OF ACTIONS

Appeal from Motions Judge's decision ((1997), 131 F.T.R. 231) in separate motions by respondents, appellants for summary judgment in action in admiralty—Motions Judge allowing respondents' motions, dismissing appellants' motion, action itself with costs—Concluding "no genuine issue for trial"—Claim in action for damage to cargo of steel coils carried on board M.V. *Bergen Sea* from Brake, Germany to Houston, Texas during winter 1994—Whether respondents extended time for suit limitation period such that present action commenced before period as extended expired and, if not, whether respondents either waived one year limitation of time for suit provided for in bill of lading or estopped from relying on limitation—Motions Judge right in concluding claim time barred, respondents had not waived time bar nor were estopped from relying upon it—No effective extensions of time in place on June 28, 1995 when action commenced—Respondents entitled to insist on exact compliance with terms of respective time extension regardless of motivation for imposing terms—No reversible error committed by Motions Judge in rejecting estoppel argument—Not unusual for claimant in course of settlement negotiations to provide other side, upon request, with additional information—If in doing so requesting party must always run risk of estoppel argument, purpose of out-of-court negotiations would be seriously impaired—Mutual interest in satisfying respondents' request—Respondents' motions for summary judgment based exclusively on time bar defence—Failure to support motions with direct evidence entitled Motions Judge to draw adverse inferences—No basis for interfering with exercise of discretion—Motions Judge did not err in not permitting action to proceed to trial—Appeal dismissed.

RIVA STAHL GMBH V. BERGEN SEA (THE) (A-357-97, Stone J.A., judgment dated 17/5/99, 8 pp.)

PARTIES*Intervention*

Canadian Drug Manufacturers Association (CDMA) seeking leave to intervene in interlocutory injunction

PRACTICE—Continued

proceeding, part of action for declaration expiry date of patent October 30, 2000 instead of August 31, 1999—CDMA stating members, virtually all major generic drug manufacturers in Canada, directly affected by issues in action, interlocutory injunction proceedings; intervention necessary to ensure all matters in dispute effectively, completely determined—Claiming no single issue more directly affecting generic drug companies than expiry date of pharmaceutical patents; action casting doubt on validity, effect of Patent Act, s. 45, causing irreparable harm to generic pharmaceutical industry—Federal Court Rule, 1998, r. 109 dealing with motion to intervene—Under former Rules, no general provision governing intervention before Court, but several rules governing different subject-matters or proceedings, and gap rule used to cover other situations—R. 109 not codifying previous case law—Requiring proposed intervenor to indicate how participation will assist determination of factual or legal issue related to proceeding, indicating that this factor important criteria in evaluating whether intervention should be permitted—Line of authority fitting situation here exemplified in *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 1 F.C. 74 (T.D.) (intervention of Canadian Cancer Society); [1990] 1 F.C. 84 (T.D.) (intervention of Institute of Canadian Advertising); [1990] 1 F.C. 90 (C.A.) (dismissal of appeal from granting of intervention of former, but allowing appeal of latter)—Hugessen J.A. endorsing criteria enunciated by Rouleau J.; acknowledging area of law relating to intervention rapidly evolving particularly with advent of Charter—*Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, reducing situations where public interest standing to commence proceedings will be granted, also impacting on developments in this area of law in favour of granting intervention rights to public interest organizations or industry associations in appropriate circumstances, where public interest and public law issues of importance at stake—In addition to enumerating criteria, Rouleau J. stating Court must consider nature of issue involved, likelihood of applicant being able to make useful contribution to resolution of action, with no injustice being imposed on immediate parties—In similar case, *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General) et al.* (1994), 79 F.T.R. 235 (F.C.T.D.) after setting out formulation of intervention criteria, Simpson J. allowed intervention of Pharmaceutical Manufacturers Association of Canada, CDMA's counterpart for drug manufacturers holding patent rights, in case involving validity of Regulations—CDMA granted intervenor status in interlocutory injunction proceedings—Nature of litigation raising broad public law issues going beyond private, commercial interest of participants—Proceedings will have substantial impact on CDMA—CDMA can bring perspective different than that of federal government—CDMA's intervention will neither delay proceedings nor materially affect any other party in conduct of proceeding—Clear how rights of CDMA, members will be affected—CDMA showing how it will

PRACTICE—Continued

bring point of view different than Apotex, satisfying Court proposed evidence of different nature, kind than that of defendants—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 109.

PFIZER INC. V. CANADA (T-667-99, Lemieux J., order dated 14/6/99, 13 pp.)

Standing

Class actions—Motion for order certifying action as class action with plaintiffs representing all persons whose monies, documents improperly seized by faulty requirements to pay, and whose personal information improperly accessed through use of faulty requirements to provide information, documents—Plaintiffs tax debtors—Minister issuing requirements to pay to various banks, other institutions—Plaintiffs alleging requirements improperly issued—Preliminary issue whether plaintiffs, as representatives of class, might fairly, properly, diligently represent all, substantially all, members of class—Must show speak for persons other than themselves who share same interests—Unnecessary to obtain consent of other members—Plaintiffs' representation in large, complex litigation may not be fair, adequate representation required—Plaintiffs neither seeking to identify, recruit members of class, nor demonstrating speaking for person other than themselves—Represent too many views, interests to be able to properly provide legal representation for large number of individuals—Not establishing sufficient resources, or means of raising resources, to properly conduct litigation on behalf of large class of people—Federal Court Rules, 1998, r. 114(1) providing where two or more persons having same interest in proceeding, proceeding may be brought by or against any one or more of them as representing some or all of them—Court must weigh detriments to administration of justice, such as undue consumption of time, difficulty of management, against benefit to plaintiffs, other members of class—Validity of class action depends on three basic elements enunciated in *Bedford (Duke of) v. Ellis*, [1901] A.C. 1 (H.L.): same interest for all parties involved; common grievances; relief must be beneficial to all—(1) Simply having knowledge of members of such class will not suffice—Perimeter of class based on that definition alone too ambiguous, unwieldy—Court not convinced plaintiffs had no other avenues by which to establish following for cause—Could have at least tried number of other methods to identify members of class—(2) No indication people, other than plaintiffs, sharing same grievances, same interests as plaintiffs—No indication members of proposed class will have same common interests, grievance as plaintiffs—Interests of individual plaintiffs varying even among themselves to extent would confuse class (plaintiff Bruno seeking return of monies seized, while wife seeking to nullify registered tax certificate)—Such degree of difference, albeit against common defendant would preclude notion of common interest—Many taxpayers may already have settled tax liabilities involving requirements to pay—(3) No single

PRACTICE—Continued

measure of damages will be adequate since remedies sought by each of plaintiffs vary substantially—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 114(1).

BRUNO V. CANADA (T-2359-98, Hargrave P., order dated 31/5/99, 10 pp.)

PLEADINGS

Amendments

Appeal from Motions Judge's order ([1997] F.C.J. No. 263 (T.D.) (QL) dismissing appellants' application for *mandamus* compelling respondents, Minister of Agriculture and Minister of Finance, to exercise discretion under Agricultural Products Cooperative Marketing Act to pay to appellants amount of guarantee given by Minister of Agriculture—Motions Judge intended application before him should proceed as action, if parties asked for order to that effect—Instead of making such order *ex proprio motu*, Motions Judge dismissed application with costs in cause—Counsel for parties claiming, as alternative relief, direction from Court converting application to action under Federal Court Act, s. 18.4(2)—Court having authority to make order Motions Judge should have made by joint effect of Federal Court Act, ss. 52(b)(i), 18.4(2)—Application for judicial review filed by appellants in Trial Division on May 15, 1996 to be treated, proceeded with as action—Application shall be considered as statement of claim, appellants shall be considered plaintiffs in action, respondents as defendants—Appeal allowed in part—Agricultural Products Cooperative Marketing Act, R.S.C., 1985, c. A-5—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.4(2) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), 52(b)(i) (as am. *idem*, s. 17).

BANK OF MONTREAL V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-216-97, Isaac C.J., judgment dated 26/4/99, 4 pp.)

Motion to Strike

Crown submitting no reasonable cause of action—Plaintiffs challenging requirements to pay, requirements to provide information and documents, issued to third parties under Income Tax Act on ground Minister of National Revenue allegedly failed to follow correct procedure, namely causing, permitting or allowing requirements to be signed by official not specifically authorized by legislation, but who presumably signed as delegate of Minister or Deputy Minister—Crown submitting challenge of authority to delegate statutory powers properly brought by way of judicial review; referring to: D.P. Jones and A.S. de Villars *Principles of Administrative Law*, 2nd ed., 1994, Toronto: Carswell, p. 370 under heading "Granting Delegated Powers in Broad or Subjective Terms"—Submitting Minister, when exercising jurisdiction or powers under Income Tax Act, acting as federal board, commission or other tribunal as

PRACTICE—Concluded

defined in Federal Court Act, s. 2(1): *Richardson (James) & Sons Ltd. v. M.N.R.*, [1981] 2 W.W.R. 357 (Man. Q.B.)—Also referring to *ICN Pharmaceuticals, Inc. v. Canada (Staff of the Patented Medicine Prices Review Board)*, [1997] 1 F.C. 32 (C.A.) for proposition declaratory relief against federal board available only on judicial review—Concluding that merely claiming damages as part of remedy not saving present action—Referring to *Johnson-Paquette v. Canada*, [1998] F.C.J. No. 1741 (T.D.) (QL), for proposition plaintiff, having failed to exhaust grievance procedure and possible resulting judicial review might not, in substitution, seek review by way of action for damages in tort: *Lameman et al. v. Gladue et al.* (1995), 95 F.T.R. 220 (F.C.T.D.)—Case law establishing if Minister “federal board, commission or other tribunal”, Federal Court having jurisdiction to grant injunctive, declaratory relief only in context of judicial review—Yet plaintiffs mounting substantial argument Minister not federal board, commission or tribunal—Arguable, as plaintiffs replied, that *Richardson* concerned with Federal Court’s jurisdiction; point of passage deeming Minister federal board only made in passing; and not binding as decision of Manitoba Queen’s Bench—But more importantly *Richardson* predating *Fee et al. v. Bradshaw et al.* [1982] 1 S.C.R. 609: in effect, only where Minister makes administrative or discretionary decision can it be argued that Minister board, commission or other tribunal—Plaintiffs arguing what occurred herein not administrative error, for not challenge of alleged improper delegation, as no such delegation ever took place—Thus neither administrative decision nor improper exercise of power by Minister—Sufficient grounds alone for allowing plaintiffs to continue with action—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 2(1) “federal board, commission or other tribunal” (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1).

BRUNO V. CANADA (T-2359-98, Hargrave P., order dated 28/5/99, 11 pp.)

PUBLIC SERVICE**APPEALS**

Judicial review of dismissal of appeal against appointment following closed competition by Chairperson, Public Service Commission, Appeal Board—Chairperson finding marking of applicant’s answers to 11 out of 12 questions not patently unreasonable; marking of one question patently unreasonable, but bore no impact on proposed appointment—Application allowed—Regarding onus of proof, Chairperson not creating new standard higher than “balance of probabilities” by using term “conclusive evidence”—Role of each tribunal to make decision based on conclusive or convincing evidence adduced before it—Appeal Board not departing from that standard of burden of proof—Applicant submitting, respondent conceding proper standard of review

PUBLIC SERVICE—Concluded

“reasonableness”—Chairperson repeatedly, consistently using term “patently unreasonable” throughout decision—Respondent submitting in reality, despite use of term “patently unreasonable”, in fact applied standard of “reasonableness”—Court not convinced standard applied different than what it repeatedly, consistently expressed—Appeal Board’s decision set aside.

EWING V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2401-98, Blais J., order dated 30/6/99, 10 pp.)

SELECTION PROCESS*Competitions*

Application for judicial review of letter sent by President of Public Service Commission of Canada to counsel for applicant informing him why applicant not appointed to indeterminate position with Citizenship and Immigration Canada in London, Ontario—In July 29, 1993, applicant declared successful candidate in closed competition for indeterminate position as CR5 Immigration Counsellor Assistant at that office—Valerie Clark, candidate who finished fourth in same competition, filed appeal against appointment under Public Service Employment Act, s. 21—Applicant not appointed pending outcome of appeal proceedings—Public Service Commission Appeal Board dismissing Clark’s appeal against applicant’s appointment—President of Commission stating in letter “no offer of appointment was proposed” because of lack of funding—Whether Commission required under Act, s. 21(2) to make, confirm appointment of applicant—Scheme of Act, Regulations indicating Commission, Department has discretion whether or not to make appointment to Public Service—No provisions compelling Commission to appoint person to position which does not exist—Appointment must be made in accordance with merit principle—Eligibility list merely list of persons eligible to fill vacancy, not vesting person with right to be appointed to position—Where no vacancies, anticipated vacancies, there can be no appointment—No provisions in legislation discretion of Commission removed by mere filing of appeal by unsuccessful candidate, ensuing Court proceedings—Application dismissed—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 21 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 16; 1996, c. 18, s. 15)—Public Service Employment Regulations, 1993, SOR/93-286.

SAMPSON V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1151-98, Dubé J., order dated 25/6/99, 10 pp.)

TRADE MARKS**PRACTICE**

Appeal under Trade-marks Act, s. 56 from decision of Registrar of Trade-marks involving “use it or lose it”

TRADE MARKS—Continued

provision in Act, s. 45—Whether absence of use by registered owner of registered trade-mark excused due to special circumstances—Sealy Canada Ltd. manufacturing household furniture in Canada—Since 1982, owner of trade-mark “Fantasy” for use in association with mattresses, box springs, convertible sofas, stationary sofas, chairs, adjustable beds—Registrar issuing s. 45(1) notice requiring Sealy to show use of trade-mark “Fantasy”, special circumstances excusing non-use during period October 10, 1993 to October 10, 1996—Sealy filing affidavit of Craig Dunlop, Senior Vice-President, Chief Operating Officer since 1984 relating to absence of use of “Fantasy” trade-mark due to special circumstances—Three criteria must be considered when dealing with special circumstances justifying non-use of trade-mark: (1) length of time during which trade-mark not in use; (2) whether registered owner’s reasons for not using trade-mark due to circumstances beyond control; (3) whether serious intention to shortly resume use—First factor, length of non-use, not met—Dunlop’s affidavit not showing “the date when it was last so in use” under Act, s. 45(1)—Registrar had no idea when precisely use ceased—Finding on this point mere conjecture—In terms of second factor, Registrar erred in finding Sealy’s non-use beyond control—Not sufficient evidence to enable him to make such determination—Third factor intention to resume use shortly—Actual resumption of use through sales to The Brick—Sealy’s relationship with The Brick substantial, genuine in terms of “Fantasy” mattresses, box springs—Parliament did not intend mark should be expunged herein—Appeal dismissed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 45, 56.

RIDOUT & MAYBEE V. SEALY CANADA LTD.
(T-1412-98, Lemieux J., order dated 5/7/99, 21 pp.)

REGISTRATION

Appeal from decision of Trade-marks Opposition Board under Trade-marks Act, s. 56—Applicant seeking to register trade-mark “Sta-Dry” in Canada in relation to sub-mersible, utility pumps—Application opposed by respondent, Sta-Rite Industries, Inc. on basis mark “clearly descriptive of applicant’s wares”, therefore excluded from registration by virtue of Act, s. 12(1)(b)—Board refusing applicant’s application for registration—Applicant’s appeal based on

TRADE MARKS—Concluded

“filed fresh evidence”—Respondent contesting admissibility of “fresh” evidence tendered by applicant—Practice having developed within intellectual property bar in trade-mark litigation state of register can be proved by sources such as CD-ROM source advanced herein—Acceptable practice if on consent, or if required standard of proof met—Counsel for respondent putting applicant to legal test of admissibility as source used unknown to him—Since reliability of source not satisfactorily proved, and since no exception to hearsay rule has been shown to apply, CD-ROM evidence inadmissible—No “fresh evidence” before Court warranting interference with Board’s decision—No error in law, fact in Board’s decision, no different evidence before Court than that before Board—Application dismissed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 12(1)(b), 56.

GSW INC. V. CANADA (REGISTRAR OF TRADE-MARKS)
(T-1652-98, Campbell J., order dated 29/6/99, 10 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Applications for judicial review against two T.C.C. decisions affirming Minister’s determination applicants disentitled to unemployment insurance benefits for years 1994, 1995 and 1996 because applicants’ employment excepted as employment between parties not dealing with each other at arm’s length within the meaning of Income Tax Act, and not benefiting from exception set out in Unemployment Insurance Act, s. 3(2)(c)(ii)—Both applicants working from April or May to mid-September for Les Serres Roger Cloutier et Frères Inc., owned by applicants’ spouses—Applications allowed—In light of facts in instant case, T.C.C. judge could not consider Minister’s initial reaction still objectively reasonable—Applicants employed full-time; applicants employed to perform specific duties for specific salary, paid to them; duties crucial to proper operation of business and included significant levels of responsibility and trust; had applicants not been available, corporation would have been forced to hire other candidates with same qualifications and at same salary—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 3(2)(c)(ii)—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1.

LÉGARÉ V. M.N.R. (A-392-98, Marceau J.A., judgment dated 28/5/99, 9 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

Demands de contrôle judiciaire de deux décisions de la C.C.I. confirmant la décision du ministre que les demanderessees ne pouvaient obtenir des prestations d'assurance-chômage pour les années 1994, 1995 et 1996 parce que leurs emplois, s'agissant d'emplois entre personnes unies par un lien de dépendance au sens de la Loi de l'impôt sur le revenu, étaient exclus, ne pouvant bénéficier de l'exception prévue à l'art. 3(2)(c)(ii) de la Loi sur l'assurance-chômage—Les deux demanderesses travaillaient d'avril ou mai à la mi-septembre pour Les Serres Roger Cloutier et Frères Inc. dont les propriétaires étaient leurs époux—Demands accueilliés—Compte tenu des faits de l'espèce, le juge de la C.C.I. ne pouvait plus considérer comme demeurant objectivement raisonnable la réaction initiale du ministre—Les demanderesses travaillaient à plein temps; elles étaient employées pour accomplir des tâches précises en considération d'un salaire déterminé, qui leur fut payé; ces tâches étaient vitales pour la bonne marche de l'entreprise et impliquaient des éléments de responsabilité et des aspects de confiance d'importance; n'eût été de la disponibilité des deux demanderesses, l'entreprise eut dû avoir recours à d'autres candidats de qualité égale et à des conditions salariales équivalentes—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 3(2)(c)(ii)—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5e suppl.), ch. 1.

LÉGARÉ C. M.R.N. (A-392-98, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 28-5-99, 9 p.)

BREVETS

Appel interjeté par la défenderesse Apotex Inc. contre une ordonnance du protonotaire adjoint rejetant sa requête fondée sur l'art. 6(5) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), visant à faire rejeter la demande des demanderesses pour le motif qu'elle était «frivole ou vexatoire ou qu'elle constitu[ait] autrement un abus de procédure»—Les demanderesses demandent une ordonnance interdisant au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social défendeur de délivrer un avis de confor-

BREVETS—Suite

mité à Apotex à l'égard d'une drogue appelée chlorhydrate de sertraline avant l'expiration du brevet canadien 1,130,815—L'arrêt fondamental sur la question de la norme de contrôle applicable à une ordonnance du protonotaire est *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.)—L'ordonnance dont appel a pour effet de trancher une question ayant une influence déterminante sur l'issue de l'affaire—Il ne convient pas en l'espèce d'accorder la réparation demandée par Apotex, l'avocat de Pfizer ayant soulevé un certain nombre de questions qui ne sauraient être considérées comme si futiles ou dépourvues de fondement que la demande doive être radiée—Les principaux arguments de Pfizer à l'encontre de la requête en radiation d'Apotex sont de nature juridique et mettent l'accent sur la portée de l'art. 55.2 de la Loi sur les brevets sur lequel l'allégation de non-contrefaçon et de justification d'Apotex est fondée—Toutes les questions d'interprétation législative soulèvent de véritables questions qui doivent être tranchées au fond et non dans le cadre d'une requête en radiation—L'élucidation de situations factuelles contradictoires, essentielle à la bonne compréhension du contexte factuel aux fins de l'interprétation, ne devrait pas avoir lieu au stade de la requête en radiation ou, comme en l'espèce, de la requête visant au rejet de la demande—La question qui se pose en l'espèce se rapporte au rapport contextuel entre les art. 5(1)a) et 5(1)b) du Règlement et à son importance—Cette question est suffisamment fondée pour être débattue d'une façon exhaustive à l'audition de la demande—Appel rejeté—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 55.2 (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4)—Règlements sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 5(1) (mod. par DORS/98-166, art. 4), 6(5) (édicte, *idem*, art. 5(2)).

PFIZER CANADA INC. C. APOTEX INC. (T-1745-98, juge Lemieux, ordonnance en date du 15-6-99, 20 p.)

PRATIQUE

Demande de contrôle judiciaire de décisions du commissaire aux brevets en date du 20 mars 1998 et du 23 mars

BREVETS—Fin

1998 indiquant que sa décision antérieure en date du 24 février 1998 visant à rétablir la demande de brevet de la demanderesse avait été envoyée par erreur, que la lettre de la demanderesse datée du 10 mars 1997 ne constituait pas une demande de rétablissement, et, par conséquent, que sa demande de brevet était réputée avoir été abandonnée—La demanderesse réclame une déclaration attestant que sa demande de brevet n° 2,131,371 a été rétablie en date du 27 janvier 1998, ainsi qu'une ordonnance infirmant la décision du commissaire datée du 23 mars 1998—Le 10 mai 1996, Pfizer a donné instruction à ses agents de brevets d'abandonner la demande 371—Le 23 mai 1996, ceux-ci ont informé Pfizer qu'elle pouvait le faire en ne payant pas la prochaine taxe périodique—Le bureau des brevets a adressé aux agents de brevets de la demanderesse deux lettres datées du 20 et du 23 mars 1998—Les lettres constituent-elles des décisions qui peuvent faire l'objet d'un contrôle en vertu de l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale?—Les lettres ont été envoyées par le bureau des brevets en vertu d'un pouvoir réglementaire, en réponse à l'abandon par la demanderesse et à sa tentative de rétablissement subséquente de sa demande de brevet en vertu de la Loi sur les brevets—Les lettres portent atteinte aux droits et aux intérêts de la demanderesse et déterminent de façon définitive ces droits en ce qu'elles ont pour but de supprimer sa demande de brevet—Elles peuvent faire l'objet d'un contrôle par la Cour—Malgré l'omission apparente de satisfaire aux conditions de l'art. 73(3) de la Loi, le bureau des brevets a délivré un avis de rétablissement le 24 février 1998—À l'exception de certaines circonstances, le tribunal est considéré comme étant *functus officio* une fois que la décision a été rendue—L'avis de rétablissement avait été envoyé à la demanderesse—Tant que la demanderesse n'aura pas abandonné sa demande, l'avis de rétablissement doit avoir plein effet—Demande accueillie—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 73(3) (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 52).

PFIZER INC. C. CANADA (COMMISSAIRE AUX BREVETS)
(T-1291-98, juge Cullen, ordonnance en date du 10-6-99, 15 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**EXCLUSION ET RENVOI**

Détermination du poids à donner à la preuve—Demande de contrôle judiciaire de la décision de la Section d'appel de l'immigration (SAI) de rejeter l'appel de l'exécution d'une mesure de renvoi dont fait l'objet le demandeur—Le demandeur est un résident permanent au Canada qui s'est marié et a divorcé au Canada—Son fils a été confié à la garde de son ex-épouse—Il a agressé sexuellement sa femme à deux reprises après la séparation, mais avant le

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

divorce—Il fut reconnu coupable et condamné à une peine de prison de deux ans moins un jour—Il a obtenu une libération conditionnelle après moins de neuf mois de prison—Il a fait l'objet d'une mesure de renvoi en raison de sa déclaration de culpabilité—Il a interjeté appel de l'exécution de la mesure de renvoi en invoquant le fait que, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, il ne devrait pas être renvoyé du Canada—La SAI a rejeté l'appel—Demande de contrôle judiciaire de cette décision rejetée—Il est indubitable que la SAI a décidé de s'appuyer sur des aspects limités de la preuve et de rejeter la majeure partie de la preuve qui était favorable au demandeur—La SAI pouvait agir comme elle l'a fait et, en définitive, ne donner pratiquement aucun poids à la majeure partie de la preuve dont elle a été saisie, y compris la preuve d'expert—Déterminer le poids à donner au témoignage, y compris celui d'un expert, relève du pouvoir du tribunal qui l'entend: *Pehtereva c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 103 F.T.R. 200 (C.F. 1^{re} inst.)—La SAI n'a pas omis de tenir compte d'éléments de preuve—Ses constatations ou conclusions ne sont pas abusives eu égard à l'ensemble de la preuve qui lui a été soumise—Elle n'a pas agi de façon déraisonnable.

PEREIRA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3460-98, juge Gibson, ordonnance en date du 11-6-99, 11 p.)

Personnes non admissibles

Demande de contrôle judiciaire de la décision de la section d'appel de la CISR refusant de surseoir à l'exécution d'une mesure d'expulsion—Condamné pour trois infractions criminelles—Mesure d'expulsion ordonnée après une enquête aux termes de l'art. 27 de la Loi sur l'immigration—L'appel devant la section d'appel de la CISR fondé sur l'art. 70(3)b) de la Loi invoquait des raisons d'ordre humanitaire—Le dossier indique que par suite de sa mise en liberté, le demandeur n'a pas eu de comportement dangereux depuis qu'il est sous médication pour sa maladie mentale—Demande rejetée—La section d'appel a soigneusement et amplement évalué la nature et la cause du comportement criminel du demandeur, la façon dont son comportement a été contrôlé après sa mise en liberté, et les différents facteurs qui sont pertinents relativement à l'éventualité du contrôle de son comportement à l'avenir—Toutes les conclusions de fait sont corroborées par la preuve—Différence entre l'appel interjeté aux termes de l'art. 70(1)b) de la Loi (en vertu duquel la section d'appel est tenue de prendre en considération toutes les circonstances particulières de l'espèce) et aux termes de l'art. 70(3)b) de la Loi (raisons d'ordre humanitaire)—Quelle que soit la différence entre le syntagme «circonstances particulières de l'espèce» et le syntagme «raisons d'ordre humanitaire», ils sont tous deux suffisamment larges pour inclure la preuve d'antécédents criminels, la réadaptation et les perspectives futures,

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

y compris le risque de danger éventuel pour le public—Même si les arrêts *Barrera c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 2 C.F. 3 (C.A.) et *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Mansoobi*, [1997] A.C.F. n° 353 (1^{re} inst.) (QL) peuvent être différenciés de l'espèce au motif que le comportement criminel du demandeur a été causé par une maladie mentale et que cela le rend plus digne de sympathie, il n'est pas interdit de conclure que la section d'appel a le droit de tenir compte de la question de la sécurité publique dans un appel interjeté aux termes de l'art. 70(3)b) de la Loi—L'argument selon lequel la procédure appropriée dans le cas d'une préoccupation relative à la sécurité publique consiste à invoquer l'art. 70(5) de la Loi n'est pas fondé, car la sécurité publique peut très bien être prise en considération en vertu d'autres dispositions, notamment de l'art. 70(3)b) de la Loi—Le demandeur a eu amplement l'occasion de présenter une preuve relativement à la question du risque pour le public et il en a profité—Question certifiée: La section d'appel de la CISR a-t-elle outrepassé sa compétence en tenant compte de la sécurité publique dans l'appel d'une mesure d'expulsion interjeté aux termes de l'art. 70(3)b) de la Loi sur l'immigration?—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 70(1)b),(3)b) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1995, ch. 15, art. 13), (5) (mod., *idem*).

NAGULARAJAH C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3732-98, juge Sharlow, ordonnance en date du 7-7-99, 9 p.)

En 1964, le demandeur a été expulsé du Canada en raison de ses activités criminelles et il est revenu illégalement au Canada en 1985—Dans un rapport de février 1999, on a déclaré qu'il était une personne visée à l'art. 27(2)h) de la Loi—En mars 1999, il a été arrêté et détenu sur la foi d'un rapport fondé sur l'art. 27(2)h) de la Loi et de la décision d'un agent d'immigration selon laquelle il constitue un danger pour le public et risque de prendre la fuite—Ultérieurement, un agent d'immigration a pris une mesure d'interdiction de séjour en application de l'art. 27(4)b)—Le demandeur a présenté une demande de contrôle judiciaire sur le fondement que sa détention est illégale et, comme mesure de redressement provisoire, il sollicite une ordonnance de mise en liberté ou, subsidiairement, une ordonnance instruisant les agents qui ont révisé ou qui réviseront les motifs de sa détention que celle-ci est illégale—La demande visant à obtenir une mesure de redressement provisoire est rejetée—Le demandeur soutient qu'en raison de l'art. 32.02 de la Loi, la mesure d'interdiction de séjour et la détention sont incompatibles sur le plan du droit (la mesure d'interdiction de séjour exige du demandeur qu'il quitte le Canada mais sa détention l'empêche de s'y conformer) et que la détention est donc illégale: la mesure d'interdiction de séjour en l'espèce ne peut pas devenir une mesure d'expulsion tant que le demandeur se trouve en détention;

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

non seulement la détention du demandeur l'empêche de partir volontairement, mais elle empêche le ministre de le renvoyer contre son gré, de sorte qu'il pourrait demeurer en détention à perpétuité; la détention est donc illégale—Il y a une erreur dans ce raisonnement parce que le ministre n'est pas empêché de renvoyer le demandeur contre son gré (à l'expiration du sursis)—Une mesure d'interdiction de séjour, à l'instar d'une mesure d'expulsion, constitue une mesure de renvoi et est exécutoire de la même façon—La détention du demandeur ne devient pas illégale au seul fait que l'art. 32.02 de la Loi ne peut avoir d'effet pendant la durée de la détention—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27(2), (4) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 16; 1995, ch. 15, art. 5), 32.02 (édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 22).

TRASMUNDI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2884-99, juge Sharlow, ordonnance en date du 15-6-99, 6 p.)

Processus d'enquête en matière d'immigration

Contrôle judiciaire de la décision dans laquelle l'agente principale a conclu que le demandeur ne remplissait pas les conditions requises pour demander le statut de réfugié au Canada conformément à l'art. 46.01 de la Loi sur l'immigration—Le demandeur est citoyen du Sri Lanka—Il s'est enfui en Allemagne où il s'est vu accorder le statut de réfugié—Il allègue qu'il était persécuté en Allemagne en raison de sa couleur—La conclusion que le demandeur ne remplissait pas les conditions se fonde sur le fait que le demandeur s'est déjà vu reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention en Allemagne et que l'Allemagne est un pays dans lequel le demandeur peut être renvoyé—Prise d'une mesure d'expulsion—Demande rejetée—L'art. 53 de la Loi sur l'immigration interdit qu'une personne dont la revendication a été jugée irrecevable en application de l'art. 46.01(1)a) soit renvoyée dans un pays où sa vie ou sa liberté seraient menacées du fait de sa race—Compte tenu du «principe de l'existence d'un recours approprié» que le juge Joyal a expliqué dans *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1993] 1 C.F. 74 (1^{re} inst.); conf. par [1995] 1 R.C.S. 3, le demandeur devrait former une demande en vertu de l'art. 53—La caractéristique fondamentale du contrôle judiciaire en tant que recours exceptionnel n'est préservée qu'en l'absence de tout autre recours utile—Saisie d'un tel recours, la cour doit examiner tous les faits et circonstances et décider s'il n'y a pas quelque autre recours—Le demandeur a demandé au Comité de révision des revendications refusées que sa cause soit examinée conformément à l'art. 53—La décision de ce comité n'est pas dans le dossier—L'art. 53 est le recours approprié pour éviter le renvoi du demandeur s'il se sent menacé en raison de sa race—Comme un autre recours est à la disposition du demandeur, la demande de contrôle judiciaire est rejetée pour ce seul motif—L'agente n'avait pas à évaluer si le demandeur serait ou non persécuté s'il était renvoyé en

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Allemagne; elle devait plutôt limiter son évaluation à la question de savoir si le demandeur était admissible au statut de réfugié—L'agente a fondé son évaluation sur l'information que le demandeur avait obtenu le statut de réfugié—Elle était convaincue, sur la base de motifs raisonnables, que le demandeur serait réadmis en Allemagne—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 46.01 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 36), 53 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 43).

THIRUVARULSELVAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3384-98, juge Blais, ordonnance en date du 17-6-99, 12 p.)

Renvoi de visiteurs

Le demandeur est entré au Canada en 1992 muni d'un visa de visiteur—Peu après la prise d'une mesure d'expulsion en 1995, le demandeur a été témoin d'un acte criminel qui l'a amené à être placé dans un programme de protection des témoins—Les suspects sont des compatriotes du demandeur, deux d'entre eux sont peut-être retournés dans leur pays d'origine—La revendication du statut de réfugié du demandeur a été jugée irrecevable en vertu de l'art. 44(1) de la Loi sur l'immigration, parce qu'une mesure de renvoi a été prise à son égard, mais n'a pas été exécutée—En 1996 et 1997, il y a eu sursis à l'exécution de la mesure d'expulsion, parce que la présence du demandeur au Canada était requise dans le cadre de poursuites en justice—En 1998, le demandeur a été arrêté et renvoyé par la force dans son pays d'origine malgré une citation à comparaître en vigueur dans une instance devant la Cour de l'Ontario (Division provinciale)—La Cour de l'Ontario (Division générale) a ordonné que le demandeur soit ramené au Canada aux frais du ministre; elle a condamné ce dernier aux dépens sur une base procureur-client—Le fondement de la décision était de protéger le pouvoir des tribunaux contre une usurpation par des fonctionnaires bien intentionnés—Malgré l'art. 50(1)*a*) qui interdit clairement le renvoi d'une personne visée par une citation à comparaître comme témoin, les fonctionnaires du Ministère ont décidé de procéder à leur propre détermination de la validité et de l'opportunité d'une deuxième citation à comparaître—Ce n'était absolument pas à eux de faire cela—Au retour du demandeur au Canada, sa revendication du statut de réfugié a une fois de plus été rejetée en vertu de l'art. 44(1)—Le demandeur soutient que l'art. 44(1) ne s'applique plus à lui parce qu'il n'est plus frappé d'une mesure d'expulsion qui n'a pas été exécutée—Il affirme que son renvoi en 1998 était l'exécution de la mesure d'expulsion prise en 1995, même si cette exécution était non valide—Le renvoi illégal d'une personne du Canada ne constitue pas l'«exécution» d'une mesure d'expulsion—Dans le contexte de l'exécution d'une mesure, le mot «exécution» signifie l'accomplissement de ce que prévoit la mesure—Un acte qui est incompatible avec la mesure ou les dispositions législatives sur lesquelles la mesure repose ne saurait être

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

qualifié d'exécution de la mesure—Le législateur n'a pas expressément examiné la possibilité que des fonctionnaires du Ministère puissent contrevenir à la Loi sur l'immigration, comme ce fut le cas en l'espèce—On ne peut pas préserver l'intégrité de la Loi en donnant effet à un acte illégal comme s'il était légal—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 44(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 35), 50(1)*a*).

CASSELLS C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3316-98, juge Sharlow, ordonnance en date du 16-6-99, 5 p.)

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Demande de contrôle judiciaire à l'encontre d'un avis de danger et de sursis à l'exécution de la mesure d'expulsion dans l'attente de l'audition de la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire concernant l'avis de danger—La demanderesse, citoyenne de la Jamaïque, est arrivée au Canada en 1987 pour y vivre avec sa grand-mère—Elle a obtenu le statut de résidente permanente grâce au parrainage de sa grand-mère—La demanderesse a été déclarée coupable à deux reprises d'infractions relatives à l'importation de stupéfiants au Canada—Le ministre a décidé, en vertu de l'art. 70(5) de la Loi sur l'immigration, que la demanderesse constituait un danger pour le public—L'application de la décision *Thompson c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 118 F.T.R. 269 (C.F. 1^{re} inst.) aux faits en l'espèce soulève une question grave—L'arrêt *Thompson* fait-il encore jurisprudence à la suite de l'arrêt rendu par la Cour d'appel dans l'affaire *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 212 N.R. 63 (C.A.F.)?—Les autorités de l'Immigration ont préparé trois rapports qui ont mené à la conclusion que la demanderesse constituait un danger pour le public—Peu d'éléments, sinon aucun, ont pour effet de fonder l'avis selon lequel la demanderesse constitue un danger pour le public, mis à part ses deux déclarations de culpabilité—La simple déclaration de culpabilité d'une personne ne constitue pas nécessairement un motif suffisant pour conclure qu'elle représente un danger pour le public—En ce qui concerne le préjudice irréparable, l'expulsion de la demanderesse, qui est la prestataire de soins principale de sa grand-mère, serait une perte énorme pour cette dernière—Un préjudice irréparable peut signifier le préjudice infligé aux tiers et n'est donc pas limité au seul préjudice causé à la personne dont on cherche à obtenir l'expulsion—La prépondérance des inconvénients et le préjudice irréparable sont étroitement liés—En l'espèce, la prépondérance des inconvénients est à l'avantage de la demanderesse—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 70(5) (édicte par L.C. 1995, ch. 15, art. 13).

RICHARDS C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2720-99, juge Pelletier, ordonnance en date du 8-6-99, 9 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

STATUT AU CANADA

Citoyens

Demande visant à obtenir la révocation de la citoyenneté du défendeur au motif qu'il a été reçu comme résident permanent au Canada et qu'il a acquis la citoyenneté canadienne par fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels; plus particulièrement, il aurait omis de divulguer aux agents de l'immigration et de la citoyenneté canadienne 1) sa collaboration avec les autorités allemandes et les services qu'il leur a rendus en Ukraine au cours des années 1941 à 1943 comme membre de la police auxiliaire ukrainienne et 2) sa participation, en tant que membre des forces armées allemandes et de la police auxiliaire ukrainienne, à la perpétration de crimes et d'atrocités sur des civils—Le défendeur a obtenu son visa d'immigrant canadien en décembre 1948, le droit d'établissement au Canada en janvier 1949 et la citoyenneté canadienne en 1954—Le défendeur soutient qu'en décembre 1948, il n'y avait aucun pouvoir légal d'interdire l'entrée d'immigrants éventuels au Canada, y compris les collaborateurs, soit parce qu'ils étaient indésirables, soit qu'ils constituaient un risque pour la sécurité, s'ils étaient en règle avec la Loi sur l'immigration et son règlement—On suppose implicitement que les art. 3 et 38 de la Loi sur l'immigration avaient supplanté la prérogative royale relative à l'exclusion des étrangers pour raison de sécurité nationale—Le demandeur allègue qu'une telle prérogative découle implicitement de la prérogative royale touchant les affaires internationales et la défense nationale—Il est discutable que le gouvernement canadien ait rempli son obligation d'assurer la sécurité nationale par l'exercice d'une prérogative royale, du moins avant 1960 lorsque la loi a intégré pour la première fois «les services de sécurité et de renseignement qui peuvent être requis par le ministre» aux fonctions de la GRC—Le défendeur allègue que, même s'il avait divulgué ses activités durant la guerre en tant que garde des chemins de fer et membre de la police auxiliaire sous les *Schutzmannschaften*, aucun pouvoir légal n'existait qui eut permis de faire obstacle à son entrée au Canada s'il satisfaisait, par ailleurs, aux exigences de la loi—Le demandeur a répondu: i) le règlement pris en application de la Loi sur l'immigration a accordé aux agents d'immigration le pouvoir légal d'interdire à une personne de s'établir au Canada; ii) subsidiairement, ce pouvoir pourrait se fonder sur la doctrine de la prérogative royale—En ce qui concerne le volet ii), la prérogative royale, définie comme étant le pouvoir discrétionnaire ou arbitraire rémanent qui, à un moment quelconque, est légalement laissé à la discrétion de la Couronne—Une prérogative peut être supplantée par une loi, mais si la loi connexe n'a qu'un effet incident, une prérogative royale peut subsister—L'art. 17 de la Loi d'interprétation dispose que nul texte ne lie Sa Majesté ni n'a d'effet sur ses prérogatives, sauf indication contraire y figurant—Les termes «indication contraire» ont reçu une

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

interprétation large de façon à ce qu'ils comprennent des termes qui lient expressément, une intention claire de lier et une intention de lier lorsque l'objet de la loi serait «privé de toute efficacité» si l'État n'était pas lié—Il s'agit donc de savoir si la Loi sur l'immigration, dans la forme qu'elle revêtait en 1948, prévoyait, sur le plan législatif, un plan d'ensemble pour contrôler l'admission et le renvoi des sujets étrangers, écartant de ce fait la prérogative royale—Comme ni l'art. 3 ni l'art. 38 ne lie clairement et expressément la Couronne, la mise à l'écart de la prérogative royale d'exclusion des immigrants éventuels pour des raisons de sécurité doit nécessairement se faire par voie d'interprétation fondée sur la teneur de la loi—Cette mise à l'écart totale de la prérogative royale, même par déduction, est une question incertaine à tout le moins—L'historique législatif de la Loi sur l'immigration dans le contexte de l'intérêt que le Canada porte de nos jours aux questions de sécurité nationale est examiné—Lorsque les art. 3 et 38 ont été édictés en 1910 puis modifiés en 1919, il est improbable que le législateur ait envisagé le genre de préoccupations qui ont surgi à la fin des années 1940 au chapitre de la sécurité, lorsqu'il a identifié les catégories d'immigrants interdits et, plus particulièrement, «les conditions ou exigences» concernant les immigrants convenables et désirables—Les mots «conditions ou exigences . . . ou autres du Canada» figurant à l'art. 38c) font partie du membre de phrase suivant: «jugés impropres, eu égard à» des facteurs socio-économiques; ces derniers portent en premier lieu sur le caractère approprié des immigrants éventuels et n'ont apparemment rien à voir avec la sécurité nationale—En 1948, la loi n'a pas reconnu aux résidents européens le droit d'entrer au Canada—Les immigrants éventuels d'outre-mer n'étaient pas autorisés à entrer ou à débarquer au Canada, même si leur entrée n'était pas interdite par l'art. 3 et s'ils s'étaient par ailleurs conformés à la Loi—Même si un immigrant d'outre-mer ne tombait pas dans l'une des catégories interdites, il ne jouissait pas pour autant du droit d'entrée—Le droit de l'immigrant de s'établir au Canada a été instauré pour la première fois en 1976—Il est donc douteux que la loi ait pleinement supplanté la prérogative royale relative à l'exclusion des étrangers pour des raisons de sécurité nationale, mais il n'est pas nécessaire de décider si le pouvoir légal d'interdire l'entrée pour des raisons de sécurité reposait uniquement sur la doctrine de la prérogative royale étant donné les conclusions quant à l'effet des décrets du conseil qui étaient en vigueur en 1948—En 1931, le gouverneur en conseil a interdit le débarquement des immigrants de toutes catégories et professions à quatre exceptions près—L'emploi de termes exprimant une faculté accordait à l'agent d'immigration le pouvoir discrétionnaire d'admettre les personnes entrant dans les catégories d'immigrants autorisés et celui de refuser l'entrée à des immigrants—Le fait d'être compris dans une catégorie exemptée ne créait pas le droit de débarquer au Canada—Ni l'art. 3 de la Loi ni ce décret du conseil ne créaient pareil droit—Le décret C.P. 2856 est entré en vigueur en juillet 1950—Il exige que

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

la personne convaincue que le ministre qu'elle est un immigrant convenable, eu égard aux conditions climatiques, sociales, éducatives, industrielles, ouvrières ou autres, ainsi qu'aux besoins du Canada—Le défendeur soutient qu'auparavant, le pouvoir d'interdire l'entrée d'immigrants éventuels au Canada pour des raisons de sécurité nationale n'existait pas en droit—Il prétend que les mots «conditions ou exigences . . . ou autres» constituent le fondement du tout premier pouvoir légal d'interdire l'entrée de collaborateurs—Il n'y a aucun élément de preuve direct suivant lequel le décret C.P. 2856 ait eu pour objet de s'attaquer aux questions dont les responsables se préoccupaient et discutaient en 1949 au sujet du pouvoir légal—Le pouvoir légal d'interdire l'entrée des personnes indésirables ou présentant un risque pour la sécurité découle du pouvoir discrétionnaire conféré aux agents d'immigration d'autoriser le débarquement au Canada, et non pas des mots «conditions ou exigences . . . ou autres» figurant au décret C.P. 2856—Les décrets du conseil C.P. 695, C.P. 4849, C.P. 2743 et C.P. 2856 frappent d'interdiction générale le débarquement d'immigrants de toutes catégories et professions, tout en accordant aux agents d'immigration le pouvoir discrétionnaire de permettre le débarquement de certaines catégories—Les immigrants éventuels reconnus comme collaborateurs des Allemands ou qui constituaient par ailleurs une menace à la sécurité nationale pouvaient être refoulés du Canada—Ce point de vue est conforté par une deuxième série de décrets du conseil prescrivant que les passeports de certains étrangers doivent porter le visa d'un fonctionnaire de l'immigration du Canada—Ceux-ci sont plus convaincants quant à l'existence d'un pouvoir légal d'interdire l'entrée d'immigrants éventuels pour des raisons de sécurité nationale—Compte tenu des décrets du conseil C.P. 4849 et 4851, les agents d'immigration avaient, en décembre 1948, le pouvoir légal d'interdire l'entrée et l'établissement d'immigrants au Canada au motif qu'ils étaient indésirables ou qu'ils mettaient en jeu la sécurité du pays—Ce résultat est cohérent avec l'interdiction d'entrer faite dans l'art. 3(i) aux personnes qui ne remplissent pas ni n'observent les conditions et prescriptions de tout règlement—Après l'occupation soviétique de l'Ukraine, la famille du défendeur a déménagé en Pologne où le défendeur a travaillé comme garde des chemins de fer et a porté arme et uniforme allemand tout au long de 1940 et au début de 1941—Il est retourné habiter en Ukraine où il a été engagé comme agent de police de fin 1941 jusqu'à fin 1943—Rien ne prouve vraiment que le défendeur ait été forcé de s'employer comme garde des chemins de fer ou agent de police—Il a reconnu avoir travaillé comme garde des chemins de fer intégré à la police allemande parce qu'il devait travailler quelque part et n'avait pas d'autre choix—Il était payé et nourri—Il aurait pu travailler sur la ferme familiale lorsqu'il a été recruté comme agent de police—Là encore, il était payé, logé et nourri—Le défendeur a volontairement aidé les forces allemandes—Il s'est chargé d'escorter, pour le compte de la police, une servante juive jusqu'au lieu de son exécution—Son rôle de policier ne

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

consistait pas seulement à faire enquête sur des cas de larcins et de violence domestique—Il était membre de la police auxiliaire mise sur pied par les Allemands et connue sous le nom de *Schutzmannschaften*—De par ses activités comme garde des chemins de fer et agent de police auxiliaire, le défendeur a collaboré avec les Allemands entre 1940 et 1943—Le groupe des *Schutzmannschaften* constituait une force de police auxiliaire dans les collectivités rurales sous l'égide des *Schutz Staffel* ou S.S.—Lorsque le défendeur a obtenu son visa d'immigrant au Canada en décembre 1948, il n'aurait pas fallu que le médecin et l'agent d'immigration rencontrent les demandeurs de visa avant que ceux-ci n'aient passé l'entrevue avec l'agent de sécurité—Comme le défendeur a été reçu par un médecin et un agent d'immigration, il a, selon la prépondérance des probabilités, également été reçu par un agent de sécurité—Selon la prépondérance des probabilités, le défendeur a été interrogé au sujet des emplois qu'il a occupés pendant la Seconde Guerre mondiale—Il a délibérément passé sous silence l'aide qu'il a fournie aux Allemands dans ses fonctions de garde des chemins de fer et d'agent de la police auxiliaire—La réponse qu'il a donnée durant son entrevue avec la GRC en 1953 relative à la citoyenneté, voulant qu'il soit entré en Allemagne comme travailleur forcé, dissimulait des faits essentiels—Compte tenu des conclusions concernant sa participation aux incidents survenus entre 1941 et 1943, sa déclaration faite sous serment dans sa demande de citoyenneté de 1954 attestant de sa bonne moralité est fautive—Le défendeur a été admis comme résident permanent au Canada et a obtenu la citoyenneté canadienne par fraude, fautive déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels—Loi sur l'immigration, S.R.C. 1927, ch. 93, art. 3, 38—Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 17, Loi de l'immigration—Décret concernant l'entrée d'immigrants au Canada, DORS/50-232 (C.P. 1950-2856)—Loi de l'immigration—Règlements concernant l'entrée d'immigrants au Canada, DORS/49-227 (C.P. 1949-2743)—Loi de l'immigration—Règlements sur la production de passeports par les immigrants venant au Canada, DORS/47-922 (C.P. 1947-4851)—Loi de l'immigration—Interdiction aux immigrants de débarquer au Canada, sauf en certains cas, DORS/47-920 (C.P. 1947-4849).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. KISLUK (T-300-97, juge Lutfy, décision en date du 7-6-99, 105 p.)

Personnes jouissant d'un statut temporaire

Appel d'une décision du juge des requêtes ([1997] 3 C.F. F-37) autorisant le contrôle judiciaire d'une décision d'un agent des visas refusant une demande de visa d'étudiant—La mère de l'intimé a présenté une demande de séjour temporaire au Canada afin que son fils puisse y terminer sa cinquième année—L'intimé aurait habité chez une tante,

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

alors que ses parents, frères et sœurs seraient restés à Hong Kong—Dans son affidavit, la mère disait espérer que son fils termine ses études universitaires au Canada—L'agent des visas n'était pas convaincu que l'intimé désirait venir à titre temporaire—Le juge des requêtes a conclu, au vu de la preuve dont était saisi l'agent des visas, que ce dernier avait conclu de façon arbitraire que la demande de l'intimé d'entrer au Canada n'était pas à titre temporaire—Il a certifié la question suivante: un requérant qui exprime le but à long terme d'étudier au Canada répond-il à la définition du terme «visiteur» donnée à l'art. 2(1) de la Loi sur l'immigration—La question ainsi posée ne satisfait pas au critère de l'art. 83(1) de la Loi, qui prévoit que pour porter en appel un jugement de la Section de première instance sur une demande de contrôle judiciaire, il faut certifier une «question» grave de portée générale—La question posée ne porte que sur l'affaire en instance, tournant sur l'interprétation des faits—Elle demande à la Cour d'appel de décider si, au vu de la preuve dont était saisi l'agent des visas, ce dernier a pris une décision arbitraire en concluant que la demande de l'intimé d'entrer au Canada n'était pas à titre temporaire—C'est impossible, puisqu'il n'y a pas d'appel au fond d'une telle décision—De plus, un appel posant une question certifiée en vertu de l'art. 83(1) ne permet pas un examen approfondi du bien-fondé de l'affaire—La question grave de portée générale qui a donné lieu à des décisions contradictoires de la Section de première instance est la suivante: l'agent des visas a-t-il compétence, lors d'une demande de visa d'étudiant à titre temporaire ou pour une période donnée, pour rechercher l'objectif à long terme du demandeur, tel qu'exprimé par lui ou ses parents, et en tenir compte afin de déterminer si ce dernier est un visiteur authentique au sens de l'art. 2(1), savoir une personne qui cherche à entrer au Canada à titre temporaire—L'agent des visas a compétence, même dès la première demande d'un tel visa, pour examiner l'ensemble des circonstances, y compris l'objectif à long terme du demandeur—Un tel objectif est un élément pertinent, bien que non concluant, lorsqu'il faut mettre dans la balance tous les faits et facteurs permettant de déterminer si le demandeur se conforme à la définition de la Loi—Appel rejeté—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1), 83(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73).

WONG (TUTRICE) C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION), (A-533-97, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 23-6-99, 5 p.)

Réfugiés au sens de la Convention

Demande de contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision rendue par la SSR que la demanderesse, citoyenne du Costa Rica, n'est pas une réfugiée au sens de la Convention—La demande présentée par la demanderesse se fonde sur son appartenance à un groupe social, soit les femmes

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

victimes de violence conjugale—La SSR a rejeté la demande au motif que la demanderesse ne s'était pas réclamée de la protection du Honduras, protection qui est fondée sur son droit à la citoyenneté hondurienne du fait que sa mère est née au Honduras—Cette conclusion s'appuie sur le fait que la mère de la demanderesse est née en sol hondurien, sur une lettre provenant de l'ambassadeur du Honduras et sur un article de la Constitution hondurienne—Demande accueillie—La Constitution du Honduras prévoit que les personnes dans la situation de la demanderesse (les personnes qui sont nées à l'étranger d'un père ou d'une mère hondurien de naissance) sont déjà considérées comme Honduriennes de naissance—Le principe fondamental des règles juridiques relatives aux réfugiés qui consiste à octroyer le statut de réfugié uniquement aux personnes qui requièrent une protection auxiliaire et non pas à celles qui détiennent un droit existant et automatique à la citoyenneté d'un autre pays s'applique en l'espèce—Il ressort clairement de la jurisprudence pertinente que la demanderesse doit se réclamer de la protection des pays dans lesquels elle peut revendiquer la nationalité comme motif de citoyenneté avant de faire une demande d'asile au Canada—Cependant, avant que la demanderesse soit tenue de se réclamer de la protection des autorités honduriennes, la SSR aurait dû examiner la question de savoir si elle avait raison de craindre d'être persécutée au Honduras—La SSR n'a pas correctement abordé cette question—Après avoir déterminé qu'il existe un autre pays de nationalité, la SSR doit ensuite procéder à l'examen de la demande relative à l'obtention de la citoyenneté dans le pays en question, une procédure que la SSR n'a pas suivie en l'espèce.

CANALES C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1520-98, juge Cullen, ordonnance en date du 11-6-99, 11 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a déclaré que le demandeur n'est pas un réfugié au sens de la Convention aux termes de l'art. 2(1) de la Loi sur l'immigration—Le demandeur est né à Tiraspol, en Moldavie, et il est un juif non pratiquant—La Commission n'a pas refusé d'exercer sa compétence en adoptant le raisonnement d'un autre tribunal concernant l'existence d'une possibilité de refuge intérieur (PRI) dans la capitale de la Moldavie—Les deux tribunaux ont été saisis de la même preuve documentaire—Il est inhabituel qu'un tribunal annexe à sa décision la décision d'un autre tribunal, mais ce geste ne constitue pas un obstacle fatal—C'est comme s'il avait annexé la jurisprudence qu'il aurait décidé de suivre—Demande rejetée—Certification d'une question en tant que question grave de portée générale aux termes de l'art. 83 de la Loi: Un tribunal peut-il «adopter le même raisonnement qu'un autre tribunal» lorsqu'il a été saisi de la même preuve documentaire pour conclure à l'existence d'une possibilité de refuge dans le même pays?—Loi sur l'immigration,

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) (mod., par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1), 83 (mod., *idem*, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73).

KOROZ C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2394-98, juge Dubé, ordonnance en date du 11-6-99, 6 p.)

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE**SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE**

Appel d'une ordonnance de la Section de première instance ([1999] F.C.J. n^o 231 (1^{re} inst.) (QL)) constituant Merck Frosst intimée dans le cadre d'une instance introduite par Nu-Pharm—Le juge Cullen a accueilli la demande par laquelle Nu-Pharm sollicitait une déclaration portant que le refus du ministre de traiter la présentation abrégée de drogue nouvelle était illégale et il a renvoyé l'affaire au ministre qui a délivré un avis de conformité—Subséquent, le juge de première instance a accueilli la requête présentée en vue de constituer Merck intimée—Seule la Cour d'appel fédérale pourrait, censément, après que la Section de première instance a rendu son jugement sur le fond, permettre à un tiers d'être constitué comme partie en vue du dépôt d'un avis d'appel devant la Cour d'appel, et ce, uniquement dans les circonstances décrites dans *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et al. c. Association of Parents for Fairness in Education et al.*, [1986] 1 R.C.S. 549—Les règles 104(1)b (jonction de parties), 109(1) (intervention) ne peuvent être invoquées que devant la Cour devant laquelle une instance est en cours—Il n'y avait plus d'instance devant la Section de première instance à l'égard de laquelle Merck pouvait être constituée comme partie ou intervenante—Si Merck estimait que Nu-Pharm était tenue en vertu de la règle 303 de désigner Merck comme intimée, le recours dont elle disposait consistait à présenter une requête devant la Section de première instance en vertu de la règle 399 pour faire annuler la décision rendue ou demander à la Cour d'appel l'autorisation d'être constituée comme partie en vue d'introduire un appel—L'art. 27(2) de la Loi sur la Cour fédérale autorisant la Section de première instance à proroger le délai d'appel devant la Cour d'appel, ne l'autorise pas à accorder qualité à un tiers qui n'est pas une partie à l'instance en vue de solliciter une prorogation du délai pour déposer un appel—Le juge des requêtes n'avait donc pas le pouvoir d'autoriser Merck à se constituer partie intimée en vue de l'introduction d'un appel devant la Section d'appel de la Cour fédérale—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 104(1)b), 109, 303, 399—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 27(2) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 7).

NU-PHARM INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-130-99, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 15-6-99, 5 p.)

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

—Fin

SECTION D'APPEL

Droit d'auteur—Demande de bref de prohibition visant à interdire à la Commission du droit d'auteur de tenir l'audience prévue pour le 24 août 1999—Le demandeur soutient que la Commission n'a pas compétence pour connaître de l'affaire, notamment en raison de l'invalidité d'une partie de la Loi sur le droit d'auteur pour non-conformité aux art. 2 et 15 de la Charte—Il s'agit de déterminer si la Section d'appel est le tribunal auquel il convient de demander le bref de prohibition—La demande est valablement introduite devant la Section d'appel—L'art. 28(1)j) de la Loi sur la Cour fédérale porte que la Cour d'appel a compétence pour connaître des demandes de contrôle judiciaire visant la Commission du droit d'auteur—Se pose la question de savoir si la Section d'appel devrait être le tribunal de première et, peut-être, de dernière instance à connaître des questions de compétence complexes intéressant la Charte—Quel fondement factuel il faut établir, en particulier pour les questions relatives à la Charte et, plus spécialement pour les questions relatives à l'article premier—La Commission est-elle habilitée à examiner les questions relatives à la Charte ayant trait à sa compétence et, le cas échéant, doit-elle envisager de diviser l'audience pour entendre et trancher d'abord les questions de compétence?—Toutes ces questions devront être examinées à l'audition de la demande de bref de prohibition—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28(1)j) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8)—Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n^o 44], art. 1, 2, 15.

EVANGELICAL FELLOWSHIP OF CANADA C. AGENCE CANADIENNE DES DROITS DE REPRODUCTION MUSICAUX LTÉE (A-371-99, juge Rothstein, J.C.A., ordonnance en date du 30-6-99, 4 p.)

CONTRATS

Appel de la décision de rejeter la demande d'un crédit d'impôt à l'investissement pour des dépenses de 2 millions de dollars effectuées à des fins de recherche et de développement—La demanderesse a conclu un contrat avec Air Canada afin d'obtenir le financement nécessaire au développement d'un logiciel de billetterie automatisée pour des spectacles ayant lieu n'importe où au pays—Le contrat prévoit le développement du logiciel moyennant un montant fixe de 2 millions de dollars et la remise de factures sur une base régulière—Air Canada accepte aussi de «faire crédit» du montant de 2 millions de dollars à être facturé, montant qui doit être remboursé conformément à la clause 3.1—La clause 3.1 prévoit que l'avance doit être remboursée au taux de 5 sous par billet vendu—La demanderesse serait

CONTRATS—Suite

propriétaire du logiciel—Dans *Ticketnet Corp. c. Air Canada*, [1993] O.J. No. 289 (Div. gén.) (QL), la Cour de l'Ontario (division générale) a conclu que le contrat était valide et obligatoire, et que Air Canada avait commis une violation de l'entente relative au développement du logiciel qui constituait une répudiation de celle-ci—Au moment d'accorder les dommages-intérêts, elle a déduit la somme de 2 millions de dollars relativement à l'obligation contractuelle de la demanderesse de payer Air Canada, même si le paiement n'était pas encore exigible—Il a été ordonné à Air Canada de remettre le logiciel à la demanderesse—Le contrat impose-t-il une obligation inconditionnelle, rendant ainsi la dépense effectuée pour la recherche et le développement admissible en tant que crédit d'impôt à l'investissement?—Demande rejetée—La demanderesse soutient que l'entente relative au développement du logiciel comprenait deux parties distinctes et indépendantes: un contrat prévoyant la fourniture de services pour le développement du logiciel moyennant une somme d'argent et un prêt sans intérêt afin de permettre à la demanderesse de payer à Air Canada les coûts des services offerts (le prêt devait être remboursé par l'entremise d'une redevance sur la vente des billets)—Mais l'entente n'emploie nulle part les mots «prêt» ou «montant prêté»—En outre, une des caractéristiques essentielles d'un prêt est la promesse de rembourser le montant prêté—Au 30 avril 1986, il n'était pas clair que la demanderesse aurait un jour l'obligation de «rembourser» les 2 millions de dollars à Air Canada, étant donné que le «remboursement» ne devait avoir lieu qu'après l'approbation du logiciel par la demanderesse et que si les ventes de billets parvenaient à générer un montant minimum de 2 millions de dollars—Le contrat ne traite nulle part de l'éventualité que la demanderesse n'approuve jamais le logiciel, comme c'est le cas en l'espèce—Une obligation en ce sens ne peut pas être présumée—Peu importe les raisons qui feraient que la demanderesse n'effectuerait pas les paiements, l'entente prévoyait l'option pour Air Canada d'acheter le logiciel pour la somme de 2 millions de dollars, option selon laquelle la demanderesse devait payer le solde du 2 millions de dollars qu'elle n'avait toujours pas remboursé à Air Canada grâce à la vente des billets—Le contrat ne prévoyait pas qu'Air Canada pouvait poursuivre la demanderesse en justice pour recouvrer la partie du prêt n'ayant pas été «remboursée»—Tout comme dans *Alberta and Southern Gas Co. Ltd. c. La Reine* (1976), 76 DTC 6362 (C.F. 1^{re} inst.) où la demanderesse a cherché à obtenir son remboursement à même les matières pétrolières et où la Cour a conclu qu'il ne s'agissait pas d'un prêt, Air Canada pouvait ultimement recourir à la possibilité d'acheter le logiciel pour obtenir son remboursement, dans l'éventualité où elle ne recevrait pas les paiements convenus devant provenir de la vente des billets—Si les modalités du contrat ne sont pas claires quant à savoir si une relation de prêteur et d'emprunteur a été créée, en l'absence d'une justification commerciale autre que l'obtention du crédit d'impôt, la Cour ne devrait pas s'efforcer d'interpréter le contrat de la façon

CONTRATS—Suite

proposée par la demanderesse—La demanderesse allègue qu'un certain poids devrait être accordé à la façon dont les vérificateurs ont qualifié son obligation dans ses états financiers, préparés en conformité avec les principes comptables généralement reconnus—La question de droit qui dépend de l'interprétation du contrat est de savoir si l'obligation de la demanderesse envers Air Canada naît d'un prêt ou de la fourniture de services, ou est une obligation inconditionnelle ou une obligation éventuelle—Cela ne relève pas des principes comptables généralement reconnus—La question de savoir si l'obligation de la demanderesse était «éventuelle» ou celle de savoir si l'avance était un prêt ne peut être tranchée péremptoirement par son inclusion dans les états financiers sous la rubrique «dette à long terme»—L'objet d'un état financier est de donner aux investisseurs une description complète et précise de la situation financière de la compagnie—Il serait avisé d'inclure une dette, peu importe qu'il s'agisse d'une dette éventuelle ou d'une dette échue—Mais, aux fins de l'impôt, la distinction entre obligation éventuelle et obligation inconditionnelle est déterminante—La façon apparemment imprécise et peu diligente dont certains des relevés ainsi que les factures ont été établis peut tendre à démontrer que cela ne revêtait pas une grande importance sur les plans comptable et commercial pour Air Canada—L'argument qu'il serait injuste de refuser à la demanderesse le bénéfice du crédit d'impôt simplement parce que Air Canada fournissait tant le service que le financement de ce service fait abstraction de l'essentiel—Le problème n'est pas que le fournisseur du service et le prêteur soient la même personne, mais bien que les modalités du contrat n'imposent pas une obligation non équivoque de rembourser l'argent prêté, l'une des caractéristiques juridiques déterminantes d'un prêt—Les obligations légales assumées par la demanderesse en vertu du contrat n'étaient pas celles d'un emprunteur—Subsidiairement, la demanderesse soutient que son obligation contractuelle de payer pour les services qu'elle a obtenus de Air Canada ne dépendait pas de son approbation du logiciel, c.-à.-d. que le contrat portait sur la fourniture de services, et non sur la livraison d'un produit—Dans le jugement dans lequel elle a déduit 2 millions de dollars des dommages-intérêts accordés, la Cour de l'Ontario n'a pas jugé qu'au 30 juin 1986, l'obligation de la demanderesse envers Air Canada était inconditionnelle; elle s'est plutôt fondée sur une estimation des profits nets qui auraient été tirés si le contrat avait été exécuté; dans cette éventualité, les profits de la demanderesse auraient été réduits d'une somme de 2 millions de dollars qu'elle aurait dû payer à Air Canada à même le produit de la vente de billets par l'entremise du logiciel—Il n'y a rien dans le jugement qui contredise le fait que le contrat portait sur le développement et la livraison d'un produit—De plus, jusqu'à ce que le produit fini soit livré, l'obligation de payer de la demanderesse n'était qu'éventuelle—Le fait que la demanderesse ne serait pas tenue de payer si Air Canada manquait à son obligation de livrer le logiciel ou si le logiciel n'était pas approuvé pour une raison

CONTRATS—Fin

valable suffit pour considérer la dette comme une éventualité—L'approbation était une condition nécessaire «à la naissance» de l'obligation—Il ressort du contrat que la demanderesse n'assumait aucune obligation inconditionnelle de payer avant que le logiciel ne soit approuvé et que des billets ne soient vendus—Si le logiciel était approuvé, mais que des paiements moindres que ceux stipulés étaient faits, la demanderesse aurait alors eu l'obligation de vendre à Air Canada les droits sur le logiciel—L'incertitude quant à l'obligation est différente de l'incertitude quant au montant de l'obligation.

TICKETNET CORP. C. CANADA (T-2185-88, juge Evans, jugement en date du 11-6-99, 33 p.)

DOUANES ET ACCISE**LOI SUR LA TAXE D'ACCISE**

Demande présentée par la Couronne en vue d'obtenir un jugement sommaire rejetant l'action de la demanderesse en remboursement des paiements faits à la défenderesse en vertu de la Loi sur la taxe d'accise entre juin 1985 et juin 1986—Cotisation du ministre erronément fondée sur la mauvaise formulation de l'art. 27(1.1)c) de la Loi: *MacMillan Bloedel Ltd c. Ministre du Revenu national* (1990), 38 F.T.R. 58 (C.F. 1^{re} inst.) (décision en date du 19-10-90)—Toutefois, la demanderesse en l'espèce a déposé une demande de remboursement en décembre 1997, soit plus de deux ans après cette décision et environ six ans après les paiements—La demande originale était de 30 000 000 \$—Demande de jugement sommaire accueillie—Les principes régissant les jugements sommaires ont été résumés par le juge Tremblay-Lamer dans *Granville Shipping Co. c. Pegasus Lines Ltd.*, [1996] 2 C.F. 853 (1^{re} inst.): il s'agit essentiellement de savoir si le succès de la demande est tellement douteux que celle-ci ne mérite pas d'être examinée par le juge des faits dans le cadre d'un éventuel procès—La partie contre qui une requête pour jugement sommaire est présentée doit produire suffisamment d'éléments de preuve pour démontrer qu'il existe une question véritable à trancher—Il est clair que la disposition réparatrice applicable était l'art. 68 de la Loi, qui prescrit un délai de prescription de deux ans après le paiement des sommes—L'art. 81.1(6) de la Loi porte sur la procédure en matière de cotisations et ne s'applique aucunement à la demande de remboursement présentée en vertu de l'art. 68—La demanderesse a agi après le délai prescrit par les deux articles—La Loi sur la taxe d'accise contient l'intégralité des dispositions pertinentes applicables au remboursement des montants payés par erreur: art. 71 de la Loi (sauf les cas prévus à la présente loi ou dans toute autre loi fédérale, nul n'a le droit d'intenter une action contre Sa Majesté pour le recouvrement de sommes payées à Sa Majesté, dont elle a tenu compte à titre de taxes): *Société canadienne des pneus*

DOUANES ET ACCISE—Fin

Michelin Ltée c. Canada, [1998] F.C.J. n° 1753 (1^{re} inst.) (QL)—Le droit d'obtenir une réparation en *equity* (restitution fondée sur l'enrichissement sans cause) en vertu de l'art. 3 de la Loi sur la Cour fédérale ne rendrait pas sans effet l'art. 71 de la Loi sur la taxe d'accise—La preuve présentée à la Cour est suffisante pour lui permettre de conclure que la demande de remboursement a été faite après l'expiration du délai de prescription de deux ans prévu par l'art. 68—La Cour ne peut pas proroger ou réduire ce délai de prescription—La Loi contient l'ensemble des dispositions pertinentes relativement au remboursement des sommes payées par erreur à la Couronne et aux droits qui y sont afférents—Par conséquent, il n'y a aucune question véritable à trancher—Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, ch. E-13, art. 27(1.1)c) (édicte par S.C. 1976-1977, ch. 15, art. 7)—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 68 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 15, art. 24; (2^e suppl.), ch. 1, art. 195; ch. 7, art. 23, 24), 71 (mod., *idem*, ch. 7, art. 26, 34), 81.1(6) (édicte, *idem*, art. 38)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 3.

FEDERATED CO-OPERATIVES LTD. C. CANADA (T-185-94, juge Dubé, ordonnance en date du 25-6-99, 13 p.)

DROIT ADMINISTRATIF**CONTRÔLE JUDICIAIRE**

Contrôle judiciaire de la décision de la ministre que le demandeur constitue un danger pour le Canada au sens de l'art. 53(1)b) de la Loi sur l'immigration—Le 28 août 1998, une lettre a été signifiée au demandeur l'avisant qu'on solliciterait l'avis de la ministre et lui demandant qu'il présente ses arguments au plus tard le 12 septembre 1998—Dans une lettre du 10 septembre 1998, envoyée par l'avocat du demandeur à l'adresse de retour, on trouve copie d'une lettre à la ministre sur la question du danger pour la sécurité du Canada—Même s'ils étaient hors délai, la ministre a accepté d'examiner les arguments présentés—Le 14 septembre 1998, Amnistie internationale a envoyé une lettre par télécopie au demandeur, déclarant que ce dernier ne devait pas être renvoyé en Inde à cause du risque de violation sérieuse des droits de l'homme, notamment l'emprisonnement et la torture, par suite des allégations qui pèsent contre lui—Le demandeur a envoyé copie de cette lettre à la ministre le 23 octobre 1998—Le 4 décembre 1998, la sous-ministre a recommandé par écrit à la ministre qu'elle délivre un avis portant que le demandeur est un danger pour la sécurité du Canada—La ministre a formulé son avis le 9 décembre 1998—La lettre d'Amnistie internationale n'a pas été transmise à la ministre avant qu'elle ne prenne sa décision en vertu de l'art. 53(1)b)—Les règles fondamentales de l'équité procédurale exigeaient que la ministre examine la lettre d'Amnistie internationale dans son

DROIT ADMINISTRATIF—Fin

processus de décision en vertu de l'art. 53(1)b), surtout que cette lettre a été envoyée à son bureau ministériel plus d'un mois avant la décision—Les exigences de l'équité procédurale ne peuvent être contournées par ce qui semble être l'inefficacité bureaucratique du service de correspondance de la ministre—La décision de la ministre est annulée et la question lui est renvoyée pour reconsidération—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 53(1)b) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 43).

SINGH C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-6546-98, juge McGillis, ordonnance en date du 23-6-99, 11 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) a empêché un avocat, qui avait récemment cessé de travailler pour le TCCE, après six ans à titre d'avocat du TCCE, de participer à l'audience devant le TCCE, bien que l'avocat responsable du dossier et son cabinet n'aient pas été empêchés d'y participer—Demande rejetée—Application de l'arrêt *Szczeka c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. F-42 (C.A.) où la Cour a statué que sauf circonstances spéciales, il ne doit pas y avoir appel ou contrôle judiciaire immédiat des jugements interlocutoires—Étant donné que la question en litige est de nature interlocutoire et que sa détermination ne concerne pas le fond de la question en litige dont le TCCE est saisi, et en l'absence de circonstances spéciales, la Cour ne devrait pas intervenir.

IPSCO INC. C. SOLLAC, ACIERS D'USINOR (A-311-99, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 26-5-99, 3 p.)

DROIT CONSTITUTIONNEL

Demande de contrôle judiciaire d'une mesure d'expulsion prise contre le requérant à la suite de sa tentative d'entrer au Canada sous une fausse identité—La seule question d'importance est de déterminer si l'agent principal a commis une erreur de fait ou de droit, a agi sans compétence ou contrairement aux principes de justice naturelle ou de l'équité procédurale afin de justifier l'intervention de cette Cour—Le requérant allègue qu'on lui a refusé l'accès aux services d'un avocat; qu'on lui a refusé la possibilité de revendiquer le statut de réfugié avant que la mesure d'expulsion ne soit émise; que l'ordonnance d'expulsion a été émise en contra-vention de l'art. 23(4) de la Loi puisque le requérant n'a fait l'objet d'aucun rapport visé par l'art. 20 de la Loi—Demande rejetée—Un rapport visé à l'art. 20 a été rédigé—Le requérant a eu amplement l'opportunité de revendiquer le statut de réfugié—L'interrogatoire subi par le requérant au port d'entrée était un interrogatoire administratif de routine qui ne donne pas droit à un avocat—La décision que le requérant tombait sous le coup des art. 23(4)

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

et 19(2)(d) et qu'il ne faisait partie d'aucune autre catégorie inadmissible n'est pas déraisonnable—Les modifications à la Loi sur l'immigration par L.C. 1995, ch. 15 et de la Loi constitutionnelle de 1985 (Loi de 1985 sur la représentation électorale, L.C. 1986, ch. 8, prévoyant une nouvelle façon de désigner le nombre de représentants de chacune des provinces à la Chambre des communes) étaient valides—Compte tenu de l'analyse faite par la Cour suprême et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Campbell v. Can. (A.G.)*, [1988] 2 W.W.R. 650 (C.S.); conf. par [1998] 4 W.W.R. 441 (C.A.), et du fait que la Cour suprême du Canada a refusé l'autorisation de pourvoi ([1988] 6 W.W.R. lxviii), il faut conclure que la Loi constitutionnelle de 1985 est tout à fait valide et qu'en ces circonstances, le Parlement canadien, et plus particulièrement la Chambre des communes, est valablement constitué—Donc, la nomination de l'agent d'immigration était tout à fait valide et l'exercice des pouvoirs attribués par la Loi sur l'immigration à ce dernier est également valide—La nomination de deux juges de la Cour suprême du Canada à titre de gouverneur général suppléant est valide en vertu de l'art. VII des Lettres Patentes de 1947, comme le sont les lois sanctionnées par eux—Même lu en conjonction avec l'art. VIII des Lettres Patentes de 1947, rien du texte de l'art. VII desdites lettres patentes n'autorise la Cour à conclure qu'il existe une limitation quant à la nomination de juges de la Cour suprême du Canada à titre de gouverneur général suppléant—Ces Parties ont été conçues pour des motifs et des besoins tout à fait différents et la Partie VIII de ces lettres patentes n'est pas une limitation de la Partie VII desdites lettres—Rien n'empêche le Gouverneur général du Canada de déléguer à un de ses suppléants son pouvoir de sanction que lui attribue l'art. 55 de la Loi constitutionnelle de 1867—D'autre part, l'art. 57 de la Loi sur les juges prévoit expressément la possibilité pour un juge d'exercer ladite charge de gouverneur général suppléant—Lorsqu'il agit à titre de gouverneur général suppléant, le juge de la Cour suprême du Canada visé ne pose aucun geste de nature à affecter le principe de l'indépendance judiciaire—De plus, il existe une convention constitutionnelle interdisant au gouverneur général ou son suppléant de refuser de donner la sanction royale—Les juges de la Cour suprême du Canada sont donc autorisés à agir à titre de gouverneur général suppléant—En outre, compte tenu de la présomption de la constitutionnalité des lois, le demandeur n'a pas fait la preuve de l'inconstitutionnalité des lois contestées—L'argument du demandeur que toutes les lois du Canada seraient inconstitutionnelles parce qu'adoptées par un Parlement lui-même inconstitutionnellement formé n'est que purement théorique puisque dans les faits, lesdites lois devront continuer de s'appliquer en vertu du principe de la primauté du droit: *Renvoi: droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721—Il était tout à fait tardif, abusif et dilatoire pour l'avocat du demandeur de demander que le juge en chef de la Cour suprême du Canada soit assigné à titre de témoin—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch.

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

I-2, art. 19(2)(d), 20 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 12), 23 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 12; 1995, ch. 15, art. 3)—Loi de 1985 sur la représentation électorale, L.C. 1986, ch. 8—Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (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. 55—Loi sur les juges, L.R.C. (1985), ch. J-1, art. 57—Lettres patentes constituant la charge de gouverneur général du Canada, L.R.C. (1985), appendice II, n° 31, art. VII, VIII.

TUNDA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-980-97, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 11-6-99, 34 p.)

DROIT MARITIME**CRÉANCIERS ET DÉBITEURS**

Ordre de priorité des créanciers dans une action réelle relative au produit de la vente de l'*Atlantis Two* (1 100 000 \$) et du combustible de soute (58 393,49 \$)—Cession à Sa Majesté de la créance de l'équipage en ce qui concerne les frais de rapatriement—L'ordre de priorité accordé aux créances maritimes au Canada est d'une façon générale le même que celui qui est accordé à pareilles créances au Royaume-Uni, mais il existe de légères différences—Étant donné qu'un certain nombre de personnes revendiquaient des privilèges maritimes américains, la Cour devait parler du rang qu'occupaient entre elles certaines créances maritimes américaines—Étant donné que les parties valides des privilèges maritimes américains relatifs aux approvisionnements nécessaires et la partie d'une créance canadienne relative aux approvisionnements nécessaires jugée équivalente à un privilège maritime américain n'épuisaient pas les fonds disponibles, il n'était pas nécessaire de tenir compte du rang qu'occupaient entre elles ces créances en droit canadien—Le rang des privilèges maritimes américains relatifs aux approvisionnements nécessaires est régi, au Canada, par le système canadien de priorités, mais le rang des créances américaines est peut-être néanmoins pertinent—La question du retard indu a été examinée à l'égard des réclamations américaines—Étant donné qu'un certain nombre de réclamations américaines relatives aux approvisionnements nécessaires donnaient lieu à des privilèges maritimes légaux, l'arrêt *Todd Shipyards Corp. c. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] R.C.S. 1248 est pertinent—Dans cette affaire, la C.S.C. a statué que le titulaire américain d'un privilège maritime fondamental pourrait revendiquer son privilège au Canada et utiliser notre législation procédurale, à savoir la Loi sur la Cour fédérale et les Règles y afférentes, pour le faire valoir—Le rang a été déterminé en vertu du droit canadien—1) Le prix du combustible de soute fourni par suite d'une ordonnance de la Cour doit être payé à l'aide du produit de la vente et

DROIT MARITIME—Suite

occuper le même rang que les débours du prévôt avec intérêts, ceux-ci étant fondés sur une estimation fondée sur l'examen des taux de la Banque de Montréal s'appliquant aux prêts commerciaux pour la période pertinente—2) Créances de l'équipage, des officiers et du capitaine (l'équipage)—Les débours du capitaine se rapportant principalement aux vivres destinés à l'équipage qu'il avait payés de sa poche, étaient garantis par un privilège maritime—La priorité a été accordée aux salaires de l'équipage à l'égard du reliquat du produit de la vente, une fois payés les frais de vente du shérif et le combustible diesel—Cette priorité s'appliquait aux frais de rapatriement—L'équipage a droit à une somme forfaitaire à l'égard des dépens et des débours, d'un montant de 6 000 \$—3) Rapatriement—Les frais de rapatriement sont normalement supportés par les propriétaires, mais ceux-ci avaient abandonné tant le navire que l'équipage—Les frais de rapatriement, supportés par les marins eux-mêmes, peuvent occuper le même rang que la réclamation concernant les salaires—Un privilège maritime relatif aux frais de rapatriement peut être cédé par ordonnance judiciaire lorsque, comme c'est ici le cas, ces frais sont payés par quelqu'un d'autre—4) Réclamation relative au combustible de soute déposée par Mermaid Shipping Co. Ltd., le principal affréteur en vertu de la charte-partie, en sa qualité de propriétaire du combustible de soute qui était à bord du navire—Mermaid avait sous-affrété l'*Atlantis Two* à International Coffee and Fertilizer Trading Co. (INCOFE)—La réclamation de Mermaid à l'égard du combustible de soute consommé pendant que le navire était immobilisé à Vancouver était au mieux fondée sur un droit légal réel—Malheureusement, il n'y avait pas suffisamment de fonds pour payer la créance de Mermaid à cet égard—Mermaid a droit à la valeur du combustible de soute et du combustible qui étaient à bord du navire, moins une partie des frais de vente, ainsi qu'aux intérêts qui conviennent—Les créanciers hypothécaires réclamaient un droit sur le combustible qui était à bord du navire—Toutefois, les conditions de l'hypothèque ne s'appliquaient pas au combustible; selon les dispositions de la charte-partie, le droit de propriété afférent au combustible n'était pas transmis aux propriétaires, mais Mermaid continuait à en être titulaire, en sa qualité d'affréteur—Il n'est que juste qu'une fraction au pro rata des frais de vente du navire et du combustible qui était à bord du navire soit prise en charge par Mermaid—En résumé, Mermaid a droit à la valeur nette du combustible, soit le montant du prix de vente du combustible, conservé dans un fonds théoriquement distinct, moins une fraction équitable des frais de vente—Mermaid a droit aux intérêts courus sur la valeur du combustible vendu pendant que le montant y afférent était détenu en fiducie et en dépôt—5) Fourniture d'approvisionnements nécessaires aux États-Unis (Strachan Shipping Co., Hellenic Ship Supply Inc., Atlantic Steamers Supply Co. (DE) Inc., Atlantic Steamers Supply Co. (NLN) Inc.)—Ces créances n'étaient pas garanties par des privilèges maritimes prioritaires—Il s'agissait plutôt de privilèges maritimes qui auraient pré-

DROIT MARITIME—Suite

séance aux États-Unis sur les hypothèques grevant le navire—Bien sûr, selon le système canadien et si l'on applique *Todd Shipyards Corp.*, ces créances avaient préséance sur celle d'ABN-Amro, en sa qualité de créancier hypothécaire—Les réclamations relatives aux privilèges maritimes, telles qu'il y est fait droit et compte tenu des fonds disponibles, sont colloquées *pari passu*—La réclamation d'Hellenic a été admise, mais il n'existait pas de privilège maritime à l'égard des honoraires d'avocat—La réclamation d'Atlantic NLN se rapportant aux approvisionnements nécessaires fournis aux É.-U. avant la date d'enregistrement des hypothèques grevant le navire se rapportait à un privilège maritime prioritaire—Le solde se rapportant aux marchandises fournies par la suite a été accordé—Étant donné qu'aucun privilège maritime n'est accordé en Australie au fournisseur d'approvisionnements nécessaires, la réclamation de Nautilus Australia Limited à l'égard des approvisionnements nécessaires fournis en 1997 occupait le même rang que celle du fournisseur habituel d'approvisionnements nécessaires au Canada, c'est-à-dire qu'elle possédait une forme de droit réel, venant après les privilèges maritimes et les hypothèques—Réclamation de Mega Marine Services Ltd. concernant le prix de deux culasses de moteur qui n'avaient pas été fournies directement au navire, mais qui avaient été fournies FAB Houston (Texas)—Étant donné qu'en droit américain, les approvisionnements nécessaires doivent être fournis à un navire (ce qui n'est pas ici le cas), il n'y avait pas de privilège maritime contre l'*Atlantis Two*—Réclamation d'Unitor ASA relative à des fournitures maritimes livrées par l'entremise d'un agent américain du New Jersey à l'*Atlantis Two* au Mexique en novembre 1997 et en janvier 1998 et à l'égard de fournitures nécessaires livrées à des navires frères de l'*Atlantis Two*—Compte tenu de la Federal Maritime Lien Act et de la jurisprudence y afférente, Unitor, une société norvégienne agissant par l'entremise d'un agent américain, possédait des privilèges maritimes contre l'*Atlantis Two* et contre les deux navires frères, et ce, indépendamment de la question de savoir si les approvisionnements nécessaires avaient été fournis dans un port américain—En ce qui concerne la présentation de réclamations au moyen de la procédure relative aux navires frères, le privilège américain fondamental n'était pas visé par la disposition relative aux navires frères, l'art. 43(8) de la Loi sur la Cour fédérale, qui se rapporte simplement à la compétence conférée à la Cour par l'art. 22 de la Loi, soit une compétence en matière personnelle qui peut être invoquée contre un navire frère plutôt qu'un droit ou privilège existant sur un navire, qui est exercé contre un autre navire—Si les titulaires de privilèges américains voulaient utiliser ici au Canada la procédure relative aux navires frères, il devrait exister aux États-Unis des dispositions législatives sur les navires frères permettant à ces titulaires d'invoquer au Canada un privilège maritime complet contre le navire frère—Bien sûr, le titulaire d'un privilège, à supposer qu'il puisse faire valoir un droit personnel contre le propriétaire du navire et à supposer que

DROIT MARITIME—Suite

ce dernier soit, au moment pertinent, non seulement propriétaire du navire débiteur fautif, mais aussi du navire frère, pourrait invoquer ce droit personnel au Canada et l'exercer, sur le plan de la procédure, contre tout navire frère—Toutefois, pareille créance occuperait uniquement le même rang qu'un droit légal réel, ce qui est peu utile en l'espèce, étant donné que le produit de la vente est restreint—Réclamation de Mermaid se rapportant à la violation de la charte-partie par le propriétaire du navire et notamment au prix de location payé en trop, à la perte de revenu et aux réclamations que pouvait présenter le sous-affrètement de Mermaid, INCOFE—Selon le droit américain, un affrètement peut revendiquer un privilège maritime contre le propriétaire en cas de la violation de la charte-partie, mais en l'espèce, il n'existait aucun lien avec les États-Unis—La violation a eu lieu au Canada—Une clause de la charte-partie prévoyait que c'était le droit anglais qui s'appliquait—Dans ce cas-ci, il n'y avait pas de privilège maritime—En ce qui concerne les sommes payées d'avance, Mermaid avait, en vertu de la Loi sur la Cour fédérale, un droit légal réel fondé sur la violation d'un contrat qui, en l'espèce, n'avait aucune valeur—Le sous-affrètement INCOFE réclamait une somme, garantie par un privilège maritime américain, en se fondant sur la violation de la charte-partie existant entre Mermaid, en sa qualité d'armateur disposant et d'affrètement à temps d'une part, et INCOFE, en sa qualité d'affrètement au voyage d'autre part—Il s'agissait initialement de savoir si la réclamation fondée sur la violation d'une charte-partie donnait lieu à un privilège maritime américain pouvant être exercé avant l'hypothèque grevant l'*Atlantis Two*, détenue par ABN-Amro Bank N.V.—L'argument d'INCOFE était que la charte-partie prévoyait l'arbitrage à New York et que c'était donc le droit américain qu'il convenait d'appliquer au contrat—La violation sur laquelle se fondait INCOFE à l'appui de sa réclamation se rapportait à la garantie relative à l'état de navigabilité figurant dans la charte-partie—INCOFE possédait un privilège maritime américain par suite de la violation de la charte-partie, mais ce privilège, qui avait pris naissance après l'enregistrement des hypothèques d'ABN-Amro, n'était pas un privilège maritime prioritaire venant avant une hypothèque privilégiée selon le système américain de priorités—Ce privilège maritime américain résultant de la violation d'un contrat vient après, toujours selon le système américain, toutes les hypothèques privilégiées grevant le navire qui ont déjà été enregistrées—Toutefois, en l'espèce, le droit que possédait INCOFE par suite de la violation du sous-affrètement était un privilège maritime se rattachant au navire—Dans le système canadien, même s'il ne s'agissait pas d'un privilège maritime prioritaire, ce droit venait avant les hypothèques d'ABN-Amro—Dommages-intérêts réclamés par INCOFE—Les dommages-intérêts réclamés ne sont pas de la nature d'un droit fondamental américain, dont la nature doit être expliquée par des experts américains pour qu'il soit possible de déterminer les modalités d'exercice au Canada, mais un recours canadien qui doit être déterminé par cette Cour, sans l'aide d'un

DROIT MARITIME—Suite

expert—Puisqu'elle a conclu que la réclamation d'INCOFE était fondée, la Cour devait quantifier cette réclamation de façon que, dans la mesure où le produit de la vente était suffisant, INCOFE se voie accorder la somme la mettant autant que possible dans la situation où elle aurait été si la charte-partie n'avait pas été violée—INCOFE réclamait des intérêts sur le montant correspondant à la valeur de la cargaison retenue à bord du navire parce que le navire avait tardé à partir, le coût de l'extension de la couverture d'assurance en raison du retard, le coût d'une visite du navire à Vancouver, le remboursement d'une somme réclamée par l'acheteur de la potasse, qui avait été obligé d'obtenir de la potasse d'autres sources, et le profit perdu—Il a été fait droit à la réclamation relative aux intérêts, sur le prix d'achat de la marchandise, pour la période allant de la date à laquelle la marchandise avait été payée à la date à laquelle la marchandise avait été livrée—Réclamation relative à la somme versée à l'acheteur de la potasse à l'égard de la différence entre le coût de la potasse qui devait être livrée et le coût de remplacement de la potasse—La réclamation posait un problème en ce sens qu'INCOFE n'avait pas contesté les frais que l'acheteur avait engagés en vue de limiter le préjudice—Les principes relatifs au caractère prévisible s'appliquent également, que la réclamation soit fondée sur la responsabilité délictuelle ou contractuelle, sous réserve cependant des connaissances, ententes ou relations particulières entre les parties contractantes ou de toute disposition expresse ou implicite dans le contrat au sujet des dommages recouvrables en cas d'inexécution: *Asamera Oil Ltd. c. Sea Oil & General Corporation*, [1979] 1 R.C.S. 633—En l'espèce, les dispositions du contrat ne traitaient pas de sa violation—On n'a invoqué devant la Cour aucun élément convaincant en vue de contester les frais engagés, représentant la différence entre la valeur de la cargaison qui était à bord de l'*Atlantis Two* et le coût de la marchandise de rechange, du transport entre le Guatemala et le Nicaragua et le Costa Rica et d'une certaine quantité de phosphate en sacs qui avait été transportée par mer—Il a été fait droit à cette partie de la réclamation—La réclamation relative aux intérêts n'était pas appropriée ou justifiée—La réclamation, en ce qui concerne le profit perdu en 1997, a été rejetée étant donné que par suite du retard, la potasse qui était à bord de l'*Atlantis Two* en 1997 avait été vendue pendant que le marché était à la hausse en 1998, de sorte qu'INCOFE n'avait perdu aucun profit, quel qu'il soit, en 1997—Quant à la réclamation relative au profit perdu en 1998, INCOFE n'avait pas établi que, si ce n'avait été de la débâcle à laquelle l'*Atlantis Two* avait fait face, elle aurait selon la prépondérance des probabilités vendu toute la cargaison qui lui était destinée—Si *Houweling Nurseries v. Fisons Western Corp.* (1988), 49 D.L.R. (4th) 205 (C.A. C.-B.), à la p. 217, était appliqué (les réclamations se rapportent à la perte d'une possibilité qui allait probablement se réaliser, mais qui doit être contrebalancée par le fait qu'elle pourrait bien ne pas se matérialiser complètement), il était raisonnable et sensé de faire droit à la réclamation

DROIT MARITIME—Fin

dans une proportion de 75 p. 100—La réclamation d'ABN-Amro N.V. s'élevait en tout à 11 374 895 \$ en ce qui concerne les hypothèques de premier et de deuxième rang—Selon le système habituel de priorités, la garantie hypothécaire d'ABN-Amro prenait rang avant les droits légaux réels, mais après les privilèges maritimes—Divers créanciers soutenaient qu'ABN-Amro aurait dû s'en prendre plus tôt au navire; les créanciers auraient ainsi pu prendre connaissance de la situation et n'auraient pas consenti un crédit—Les créanciers soutenaient que c'était la raison pour laquelle ABN-Amro devrait perdre son rang prioritaire—Il n'y avait pas lieu de modifier le rang d'ABN-Amro en sa qualité de titulaire d'une hypothèque de premier rang, étant donné qu'il n'était pas établi qu'elle n'avait rien fait même si elle savait que l'on était en train de réparer le navire et que le propriétaire ne pourrait pas payer ces réparations, dont la valeur serait empochée par le créancier hypothécaire au moment de la vente forcée du navire—Réclamation de Fraser Shipyards, fondée sur l'enrichissement sans cause, pour de gros travaux effectués qui avaient eu pour effet de faire monter le prix de vente du navire—Considération des circonstances dans lesquelles un tribunal s'écartera de l'ordre de priorité habituel ainsi que de la question de savoir si, en l'espèce, la Cour devait attribuer un rang supérieur à la réclamation de Fraser Shipyards puisque les réparations avaient pour effet de faire monter le prix de vente du navire—La Cour ne devrait recourir à sa compétence en *equity* pour modifier l'ordre de priorité établi depuis longtemps que lorsque cela est nécessaire pour empêcher une injustice flagrante—En l'espèce, le résultat serait injuste en ce sens que si Fraser Shipyards n'avait pas exécuté le travail, le navire aurait probablement été vendu pour sa valeur de rebut, plus une certaine valeur intrinsèque—Compte tenu des documents et des arguments présentés, et notamment de la preuve présentée par l'expert, la valeur de l'*Atlantis Two* aurait bien pu augmenter de 25 p. 100 par rapport à la valeur de rebut et à la valeur intrinsèque en raison des réparations effectuées, c'est-à-dire passer de 880 000 \$ à 1 100 000 \$, soit le montant que le navire a rapporté au moment de la vente—Selon ce calcul, un montant de 220 000 \$ US a été accordé à Fraser Shipyards, sa réclamation étant colloquée *pari passu* avec celles des titulaires de privilèges américains, ainsi que des intérêts au taux de 7 p. 100 à compter de la fin des travaux.

FRASER SHIPYARD AND INDUSTRIAL CENTRE LTD. C.
ATLANTIS TWO (LE) (T-111-98, notaire Hargrave,
ordonnance en date du 11-6-99, 110 p.)

DROITS DE LA PERSONNE

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission canadienne des droits de la personne avait accordé une prorogation de délai à l'égard des plaintes déposées par la défenderesse contre la demanderesse

DROITS DE LA PERSONNE—Suite

Radio-Canada—La défenderesse se plaignait d'être victime de discrimination à l'égard de son salaire à cause de son sexe et du fait que Radio-Canada agissait d'une façon discriminatoire à l'endroit des femmes à cause de leur sexe, selon une politique ou une pratique établie, du fait qu'elle accordait aux opératrices de caméras un taux de rémunération inférieur—Dans les deux cas, les présumés actes auraient été commis le 15 décembre 1993—La plainte avait été déposée le 19 février 1996—Demande rejetée—Les décisions prises en vertu de l'art. 41e) de la Loi canadienne sur les droits de la personne (autorisant la Commission à statuer sur une plainte déposée après l'expiration d'un délai d'un an après le dernier des faits sur lesquels elle est fondée) sont un exercice discrétionnaire de compétence administrative que les tribunaux n'écartent pas facilement si le pouvoir discrétionnaire a été exercé de bonne foi, conformément aux principes de justice naturelle et d'équité procédurale, et si l'on ne s'est pas fondé sur des considérations inappropriées ou étrangères: *Société de développement du Cap-Breton c. Hynes*, [1999] 2 C.F. F-87 (1^{re} inst.)—En outre, lorsque la Commission exerce son pouvoir discrétionnaire en vertu de l'art. 41e), la Cour ne devrait intervenir que si elle est convaincue que ce pouvoir a été exercé d'une façon manifestement déraisonnable—En l'espèce, il suffisait que la Commission remette à Radio-Canada des copies de l'analyse fondée sur les art. 40 et 41, portant sur la question du délai, et donne à celle-ci la possibilité de faire parvenir des observations par écrit avant que la décision en question soit prise—La Loi n'exigeait pas que l'on permette à Radio-Canada de présenter des observations avant que l'analyse fondée sur les art. 40 et 41 soit effectuée et, en outre, Radio-Canada n'a pas établi qu'elle avait subi un préjudice réel—On n'a pas manqué à l'équité procédurale envers Radio-Canada—Aucune preuve de partialité de la part de la Commission—Les allégations énoncées dans les rapports d'analyse étaient suffisamment graves pour empêcher la Cour de conclure qu'il n'était pas raisonnable pour la Commission d'exercer son pouvoir discrétionnaire comme elle l'avait fait—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 40, 41e).

SOCIÉTÉ RADIO-CANADA C. GRAHAM (T-2297-96), juge Pinard, ordonnance en date du 10-6-99, 10 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission canadienne des droits de la personne de rejeter la plainte de la demanderesse, selon laquelle l'employeur, la Banque Canadienne Impériale de Commerce (la CIBC), avait agi d'une façon discriminatoire à son endroit en raison de sa race—La demanderesse soutenait que la Commission ne pouvait pas tirer certaines des conclusions qu'elle avait tirées en raison d'une décision rendue par un conseil arbitral à l'égard des mêmes questions de fait—Dans sa décision du 18 août 1995, le conseil arbitral avait conclu à l'existence de relations conflictuelles entre la directrice et l'appelante—Selon l'argument de la demanderesse, cette décision

DROITS DE LA PERSONNE—Fin

constituait une fin de non-recevoir empêchant la Commission de conclure que la CIBC n'avait pas harcelé la demanderesse, qu'elle ne l'avait pas traitée d'une façon différente ou qu'elle ne l'avait pas obligée à démissionner—Critères applicables à la fin de non-recevoir fondée sur la chose jugée: 1) il a été statué sur la même question; 2) la décision judiciaire qui donnerait lieu à la fin de non-recevoir était définitive; 3) les parties à la décision judiciaire ou les personnes ayant connexité d'intérêt étaient les mêmes que celles qui sont en cause dans l'instance où la fin de non-recevoir est soulevée—La CIBC n'était pas partie à l'instance devant le conseil arbitral—Le conseil arbitral n'a pas décidé que la demanderesse avait été harcelée, traitée d'une façon différente ou obligée de démissionner—Il a plutôt conclu à l'existence de relations conflictuelles entre la demanderesse et la directrice, de sorte que cela était dangereux pour la santé de la demanderesse et que son départ constituait la seule solution raisonnable dans son cas—Dans sa décision, la Commission parlait de l'existence de relations conflictuelles, mais elle concluait que la chose n'était pas imputable à la race—La décision du conseil arbitral ne donne pas lieu à une fin de non-recevoir fondée sur la chose jugée en ce qui concerne la Commission et la CIBC—Ni l'une ni l'autre n'étaient parties à l'instance qui a mené à la décision du conseil—Demande rejetée.

ATHWAL C. BANQUE CANADIENNE IMPÉRIALE DE COMMERCE (T-1478-98, juge Reed, ordonnance en date du 9-7-99, 41 p.)

ENVIRONNEMENT

Demande d'annulation d'une décision par laquelle la construction du pont de Sewap Creek avait été approuvée conformément à l'art. 5 de la Loi sur la protection des eaux navigables (la LPEN)—Les projets de la défenderesse Tolko Manitoba Inc. comprenaient la transformation et l'agrandissement d'une usine de pâte existante, la construction d'une nouvelle usine de pâte, la construction de chemins d'exploitation utilisables en toute saison sur des centaines de kilomètres et d'autres activités forestières connexes—Le projet relatif au pont était proposé dans le plan annuel de 1997—Dans le cadre du processus de délivrance de licence, le plan annuel a été distribué aux divers ministères des gouvernements fédéral et provincial pour examen, et notamment à la Garde côtière canadienne (la GCC), qui a conclu que Sewap Creek était un cours d'eau navigable—Une demande a été soumise à la GCC pour approbation conformément à l'art. 5(1) de la LPEN aux fins de la construction d'un pont enjambant Sewap Creek—Le processus d'approbation a eu pour effet de déclencher une évaluation environnementale conformément à l'art. 5(1)d) de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (la LCEE)—Aucune évaluation environnementale n'a été effectuée conformément à la LCEE sauf en ce qui concerne le pont de Sewap Creek—La seule décision qui peut faire

ENVIRONNEMENT—Suite

l'objet de la demande de contrôle judiciaire est celle par laquelle le projet relatif au pont de Sewap Creek a été approuvé—L'art. 2 de la LCEE définit le mot «projet» comme étant la «réalisation y compris l'exploitation, la modification, la désaffectation ou la fermeture d'un ouvrage»—En sa qualité d'autorité responsable, la GCC a déterminé, conformément à l'art. 15(1) de la LCEE, que la portée du projet était «la construction du pont ainsi que des abords et voies d'accès directement liés au pont»—Absence d'erreur dans la détermination de la portée du projet—L'art. 15(3) traite de la portée de l'évaluation environnementale—La GCC a déterminé que la portée de l'évaluation environnementale comprenait les effets environnementaux du pont et de tout ouvrage lié à sa construction, à son exploitation ou à son entretien à l'emplacement du pont et en aval—En vertu de l'art. 16(1)a), la GCC a conclu que les effets cumulatifs du projet étaient limités aux effets hydrauliques du projet, combinés aux autres ouvrages le long du cours d'eau et dans les eaux de Sewap Creek—La GCC a conclu que le pont n'était pas susceptible d'avoir sur l'environnement des effets importants et elle a approuvé la demande en vertu de la LPEN—Les travaux de construction ont été achevés en 1997—La GCC n'a pas commis d'erreur en déterminant la portée de l'évaluation conformément à l'art. 15(3)—Dans le contexte de la définition, les mots «*other undertaking in relation to that physical work*» de la version anglaise se rapportent aux opérations qui font partie de la catégorie d'opérations expressément mentionnées—Ces opérations sont des événements susceptibles de se produire au cours du cycle de vie d'un ouvrage comme le pont de Sewap Creek—La version française étaye cette interprétation—La portée du «projet», soit le pont lui-même et toutes les opérations liées au cycle de vie du pont, devait être déterminée par la GCC en vertu de l'art. 15(1)—En vertu de l'art. 15(3), l'autorité responsable effectue une évaluation environnementale non seulement à l'égard des opérations liées à l'ouvrage proposé par le promoteur, mais aussi à l'égard des opérations qui, à son avis, sont «susceptibles d'être réalisées en liaison avec l'ouvrage»—En ce qui concerne la nature des opérations assujetties à l'évaluation environnementale de l'autorité responsable, le libellé de l'art. 15(3) est le même que celui de l'art. 2—L'autorité responsable doit évaluer toutes les opérations liées au cycle de vie de l'ouvrage, comme le pont de Sewap Creek—Le libellé de la version anglaise de la définition du mot «projet» figurant à l'art. 2, qui dit qu'un projet vise «*any proposed construction*» n'est pas le même que celui de l'art. 15(3), mais les deux expressions sont définies par les mots «*in relation to that physical work*» (lié à un ouvrage), qui restreignent la portée de l'évaluation aux opérations liées à l'ouvrage—Les opérations forestières de la défenderesse ne sont pas des opérations liées au pont de Sewap Creek ni des opérations qui sont «susceptibles d'être réalisées» en liaison avec le pont de Sewap Creek—En examinant le projet, la GCC a tenu compte des effets environnementaux du pont et de tout ouvrage lié à sa construction, à son

ENVIRONNEMENT—Suite

exploitation et à son entretien ainsi que des effets cumulatifs—Il était loisible à la GCC d'évaluer la portée des éléments en vertu de l'art. 16(1)—Absence de fondement justifiant une intervention à l'égard de cette évaluation—La décision de la GCC selon laquelle le projet n'était pas susceptible de causer des effets négatifs importants sur l'habitat du poisson une fois tenu compte de la mise en œuvre de mesures d'atténuation appropriées était raisonnable—La Cour ne souscrit pas à l'interprétation de l'art. 15(3) de la LCEE donnée par le juge Gibson dans *Friends of the West Country Assn. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1998] 4 C.F. 340 (1^{re} inst.)—Le juge Gibson a donné une interprétation large de l'application de la LCEE en se fondant sur l'art. 4 de la LCEE, qui énonce les objectifs de la Loi, ainsi que sur certaines remarques du juge La Forest dans *Friends of the Old Man River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3—Il a conclu que l'art. 15(3) oblige l'autorité responsable à faire porter l'évaluation environnementale sur la route et peut-être sur les opérations forestières, dans la mesure où ces dernières sont «en liaison» avec les projets—Le juge a donné au mot «opération» un sens qui n'est pas prévu par la disposition, en particulier lorsqu'il est tenu compte de la définition du mot «projet»—Même si le juge Gibson a statué qu'il ne pouvait pas intervenir relativement à la décision que l'autorité responsable avait prise au sujet de la portée des projets, il a en fait caractérisé de nouveau la portée des projets en analysant la portée des évaluations environnementales en vertu de l'art. 15(3)—Il ne lui était pas loisible de le faire—Le juge a fondé son interprétation large de la portée des évaluations environnementales en vertu de l'art. 15(3) sur le «critère de l'utilité propre», en s'appuyant à cet égard sur la jurisprudence américaine et sur la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale: guide de l'autorité responsable*—La jurisprudence américaine n'est pas pertinente étant donné que le texte de la loi américaine ne ressemble pas à celui de la LCEE—Le Guide indique simplement le point de vue de l'Agence canadienne d'évaluation environnementale, un organisme administratif, au sujet de l'application de la Loi—Selon le juge Gibson, il semblerait que le Guide, et par conséquent le principe de l'«utilité propre», l'emportent sur le libellé de la LCEE—Les autorités responsables sont tenues de suivre et d'appliquer la LCEE et non le Guide—Le Guide peut être utile, mais il ne peut pas l'emporter sur la loi—Quoi qu'il en soit, la façon dont le juge Gibson a interprété le Guide est incompatible avec ce que le Guide dit réellement—Le juge a cité un passage à l'appui de son interprétation de l'art. 15(3) se rapportant au pouvoir discrétionnaire de l'autorité responsable en ce qui concerne la détermination de la portée du projet et non à la détermination de la portée de l'évaluation—Le juge Gibson a statué sur la question de savoir quels ouvrages sont accessoires au projet principal à l'aide des critères énoncés dans le Guide: l'«interdépendance» et le «lien»—En appliquant le critère du «lien», le juge Gibson a conclu que la construction des ponts rendait «inévitabile»

ENVIRONNEMENT—Fin

la construction de la route—Le mot «inévitable» qui est utilisé à l'égard du critère du «lien» veut dire que la construction du projet principal rend «inévitable» la construction d'un autre ouvrage—La construction des ponts ne rendait pas inévitable la construction de la route—Il n'était peut-être pas sensé de construire les ponts sans qu'ils soient reliés à une route, mais la construction des ponts n'exigeait pas la construction de routes—En ce qui concerne le critère de l'«interdépendance», le passage de Sewap Creek est le projet «principal»—Le «projet principal» peut être réalisé sans que des opérations soient réalisées en liaison avec la construction de chemins ou d'une usine de pâte—Par conséquent, les chemins et l'usine de pâte ne peuvent pas être considérés comme des éléments du projet visé—Les critères relatifs au «lien» et à l'«interdépendance» montrent clairement que le but visé est l'examen de la décision relative à la portée du projet plutôt que de la décision relative à l'évaluation environnementale—En vertu de l'art. 15(1), la portée de l'évaluation ne peut pas servir de prétexte pour modifier le projet tel qu'il est déterminé en vertu de l'art. 15(1); c'est le projet tel qu'il est déterminé par l'autorité responsable et ses effets environnementaux qui doivent être examinés par l'autorité responsable—La seule mise en garde est qu'en vertu de l'art. 15(3), l'autorité responsable doit effectuer une évaluation environnementale non seulement du projet, mais aussi des autres opérations «susceptibles d'être réalisées en liaison avec l'ouvrage» c'est-à-dire les opérations qui font partie de la catégorie d'opérations expressément mentionnées dans la définition du mot «projet» figurant à l'art. 2 de la LCEE—Si les projets avaient déclenché une évaluation environnementale en vertu de l'art. 5(1) de la LCEE, l'autorité responsable aurait pu exercer son pouvoir discrétionnaire en vertu de l'art. 15(2) et déterminer que les projets étaient «liés assez étroitement pour être considérés comme un seul projet»—Demande rejetée—Loi sur la protection des eaux navigables, L.R.C. (1985), ch. N-22, art. 5—Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37, art. 2 «projet» (mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 21, 22), 5, 15, 16.

MANITOBA'S FUTURE FOREST ALLIANCE C. CANADA
(MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT) (T-434-98, juge Nadon, jugement en date du 18-6-99, 48 p.)

FONCTION PUBLIQUE**APPELS**

Contrôle judiciaire de la décision du président du comité d'appel de la Commission de la fonction publique de rejeter l'appel d'une nomination ayant suivi la tenue d'un concours interne—Le président a conclu que la notation de onze des douze réponses du demandeur n'était pas manifestement déraisonnable et que la notation d'une réponse était manifestement déraisonnable, mais qu'elle n'avait pas d'incidence sur la nomination proposée—Demande accueillie—En ce qui

FONCTION PUBLIQUE—Suite

a trait à la question du fardeau de la preuve, le président n'a pas créé une nouvelle norme qui serait plus exigeante que la «prépondérance des probabilités» en utilisant les mots «preuve concluante»—Le rôle d'un tribunal est de rendre une décision sur la base de la preuve concluante ou convaincante qui lui est présentée—Le comité d'appel ne s'est pas écarté de cette norme relative au fardeau de la preuve—Le demandeur allègue et le défendeur reconnaît que la norme de contrôle appropriée est celle du «caractère raisonnable»—Mais le président a utilisé les termes «manifestement déraisonnable» à plusieurs reprises et de façon constante dans sa décision—Le défendeur allègue que, malgré l'utilisation du terme «manifestement déraisonnable», la norme du «caractère raisonnable» a en réalité été appliquée—La Cour n'est pas convaincue qu'on a appliqué une norme différente de celle qui a été mentionnée constamment, à plusieurs reprises—La décision du comité d'appel est annulée.

EWING C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (T-2401-98, juge Blais, ordonnance en date du 30-6-99, 10 p.)

PROCÉDURE DE SÉLECTION*Concours*

Demande de contrôle judiciaire d'une lettre que la présidente de la Commission de la fonction publique du Canada a envoyée à l'avocat du demandeur pour lui exposer les raisons pour lesquelles le demandeur n'a pas été nommé à un poste de durée indéterminée à Citoyenneté et Immigration Canada à London (Ontario)—Le 29 juillet 1993, le demandeur a été déclaré candidat reçu à la suite d'un concours interne visant à doter un poste de durée indéterminée d'aide-conseiller en immigration (CR5) dans ce bureau—Valerie Clark, candidate qui s'était classée quatrième dans le cadre du même concours, a interjeté appel de la nomination du demandeur en vertu de l'art. 21 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique—Le demandeur n'a pas fait l'objet d'une nomination pendant que l'appel suivait son cours—Le comité d'appel de la Commission de la fonction publique a rejeté l'appel formé par M^{me} Clark contre la nomination du demandeur—La présidente de la Commission dit dans sa lettre qu'«aucune offre d'emploi n'avait été faite» à cause d'une insuffisance de fonds—La Commission est-elle tenue par l'art. 21(2) de la Loi de procéder à la nomination du demandeur ou de confirmer sa nomination?—La structure de la Loi et du Règlement montre que la Commission ou le Ministère a le pouvoir discrétionnaire de nommer une personne à un poste de la fonction publique—Aucune disposition n'oblige la Commission à nommer une personne à un poste qui n'existe pas—Une nomination doit être faite en conformité avec le principe du mérite—La liste d'admissibilité est simplement une liste de personnes admissibles pour combler un poste et ne confère à personne le droit d'être nommé à un poste—S'il n'y a pas de vacances à pourvoir dans l'immédiat ou plus tard, il ne peut y

FONCTION PUBLIQUE—Fin

avoir de nomination—La législation ne renferme aucune disposition portant que le pouvoir discrétionnaire de la Commission est supprimé par le simple dépôt d'un appel par un candidat non reçu ou par la procédure judiciaire qui s'ensuit—Demande rejetée—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 21 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 16; 1996, ch. 18, art. 15)—Règlement sur l'emploi dans la fonction publique, (1993), DORS/93-286.

SAMPSON C. CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL)
(T-1151-98, juge Dubé, ordonnance en date du 25-6-99,
10 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

CALCUL DU REVENU

Perte en capital—Appel d'une décision d'un juge de la Cour de l'impôt accueillant l'appel de l'intimée de la cotisation pour l'année d'imposition se terminant le 31-12-87 par laquelle le MRN a refusé la déduction, en vertu de l'art. 39(2) de la LIR, d'une perte en capital (24 965 399 \$) subie suite à la fluctuation des monnaies lorsque l'intimée a racheté en \$ US les actions privilégiées émises en \$ US en 1977, 1982 et 1983—Appel rejeté—L'intimée a admis en appel que la somme versée au rachat est réputée être un dividende en vertu de l'art. 84(3) de la LIR—Il s'agit de savoir si les art. 84(3) et 39(2) peuvent s'appliquer en même temps—L'art. 84(3) de la LIR porte que lorsqu'une société rachète des actions pour une somme supérieure au capital versé pour celles-ci, la société est réputée avoir versé un dividende égal à l'excédent et l'actionnaire est réputé avoir reçu un dividende pour la même somme—Il est clair que l'impact fiscal fait du dividende un revenu pour l'actionnaire—L'impact fiscal sur la société est moins clair—La disposition est neutre aux fins de déterminer si le paiement réputé d'un dividende est à classer sous le capital ou le revenu—L'art. 39(2) de la LIR est clair; un gain ou une perte résultant des fluctuations de la monnaie est un gain ou une perte en capital à condition de ne pas entrer dans le calcul du revenu du contribuable—Les sommes versées par la société, non traitées à d'autres fins comme une dépense déductible du revenu, relèvent de l'art. 39(2) de la LIR—Les sommes versées par la société aux actionnaires constituent une «perte» au sens courant du terme—Les circonstances en l'instance ressemblent à celles de *Tahsis Co. Ltd. c. La Reine*, [1979] C.T.C. 410 (C.F. 1^{re} inst.)—L'art. 84(3) de la LIR n'impose aucune réserve quant au sens du terme «perte» à l'art. 39(2) de la LIR—Ces deux dispositions traitent de situations particulières, qui se trouvent toutes deux présentes dans la transaction en cause ici—Loi de l'impôt sur le revenu, L.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 39(2) (mod. par L.C. 1977-78, ch. 1, art. 38(1)).

CANADA C. MACMILLAN BLOEDEL LTD. (A-655-97,
juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 28-6-99, 8 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite*Allocation du coût en capital*

La contribuable a-t-elle droit, pour les années d'imposition 1986 à 1989, à la déduction pour amortissement prévue à la catégorie 17 du Règlement de l'impôt sur le revenu (RIR), au motif que ses pistes de ski sont, par suite de leur construction et aménagement, des biens amortissables (une piste de ski peut-elle être considérée comme «un chemin, un trottoir, une piste d'envol, un parc de stationnement, une aire d'emmagasinage ou une semblable construction en surface»)?; au crédit au titre des bénéfices provenant de la fabrication et de la transformation au Canada d'articles destinés à la location, prévu à l'art. 125.1 de la Loi de l'impôt sur le revenu (LIR), au crédit d'impôt à l'investissement prévu à l'art. 127(5) de la Loi pour la fabrication et la transformation de marchandises à louer, et à la déduction pour amortissement prévue à la catégorie 29 du RIR pour des biens qu'elle a acquis pour la fabrication ou la transformation de marchandises destinées à la location aux motifs qu'elle fabrique de la neige artificielle dont elle se sert abondamment pour enneiger les pistes de ski et qu'elle loue ces pistes enneigées aux adeptes du ski alpin?—Le MRN refusa la déduction pour amortissement et le crédit d'impôt à l'investissement—La Cour canadienne de l'impôt refusa le crédit d'impôt à l'investissement mais accorda la déduction pour amortissement—Appel de la Couronne et appel incident de la contribuable—Appel et appel incident rejetés—1) Déduction pour amortissement—La contribuable n'a pas droit au crédit au titre des bénéfices de fabrication et transformation, au crédit d'impôt à l'investissement et à l'investissement pour amortissement des biens de la catégorie 29—Il est évident que la contribuable ne loue pas la neige artificielle comme telle tout comme il est évident que ce n'est pas l'asphalte que le propriétaire d'un terrain de stationnement loue à la personne qui veut y garer son automobile—À partir du moment où le bien fabriqué est incorporé à un autre ou en devient un accessoire, même important ou nécessaire, il perd son identité propre et n'est donc plus objet de location—Une personne informée œuvrant dans le milieu des affaires ne peut sérieusement prétendre que la fabrication de la neige artificielle destinée à être utilisée dans l'amélioration d'une pente de ski constitue une fabrication en vue de la location: *Canada c. Hawboldt Hydraulics (Canada) Inc. (Syndic)*, [1995] 1 C.F. 830 (C.A.)—L'objet principal du contrat passé avec le skieur alpin est la location d'un terrain spécifiquement aménagé pour la pratique du ski alpin et la neige, le degré de déclivité et les remonte-pentes sont des accessoires importants qui rendent le terrain propre à l'usage auquel il est destiné et ainsi favorisent sa location—2) Déduction pour amortissement des pistes de ski en tant que biens de la catégorie 17—Dans un premier temps, il faut identifier les traits communs qui caractérisent les constructions en surface qui sont énumérées au Règlement et, dans un deuxième temps, se demander si la construction des pistes de ski constitue une construction en surface et, dans l'affirmative,

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

si elle affiche les traits propres à celles énumérées—Le juge de la CCI a retenu comme trait commun à toutes les constructions en surface énumérées le fait que ce sont toutes des terrains aplanis et aménagés qui ont nécessité l'intervention de l'homme et dont le résultat final permet de les distinguer facilement d'un autre terrain dans son état naturel—Peu importe l'approche interprétative choisie, un fait demeure: la catégorie 17c) regroupe artificiellement, et considère comme des constructions en surface, des éléments disparates pour lesquels l'aspect construction est, dans certains cas, on ne peut plus minimal—Premièrement, le terrain qui, suite aux travaux effectués, devient une construction en surface, doit afficher un changement de configuration nettement discernable et permettre de le distinguer facilement d'un autre terrain dans son état naturel—Deuxièmement, ces constructions occupent un espace délimité et identifiable comme tel, sont visibles et, à divers degrés, exigent un apport en matériaux pour pouvoir remplir la fonction à laquelle elles sont destinées—Troisièmement, parce que susceptibles d'usure, elles ont un besoin et un coût récurrents d'entretien pour conserver leur identité et leur vocation—Les pentes de ski construites par la contribuable qui font l'objet du présent litige rencontrent ces trois critères et sont une construction en surface semblable à celles énumérées à la catégorie 17c)—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 125.1(3) (édicte par S.C. 1973-74, ch. 29, art. 1; 1977-78, ch. 1, art. 60(1); 1980-81-82-83, ch. 48, art. 71(1); ch. 140, art. 87(1); 1985, ch. 45, art. 70(1); 1986, ch. 6, art. 31(2)), 127(5) (édicte par S.C. 1974-75-76, ch. 71, art. 9(1); 1984-85, ch. 1, art. 72(2); 1988, ch. 55, art. 106(1))—Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., ch. 945, annexe II, catégories 17, 29.

CANADA C. MONT-SUTTON INC. (A-764-95, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 29-6-99, 17 p.)

Déductions

Appel d'un jugement de la Cour de l'impôt confirmant la nouvelle cotisation par laquelle des déductions ont été refusées pour le motif que les sommes n'étaient ni des intérêts, ni des montants payés en vertu d'une obligation légale de payer des intérêts sur une somme d'argent empruntée—L'appelante a émis deux séries de débentures, chacune de ces séries comprenant l'obligation de verser aux détenteurs des intérêts sur une base semestrielle—Chaque série était régie par un contrat fiduciaire prévoyant la création d'un fonds d'amortissement à partir duquel l'appelante était tenue de racheter les débentures—L'appelante a racheté certaines de ses débentures par l'entremise de courtiers—On a négocié une réduction du prix avec les vendeurs relativement au montant en capital, supposant que le montant des intérêts courus sur les débentures jusqu'à la date du rachat serait aussi payé par l'appelante aux détenteurs des débentures au moment du rachat—L'appelante a déduit de son

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

revenu les montants imputables aux intérêts en tant que montants d'intérêts payés en vertu d'une obligation légale sur de l'argent emprunté dans le but de tirer un revenu, conformément à l'art. 20(1c)i) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Appel accueilli—L'appelante n'achetait pas une «espérance de toucher des intérêts» puisqu'elle n'avait pas, de toute évidence, l'intention de se payer à elle-même des intérêts après avoir racheté les débentures—Les affaires sur lesquelles s'est appuyée la Cour de l'impôt, *Wigmore c. Summerson & Sons*, [1926] 1 K.B. 131 et *R. c. Immobiliare Canada Ltd.*, [1978] 1 C.F. 633 (1^{re} inst.); conf. par C.A.F., se distinguent de l'affaire en l'espèce en ce qu'elles impliquaient l'achat d'un titre de créance par une personne autre que le débiteur du titre en question—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 20(1c)i).

HUDSON BAY MINING AND SMELTING CO. C. CANADA (A-330-96, juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 6-5-99, 4 p.)

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt concluant que l'achat de données sismiques pour des fins d'octroi de permis constituait des frais d'exploration au Canada mais limitant la déduction au montant de la sortie de fonds—L'art. 66 de la Loi de l'impôt sur le revenu permet au contribuable de déduire de son revenu des frais d'exploration au Canada, qui sont définis comme étant des dépenses engagées en vue de déterminer l'existence ou la localisation de gisements de pétrole ou de gaz au Canada—L'expression «données sismiques» est utilisée pour décrire l'information géophysique obtenue au moyen de l'installation de capteurs de son dans la surface de la terre et au moyen des traces laissées par des explosions—La contribuable appelante a payé 15 millions de dollars pour l'achat de données sismiques—La somme de 1,8 million de dollars a été payée en argent comptant, tandis que le solde de 13,2 millions de dollars a été garanti par un billet avec recours limité—Global a déduit la totalité du prix d'achat de son revenu pour les années d'imposition 1991 et 1992 au motif que ce montant constituait des frais d'exploration au Canada au sens de l'art. 66.1(6) de la Loi—Le MRN a refusé la déduction dans sa totalité au motif que l'acquisition de données en vue de l'octroi de permis ne respectait pas le critère des fins visées qui est établi dans cette disposition—La contribuable n'a pas droit à une déduction fiscale totale ou partielle—La stratégie fiscale était viciée dans sa conception et dans son exécution—Les données sismiques achetées à des fins de vente ou d'octroi de permis ne constituent pas des frais d'exploration au Canada au sens de l'art. 66.1(6)—Global n'a pas démontré qu'on avait procédé à de l'exploration pétrolière et gazière en son nom avec l'aide des données sismiques qu'elle avait achetées—Si les opérations menées par Global respectent le critère des fins visées qui est établi par l'art. 66.1(6)a), Global est limitée à une déduction pour frais d'exploration au Canada de 1,8 million de dollars pour deux motifs—Premièrement, Global

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

n'a pas réussi à démontrer que les données sismiques avaient une juste valeur marchande supérieure au montant en argent comptant—Deuxièmement, le solde du prix d'achat garanti par le billet constitue une dette éventuelle, de sorte qu'il n'est pas déductible du revenu pour l'année où l'obligation a pris naissance—Le droit fiscal ne permet pas la déduction d'une dépense qui peut ne jamais devoir être payée—Appels rejetés—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 66.1(6a).

GLOBAL COMMUNICATIONS LTD. C. CANADA (A-426-97, A-427-97, juge Robertson, J.C.A., jugement en date du 18-6-99, 30 p.)

Gains en capital

Appels de deux jugements de la Cour canadienne de l'impôt rendus en vertu de l'art. 73(5) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Les appelants en avaient appelé des cotisations établies par le MRN à l'égard de leurs années d'imposition 1987, 1988 et 1989—Ils ont un fils, Thierry, né en 1973—En 1978, ils fondent une société spécialisée dans le commerce du café, Orient Express Café Ltée, dont ils détiennent toutes les actions—En décembre 1987, A.L. Van Houtte Ltée s'est engagée à acquérir, pour la somme de 1 810 500\$, la presque totalité des actions d'Orient Express—Les appelants désiraient minimiser leur fardeau fiscal tout en avantageant leur fils—Par contrat notarié en date du 23 décembre 1987, les appelants transféraient 400,000 actions à la Fiducie de Thierry Nicolas de Ruelle (la Fiducie Thierry)—Le même jour, les appelants et Fiducie Thierry vendaient à Van Houtte, pour une somme de 1 810 500 \$, la quasi-totalité des actions d'Orient Express—Les appelants ont réclamé dans leur déclaration de revenus une exonération du gain en capital d'une valeur de 50 000\$ chacun—Le ministre a refusé leur demande d'exonération—Le présent litige résulte d'une méprise sur le sens à donner aux mots «transfert à un enfant» à l'art. 73(5) de la Loi et sur la portée de l'arrêt prononcé par la Cour suprême du Canada dans *Royal Trust Co. c. Tucker*, [1982] 1 R.C.S. 250—À sa face même, le mot «transfert» ne suppose pas une forme particulière et peut être effectué de manière indirecte—L'art. 73(5) trouve application dès lors qu'est posé le geste (en l'occurrence, l'institution de la Fiducie Thierry) qui donne ouverture au processus par lequel ses biens se retrouvent ultimement dans le patrimoine de l'enfant—Il n'est pas possible de dire qu'il n'y avait pas transfert à l'enfant du fait que celui-ci, si on appliquait rigoureusement l'arrêt *Tucker*, ne serait que le propriétaire éventuel du bien transféré—Il y a certainement eu transfert d'actions par les parents, et ce transfert était irrévocable—Rien n'indique que le fiduciaire n'a pas agi dans les meilleurs intérêts de l'enfant bénéficiaire en vendant, dès après leur acquisition, ses actions dans l'entreprise familiale que les parents avaient choisi de vendre—En établissant au profit de leur enfant une fiducie de la manière prescrite par

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

la loi québécoise, les parents ont transféré leurs actions à cet enfant au sens de l'art. 73(5) de la Loi et pouvaient se prévaloir de l'avantage fiscal que confère cette disposition—Appels accueillis—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 73(5) (mod. par S.C. 1977-78, c. 42, art. 6; 1979, c. 5, art. 24(1); abrogé par S.C. 1986, c. 6, art. 36).

BROUILLETTE C. CANADA (A-1019-96, A-1020-96, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 29-6-99, 11 p.)

INJONCTIONS

Requête en vue d'obtenir une injonction interlocutoire enjoignant au défendeur d'immédiatement demander aux autorités suisses de ne prendre aucune autre mesure en réponse à une lettre de demande tant que les demandes à l'égard desquelles la Cour a choisi de surseoir au prononcé de sa décision n'auront pas été tranchées de manière définitive—La première de ces demandes vise l'obtention d'une ordonnance sommant le défendeur de retirer ou d'annuler la lettre de demande d'assistance juridique envoyée aux autorités suisses dans le cadre d'une enquête de la GRC relative au demandeur et à d'autres personnes à la suite d'aveux faits par le défendeur lors du règlement d'une action introduite par l'une des autres personnes concernées, l'ancien premier ministre du Canada, l'honorable Brian Mulroney—Selon ces aveux, certaines conclusions mentionnées dans la lettre de demande sont dénuées de fondement—La seconde demande vise l'obtention d'un jugement déclaratoire concernant le pouvoir du défendeur de donner suite à la demande qu'il a soumise aux autorités suisses compte tenu de l'arrêt *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841, dans lequel on a statué que le défendeur n'agissait pas en violation des droits garantis par la Charte au demandeur lorsqu'il a prié, par lettre de demande, les autorités étrangères de lui fournir des renseignements, sans avoir préalablement obtenu une autorisation judiciaire à cet effet—Application du critère à trois volets énoncé dans l'arrêt *R.J.R. Macdonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311—L'existence de questions sérieuses à juger n'est pas contestée—Le demandeur soutient qu'il subira un préjudice irréparable si, en réponse à la lettre de demande, des documents et des renseignements de nature privée sont transmis par la Suisse au Canada pour être examinés par les autorités canadiennes avant que la requête produite par le demandeur en vue d'obtenir une ordonnance interrompant ce processus ne soit tranchée—De plus, on affirme que la demande soumise en vue d'obtenir que le défendeur soit tenu de remplir ses devoirs publics en matière d'administration de la justice suffit en soi à montrer qu'un préjudice irréparable sera causé si le défendeur n'attend pas qu'une décision judiciaire soit rendue quant à ses obligations—Ces assertions relatives à un préjudice irréparable sont d'ordre général—Le demandeur a l'occasion de soulever d'éventuelles objections contre l'assistance juridique que les autorités suisses ont prévu

INJONCTIONS—Fin

d'offrir—La procédure suisse permet également d'interjeter appel, ce qui suspend automatiquement toute mesure découlant de la décision—La preuve n'établit donc pas qu'un préjudice irréparable sera causé si la réparation maintenant demandée est refusée—C'est pure hypothèse que, subséquemment à n'importe quel appel, les autorités suisses répondront à la lettre de demande avant que les demandes à l'égard desquelles la Cour a choisi de surseoir au prononcé de sa décision ne soient tranchées—Inutile d'examiner la prépondérance des inconvénients—Requête rejetée sous réserve de la possibilité de présenter une autre demande si la situation change.

SCHREIBER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(T-224-97, T-1221-98, juge MacKay, ordonnance en date du 9-7-99, 8 p.)

JUGES ET TRIBUNAUX

Courtoisie judiciaire—La Cour était-elle liée par la décision récente, rendue en matière de citoyenneté et de l'immigration, dans l'affaire *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] F.C.J. n° 865 (1^{re} inst.), dans la mesure où cette décision tranche les mêmes questions constitutionnelles que celles que soulèvent les présentes affaires?—Dans l'arrêt *Janssen Pharmaceutica Inc. c. Apotex Inc.* (1997), 72 C.P.R. (3d) 179 (C.A.F.), la Cour d'appel fédérale a adopté et appliqué un arrêt rendu par une autre formation de la C.A.F. relativement à une question identique soulevée dans une autre affaire, bien qu'elle ne fût pas effectivement liée par un tel arrêt, invoquant des motifs fondés sur la doctrine *stare decisis* ou la doctrine de la courtoisie judiciaire—Pour des motifs de courtoisie judiciaire, la décision que le juge McKeown a rendue dans l'affaire *Suresh* est adoptée et appliquée, les faits importants de cette affaire ne pouvant être distingués de ceux des présentes affaires et la décision du juge McKeown n'étant pas manifestement erronée—Les parties pourront néanmoins, en temps opportun, faire des observations concernant la certification de toute question ayant trait aux questions constitutionnelles que soulèvent les présentes affaires.

AHANI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4204-98, T-1767-98, IMM-6546-98, IMM-4825-98, juge McGillis, ordonnance en date du 18-6-99, 7 p.)

LANGUES OFFICIELLES

Appel d'une décision de la Section de première instance ((1998), 152 F.T.R. 1) concernant six plaintes déposées en 1994 contre Air Canada—En septembre 1996, le commissaire aux langues officielles du Canada a déposé une requête

LANGUES OFFICIELLES—Fin

en vertu de l'art. 78(1)a) de la Loi sur les langues officielles pour exercer un recours contre Air Canada avec le consentement du plaignant, Robert Jollette—Les questions en litige étaient les suivantes: 1) s'agissait-il de plaintes «fermées» ou «fermées avec suivi»? 2) dans l'hypothèse où ces plaintes étaient encore actives, le commissaire a-t-il mené à leur égard l'enquête prescrite par l'art. 58(1) de la Loi?—La première question en était une de fait—Le juge de première instance a conclu que les plaintes en question n'étaient pas des plaintes fermées et que l'enquête du commissaire à leur égard n'était que suspendue—Il avait raison en ce qui a trait à la sixième plainte qui était une «plainte avec suivi», donc une plainte susceptible d'être réactivée et ce, à la connaissance même d'Air Canada—La situation était toutefois différente en ce qui concerne les cinq premières plaintes—Le commissaire a lui-même établi une procédure en vertu de laquelle les plaintes sont soit actives, soit fermées, soit en suspens et susceptibles d'être réactivées—Autant la preuve au dossier permet de conclure que la sixième plainte était en suspens, autant cette preuve force à conclure que les cinq premières plaintes étaient fermées—L'appel sur ce point est donc accueilli en partie—La seconde question concernait l'enquête sur les plaintes—En l'espèce, le commissaire a regroupé 18 plaintes pour fins d'enquête—Il a identifié ces plaintes dans son rapport, en a fait le sommaire, dit en avoir fait l'examen et a fait de nombreuses recommandations que l'on pourrait qualifier de systémiques—Il eût été préférable que le commissaire prit le soin d'écrire, dans son rapport, qu'il avait examiné chacune des plaintes et conclu à leur bien-fondé de manière individuelle—Air Canada a su, tout au long de l'enquête qu'a menée le commissaire en 1995 et 1996 sur le service bilingue d'Air Canada à l'aéroport international Lester B. Pearson de Toronto, que la sixième plainte de M. Jollette était l'une des plaintes sur lesquelles le commissaire enquêtait—Elle ne s'en est jamais offensée—En plaidant vice de forme, surprise et injustice, Air Canada plaidait en réalité ignorance de la loi—Appel accueilli en partie—Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31, art. 58(1), 78(1).

CANADA (COMMISSAIRE AUX LANGUES OFFICIELLES) C. AIR CANADA (A-409-98, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 14-5-99, 8 pp.)

LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Action en dommages-intérêts—Il s'agit de savoir si le fait pour l'ex-épouse d'un détenu de communiquer avec la Commission nationale des libérations conditionnelles auprès de laquelle elle s'est présentée comme une victime, et qui fut considérée comme telle par la Commission, brime les droits de ce détenu et justifie un recours en vertu de l'art. 24 de la Charte canadienne des droits et libertés—Le demandeur purge une peine d'emprisonnement à perpétuité depuis

LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Fin

1977—Son ex-épouse, France Bélanger, a fait parvenir deux lettres à la Commission nationale des libérations conditionnelles pour demander qu'une condition particulière de non-communication, directe ou indirecte, soit imposée à son ex-époux et pour se décrire comme une victime—Dans sa première lettre à la Commission, elle cherchait, par l'entremise de celle-ci, à empêcher le demandeur de communiquer avec elle pour éviter qu'il fasse réviser par les tribunaux de droit commun ses droits de garde de son fils Alexandre, et de visite qui avaient été suspendus—Rien dans la preuve ne démontre que France Bélanger satisfasse à la définition de victime prévue à la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, à savoir «une personne qui a subi des dommages corporels ou moraux par suite de la perpétration d'une infraction»—En considérant l'ex-épouse du demandeur comme une victime, en lui transmettant des renseignements auxquels elle n'avait pas droit et en lui fournissant des copies de décisions concernant le demandeur, contrairement aux dispositions claires de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, les agents de la défenderesse ont brimé les droits du demandeur à la liberté de sa personne, à la protection contre des conditions de traitement inusitées, et à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination—Le demandeur n'a fait aucune preuve de perte de salaire—Il a droit à des dommages-intérêts de 10 000 \$ et à des dommages punitifs de 5 000 \$—Action accueillie en partie—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 2—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 24.

ZARZOUR C. CANADA (T-1368-97, juge Denault, jugement en date du 28-5-99, 18 p.)

MARQUES DE COMMERCE**ENREGISTREMENT**

Appel d'une décision de la Commission d'opposition des marques de commerce interjeté en vertu de l'art. 56 de la Loi sur les marques de commerce—La demanderesse a voulu faire enregistrer la marque Sta-Dry au Canada en liaison avec des pompes submersibles et des pompes tout usage—La défenderesse, Sta-Rite Industries, Inc., s'est opposée en soutenant que la marque donnait [TRADUCTION] «une description claire des marchandises de la demanderesse», ce qui, suivant l'art. 12(1)b) en empêchait l'enregistrement—La Commission a refusé l'enregistrement—La demanderesse fait valoir l'existence de nouveaux éléments de preuve au soutien de son appel—La défenderesse conteste l'admissibilité des nouveaux éléments de preuve—Dans les litiges en matière de marque de commerce, les

MARQUES DE COMMERCE—Suite

avocats spécialisés en propriété intellectuelle ont pris l'habitude de prouver l'état du registre au moyen de sources comme le CD-ROM utilisé en l'espèce—Il s'agit d'une pratique acceptable si les parties y consentent ou si la norme de preuve applicable est respectée—L'avocat de la défenderesse revendique expressément l'application du critère d'admissibilité car il ne connaît pas la source utilisée—Puisque la fiabilité de la source n'a pas été démontrée de façon satisfaisante et puisque la demanderesse n'a pas établi qu'une exception à la règle du oui-dire était applicable, la preuve relative au CD-ROM est inadmissible—La Cour ne dispose d'aucun nouvel élément de preuve justifiant de modifier la décision de la Commission—La décision de la Commission n'est entachée d'aucune erreur de droit ou de fait et la preuve ne diffère pas de celle qui avait été faite devant la Commission—Demande rejetée—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 12(1)b) et 56.

GSW INC. C. CANADA (REGISTRAIRE DES MARQUES DE COMMERCE) (T-652-98, juge Campbell, ordonnance en date du 29-6-99, 11 p.)

PRATIQUE

Appel interjeté en vertu de l'art. 56 de la Loi sur les marques de commerce contre une décision du registraire des marques mettant en cause la radiation pour non-emploi prévue à l'art. 45 de la Loi—La question est de savoir si le défaut d'emploi d'une marque de commerce enregistrée par le propriétaire inscrit est justifié par des circonstances spéciales—Sealy Canada Ltée est un fabricant de meubles au Canada—Depuis 1982, Sealy est propriétaire de la marque «Fantasy» enregistrée en vue de l'emploi en liaison avec des matelas et des sommiers à ressorts, des divans-lits, des canapés et des fauteuils ainsi que des lits réglables—Le registraire a donné un avis à Sealy au titre de l'art. 45(1), lui enjoignant d'indiquer, pour la période allant du 10 octobre 1993 au 10 octobre 1996, si sa marque de commerce «Fantasy» avait été employée ou si des circonstances spéciales justifiaient son défaut d'emploi—Sealy a déposé l'affidavit de Craig Dunlop, vice-président principal et chef de l'exploitation de la société depuis 1984, sur le défaut d'emploi de sa marque «Fantasy» pendant la période visée—Le registraire a conclu que le défaut d'emploi de la marque était imputable à des circonstances spéciales—Il faut examiner trois critères s'agissant des circonstances spéciales justifiant le défaut d'emploi d'une marque de commerce: 1) la durée du défaut d'emploi de la marque; 2) la question de savoir si ce défaut d'emploi par le propriétaire inscrit s'explique par des circonstances indépendantes de sa volonté; 3) l'existence d'une intention sérieuse de reprendre l'emploi de la marque dans un bref délai—En ce qui concerne le premier facteur, la durée du défaut d'emploi, l'affidavit de M. Dunlop n'établit pas «la date où

MARQUES DE COMMERCE—Fin

[la marque] a été ainsi employée en dernier lieu», suivant l'art. 45(1) de la Loi—Le registraire n'avait aucune idée du moment précis où l'emploi de la marque a cessé—Ses conclusions sur ce point n'ont été que simple conjecture—S'agissant du deuxième facteur, c'est à tort que le registraire a considéré que le défaut d'emploi de la marque était indépendant de la volonté de Sealy—Il ne disposait pas d'éléments de preuve suffisants pour être en mesure de tirer cette conclusion—Le troisième facteur est l'intention de reprendre dans un bref délai l'emploi de la marque—Il y a une reprise effective de l'emploi de la marque par des ventes à The Brick—La relation entre Sealy et The Brick est sérieuse et réelle eu égard aux matelas et sommiers à ressorts «Fantasy»—L'intention du Parlement n'était pas de radier une marque dans ces circonstances—Appel rejeté—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 45, 56.

RIDOUT & MAYBEE C. SEALY CANADA LTD.
(T-1412-98, juge Lemieux, ordonnance en date du 5-7-99, 22 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES**ÉLECTIONS**

Requête en radiation de parties d'une déclaration au motif qu'il n'en ressort aucune cause d'action valable—Sa Majesté soutient qu'étant donné qu'il n'y a aucune allégation de manquement au contrôle fiduciaire de biens appartenant aux autochtones, de terres réservées, de droits miniers ou d'argent appartenant à des Indiens, non plus que d'allégation de violation des droits des autochtones ou des droits découlant d'un traité, et qu'il n'est pas allégué qu'un pouvoir discrétionnaire ou qu'une compétence de Sa Majesté a été exercé au détriment du demandeur, la réclamation que l'on trouve au paragraphe 25 ne peut être liée à aucune allégation de manquement à une obligation fiduciaire—Cependant, les contextes donnant lieu à une obligation fiduciaire de Sa Majesté envers les peuples autochtones ne se limitent pas à ceux qui existent déjà, puisque l'application de ce concept continue d'évoluer—Le retard de Sa Majesté à présenter sa requête en radiation n'empêche pas la présentation d'une requête qui se fonde sur le fait qu'il n'y a pas de cause d'action valable—Le demandeur allègue essentiellement que le ministre a envers les autochtones vivant à l'extérieur des réserves l'obligation fiduciaire de protéger leurs droits lors du processus d'élection coutumier et qu'il y a eu un manquement à cette obligation en l'espèce; que le ministre a un pouvoir résiduaire et une obligation fiduciaire envers les autochtones de veiller à ce que la coutume de la bande soit appliquée, lorsqu'une telle coutume existe—Il n'appartient pas à la Cour, à ce stade-ci, de déterminer si tel est le cas—Il suffit de reconnaître qu'il n'est pas clair ni évident que l'action du demandeur n'a aucune chance de succès—

PEUPLES AUTOCHTONES—Fin

Requête rejetée—Incidentement, le demandeur allègue que la Loi sur les Indiens contestée en l'espèce est une loi qui ne prévoit pas de lignes directrices qui assurent que les règles dites coutumières soient réellement conformes à la coutume ni de lignes directrices découlant de la coutume qui protègent les droits des membres de la bande ou garantissent que les règles sont conformes à la Charte—Toutefois, Sa Majesté a le droit d'obtenir des précisions sur les obligations tenues pour implicites dans la déclaration modifiée qui donnent lieu à l'allégation du demandeur que Sa Majesté a manqué à son obligation fiduciaire.

SARK C. BANDE INDIENNE DE LENNOX ISLAND
(T-390-95, juge MacKay, ordonnance en date du 24-6-99, 8 p.)

PRATIQUE

Phase précédant l'instruction—Action se rapportant à un plaidoyer que le demandeur avait présenté en vue d'être exonéré d'une confiscation par constat de 12 500 \$—Lors de la conférence préparatoire à l'instruction, en violation de la règle 260, le ministre défendeur n'avait pas envoyé un représentant autorisé à discuter du règlement d'une façon utile comme l'exige la règle 263 des Règles—L'avocat du ministre a écrit, une semaine avant le début de la conférence de règlement, pour dire qu'un représentant d'Ottawa assisterait à la conférence, à condition qu'il ne soit pas autorisé à prendre une décision définitive—Cela n'était pas approprié, et ce, pour plusieurs raisons—Premièrement, les discussions relatives au règlement qui, en vertu des Règles, doivent avoir lieu à la conférence préparatoire à l'instruction n'ont abouti à rien parce que le représentant du ministre n'avait pas les pouvoirs voulus—Deuxièmement, les conditions auxquelles le représentant devait être présent avaient déjà été énoncées dans une directive: il n'appartenait plus à Sa Majesté d'imposer des conditions—Troisièmement, la procédure proposée était beaucoup trop complexe pour une affaire dans laquelle une somme de 12 500 \$ seulement était en cause—Le défendeur peut présenter une requête en vue d'être dispensé de la directive selon laquelle le MRN doit envoyer un représentant dûment autorisé à prendre une décision à la conférence de règlement—Si aucune dispense n'est obtenue et si un représentant autorisé du ministre n'est pas présent, l'avocat du ministre doit être prêt à exposer les raisons pour lesquelles la défense du ministre ne devrait pas être radiée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 260, 263.

MOSCONE C. M.R.N. (T-1904-96, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 4-5-99, 4 p.)

Non-lieu—Appel d'un jugement de première instance déclarant le non-lieu de la demande reconventionnelle—La demanderesse a réalisé des travaux et fourni des matériaux

PRATIQUE—Suite

pour gréer un bateau pour la pêche au pétoncle—Les défendeurs, estimant le prix excessif, n'ont pas payé la demanderesse—Les défendeurs ont, par demande reconventionnelle, réclamé les profits perdus pour la période d'inactivité du bateau supérieure aux cinq jours que la demanderesse avait assuré que dureraient les travaux, alors que ceux-ci ont pris cinq semaines—Au cours de sa déposition, le témoin des défendeurs n'a pas parlé de la demande reconventionnelle—Le juge de première instance est intervenu pendant le contre-interrogatoire de ce témoin—La transcription indique que même si l'avocat des défendeurs semble n'avoir pas bien saisi le sens de l'intervention du juge, il ne s'est pas désisté de la demande reconventionnelle, en dépit de l'insistance manifestée par le juge à cet égard—À l'instigation du juge de première instance, l'avocat de la demanderesse a demandé et obtenu le non-lieu de la demande reconventionnelle—Le contre-interrogatoire du témoin des défendeurs s'est poursuivi—Appel accueilli—Notre Cour a peu statué sur la question du non-lieu, mais il existe de la jurisprudence et de la doctrine ontariennes instructives à ce sujet: *McKenzie et al. v. Bergin et al.*, [1937] O.W.N. 200 (C.A.); Sopinka, John *et al.*, *The Trial of an Action*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1998—Suivant ces textes, les règles suivantes s'appliquent: 1) le juge de première instance ne devrait pas, de sa propre initiative, prescrire un non-lieu, 2) la requête en non-lieu visant la demande reconventionnelle ne devrait pas être présentée avant la clôture de la preuve des défendeurs—L'équité procédurale exigeait que le juge laisse au demandeur le soin de décider s'il demanderait le non-lieu de la demande reconventionnelle et qu'une telle requête ne soit entendue qu'après la clôture de la preuve du défendeur—Le juge de première instance a commis une erreur en prescrivant à l'avocat de la demanderesse de demander le non-lieu de la demande reconventionnelle et en statuant sur la requête avant que l'avocat des défendeurs n'ait terminé sa preuve—Aucun des avocats n'a été préalablement avisé que le juge allait soulever la question du non-lieu, et aucun n'a eu l'occasion d'y réfléchir—En prenant les avocats par surprise et en ne leur laissant pas le temps d'examiner la question, le juge semble avoir abusé de l'ambiguïté de la situation ainsi que de l'inexpérience du jeune avocat et de la confusion dans laquelle il se trouvait—Il n'aurait pas dû interrompre ce dernier—Au lieu d'imposer et de prononcer un non-lieu prématuré, il aurait plutôt fallu qu'il recommande au jeune avocat de consulter l'avocat principal, qui venait d'arriver de son procès criminel et dont la présence dans la salle d'audience était connue du juge, sur la question de la demande reconventionnelle et de la nécessité de l'étayer d'éléments de preuve—L'efficacité qui doit présider aux instructions ne doit pas s'obtenir aux dépens de l'équité—Lorsqu'un juge précipite un procès sans raison valable en recourant à une procédure irrégulière, le processus paraîtra injuste—Il est à craindre que le juge, en partageant également entre les deux parties la responsabilité du malentendu relatif à une partie du travail, ne se soit pas suffisamment

PRATIQUE—Suite

penché sur la question de l'attribution de la responsabilité, laquelle était la raison même de la présence des parties devant la Cour—Il est regrettable que les parties aient à assumer les frais d'un nouveau procès dans de telles circonstances, mais c'est nécessaire—L'affaire est renvoyée devant la Section de première instance pour qu'un nouveau procès soit instruit devant un juge différent.

GERALD'S MACHINE SHOP LTD. C. MELINA & KEITH II (LE) (A-441-97, juge en chef Isaac et juges Létourneau et Rothstein, J.C.A., 8-7-99, 10 p.)

ACTES DE PROCÉDURE

Modifications

Appel de l'ordonnance du juge des requêtes [1997] A.C.F. n° 263 (1^{re} inst.) (QL), rejetant la demande de *mandamus* des appelantes visant à obliger les ministres de l'Agriculture et des Finances intimés à exercer le pouvoir discrétionnaire conféré par la Loi sur la vente coopérative des produits agricoles de payer aux appelantes le montant d'une garantie consentie par le ministre de l'Agriculture—Le juge des requêtes voulait que la demande dont il était saisi soit instruite comme une action, si les parties demandaient une ordonnance à cet effet—Au lieu de rendre une telle ordonnance de son propre chef, il a rejeté la demande avec dépens à suivre—Les avocats des parties ont demandé, comme redressement subsidiaire, que notre Cour donne instruction de convertir la demande en action en vertu de l'art. 18.4(2) de la Loi sur la Cour fédérale—En vertu des art. 52b(i) et 18.4(2) de la Loi sur la Cour fédérale, la Cour peut rendre l'ordonnance que le juge des requêtes aurait dû prononcer—La demande de contrôle judiciaire que les appelantes ont déposée le 15 mai 1996 devant la Section de première instance doit être instruite comme une action—La demande sera considérée comme une déclaration; les appelantes deviendront des demanderesse à l'action et les intimés des défendeurs—Appel accueilli en partie—Loi sur la vente coopérative des produits agricoles, L.R.C. (1985), ch. A-5—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.4(2) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), 52b(i) (mod., *idem*, art. 17).

BANQUE DE MONTRÉAL C. CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL) (A-216-97, juge en chef Isaac, jugement en date du 26-4-99, 5 p.)

Requête en radiation

La Couronne invoquait l'absence de cause raisonnable d'action—Les demandeurs contestaient les ordres de paiement et les ordres exigeant la production de documents et la fourniture de renseignements adressés à des tiers sous le régime de la Loi de l'impôt sur le revenu parce que le

PRATIQUE—Suite

ministre du Revenu national n'aurait pas suivi la procédure appropriée en faisant signer les ordres, ou en permettant qu'ils soient signés, par un fonctionnaire qui n'y était pas expressément autorisé par la loi, mais qui les a censément signés en qualité de délégué du ministre ou du sous-ministre—La Couronne prétendait que la demande de contrôle judiciaire était le moyen approprié pour contester la validité d'une délégation de pouvoirs légaux; elle a invoqué D.P. Jones et A.S. de Villars, *Principles of Administrative Law*, 2^e éd., 1994, Toronto, Carswell, à la p. 370, sous le titre «Granting Delegated Powers in Broad or Subjective Terms»—Elle alléguait que lorsque le ministre exerce une compétence ou des pouvoirs prévus par la Loi de l'impôt sur le revenu, il est un office fédéral au sens de l'art. 2(1) de la Loi sur la Cour fédérale: *Richardson (James) & Sons Ltd. v. M.N.R.*, [1981] 2 W.W.R. 357 (B.R. Man.)—Elle a aussi invoqué *ICN Pharmaceuticals, Inc. c. Canada (Personnel du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés)*, [1997] 1 C.F. 32 (C.A.) à l'appui de sa prétention qu'il faut absolument procéder par demande de contrôle judiciaire pour obtenir un jugement déclaratoire contre un office fédéral—Elle a conclu que le simple fait de demander également des dommages-intérêts ne validait pas l'action—Elle s'est appuyée sur *Johnson-Paquette c. Canada*, [1998] F.C.J. n° 1741 (1^{re} inst.) (QL) pour faire valoir que le demandeur, n'ayant pas épuisé la procédure de règlement des griefs, suivie d'un éventuel contrôle judiciaire, ne pouvait pas obtenir plutôt un contrôle judiciaire au moyen d'une action en dommages-intérêts fondée sur la responsabilité délictuelle: *Lameman et al. c. Gladue et al.* (1995), 95 F.T.R. 220 (C.F. 1^{re} inst.)—Suivant la jurisprudence, si le ministre est un «office fédéral», la Cour fédérale n'est compétente pour accorder une injonction ou un jugement déclaratoire que sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire—Néanmoins, les demandeurs ont fait valoir que le ministre n'était pas un office fédéral—On peut soutenir, comme les demandeurs l'ont fait, que *Richardson* portait sur la compétence de la Cour fédérale, que le passage précis de la décision où il a été déclaré que le ministre est un office fédéral était une remarque incidente et que la Cour n'est pas liée par les décisions de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba—Ce qui est plus important, l'affaire *Richardson* est antérieure à l'arrêt *Fee et autre c. Bradshaw et autres*, [1982] 1 R.C.S. 609: ce n'est que dans la mesure où il prend une décision administrative ou discrétionnaire que le ministre du Revenu national est un office fédéral—Les demandeurs ont plaidé qu'aucune erreur de nature administrative n'avait été commise, car ils ne contestaient pas la délégation de pouvoirs, alléguant qu'il n'y avait carrément pas eu de délégation—Il n'y aurait donc pas eu de décision administrative, ni d'exercice irrégulier d'un pouvoir par le ministre—Il existait des motifs suffisants pour permettre aux demandeurs de poursuivre leur action—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2(1) «office fédéral» (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1).

BRUNO C. CANADA (T-2359-98, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 28-5-99, 11 p.)

PRATIQUE—Suite

FRAIS ET DÉPENS

Ordonnances relatives aux dépens concernant l'exécution d'ordonnances *Anton Piller*—La Cour jouit d'un pouvoir discrétionnaire absolu à l'égard du montant et de la ventilation des dépens, ainsi que de la détermination de la personne qui doit les verser—En matière d'octroi de dépens, ni la capacité de payer ni la difficulté de recouvrer ne devrait être un facteur déterminant—Il se peut bien qu'en l'espèce une partie ou la totalité des défendeurs de qui les dépens sont réclamés n'aient pas la capacité de payer—Pour d'autres défendeurs, il se peut que l'application de l'octroi de dépens à leur encontre soit difficile voire impossible—Il ne s'agit pas là de facteurs dont la Cour devrait tenir compte—L'octroi de dépens ne devrait pas permettre à des demandeurs de bénéficier d'«économies d'échelle»—Si plusieurs demandeurs conviennent d'avoir recours à une seule équipe d'observation et de perquisition et un seul avocat pour la comparution devant la Cour, ils ne devraient pas ainsi récolter des dépens disproportionnés—Les dépens sollicités pour le compte des demanderesses sont excessifs—L'octroi de dépens à l'égard de demandes d'ordonnances d'exams d'exécution d'ordonnances *Anton Piller*, l'ajout de défendeurs et l'octroi d'injonctions interlocutoires ne devraient pas excéder un montant de l'ordre de 500 \$ par ordonnance accordée, et ne devraient pas excéder, au total, un montant de l'ordre de 5 000 \$, indépendamment du nombre de demandeurs représentés et du nombre de défendeurs auxquels des actes de procédure ont été signifiés—Lorsque le maximum de 5 000 \$ par comparution est demandé, il devrait être réparti également entre toutes les ordonnances accordées dans le cadre de la même comparution devant la Cour.

NIKE CANADA LTD. C. PERSONNES INCONNUES (T-2027-97, juge Gibson, ordonnance en date du 22-6-99, 8 p.)

Le demandeur conclut à dépens sur une base avocat-client contre le ministre—Recours tendant à forcer le ministre à instruire la revendication du statut de réfugié fondée sur la crainte d'être persécuté en Jamaïque en raison en partie de ce qui se passait en 1992, lorsque le demandeur fut le témoin d'un crime commis au Canada—Crainte ravivée à la suite de ce qui s'est passé après avril 1998, lorsque le ministre le fit renvoyer du Canada alors qu'il y avait sursis, par application de la loi, à la mesure d'expulsion prise contre lui en 1995—La Cour a conclu que la revendication du statut de réfugié était irrecevable par application de l'art. 44(1) du fait que la mesure d'expulsion de 1995 n'avait pas été mise à exécution, le renvoi illégal d'une personne hors du Canada ne pouvant valoir exécution de mesure d'expulsion—Le demandeur se heurte à trois obstacles: 1) la règle 22 des Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration ne permet, en cas de recours en contrôle judiciaire contre une décision rendue sous le régime de la Loi sur

PRATIQUE—Suite

l'immigration, l'allocation des dépens que pour des «raisons spéciales»; 2) l'inclusion des honoraires d'avocat dans les dépens est une mesure extraordinaire et ne doit être ordonnée que s'il y a eu inconduite dans le litige; 3) le demandeur n'a pas eu gain de cause—La Cour d'appel fédérale a posé que l'existence d'une cause type peut justifier l'allocation des dépens sur une base avocat-client (*Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Mayers*, [1993] 1 C.F. 154 (C.A.)), mais rien ne permet de conclure qu'il s'agit en l'espèce d'une cause type, en ce sens qu'il y a d'autres causes dont l'issue dépend de sa solution—Le renvoi illégal de M. Cassells hors du Canada par le ministre n'est pas un acte d'inconduite dans le cadre de ce recours—Les questions se sont posées par le passé en la matière, encore que peu fréquemment: *Ramkissoon c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1978] 2 C.F. 290 (C.A.); *Cuskic c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 130 F.T.R. 232 (C.F. 1^{re} inst.); *Clarke c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 147 F.T.R. 259 (C.F. 1^{re} inst.)—Question certifiée: Dans l'application de la Loi sur l'immigration, y a-t-il exécution de l'ordonnance d'expulsion prise contre une personne si le ministre la fait renvoyer hors du Canada cependant que cette ordonnance est suspendue par application de la loi?—Règles de 1993 de la Cour fédérale en matière d'immigration, DORS/93-22, règle 22—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 44(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 35).

CASSELLS C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3316-98, juge Sharlow, ordonnance en date du 9-7-99, 4 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES

Sursis d'exécution

Requêtes pour directives et pour sursis d'exécution intérimaire—Les requérants demandent un sursis d'exécution de la demande de production de documents jusqu'à ce que jugement soit rendu par cette Cour en appel de l'ordonnance rendue le 12 mai 1999 par un juge de la Section de première instance—Le requérant Bisailon est un homme d'affaires détenant des intérêts dans les deux sociétés requérantes, Hypnat Ltée et Hypnat Ltée Courtier—Hypnat devait à Revenu Canada d'importantes sommes d'argent relativement aux années d'imposition 1989 à 1992 qui font l'objet de contestations—Courtier, fondée en 1993, devait une somme de 1 664 078,80 \$ à Hypnat à la fin de son exercice financier en date du 31 janvier 1996—Revenu Canada a adressé à la Banque Laurentienne une demande de renseignements et de documents relatifs aux affaires de sa cliente, Courtier, en vertu de l'art. 231.2(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu—La demande de renseignements faite à la Banque Laurentienne visait à obtenir des renseignements sur les activités bancaires de Courtier et à vérifier si celle-ci a

PRATIQUE—Suite

effectué des paiements à Hypnat malgré la demande péremptoire de paiement qui lui fut faite—Les requérants ont cherché à faire déclarer illégale et nulle la demande faite par Revenu Canada à la Banque Laurentienne au motif qu'elle est indûment vague et qu'elle ne constitue qu'une partie de pêche non autorisée par l'art. 231.2(1) de la Loi—Le juge des requêtes a rejeté la demande faite par les requérants de surseoir à la production des documents demandés jusqu'à ce que jugement soit rendu par la Cour fédérale dans le dossier T-291-99—C'est à bon droit que les requérants ont prétendu que le juge des requêtes n'avait pas considéré leurs arguments quant au caractère vague et imprécis de la demande de production de documents et, en conséquence, quant à la légalité de ladite demande—La question de savoir si le juge des requêtes a erré en ne prenant pas en considération l'argument des requérants quant aux normes de précision applicables aux demandes de production de documents et de renseignements en vertu de l'art. 231.1 et quant au caractère vague et imprécis de la présente demande constituait une question sérieuse soulevée par l'appel—Le préjudice irréparable est un préjudice qui ne peut pas ou peut difficilement être compensé par l'octroi de dommages-intérêts—Les requérants seraient susceptibles de subir un tel préjudice si le sursis n'était pas accordé—L'appel des requérants deviendrait théorique ou sans effet en raison même de l'exécution de l'ordonnance dont ils ont fait appel—Les requérants sont ceux qui subiraient le plus grand préjudice si le sursis ne leur était pas accordé—Ils pourraient se voir dans l'impossibilité de prévenir et d'empêcher la violation de leurs droits constitutionnels—Demande accueillie—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 231.2(1).

BISAILLON C. CANADA (A-315-99), juge Létourneau, J.C.A., ordonnance en date du 10-6-99, 18 p.)

PARTIES

Intervention

L'Association canadienne des fabricants de produits pharmaceutiques (ACFPP) demande l'autorisation d'intervenir dans une demande d'injonction interlocutoire qui s'inscrit dans une action visant à ce que la Cour déclare que la date d'expiration d'un brevet est le 30 octobre 2000 au lieu du 31 août 1999—L'ACFPP prétend que ses membres, qui sont pratiquement tous de grands fabricants de médicaments génériques au Canada, sont directement touchés par les questions soulevées dans l'action et dans la demande d'injonction interlocutoire, et que cette intervention est nécessaire afin d'assurer le règlement efficace et définitif de toutes les questions en litige—Elle soutient qu'aucune autre question ne touche plus directement les compagnies de médicaments génériques que la date d'expiration des brevets de produits pharmaceutiques, que l'action soulèvera le doute sur la validité et l'effet de l'art. 45 de la Loi sur les brevets,

PRATIQUE—Suite

et qu'elle causera un préjudice irréparable à l'industrie des médicaments génériques—La règle 109 des Règles de la Cour fédérale (1998) prévoit qu'une requête peut être présentée pour obtenir l'autorisation d'intervenir—Les anciennes Règles ne renfermaient pas de disposition générale régissant l'intervention devant la Cour, mais plusieurs règles régissaient différentes questions ou instances et la règle des lacunes était utilisée dans les autres cas—La règle 109 ne codifie pas la jurisprudence antérieure sur le sujet—Elle exige que l'intervenant proposé explique en quoi sa participation aidera à la prise d'une décision sur toute question de fait et de droit se rapportant à l'instance, en signalant que ce facteur est un critère important pour évaluer si l'intervention devrait ou non être autorisée—Le courant jurisprudentiel qui s'applique à la situation en l'espèce est illustré dans l'affaire *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 1 C.F. 74 (1^{re} inst.) (au sujet de l'intervention de la Société canadienne du cancer); [1990] 1 C.F. 84 (1^{re} inst.) (au sujet de l'intervention de l'Institut de la publicité canadienne); [1990] 1 C.F. 90 (C.A.) (au sujet de la décision de la Cour d'appel fédérale qui a rejeté l'appel contre l'ordonnance autorisant l'intervention de la Société, mais qui a accueilli l'appel de l'Institut)—Le juge Hugessen, de la Cour d'appel, endosse expressément les critères énoncés par le juge Rouleau; il reconnaît que le domaine du droit ayant trait à l'intervention évolue rapidement, particulièrement depuis l'avènement de la Charte—L'arrêt *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236 limite les situations où l'on doit accorder qualité pour agir dans l'intérêt public et il a également des répercussions sur l'évolution de ce domaine du droit en favorisant l'octroi de droits d'intervention aux organismes d'intérêt public ou aux associations commerciales dans les circonstances appropriées, lorsque de graves questions d'intérêt public et de droit public sont en jeu—En plus d'énoncer les critères possibles, le juge Rouleau a dit que la Cour doit tenir compte de la nature de la question en jeu et de la possibilité que la requérante contribue utilement au règlement sans que les parties immédiates soient victimes d'injustice—Dans une affaire semblable, *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général) et al.* (1994), 79 F.T.R. 235 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Simpson, après avoir formulé les critères d'intervention, a autorisé l'intervention de l'Association canadienne de l'industrie du médicament, qui joue le même rôle que l'ACFPP pour les fabricants de médicaments titulaires de droits de brevet, dans une affaire portant sur la validité du Règlement—L'ACFPP est autorisée à intervenir dans l'audition de la demande d'injonction interlocutoire—La nature de ce litige soulève de larges questions de droit public qui vont au-delà des intérêts privés ou commerciaux des participants—L'instance aura des répercussions importantes sur l'ACFPP—Celle-ci pourra présenter une perspective différente de celle du gouvernement fédéral—L'intervention de l'ACFPP ne retardera pas l'instance et ne portera pas un grave préjudice aux autres parties dans le déroulement de l'instance—Il est manifeste

PRATIQUE—Suite

que les droits de l'ACFPP ou de ses membres seront touchés—L'ACFPP a démontré comment elle pouvait présenter un point de vue différent de celui d'Apotex, convainquant la Cour que la preuve qu'elle se propose de déposer peut être de nature différente de celle des défendeurs—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 109.

PFIZER INC. C. CANADA (T-667-99, juge Lemieux, ordonnance en date du 14-6-99, 13 p.)

Qualité pour agir

Requête des demandeurs en ordonnance portant certification de leur action à titre de recours collectif, dans lequel ils représenteront tous ceux qui ont eu des fonds ou documents irrégulièrement saisis par voie de sommations de payer et de sommations de produire des informations et documents—Les demandeurs sont des débiteurs fiscaux—Le ministre a envoyé des sommations à diverses banques et autres établissements—Les demandeurs soutiennent que ces sommations sont contraires à la procédure applicable—Il se pose la question préalable de savoir si les demandeurs, en qualité de représentants du soi-disant groupe, pourraient représenter équitablement, convenablement et diligemment tous ou presque tous les membres de ce groupe—Ils doivent prouver qu'ils représentent d'autres personnes qui ont les mêmes intérêts qu'eux—Il n'est pas nécessaire de s'assurer le consentement des autres membres du groupe—La représentation des demandeurs dans un litige important et complexe peut ne pas remplir les conditions d'une représentation équitable et convenable du groupe—Les demandeurs n'ont pas cherché à identifier ni à recruter les membres du groupe, ni n'ont prouvé qu'ils représentent d'autres personnes qu'eux-mêmes—Ils représentent une trop grande variété de vues et d'intérêts pour être à même d'assurer convenablement la représentation en justice d'un grand nombre d'individus—Ils n'ont ni suffisamment de ressources ni le moyen de s'assurer des ressources, pour donner convenablement suite à ce litige au nom d'un groupe important de personnes—Selon l'art. 114(1) des Règles de la Cour fédérale (1998), lorsque des personnes ont un intérêt commun dans une instance, celle-ci peut être intentée par ou contre l'une ou plusieurs de ces personnes au nom de toutes celles-ci ou de certaines d'entre elles—La Cour doit mettre dans la balance d'une part les facteurs défavorables à l'administration de la justice, tels le gaspillage de temps et la difficulté qu'il y a à gérer le dossier, et d'autre part l'avantage que pareil recours représente pour les demandeurs et les autres membres du groupe—La recevabilité du recours collectif dépend des trois éléments fondamentaux énoncés dans *Bedford (Duke of) v. Ellis*, [1901] A.C. 1 (H.L.): l'intérêt doit être le même; les chefs de plainte doivent être les mêmes; le redressement doit être au bénéfice de tous les membres du groupe—1) Il ne suffit pas d'être au courant de l'existence des membres du groupe—La démarcation du

PRATIQUE—Suite

groupe uniquement selon cette définition est trop ambiguë et trop nébuleuse—La Cour n'est pas convaincue qu'ils n'aient aucun autre moyen d'établir que d'autres partagent leur cause—Ils auraient pu au moins essayer un certain nombre d'autres méthodes pour identifier les membres du groupe—2) Rien n'indique qu'il y a d'autres personnes ayant les mêmes chefs de plainte et les mêmes intérêts que les demandeurs—Les intérêts varient même entre les demandeurs individuels en l'espèce, au point qu'ils embrouilleraient le groupe (le demandeur Bruno réclame la restitution des fonds saisis, alors que sa femme réclame l'annulation du certificat de dette fiscale enregistré)—Un tel degré de variété dans les chefs de demande, même s'ils visent la même partie défenderesse, exclut toute notion d'intérêt commun—Il se peut que nombre de contribuables aient déjà réglé la dette fiscale qui était à l'origine des sommations de payer—3) Il ne saurait être question d'une mesure unique de dommages-intérêts puisque les chefs de demande sont bien différents—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 114(1).

BRUNO C. CANADA (T-2359-98, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 31-5-99, 10 p.)

PRESCRIPTION

Appel du jugement du juge des requêtes ((1997), 131 F.T.R. 231) relativement à des requêtes distinctes présentées par les intimés et les appelantes en vue du prononcé d'un jugement sommaire dans l'action en amirauté—Le juge des requêtes a fait droit aux requêtes des intimés et a rejeté la requête des appelantes ainsi que l'action elle-même avec dépens—Il a conclu qu'il n'existait aucune «question sérieuse à instruire»—La réclamation se rapporte à des dommages causés à une cargaison d'acier en bobines que le navire *Bergen Sea* a transportée entre Brake (Allemagne) et Houston (Texas) au cours de l'hiver 1994—Les intimés ont-ils prorogé le délai imparti pour intenter une poursuite de telle sorte que la présente action a été intentée avant l'expiration du nouveau délai et, dans la négative, les intimés ont-ils renoncé au délai de prescription d'un an prévu dans le connaissance ou sont-ils empêchés d'invoquer la prescription?—Le juge des requêtes a conclu à juste titre que la réclamation était prescrite et que les intimés n'avaient pas renoncé au délai de prescription et n'étaient pas empêchés de l'invoquer—Il n'existait pas de prorogations véritables le 28 juin 1995, date à laquelle la poursuite a été intentée—Les intimés étaient en droit d'exiger que les conditions dont leurs prorogations de délai respectives étaient assorties soient respectées à la lettre, sans égard aux raisons pour lesquelles ces conditions avaient été imposées—Le juge des requêtes n'a commis aucune erreur susceptible de révision en rejetant l'argument fondé sur l'irrecevabilité—Il n'est pas inhabituel que l'auteur d'une réclamation qui prend part à des négociations en vue d'une transaction fournisse à l'autre partie, sur demande, des

PRATIQUE—Fin

renseignements complémentaires—Si cette façon de faire exposait toujours la partie qui demande les renseignements au risque de se voir opposer l'exception d'irrecevabilité, le but des négociations extrajudiciaires serait gravement compromis—Il était dans l'intérêt des deux parties de donner suite à la demande des intimés—Les requêtes en jugement sommaire des intimés reposaient exclusivement sur l'exception de prescription—Le défaut de fournir une preuve directe à l'appui des requêtes autorisait le juge des requêtes à tirer des conclusions défavorables—Rien ne justifie la modification de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire—Le juge des requêtes n'a pas commis d'erreur en ne permettant pas l'instruction de l'action—Appel rejeté.

RIVA STAHL GMBH C. *BERGEN SEA* (LE) (A-357-97, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 17-5-99, 8 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un arbitre a accordé à la demanderesse une indemnité pour congédiement injuste, mais a refusé d'ordonner une réintégration—L'art. 242(4) du Code canadien du travail confère à l'arbitre un pouvoir discrétionnaire étendu d'accorder une indemnité, une réintégration ou toute autre mesure équitable—L'arbitre a conclu qu'il n'y avait aucun motif de s'écarter de la proposition générale selon laquelle, dans la plupart des cas de congédiement injuste, une décision calculant l'indemnité qu'un employé aurait reçue s'il avait obtenu un préavis suffisant est équitable et appropriée—Il a commis une erreur de droit en ne remplissant pas la condition énoncée dans l'arrêt *Énergie atomique du Canada Ltée c. Sheikholeslami*, [1998] 3 C.F. 349 (C.A.), voulant que les facteurs relatifs à une réintégration soient examinés—L'arrêt *Énergie atomique* fait jurisprudence même si la démarche qu'il convient de suivre pour exercer le pouvoir discrétionnaire d'accorder une réintégration en vertu de l'art. 242(4)b ne fait pas l'unanimité: d'une part, par exemple, Ball et Stacey Reginald dans *Canadian Employment Law* (Aurora (Ontario): Canada Law Book, 1996) sont d'avis que la réintégration est la norme et ne sera pas ordonnée seulement si la relation entre les parties s'est à ce point détériorée qu'elle est irréparable; d'autre part Grosman (Grosman et M. Norman) a exprimé le point de vue contraire dans *Federal Employment Law in Canada* (Toronto: Carswell, 1990), à savoir que la réintégration ne devrait être ordonnée que dans les cas bien précis où une relation de travail viable entre les parties est réellement envisageable—Dans l'arrêt *Énergie atomique*, le juge Marceau affirme que les dispositions du Code canadien du travail qui concernent le congédiement injuste des employés non syndiqués énoncent simplement que la réintégration est une réparation pouvant être accordée dans les cas opportuns—Le juge Létourneau déclare qu'une conclusion de congédiement injuste signifie que la relation de travail n'aurait pas dû être rompue et qu'il existe donc une présomption en faveur de la réintégration, sauf lorsque la

RELATIONS DU TRAVAIL—Suite

preuve indique manifestement le contraire—Ces passages posent le principe que, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 242(4)b), l'arbitre doit peser le pour et le contre d'une réintégration, y compris, ainsi que le juge Marceau l'a fait remarquer, évaluer la nature de la relation entre l'employeur et l'employé au moment où la réintégration est envisagée—L'arrêt *Énergie atomique* ne se limite pas aux faits de cette affaire (dans laquelle on plaidait la réintégration de l'employée qui, ainsi qu'il a été constaté, avait fait montre de malhonnêteté) parce que les remarques des juges Marceau et Létourneau sont formulées en tant que déclarations de principe à caractère général—Comme la demanderesse doit accepter un poste d'enseignante en dehors de la réserve de Driftpile, elle est obligée de travailler et d'habiter dans une autre collectivité et est de ce fait séparée de sa famille qui vit encore dans la réserve de Driftpile; de plus, en tant qu'Indienne inscrite, elle est assujettie à l'impôt sur le revenu parce qu'elle a dû accepter un emploi en dehors de la réserve—L'arbitre n'a pas examiné ces considérations réelles et importantes et, mises à part les conclusions de fait selon lesquelles l'évaluation dont la demanderesse a fait l'objet en 1996 était excellente, il a passé sous silence la relation entre les parties; la demanderesse n'a jamais fait l'objet d'une évaluation négative en tant qu'enseignante et, malgré tout, on n'a pas recommandé que son emploi se poursuive—Les seules considérations ayant été directement examinées concernant la réintégration étaient que la demanderesse avait trouvé du travail ailleurs et que la défenderesse devrait congédier un enseignant si la demanderesse devait être réintégrée dans son emploi—S'abstenir de faire l'analyse requise constitue une erreur de droit manifestement déraisonnable—La décision de l'arbitre est annulée concernant la réintégration seulement—La question lui est renvoyée pour qu'il procède à un nouvel examen en tenant compte de tous les facteurs favorables et défavorables à une réintégration et notamment de l'octroi d'une indemnité—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 242(4).

CHALIFOUX C. PREMIÈRE NATION DE DRIFTPILE (T-1738-98, juge Campbell, ordonnance en date du 21-5-99, 8 p.)

Contrôle judiciaire du refus du Conseil canadien des relations du travail de statuer sur la réclamation de l'appelant pour préjudice économique et dommages-intérêts—Le Conseil a conclu que le syndicat avait violé l'art. 69 du Code canadien du travail en exploitant de façon discriminatoire son bureau de placement syndical—Une ordonnance

RELATIONS DU TRAVAIL—Fin

d'avril 1996 ordonnait au syndicat de modifier sa liste d'ancienneté; mais ne traitait pas du versement de dommages-intérêts—En août 1997, le Conseil a approuvé les recommandations d'un commissaire désigné pour veiller à l'exécution de l'ordonnance—L'appelant est monté de 65 places sur la liste d'ancienneté—Six mois plus tard, l'appelant a demandé au Conseil de tenir une autre audience afin d'entendre sa plainte sur la question des dommages-intérêts—Le Conseil s'est déclaré dessaisi de l'affaire—Demande rejetée—Le Conseil n'a aucune obligation d'ordonner une forme particulière de réparation en raison de la violation par le syndicat de l'art. 69: *Syndicat international des débardeurs et magasiniers, section locale 502 c. McLean*, [1996] A.C.F. n° 1269 (C.A.) (QL)—Comparer avec l'arrêt *Association internationale des commis du détail FAT-CIO-CTC, local 486 (Union des commis du détail) c. Commission des Relations de Travail du Québec*, [1971] R.C.S. 1043, dans lequel le Conseil n'a pas rendu la décision qu'il devait expressément rendre—La Commission disposait des prétentions du demandeur et de celles du syndicat relativement au préjudice économique et aux dommages-intérêts lorsqu'elle a rendu sa décision en avril 1996—Le syndicat a soutenu que toute réclamation d'une indemnité devrait faire l'objet d'une audition complète de témoins et que cela ne constituerait pas une réparation appropriée en l'espèce, car l'objet de la réparation est de régler le problème de la «discrimination systémique» existant au sein du système d'attribution des postes—Ayant la question exposée clairement devant lui, le Conseil a décidé de ne pas accorder de réparation à caractère économique—L'ordonnance se limite au réajustement de la liste d'ancienneté, et ayant signalé que l'exécution de l'ordonnance nécessiterait «un haut degré de bonne foi et un sens accru des responsabilités», le Conseil n'a réservé sa compétence que pour la question de l'exécution de l'ordonnance—La décision d'août 1997 a été précédée d'une lettre accordant sept jours pour déposer une argumentation avant que la décision finale ne soit rendue—La décision précisait que le Conseil ne réservait sa compétence que pour la mise en application des recommandations du commissaire afin de s'assurer que la modification de la liste des employés occasionnels et que l'admission des membres dans le Syndicat, recommandées par le commissaire, soient mises en application—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 69.

MCLEAN C. SYNDICAT INTERNATIONAL DES DÉBARDEURS ET MAGASINIERS, SECTION LOCALE 502 (A-247-98, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 23-6-99, 6 p.)



If undelivered, return COVER ONLY to:
Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacré-Cœur Boulevard,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9