



**Canada
Federal Court
Reports**

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

1999, Vol. 1, Part 2

1999, Vol. 1, 2^e fascicule

Cited as [1999] 1 F.C., 243-457

Renvoi [1999] 1 C.F., 243-457

Published by

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

Editorial Board

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

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

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

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Production Staff

Production Manager
LAURA VANIER

Publications Specialist
JEAN-PIERRE LEBLANC

Editorial Assistants
PIERRE LANDRIault
LISE LEPAGE-PELLETIER

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 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 the Executive Editor at area code 613-995-2706.

Inquiries concerning the contents of the Canada Federal Court Reports should be directed to: The Executive Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3.

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

Publié par

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

Bureau des arrêtiistes

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

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

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

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Services techniques

Gestionnaire, production et publication
LAURA VANIER

Spécialiste des publications
JEAN-PIERRE LEBLANC

Adjoints à l'édition
PIERRE LANDRIault
LISE LEPAGE-PELLETIER

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

Les rubriques suivantes du Recueil des arrêtiistes de la Cour fédérale du Canada, ajoutées par les arrêtiistes, 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 arrêtiistes de la Cour fédérale, doivent être adressées au Directeur général au (613) 995-2706.

Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des arrêtiistes de la Cour fédérale du Canada doivent être adressées au: Directeur général, Recueil des arrêtiistes de la Cour fédérale, Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3.

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 arrêtiistes 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-cmf.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.fja-cmf.gc.ca>

CONTENTS

DigestsD-21

Canada v. Chevron Canada Resources Ltd. (C.A.) 349

Income tax — Reassessment — Appeal from T.C.C. judgment holding ITA, s. 165(1.1) not preventing taxpayer from pursuing issues in computation of resource profits raised in objections other than those already withdrawn, specifically dealt with in consent judgment — S. 165(1.1) permitting filing of notice of objection only if relating to matter giving rise to assessment not conclusively determined by Court — Consent judgment referring matter back to MNR for reassessment — Subsequently memorandum of understanding between petroleum industry, Revenue Canada setting out manner in which certain expenditures to be deducted in computation of resource profits — Taxpayer reassessed in conformity with consent judgment — Two weeks later filing notices of objection — Appeal allowed — S. 165(1.1) precluding right to file notices of objection — (1) T.C.J. finding matter giving rise to reassessments including computation of resource allowance; additional expenditures claimed by notices of objection reasonably related to that computation — Open to T.C.J. to so characterize matter — Relationship existing in terms of expenditures falling within same narrow computation, and because prior to issuance of consent judgment all expenditures acknowledged by Revenue Canada, industry as governed by *Gulf Canada Ltd. v. Canada* — (2) Computation of taxpayer's resource allowance conclusively determined by consent judgment — Issues now seeking to raise forming logical, integral part of litigation before T.C.C. prior to consent judgment — Could, should have been raised at same time — Party failing to raise issue forever barred from raising it again.

Continued on next page

SOMMAIRE

Fiches analytiques F-25

Canada c. Chevron Canada Resources Ltd. (C.A.) 349

Impôt sur le revenu — Nouvelle cotisation — Appel d'un jugement de la C.C.I. concluant que l'art. 165(1.1) de la LIR n'empêchait pas la contribuable de présenter des questions concernant le calcul des bénéfices relatifs à des ressources qui avaient été soulevées dans les avis d'opposition, à l'exception de celles qui avaient déjà été retirées ou qui avaient été expressément tranchées dans le jugement sur consentement — L'art. 165(1.1) permet la production d'un avis d'opposition seulement s'il porte sur une question donnant lieu à la cotisation que la Cour n'a pas tranché définitivement — Le jugement sur consentement a renvoyé l'affaire au MRN pour nouvelle cotisation — L'industrie pétrolière et Revenu Canada ont conclu par la suite un protocole d'entente prévoyant la manière dont certaines dépenses devaient être déduites aux fins du calcul des bénéfices relatifs à des ressources — Nouvelle cotisation établie à l'égard de la contribuable conformément au jugement sur consentement — Deux semaines plus tard, elle a produit des avis d'opposition — Appel accueilli — L'art. 165(1.1) a éteint le droit de produire les avis d'opposition — 1) Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que la question ayant donné lieu aux nouvelles cotisations incluait le calcul de la déduction relative à des ressources et que les dépenses supplémentaires réclamées dans le cadre des avis d'opposition étaient raisonnablement liées à ce calcul — La Cour de l'impôt pouvait caractériser ainsi la question — Il existait un lien puisque les dépenses faisaient l'objet du même calcul restreint et que, avant que le jugement sur consentement ne soit rendu, il avait été reconnu par Revenu Canada et par l'industrie que toutes ces dépenses étaient régies par l'arrêt *Gulf Canada Ltd. c. Canada* — 2) Le calcul de la déduction de la contribuable relativement à des ressources a été tranché définitivement par le jugement sur

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Practice — *Res judicata* — Appeal from T.C.C. decision Income Tax Act, s. 165(1.1) not preventing taxpayer from pursuing issues raised in objections — S. 165(1.1) permitting filing of notice of objection to assessment in accordance with Court order only if relating to matter giving rise to assessment not conclusively determined by Court — Appeal from objections settled — Consent order referring matter back to MNR — Taxpayer objecting to reassessments — *Res judicata* applies not only to matters decided by earlier litigation, but also to related matters which although undecided could, should have been brought forward, disposed of at time — Concern leading to enactment of s. 165(1.1) to prevent further litigation with respect to matters unrelated to prior decision — Issues taxpayer now attempting to raise logical, integral part of litigation before T.C.C. prior to consent judgment being entered — Could, should have been raised at same time — Matter of computation of taxpayer's resource allowance conclusively determined by consent judgment — S. 165(1.1) neither ousting rule of *res judicata* by necessary implication nor adopting rule only in so far as applying to matters specifically decided by Court — Court not having discretion to overlook rule of *res judicata* in special circumstances or where interests of justice so require.

Canada (Attorney General) v. McKenna (C.A.) ... 401

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Citizenship of foreign-born children adopted abroad by Canadian citizens resident in foreign country — Added requirements for citizenship pursuant to Citizenship Act, ss. 3(1)(e), 5(2)(a) discrimination prohibited by Canadian Human Rights Act (CHRA), ss. 3, 5 — *Prima facie* discrimination — Appellant qualifying as victim under CHRA — Tribunal erred in ruling on whether permanent residency requirements justified by CHRA, s. 15(g) — Breach of natural justice as Minister not on notice Citizen-

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

consentement — Les questions que la contribuable a alors tenté de soulever constituaient une suite logique et une partie intégrante du litige dont était saisi la Cour de l'impôt avant le jugement sur consentement — Ces questions auraient pu et auraient dû être soulevées à l'époque — Lorsqu'une partie omet de soulever une question, elle ne peut plus la soulever par la suite.

Pratique — *Res judicata* — Appel d'une décision de la C.C.I. selon laquelle l'art. 165(1.1) de la Loi de l'impôt sur le revenu n'empêchait pas la contribuable de présenter des questions soulevées dans les avis d'opposition — L'art. 165(1.1) permet la production d'un avis d'opposition à la cotisation établie conformément à l'ordonnance de la Cour seulement s'il porte sur une question donnant lieu à la cotisation que la Cour n'a pas tranchée définitivement — Appel contre les avis de cotisation réglé — L'ordonnance sur consentement a renvoyé l'affaire au MRN — La contribuable s'est opposée aux nouvelles cotisations — Le principe de la chose jugée s'applique non seulement aux questions tranchées dans le cadre de litiges précédents mais également aux questions liées qui, bien qu'elles n'aient pas été tranchées, auraient pu et auraient dû être soulevées et décidées à l'époque — Le but de la mise en vigueur de l'art. 165(1.1) était d'empêcher l'existence de litiges sur des questions liées à une décision antérieure — Les questions que la contribuable a alors tenté de soulever constituaient une suite logique et une partie intégrante du litige dont était saisi la Cour de l'impôt avant le dépôt du jugement sur consentement — Ces questions auraient pu et auraient dû être soulevées à l'époque — La question du calcul de la déduction de la contribuable relativement à des ressources a été tranchée définitivement par le jugement sur consentement — L'art. 165(1.1) n'écarte pas le principe de la chose jugée par déduction nécessaire ni ne l'adopte seulement dans la mesure où ce principe s'applique à des questions expressément tranchées par le tribunal — La Cour ne jouit pas du pouvoir discrétionnaire de passer outre à l'application du principe de la chose jugée en présence de circonstances exceptionnelles ou lorsque les intérêts de la justice l'exigent.

Canada (Procureur général) c. McKenna (C.A.) .. 401

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Citoyenneté d'enfants nés à l'étranger adoptés à l'étranger par des citoyens canadiens résidant à l'étranger — Les exigences additionnelles relatives à l'attribution de la citoyenneté prévues aux art. 3(1)e) et 5(2)a) de la Loi sur la citoyenneté constituent une distinction illicite prohibée par les art. 3 et 5 de la Loi canadienne sur les droits de la personne (LCDP) — Il y a à première vue discrimination — L'appelante était une victime en vertu de la LCDP — Le Tribunal a commis une erreur en statuant sur la question de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

ship Act, s. 5(2)(a) at issue until end of argument in reply — In dissenting opinion, Linden J.A. considering issue whether necessary to discriminate against foreign-born adopted children to achieve policy objective of legislation: prevent abuse of immigration system by phony adoptions.

Human rights — Citizenship — Adoption — Requirements for citizenship imposed on foreign-born children adopted abroad by Canadian citizens resident in foreign country pursuant to Citizenship Act, ss. 3(1)(e), 5(2)(a) discrimination prohibited by CHRA, ss. 3, 5 — *Prima facie* discrimination — Adoptive mother qualifying as victim under CHRA — Breach of natural justice as issues not adequately identified or defined — Tribunal's conclusion granting of citizenship service customarily available to general public within CHRA disagreed with — Such conclusion not supported by F.C.A. decision in *Druken*.

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Smith (T.D.) 310

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Judicial review of CRDD decision respondents Convention refugees based on conclusion “clear, convincing” proof U.K., U.S.A. not providing state protection for sexually molested child — Absent complete breakdown of state apparatus, presumption state capable of protecting claimant — Regarding democratic state, claimant must do more than show went to some members of police force, efforts unsuccessful — In U.K., respondents lodged complaints with Office of Local Ombudsman, one police station, social services agency — In U.S.A. lobbied senior levels of U.S. Department of Justice — Evidence substantially short of discharging burden of proof — CRDD decision finding “clear and convincing” proof required to rebut presumption of state protection unreasonable, clearly wrong or even perverse.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

savoir si les exigences relatives à la résidence permanente étaient justifiées par l'art. 15g) de la LCDP — Il y a eu violation des règles de justice naturelle étant donné que le ministre n'a appris que l'art. 5(2)a) de la Loi sur la citoyenneté était en litige qu'à la fin des plaidoyers présentés en réponse — Dans son opinion dissidente, le juge Linden, J.C.A., a examiné la question de savoir s'il était nécessaire de faire une distinction à l'égard des enfants adoptés nés à l'étranger en vue d'atteindre l'objectif visé par la législation, soit empêcher que l'on contourne le système de l'immigration au moyen d'adoptions frauduleuses.

Droits de la personne — Citoyenneté — Adoption — Les exigences relatives à l'attribution de la citoyenneté imposées aux enfants nés à l'étranger et adoptés à l'étranger par des citoyens canadiens résidant à l'étranger en vertu des art. 3(1)e) et 5(2)a) de la Loi sur la citoyenneté constituent une distinction illicite prohibée par les art. 3 et 5 de la LCDP — Il y a à première vue discrimination — La mère adoptive était une victime en vertu de la LCDP — Il y a eu violation de la justice naturelle étant donné que les questions en litige n'avaient pas été définies de façon adéquate — La conclusion du Tribunal selon laquelle l'attribution de la citoyenneté constitue un service destiné au public au sens de la LCDP est rejetée — Cette conclusion n'est pas étayée par la décision rendue par la C.A.F. dans l'arrêt *Druken*.

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Smith (1^{re} inst.) 310

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Demande de contrôle judiciaire de la décision de la SSR, selon laquelle les défendeurs sont des réfugiés au sens de la Convention, et qui est fondée sur la conclusion qu'il existe une preuve «claire et convaincante» que le R.-U. et les É.-U. n'assurent pas la protection de l'État envers les enfants faisant l'objet de violence sexuelle — En l'absence d'un effondrement complet de l'appareil étatique, il y a une présomption voulant que l'État est capable de protéger un revendicateur — Relativement à un État démocratique, un revendicateur doit aller plus loin que de simplement démontrer qu'il s'est adressé à certains membres du corps policier et que ses démarches ont été infructueuses — Au R.-U., les défendeurs ont déposé des plaintes auprès du bureau local du protecteur du citoyen, d'un poste de police, et d'un organisme de services sociaux — Aux É.-U., ils ont fait du lobbying auprès des plus hauts niveaux du ministère de la Justice des États-Unis — La preuve est nettement insuffisante en comparaison du fardeau requis — La décision de la SSR concluant à l'existence de la preuve «claire et convaincante» requise pour réfuter la présomption de protection de l'État est déraisonnable et manifestement erronée et a même été tirée de façon déraisonnable.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Fournier Pharma Inc. v. Canada (Attorney General) (T.D.) 327

Patents — Patented medicines — Application for *mandamus* directing Minister to file applicant's patent lists in register, declaration Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 4(3), (5) (now s. 4(4)) *ultra vires* Patent Act, s. 55.2(4) — S. 4(3) requiring patent list be submitted at same time as submission for notice of compliance (NOC) — S. 4(4) stipulating patent list must be filed within 30 days of issuance of patent where submission for NOC already filed — Patent Act, s. 55.2(4) conferring on Governor in Council authority to make such regulations as considers necessary for preventing patent infringement — Applicant waiting until 1997 to submit patent lists for patents granted in 1993 — Health Canada refusing to register patent lists on ground not complying with s. 4(3), (5) — S. 55.2(4) discretion, authority sufficiently broad to embrace enactment of s. 4(3), (4) — Evidence not demonstrating subsections unreasonable, unfair, unnecessary, constituting abuse of power — Subsections in conformity with purpose of Regulations, objects of Patent Act to strengthen position, rights of patentees while protecting consumers by ensuring availability of reasonably priced medicine — Evidence not providing basis to find Regulations *ultra vires*.

Jekula v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) 266

Administrative law — Judicial review — Senior immigration officer (SIO) deciding applicant ineligible to have refugee claim determined by virtue of Immigration Act, s. 46.01(1)(a) on ground recognized as Convention refugee in Sierra Leone — Before interview SIO indicating not necessary for lawyer to accompany applicant — After applicant's arrival for interview, SIO unsuccessfully attempting to call lawyer — Interview proceeding in absence of lawyer — Duty of fairness breached when decision maker improperly refusing to permit representation at hearing — Not normally imposing positive obligation on administrative decision maker to advise person concerned may be represented by counsel — SIO's advice not misleading, unfair, erroneous in law — SIO not refusing request for legal representation as applicant never indicating wanted same — Immigration Manual recommending permitting assistance of counsel provided ready, able to proceed immediately — SIO not

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Fournier Pharma Inc. c. Canada (Procureur général) (1^{re} inst.) 327

Brevets — Médicaments brevetés — Demande de bref de *mandamus* enjoignant au ministre d'inscrire les listes de brevets de la demanderesse dans le registre des brevets et demande de jugement déclarant que les art. 4(3) et 4(5) (maintenant art. 4(4)) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) sont *ultra vires* de l'art. 55.2(4) de la Loi sur les brevets — L'art. 4(3) exige que la liste de brevets soit soumise en même temps que la demande d'avis de conformité — L'art. 4(4) dispose que la liste de brevets doit être déposée dans les 30 jours suivant la délivrance d'un brevet lorsqu'une demande d'avis de conformité a déjà été déposée — L'art. 55.2(4) confère au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre les règlements qu'il juge nécessaires pour empêcher la contrefaçon des brevets — La demanderesse a attendu jusqu'en 1997 avant de soumettre ses listes de brevets pour des brevets qui lui avaient été accordés en 1993 — Santé Canada a refusé d'enregistrer les listes de brevets au motif qu'elles n'étaient pas conformes aux art. 4(3) et 4(5) du Règlement — Le pouvoir discrétionnaire et la compétence conférés au gouverneur en conseil par l'art. 55.2(4) sont suffisamment larges pour englober la prise des art. 4(3) et 4(4) — La preuve ne démontre pas que les paragraphes en question sont déraisonnables, injustes ou inutiles ou qu'ils constituent un abus de pouvoir — Les paragraphes en question sont compatibles avec les objectifs du Règlement, qui consistent à renforcer la position et les droits des brevetés tout en protégeant les intérêts des consommateurs canadiens en leur permettant de se procurer des médicaments brevetés à prix raisonnable — La preuve ne permet pas de conclure que le Règlement est *ultra vires*.

Jekula c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1^{re} inst.) 266

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Un agent d'immigration principal (l'agent principal) a décidé, en application de l'art. 46.01(1)a) de la Loi sur l'immigration, que la demanderesse n'était pas recevable à revendiquer le statut de réfugiée au sens de la Convention par ce motif qu'elle s'était déjà fait reconnaître ce statut en Sierra Leone — Avant l'entrevue, il lui a fait savoir que la présence d'un avocat ne serait pas nécessaire — À l'arrivée de la demanderesse, il a essayé en vain d'appeler l'avocat de cette dernière — L'entrevue a eu lieu sans avocat — Il y a manquement à l'obligation d'équité lorsque l'autorité compétente refuse injustement de permettre à l'intéressé d'être assisté d'avocat à l'audience — Cette obligation n'est normalement pas une obligation positive faite à l'autorité administrative d'informer l'intéressé qu'il peut se faire assister d'un avocat — L'avis de l'agent principal ne peut être qualifié de propos trompeurs, iniques ou erronés sur le

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

failing to comply with procedural guideline established in Manual since no request for representation made — Manual not instructing SIO to inform claimants may have counsel present — Nor was attempt to call counsel representation obliged to ensure counsel present — Question certified: was decision applicant ineligible to have refugee claim determined by Refugee Division in breach of duty of fairness, in that SIO interviewed applicant in absence of counsel, when counsel may have been available to attend interview if SIO had not advised applicant lawyer's attendance at interview not necessary?

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Senior immigration officer (SIO) finding applicant ineligible for refugee determination by virtue of Immigration Act, s. 46.01(1)(a) on ground recognized as Convention refugee in Sierra Leone; issuing exclusion order — That applicant not represented by counsel at interview not breach of Charter, s. 7 — Right to have claim determined by Refugee Division not included in right to life, liberty, security of person — Applicant cannot be lawfully removed from Canada without assessment of risks may face if returned to Sierra Leone — That assessment must comply with principles of fundamental justice — That issue of exclusion order important step in process that may lead to person's removal not sufficient to attract s. 7 to exercise of power to issue exclusion order, even where person apprehending serious risk of death, other physical violence or detention if returned to particular country — Immigration Act, ss. 53, 114(2) providing opportunities for assessment of risks facing person before exclusion order executed.

Citizenship and Immigration — Immigration practice — SIO finding applicant ineligible to have refugee claim determined by virtue of Immigration Act, s. 46.01(1)(a) on ground recognized as Convention refugee in Sierra Leone — Applicant having only refugee identity card issued by Sierra Leone — SIO may normally assume evidence establishing country granting asylum will also enable claimant to re-enter country — If evidence country of asylum will not readmit

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

plan juridique — Il n'a rejeté aucune demande de représentation par avocat, parce que la demanderesse n'a jamais dit que c'était ce qu'elle voulait — Le guide de l'immigration recommande d'autoriser la présence d'un conseil à la condition que celui-ci soit prêt et immédiatement disponible — L'agent principal n'a pas manqué aux règles de procédure fixées par le guide, puisqu'il n'y a pas eu de demande de représentation par avocat — Le guide n'impose pas aux agents principaux d'informer les demandeurs qu'ils peuvent se faire assister d'un avocat — Le fait que l'agent principal a essayé d'appeler l'avocat ne signifie pas non plus qu'il était tenu de s'assurer que celui-ci serait présent — Question certifiée: la décision portant que la revendication faite par la demanderesse du statut de réfugiée était irrecevable a-t-elle été prise en violation de l'obligation d'équité, en ce que l'agent principal a interrogé la demanderesse en l'absence de son avocat, alors que celui-ci aurait pu y assister si l'agent principal n'avait pas informé celle-ci que sa présence n'était pas nécessaire?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Un agent d'immigration principal (l'agent principal) a conclu, en application de l'art. 46.01(1)a) de la Loi sur l'immigration, que la demanderesse n'était pas recevable à revendiquer le statut de réfugiée au sens de la Convention par ce motif qu'elle s'était déjà fait reconnaître ce statut en Sierra Leone; il a pris une mesure d'exclusion à son égard — Le fait que la demanderesse n'était pas assistée d'un avocat lors de l'entrevue ne vaut pas violation de l'art. 7 de la Charte — Le droit de saisir la section du statut n'est pas compris dans le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne — La demanderesse ne peut être légalement renvoyée hors du Canada sans une appréciation des risques auxquels elle peut s'exposer une fois de retour en Sierra Leone — Cette appréciation doit se faire conformément aux principes de justice fondamentale — Le fait que la mesure d'exclusion est un pas important dans le processus qui pourrait aboutir au renvoi d'une personne hors du Canada ne suffit pas pour déclencher l'application de l'art. 7 de la Charte à l'exercice du pouvoir de prendre cette mesure, même dans le cas où l'intéressé excipe d'un risque sérieux de mort, de violence physique ou de détention s'il est renvoyé dans un pays donné — Les art. 53 et 114(2) de la Loi sur l'immigration prévoient l'appréciation des risques que court l'intéressé avant que la mesure d'exclusion ne soit exécutée.

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Un agent principal a conclu, en application de l'art. 46.01(1)a) de la Loi sur l'immigration, que la demanderesse n'était pas recevable à revendiquer le statut de réfugiée au sens de la Convention par ce motif qu'elle s'était déjà fait reconnaître ce statut en Sierra Leone — La demanderesse n'avait en sa possession qu'une carte d'identité de réfugié délivrée par ce dernier pays — Un agent

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

claimant, SIO may only find claimant ineligible under s. 46.01(1)(a) if satisfied, on reasonable grounds, claimant will be readmitted — No evidence applicant would not be readmitted to Sierra Leone where lived for seven years — Reasonable basis for belief could be returned to Sierra Leone — “Can be returned” not requiring SIO to determine whether claimant having well-founded fear of persecution in country already granting asylum — Repeal in 1993 of specific provision dealing with issue suggesting should not be read back into statute — Requiring SIO to determine whether claimant satisfying definition of Convention refugee incompatible with expeditious process contemplated by statutory scheme for screening certain claims out of Refugee Division’s jurisdiction — Other provisions providing protection for persons in need of Canada’s protection because fearing persecution in country of asylum i.e. s. 53 — Question certified: did SIO err in law in concluding for purpose of s. 46.01(1)(a) applicant “can be returned” to country where documentary evidence recognized as refugee, in absence of both travel document establishing right to enter or reside in that country, and of evidence will not be admitted?

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Before interview, SIO indicating not necessary for lawyer to accompany applicant — After applicant’s arrival, SIO unsuccessfully attempting to call lawyer — Interview proceeding in absence of lawyer — SIO issuing exclusion order on ground applicant not having travel documents normally required of person seeking entry to Canada — Because of limited scope of issues; SIO’s discretion under s. 23(4) to issue exclusion orders against inadmissible persons; summary, expeditious nature of proceeding contemplated by statutory scheme, no automatic right to counsel, but discretion in officer to permit person to have lawyer present — No duty on officer to advise claimant should be represented, and in absence of request therefor, SIO not refusing to permit applicant to have lawyer with her at interview — Reasonable in circumstances for SIO to decide not to adjourn interview — Question certified: was exclusion order in breach of duty of fairness, in that SIO interviewed applicant in absence of counsel when counsel may have been available to attend interview if SIO had not advised applicant lawyer’s attendance at interview not necessary?

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

principal peut normalement présumer que la preuve qu’un pays a accordé l’asile politique représente aussi l’autorisation d’y revenir — S’il est saisi de la preuve que le pays d’asile ne permettra pas au demandeur de revenir, il ne pourra conclure que la revendication est irrecevable par application de l’art. 46.01(1)a) qu’une fois raisonnablement convaincu que le demandeur pourra y revenir — Rien ne prouve que la demanderesse ne pourra pas revenir en Sierra Leone où elle a vécu pendant sept ans — Les mots «peut être renvoyé» ne signifient pas que l’agent principal soit tenu d’examiner si le demandeur craint avec raison d’être persécuté dans le pays d’asile — L’abrogation en 1993 de la disposition portant expressément sur cette situation signifie qu’il ne faut pas la réincorporer implicitement dans le texte — Faire à l’agent principal obligation d’examiner si un demandeur satisfait à la définition de réfugié au sens de la Convention serait incompatible avec le processus expéditif prévu dans ce régime légal pour écarter certaines revendications irrecevables par la section du statut — D’autres dispositions, c.-à-d. l’art. 53, assurent la protection des personnes qui ont besoin de la protection du Canada parce qu’elles craignent d’être persécutées dans le pays d’asile — Question certifiée: l’agent principal a-t-il commis une erreur de droit en concluant, en application de l’art. 46.01(1)a), que la demanderesse «peut être renvoyée» dans le pays où, selon la preuve documentaire produite, elle s’était vu reconnaître le statut de réfugiée, bien qu’il n’y eût aucun titre de voyage prouvant qu’elle avait le droit de demeurer ou de revenir dans ce pays, ni la preuve qu’elle n’y serait pas admise?

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Avant l’entrevue, l’agent principal a fait savoir qu’il ne serait pas nécessaire pour la demanderesse de se faire accompagner d’un avocat — À l’arrivée de la demanderesse, il a essayé en vain d’appeler l’avocat de cette dernière — L’entrevue a eu lieu sans avocat — L’agent principal a pris une ordonnance d’exclusion contre la demanderesse, par ce motif qu’elle n’avait aucun des titres de voyage normalement requis de ceux qui veulent entrer au Canada — Vu les limites très étroites des points à décider, vu le pouvoir discrétionnaire que l’agent principal tient de l’art. 23(4) pour prendre une ordonnance d’expulsion contre toute personne non admissible, et vu le caractère sommaire et expéditif du processus prévu par la loi, la demanderesse n’a pas automatiquement droit à l’assistance d’un avocat alors que l’agent est investi du pouvoir discrétionnaire de la permettre ou non — L’agent n’est nullement tenu d’informer un demandeur qu’il a intérêt à se faire assister d’un avocat et, faute de demande à cet effet, l’agent principal n’a pas refusé à la demanderesse d’être assistée d’avocat à l’entrevue — Dans ce contexte, il était raisonnable de sa part de décider de ne pas ajourner l’entrevue — Question certifiée: la mesure d’exclusion a-t-elle été prise en violation de l’obligation d’équité, en ce que

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

McLeod v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (C.A.) 257

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Immigration inquiry process — Appeal from F.C.T.D. decision allowing application for judicial review of I.R.B., Appeal Division decision quashing exclusion orders against appellants on compassionate, humanitarian grounds — Principal visa applicant died after visas issued, but before presentation in Canada for landing — Two-stage immigration process: (1) issuance of visa if visa officer concluding applicant admissible; (2) upon presentation of visa holder at Canadian port of entry, immigration officer, acting under Immigration Regulations, 1978, s. 12(1) determining if admissible i.e. whether visa still sufficient in circumstances to authorize admission — No need to imply visa invalidation through change of circumstances from language of Immigration Act because second-stage process designed to deal with that problem.

Mitchell v. M.N.R (C.A.) 375

Native peoples — Respondent registered Mohawk of Akwesasne residing on Cornwall Island — Entered Canada from New York State with various goods — Declared goods at customs office but refused to pay customs duties alleging Aboriginal right, treaty rights — Aboriginal right claimed right to be exempted from payment of customs duties when entering Canada from U.S.A. — Trial Judge failing to determine geographical scope of right — Right limited to non-commercial trade of goods acquired in New York State with other First Nation communities in Quebec, Ontario.

Customs and Excise — Customs Act — Respondent, Mohawk resident of Akwesasne, allegedly evading payment of duties on goods contrary to Customs Act, s. 153(c) — Claiming right to be exempt from payment of customs duties when crossing Canadian border for goods bought in U.S.A. — Customs Act, 1970, s. 22(1) governing provision for payment of duty — Ability to regulate application of duties integral part of Act — Aboriginal right not extinguished prior to 1982 by Customs Act.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

l'agent principal a interrogé la demanderesse en l'absence de son avocat, alors que celui-ci aurait pu y assister si le premier n'avait pas informé la demanderesse que la présence d'un avocat n'était pas nécessaire?

McLeod c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.A.) 257

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Processus d'enquête en matière d'immigration — Appel de la décision de la C.F. 1^{re} inst. accueillant la demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section d'appel de la C.I.S.R. a annulé les mesures d'exclusion prises contre les appelants pour des raisons d'ordre humanitaire — Décès de la demanderesse de visa principale après la délivrance des visas, mais avant son arrivée au Canada en vue de s'y établir — Processus d'immigration comportant deux étapes: 1) la délivrance du visa si l'agent des visas conclut à l'admissibilité du demandeur; 2) lorsque le titulaire d'un visa se présente à un port d'entrée canadien, l'agent d'immigration détermine s'il est admissible, en vertu de l'art. 12(1) du Règlement sur l'immigration de 1978, c.-à-d. si le visa dont il est titulaire est suffisant, dans les circonstances qui existent alors, pour autoriser son admission au pays — Il n'est pas nécessaire d'inférer du libellé de la Loi sur l'immigration un concept d'invalidation du visa découlant d'un changement de la situation, car la deuxième étape du processus est conçue pour régler cette question.

Mitchell c. M.R.N. (C.A.) 375

Peuples autochtones — L'intimé est un Mohawk inscrit d'Akwesasne habitant l'île de Cornwall—Il a rapporté au Canada divers articles provenant de l'État de New York — Il les a déclarés à la douane mais a invoqué ses droits ancestraux et droits issus de traités pour refuser d'en acquitter les droits de douane — Le droit ancestral revendiqué est celui de rapporter en franchise des marchandises des États-Unis — Le juge de première instance n'a pas assigné une limite géographique à ce droit — Ce droit est limité au commerce à petite échelle de marchandises rapportées de l'État de New York avec d'autres Premières nations au Québec et en Ontario.

Douanes et accise — Loi sur les douanes — Il est reproché à l'intimé, qui est un Mohawk d'Akwesasne, de s'être soustrait au paiement de droits de douane sur diverses marchandises, en contravention à l'art. 153c) de la Loi sur les douanes — Il invoque le droit de rapporter en franchise au Canada des marchandises achetées aux États-Unis — L'art. 22(1) de la Loi sur les douanes de 1970 régit le paiement des droits de douane — La possibilité de régler le paiement des droits de douane fait partie intégrante de la Loi — Le droit ancestral n'avait pas été éteint avant 1982 par la Loi sur les douanes.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Constitutional law — Aboriginal and Treaty Rights — Respondent, as Mohawk of Akwesasne, granted Aboriginal right to cross Canada-United States border, including right to bring goods for personal, community use, without having to pay customs duties — Right protected under Constitution Act, 1982, ss. 35, 52 — Trial Judge failing to impose geographical restrictions upon Aboriginal right — Respondent's Aboriginal right including right to duty-free trade with other First Nation Communities on non-commercial scale — Jay Treaty not limiting scope of Aboriginal right — Right protected by Constitution unless extinguished — Aboriginal right not extinguished by Customs Act.

North Shore Health Region v. Alpha Cosmos (The) (T.D.) 243

Maritime law — Practice — Service — Motion to declare statement of claim validly served upon defendant shipowner under r. 135 — Crew member seriously injured when boarding ship — Medical expenses paid by shipowner through law firm as business agent — Plaintiff suing shipowner by serving statement of claim upon agent — Service not accepted — R. 135 dealing with personal service on foreign entity with business roots in Canada — Securing care, hospitalization of crew member part of ordinary business of shipowner — R. 135 requiring entering into business in Canada — Shipowner foreign enterprise making use of Canadian entity in order to assist in business transaction — Properly served under r. 135.

Barristers and Solicitors — Law firm acting as business agent for foreign shipping company by paying hospital bills of injured seaman — Health Region purporting to serve shipping company by service upon law firm — Law firm, in absence of instructions, taking position service not accepted — Service valid under r. 135 — Law firm served not as lawyers but as business agent — Not opening floodgates to service on law firms acting for defendant but not having instructions to accept service, making mockery of necessity for personal service on defendant of statement of claim.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Droit constitutionnel — Droits ancestraux ou issus de traités — L'intimé, qui est un Mohawk d'Akwesasne, s'est vu reconnaître le droit ancestral de passer librement la frontière entre le Canada et les États-Unis, et de rapporter en franchise des marchandises destinées à l'usage personnel ou communautaire — Droit protégé par les art. 35 et 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 — Le juge de première instance n'a pas assigné une limite géographique à ce droit ancestral — Le droit ancestral de l'intimé recouvre celui de se livrer au commerce hors douane à petite échelle avec d'autres Premières nations — Le Traité Jay n'en limite pas la portée — Ce droit est protégé par la Constitution sauf extinction antérieure — Il n'a pas été éteint par la Loi sur les douanes.

North Shore Health Region c. Alpha Cosmos (Le) (1^{re} inst.) 243

Droit maritime — Pratique — Signification — Requête visant à l'obtention d'un jugement déclaratoire portant que la déclaration a été validement signifiée au propriétaire du navire défendeur en vertu de la règle 135 — Un membre d'équipage s'était grièvement blessé en montant à bord du navire — Le propriétaire du navire avait payé les frais médicaux par l'entremise d'un cabinet d'avocats en sa qualité d'agent d'affaires — La demanderesse a poursuivi le propriétaire du navire en signifiant la déclaration à l'agent — La signification n'a pas été acceptée — La règle 135 traite de la signification à personne à une entité étrangère faisant des affaires au Canada — S'assurer qu'un membre d'équipage se fasse soigner et soit hospitalisé fait partie des affaires normales du propriétaire d'un navire — La règle 135 exige qu'une opération commerciale soit effectuée au Canada — Le propriétaire du navire est une entreprise étrangère utilisant une entité canadienne afin de l'aider dans une opération commerciale — Il a reçu une signification valide en vertu de la règle 135.

Avocats — Un cabinet d'avocats avait agi à titre d'agent d'affaires pour une société de transport maritime étrangère en acquittant les frais d'hospitalisation d'un membre d'équipage qui s'était blessé — La demanderesse a voulu signifier la déclaration à la société de transport maritime en la signifiant à un cabinet d'avocats — Le cabinet d'avocats a pris la position selon laquelle, en l'absence d'instructions, il n'accepterait pas la signification — La signification était valide en vertu de la règle 135 — La signification avait été effectuée au cabinet d'avocats non en leur qualité d'avocats, mais en leur qualité d'agent d'affaires — Effectuer la signification à un cabinet d'avocats agissant pour le défendeur mais auquel on n'a pas demandé d'accepter la signification ne serait pas ouvrir la porte aux abus et ne serait pas tourner en dérision la procédure visant à signifier la déclaration à personne au défendeur.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Petro-Canada v. 2946661 Canada Inc. (T.D.) 294

Trade marks — Registration — Appeal from Registrar's rejection of opposition to proposed trade-mark "Petro-Quebec" for use in Canada in association with "stations-service pour automobilistes" — Appellant owner of trade-mark "Petro-Canada" for use in association with "motor fuel/distributing and marketing petroleum products" — Registrar held marks not confusing — Erred in appreciation of facts — Appellant's trade-marks well known in Canada, respondent's trade-mark not known — Evidence of third party adoption of trade-names for use in Quebec that substitute "Quebec" for "Canada" — Newspaper article profiling Petro-Quebec service station business identifying station as Petro-Canada service station — Evidence showing reasonable likelihood of confusion — Because Petro-Canada mark so well known in Canada in association with service stations, public would assume Petro-Quebec service station belonged to, affiliated with, appellant — Appellant, respondent in same or similar business — Respondent not meeting onus of showing no likelihood of confusion — Opposition cases to be decided on own facts — Registrar erred in law in stating bound by *stare decisis* to follow previous Exchequer Court, F.C.T.D. decisions.

SOMMAIRE (Fin)

Petro-Canada c. 2946661 Canada Inc. (1^{re} inst.) .. 294

Marques de commerce — Enregistrement — Appel de la décision du registraire rejetant l'opposition à la demande d'enregistrement de la marque de commerce «Petro-Québec» en vue d'un emploi au Canada en liaison avec des «stations-service pour automobilistes» — L'appelante est propriétaire de la marque de commerce «Petro-Canada» associée au «carburant et [à] la distribution/mise en marché de produits pétroliers» — Le registraire a conclu à l'absence de confusion entre les marques — Il a commis une erreur en évaluant les faits — Les marques de commerce de l'appelante sont très bien connues au Canada et la marque de commerce de l'intimée n'est pas connue — Preuve selon laquelle des tiers ont adopté, en vue d'un usage au Québec, des noms commerciaux où le mot «Canada» est remplacé par «Québec» — Article de journal portant sur le commerce de stations-service Petro-Québec mais décrivant l'établissement comme une station-service Petro-Canada — Preuve montrant qu'il existe un risque raisonnable de confusion — La marque Petro-Canada étant si bien connue au Canada en liaison avec des stations-service, on tiendrait pour acquis qu'une station-service Petro-Québec appartient ou est affiliée à l'appelante — L'appelante et l'intimée appartiennent au même secteur d'activité ou à des secteurs d'activité semblables — L'intimée ne s'est pas acquittée de la charge de prouver l'absence de risque de confusion — Il y a lieu de trancher les affaires d'opposition en fonction des faits qui sont propres à chaque affaire — Le registraire a commis une erreur de droit en disant devoir se conformer au principe du *stare decisis*, et suivre des décisions de la Cour de l'Échiquier et de la Section de première instance de la Cour fédérale.

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. 1, Part 2

1999, Vol. 1, 2^e fascicule

T-1743-98

T-1743-98

North Shore Health Region (Plaintiff)**North Shore Health Region (demanderesse)**

v.

c.

Cosmos Shipping Lines S.A., and the Owners and all Others Interested in the Ships “Alpha Cosmos”, “Stellar Glory”, “Sky Moon”, “Sky Run”, “Sunfalcon” and “White Manta” (Defendants)

Cosmos Shipping Lines S.A., et les propriétaires et toutes les autres personnes ayant un droit sur les navires «Alpha Cosmos», «Stellar Glory», «Sky Moon», «Sky Run», «Sunfalcon» et «White Manta» (défendeurs)

INDEXED AS: NORTH SHORE HEALTH REGION v. ALPHA COSMOS (THE) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: NORTH SHORE HEALTH REGION c. ALPHA COSMOS (LE) (1^{re} INST.)

Trial Division, Hargrave P.—Vancouver, October 26 and 28, 1998.

Section de première instance, protonotaire Hargrave—Vancouver, 26 et 28 octobre 1998.

Maritime law — Practice — Service — Motion to declare statement of claim validly served upon defendant shipowner under r. 135 — Crew member seriously injured when boarding ship — Medical expenses paid by shipowner through law firm as business agent — Plaintiff suing shipowner by serving statement of claim upon agent — Service not accepted — R. 135 dealing with personal service on foreign entity with business roots in Canada — Securing care, hospitalization of crew member part of ordinary business of shipowner — R. 135 requiring entering into business in Canada — Shipowner foreign enterprise making use of Canadian entity in order to assist in business transaction — Properly served under r. 135.

Droit maritime — Pratique — Signification — Requête visant à l'obtention d'un jugement déclaratoire portant que la déclaration a été valablement signifiée au propriétaire du navire défendeur en vertu de la règle 135 — Un membre d'équipage s'était grièvement blessé en montant à bord du navire — Le propriétaire du navire avait payé les frais médicaux par l'entremise d'un cabinet d'avocats en sa qualité d'agent d'affaires — La demanderesse a poursuivi le propriétaire du navire en signifiant la déclaration à l'agent — La signification n'a pas été acceptée — La règle 135 traite de la signification à personne à une entité étrangère faisant des affaires au Canada — S'assurer qu'un membre d'équipage se fasse soigner et soit hospitalisé fait partie des affaires normales du propriétaire d'un navire — La règle 135 exige qu'une opération commerciale soit effectuée au Canada — Le propriétaire du navire est une entreprise étrangère utilisant une entité canadienne afin de l'aider dans une opération commerciale — Il a reçu une signification valide en vertu de la règle 135.

Barristers and Solicitors — Law firm acting as business agent for foreign shipping company by paying hospital bills of injured seaman — Health Region purporting to serve shipping company by service upon law firm — Law firm, in absence of instructions, taking position service not accepted — Service valid under r. 135 — Law firm served not as lawyers but as business agent — Not opening floodgates to service on law firms acting for defendant but not having instructions to accept service, making mockery of necessity for personal service on defendant of statement of claim.

Avocats — Un cabinet d'avocats avait agi à titre d'agent d'affaires pour une société de transport maritime étrangère en acquittant les frais d'hospitalisation d'un membre d'équipage qui s'était blessé — La demanderesse a voulu signifier la déclaration à la société de transport maritime en la signifiant à un cabinet d'avocats — Le cabinet d'avocats a pris la position selon laquelle, en l'absence d'instructions, il n'accepterait pas la signification — La signification était valide en vertu de la règle 135 — La signification avait été effectuée au cabinet d'avocats non en leur qualité d'avocats, mais en leur qualité d'agent d'affaires — Effectuer la signification à un cabinet d'avocats agissant pour le défendeur mais auquel on n'a pas demandé d'accepter la signification ne serait pas ouvrir la porte aux abus et ne serait pas tourner en dérision la procédure visant à signifier la déclaration à personne au défendeur.

The plaintiff brought a motion seeking a declaration that its statement of claim had been validly served upon the defendant shipowner, Cosmos Shipping Lines S.A., under r. 135 of the *Federal Court Rules, 1998*. In May 1998, a crew member of the *Alpha Cosmos* was seriously injured when he fell into Vancouver harbour while boarding. He was taken to a hospital operated by the plaintiff for medical and surgical treatment. The medical expenses were paid by the shipowner through its agent, Campney & Murphy, up to July 28, 1998. In a letter dated August 7, 1998, the agent advised the hospital that it was acting on behalf of the owner of the *Alpha Cosmos*. As the shipowner denied any further responsibility for medical costs incurred after July 28, 1998, the plaintiff issued a statement of claim for reimbursement of those costs. As a result of some confusion concerning the address of Cosmos Shipping and on the basis of the representation made by its agent in its August 7 letter, the plaintiff decided to serve the statement of claim on the agent. The Campney & Murphy law firm said that it would not accept service without express instructions. The plaintiff took the position that service was made upon Campney & Murphy, not as counsel for Cosmos Shipping, but as persons resident in Canada of whom the shipping company has, in the ordinary course of business, made regular use of to render services, under rule 135.

Held, the motion should be allowed.

The argument made by counsel for Cosmos Shipping, that the statement of claim could be served only under rules 128 to 133, was unacceptable, for it would make superfluous all other rules dealing with personal service. Rule 135 contains a number of elements which are all present herein. First, rule 135 deals with persons resident outside of Canada, which seems to be the case of Cosmos Shipping. Second, for rule 135 to apply the party to be served must enter into contracts or business transactions in Canada. The action taken by Cosmos Shipping in paying a number of hospital accounts was a transaction being part of the ordinary business of a shipowner. "Business" is a broad and extensive word and has no legal meaning. The business of a shipowner goes beyond the trade of carrying goods. It includes all of the ancillary matters which must be undertaken in order to operate a ship, including care and maintenance of members of the crew. Third, rule 135 requires the entering into of a business transaction in Canada. The payment by Cosmos Shipping of its crew member's hospitalization fees was evidence of such a business transaction. Fourth, there must be some regular use of the service of the person resident in Canada. In the present case four similar transactions have been entered into since the time of the crew member's injury. Fifth, Cosmos Shipping in fact made use of the services in connection with a transaction related to its

La demanderesse a présenté une requête visant à l'obtention d'un jugement déclaratoire portant que la déclaration a été validement signifiée au propriétaire du navire défendeur, Cosmos Shipping Lines S.A., en vertu de la règle 135 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*. En mai 1998, un membre d'équipage de l'*Alpha Cosmos* s'était grièvement blessé en tombant dans le port de Vancouver pendant qu'il montait à bord du navire. Il a été amené à un hôpital exploité par la demanderesse pour être traité et subir une intervention chirurgicale. Les frais médicaux ont été payés par le propriétaire du navire, par l'entremise de son agent, Campney & Murphy, jusqu'au 28 juillet 1998. Dans une lettre datée du 7 août 1998, l'agent a informé l'hôpital qu'il agissait pour le compte du propriétaire de l'*Alpha Cosmos*. Étant donné que le propriétaire du navire n'assumait aucune responsabilité additionnelle à l'égard des frais médicaux engagés après le 28 juillet 1998, la demanderesse a déposé une déclaration en vue d'être dédommée de ces frais. En raison d'une certaine confusion au sujet de l'adresse de Cosmos Shipping, et en se fondant sur la déclaration que son agent avait faite dans la lettre du 7 août, la demanderesse a décidé de signifier la déclaration à l'agent. Le cabinet Campney & Murphy a dit qu'en l'absence d'instructions expresses, il n'accepterait pas pareille signification. La demanderesse a soutenu que la signification avait été effectuée au cabinet Campney & Murphy, non en leur qualité d'avocats de Cosmos Shipping, mais en leur qualité de personnes résidant au Canada dont la société de transport maritime avait, dans le cours normal des affaires, régulièrement utilisé les services, conformément à la règle 135.

Jugement: la requête est accueillie.

L'argument invoqué par l'avocat de Cosmos Shipping, à savoir que la déclaration pouvait uniquement être signifiée de la manière énoncée aux règles 128 à 133, n'était pas valable, car toutes les autres règles concernant la signification à personne deviendraient superflues. La règle 135 comporte un certain nombre d'éléments qui sont tous présents en l'espèce. Premièrement, la règle 135 se rapporte aux personnes résidant à l'étranger, ce qui semble être le cas de Cosmos Shipping. Deuxièmement, pour que la règle 135 s'applique, la partie à qui la signification est effectuée doit conclure des contrats ou effectuer des opérations commerciales au Canada. Les mesures prises par Cosmos Shipping lorsqu'elle a payé certains frais d'hospitalisation constituent une opération qui fait partie du cours normal des affaires d'un propriétaire de navire. Le terme «affaires» est un terme général ayant une portée étendue et ne signifie rien en droit. Le propriétaire d'un navire n'exploite pas simplement un commerce dans le cadre duquel il transporte des marchandises. Il prend notamment toutes les mesures accessoires nécessaires à l'exploitation du navire et veille notamment au soin et à l'entretien des membres de l'équipage. Troisièmement, la règle 135 exige qu'une opération commerciale soit effectuée au Canada. La conclusion de pareille opération commerciale est établie lorsque Cosmos Shipping a acquitté les frais d'hospitalisation de son membre d'équipage.

business. Finally, the legal proceeding must arise out of the transaction, which was the case here. The Federal Court test is not one of doing business, but rather of entering into business transactions in the ordinary course of business. That is precisely what Cosmos Shipping did. Looking after crew members is a business obligation, particularly so where it is a statutory obligation, as conceded by counsel for Cosmos Shipping. It was an unusual relationship for a law firm such as Campney & Murphy, a business one since it was acting as a business agent for Cosmos Shipping. Thus, holding that, in the circumstances of this case, service was valid would not open the floodgate allowing for service upon law firms lacking instructions to accept service and make a mockery of the requirement that a defendant be personally served with the statement of claim. This was a clear case where a foreign enterprise has made use of a Canadian entity in order to assist in a business transaction, on a regular basis, that spread over a number of months. Cosmos Shipping had been properly served under rule 135.

Quatrièmement, il doit y avoir une certaine utilisation régulière des services de la personne résidant au Canada. Dans ce cas-ci, quatre opérations de ce genre ont été effectuées depuis que le membre d'équipage s'est blessé. Cinquièmement, Cosmos Shipping a en fait utilisé les services d'une personne à l'égard d'une opération liée à ses affaires. Enfin, l'instance doit découler de l'opération, comme c'est ici le cas. Selon le critère adopté par la Cour fédérale, il ne s'agit pas de faire des affaires mais d'effectuer des opérations commerciales dans le cours normal des affaires. C'est précisément ce que Cosmos Shipping a fait. S'occuper des membres de l'équipage est une obligation commerciale, d'autant plus lorsque cette obligation est imposée par la loi, comme l'a concédé l'avocat de Cosmos Shipping. Il s'agissait d'une relation inhabituelle pour un cabinet d'avocats tel que Campney & Murphy; c'était une relation d'affaires, étant donné qu'il agissait à titre d'agents d'affaires de Cosmos Shipping. Par conséquent, statuer qu'en égard aux circonstances de l'espèce, la signification était valide et permettre la signification à un cabinet d'avocats auquel on n'a pas demandé d'accepter la signification ne serait pas ouvrir la porte aux abus et ne tournerait pas en dérision la procédure visant à signifier la déclaration à personne au défendeur. Il s'agissait clairement d'un cas dans lequel une entreprise étrangère avait utilisé une entité canadienne afin de l'aider dans une opération commerciale, sur une base régulière, cette opération s'étant échelonnée sur un certain nombre de mois. Cosmos Shipping avait reçu une signification valide en vertu de la règle 135.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9, s. 285.
Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters, 15 November 1965, 658 U.N.T.S. 163.
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 2 "person", 127(1), 128, 129, 130(1)(a)(i),(c), 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 147.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 91(4).
Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 12.1 (as enacted by SOR/93-44, s. 12).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 35(1) "person".
Rules of Court, B.C. Reg. 221/90, R. 11(2)(b).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Central Trust Co. of China v. Dolphin SS. Co., [1950] 2 W.W.R. 516 (B.C.C.A.).

REFERRED TO:

Harris v. Amery (1865), L.R. 1 C.P. 148.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Convention relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale, 15 novembre 1965, 658 R.T.N.U. 163.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 35(1) «personne».
Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 285.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 91(4).
Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 12.1 (édicte par DORS/93-44, art. 12).
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 2 «personne», 127(1), 128, 129, 130(1)(a)(i), c), 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 147.
Rules of Court, B.C. Reg. 221/90, R. 11(2)(b).

JURISPRUDENCE

DÉCISION EXAMINÉE:

Central Trust Co. of China v. Dolphin SS. Co., [1950] 2 W.W.R. 516 (C.A.C.-B.).

DÉCISION CITÉE:

Harris v. Amery (1865), L.R. 1 C.P. 148.

AUTHORS CITED

Black's Law Dictionary, 4th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1951, "business".

MOTION by the plaintiff seeking a declaration that its statement of claim was validly served upon the defendant shipowner under rule 135 of the *Federal Court Rules*, 1998. Motion allowed.

APPEARANCES:

Doug G. Morrison for plaintiff.
H. P. Swanson for defendant Cosmos Shipping Lines S.A.

SOLICITORS OF RECORD:

Bull, Housser & Tupper, Vancouver, for plaintiff.
Campney & Murphy, Vancouver, for defendant Cosmos Shipping Lines S.A.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] HARGRAVE P.: These reasons deal with the plaintiff's motion, the relevant portion of which seeks a declaration that the statement of claim was validly served upon the defendant shipowner, Cosmos Shipping Lines S.A. (Cosmos Shipping), and with the motion of Cosmos Shipping for a declaration to the contrary.

[2] In brief, the statement of claim was properly served upon Cosmos Shipping, which company would appear to have some connection with Singapore, by service upon Campney & Murphy, not as counsel for Cosmos Shipping, but as persons resident in Canada of whom Cosmos Shipping has, in this particular instance and in the ordinary course of business, made regular use of to render services, all pursuant to rule 135 [of the *Federal Court Rules*, 1998, SOR/98-106]. I will now consider this in more detail, beginning with some relevant facts.

DOCTRINE

Black's Law Dictionary, 4th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1951, «business».

REQUÊTE de la demanderesse visant à l'obtention d'un jugement déclaratoire portant que la déclaration a validement été signifiée au propriétaire du navire défendeur en vertu de la règle 135 des *Règles de la Cour fédérale* (1998). Requête accueillie.

ONT COMPARU:

Doug G. Morrison pour la demanderesse.
H. P. Swanson pour la défenderesse Cosmos Shipping Lines S.A.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Bull, Housser & Tupper, Vancouver, pour la demanderesse.
Campney & Murphy, Vancouver, pour la défenderesse Cosmos Shipping Lines S.A.

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

[1] LE PROTONOTAIRE HARGRAVE: Ces motifs se rapportent à une requête présentée par la demanderesse, visant notamment à l'obtention d'un jugement déclaratoire portant que la déclaration a été validement signifiée au propriétaire du navire défendeur, Cosmos Shipping Lines S.A. (Cosmos Shipping), ainsi qu'à la requête présentée par Cosmos Shipping en vue de l'obtention d'un jugement déclaratoire contraire.

[2] En résumé, la déclaration a été signifiée de la façon appropriée à Cosmos Shipping, compagnie qui semble être de quelque façon liée à Singapour, la signification ayant été effectuée au cabinet Campney & Murphy, non en leur qualité d'avocats de Cosmos Shipping, mais en leur qualité de personnes résidant au Canada dont Cosmos Shipping a, dans ce cas-ci et dans le cours normal des affaires, régulièrement utilisé les services, conformément à la règle 135 [des *Règles de la Cour fédérale* (1998), DORS/98-106]. J'examinerai maintenant l'affaire plus à fond, en exposant d'abord certains faits pertinents.

RELEVANT FACTS

[3] On 30 May 1998, Mr. Terrance Dalgado, Fourth Engineer of the *Alpha Cosmos*, was very seriously injured when he fell into Vancouver harbour. The gangway of the *Alpha Cosmos* by which Mr. Dalgado was boarding, together with Mrs. Dalgado, is said to have shifted, slipped and separated from the vessel and, in the absence of any effective safety net, both Mr. and Mrs. Dalgado fell into the water. All of this is set out in a companion action, commenced in August of 1998 against Cosmos Shipping, by another law firm, service of the statement of claim in that action being accepted by Campney & Murphy. Mr. Dalgado was taken to Lions Gate Hospital, which is operated by the plaintiff, North Shore Health Region, for medical and surgical treatment. He remains there in a coma.

[4] Cosmos Shipping, who may well have a statutory obligation for Mr. Dalgado's medical expenses, under subsection 91(4) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2], section 285 of the *Canada Shipping Act* [R.S.C., 1985, c. S-9] and section 12.1 of the *Immigration Regulations, 1978* [SOR/78-172 (as enacted by SOR/93-44, s.12)], was invoiced by the plaintiff, the invoices directed through Pacnord Agencies, a local shipping agent and through Mariners Medical Clinic, for medical care and treatment, the invoices being dated June 4, June 18, July 2 and July 30, for a total of some \$185,000. The invoices were each paid by cheques, through Campney & Murphy, up to and including 28 July 1998. The final invoice was not paid in full. This brings us to a 7th of August letter of Campney & Murphy, to Lions Gate Hospital, which begins:

We are solicitors acting on behalf of the owner of the "Alpha Cosmos".

The letter then acknowledges that:

Our client has been paying the ongoing hospital costs, . . .

LES FAITS PERTINENTS

[3] Le 30 mai 1998, M. Terrance Dalgado, quatrième mécanicien de l'*Alpha Cosmos*, s'est grièvement blessé en tombant dans le port de Vancouver. La passerelle de l'*Alpha Cosmos* par laquelle M. Dalgado montait à bord du navire avec M^{me} Dalgado aurait apparemment bougé, aurait glissé et se serait séparée du navire et, étant donné qu'il n'y avait pour ainsi dire aucun filet de sécurité, M. et M^{me} Dalgado sont tous les deux tombés à l'eau. Tous ces faits sont énoncés dans une action connexe, qui a été intentée en août 1998 contre Cosmos Shipping par un autre cabinet d'avocats, la signification de la déclaration dans cette dernière action ayant été acceptée par Campney & Murphy. M. Dalgado a été amené à l'hôpital Lions Gate, qui est exploité par la demanderesse, North Shore Health Region, pour être traité et subir une intervention chirurgicale. M. Dalgado, qui est toujours dans le coma, est encore à cet endroit.

[4] Cosmos Shipping, qui a peut-être bien une obligation légale à l'égard des frais médicaux engagés par M. Dalgado, en vertu du paragraphe 91(4) de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2], de l'article 285 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* [L.R.C. (1985), ch. S-9] et de l'article 12.1 du *Règlement sur l'immigration de 1978* [DORS/78-172 (édité par DORS/93-44, art. 12)], a été facturée pour soins médicaux par la demanderesse, par l'entremise de Pacnord Agencies, agent maritime local, et de la clinique médicale Mariners, les factures étant datées des 4 et 18 juin ainsi que des 2 et 30 juillet, et s'élevant en tout à 185 000 \$. Les factures ont toutes été payées au moyen de chèques, par l'entremise de Campney & Murphy, jusqu'au 28 juillet 1998 inclusivement. La facture finale n'a pas été payée au complet. Cela nous amène à la lettre du 7 août que Campney & Murphy a envoyée à l'hôpital Lions Gate, laquelle commence ainsi:

[TRADUCTION]

Nous agissons comme avocats pour le compte du propriétaire de l'«Alpha Cosmos».

Dans la lettre, il est ensuite reconnu ce qui suit:

[TRADUCTION]

Notre cliente a payé les frais d'hospitalisation dus [. . .]

The letter sets out that the owner of the *Alpha Cosmos*, after obtaining medical clearance, arranged to transfer Mr. Dalgado to Bombay, India on 28 July 1998, but that Mrs. Dalgado, on advice from American counsel, refused to permit the discharge and transfer. This leads to the notice in the August letter which has resulted in the present litigation:

Accordingly, our client puts Lions Gate Hospital on notice that it takes no responsibility for medical costs incurred after July 28, 1998 and that Lions Gate Hospital should look to Sheryl Dalgado and her lawyers for payment of ongoing medical costs.

All of this put Lions Gate Hospital in the difficult position of having to maintain Mr. Dalgado's medical care at some \$1,100 per day. In effect, Lions Gate Hospital and the North Shore Health Region are caught, on the one hand, between Mrs. Dalgado and her counsel who apparently maintain that Cosmos Shipping has a statutory obligation to look after Mr. Dalgado, and Cosmos Shipping who, on the other hand, deny any further responsibility.

[5] The statement of claim was issued 3 September 1998. It refers to Cosmos Shipping as being represented in British Columbia by Campney & Murphy. Counsel for the plaintiff had some difficulty in discovering any address for Cosmos Shipping. Counsel learned that the *Alpha Cosmos* was at one time managed by Sanko Steamship Co. Ltd., of Tokyo and subsequently, in September of 1998, managed by United Oceans Ship Management Pte. Ltd. of Singapore, but were not able to obtain an address for Cosmos Shipping from the usual sources, either Lloyd's Register of Ships, or the current Register Book Alterations and Additions, or Lloyd's List of Shipowners. The address used in the statement of claim for Cosmos Shipping thus appears to be the address of the ship's most recent manager.

[6] Perhaps as a result of this confusion as to an address for Cosmos Shipping, the plaintiff decided to take what appeared then to be a practical and inexpensive approach to service based upon the holding out

Dans la lettre, on dit qu'après avoir obtenu l'autorisation d'un médecin, le propriétaire de l'*Alpha Cosmos* a pris des dispositions pour assurer le transfert de M. Dalgado à Bombay, en Inde, le 28 juillet 1998, mais que M^{me} Dalgado, sur les conseils d'un avocat américain, a refusé de permettre qu'on donne congé à son mari et qu'on le transfère. Cela nous amène à l'avis figurant dans la lettre du mois d'août, lequel a donné lieu au litige:

[TRADUCTION] Par conséquent, notre cliente avise par les présentes l'hôpital Lions Gate qu'elle n'assume aucune responsabilité à l'égard des frais médicaux engagés après le 28 juillet 1998 et que l'hôpital devrait s'adresser à Sheryl Dalgado et à ses avocats pour obtenir le paiement des frais médicaux dus.

Tout cela met l'hôpital Lions Gate dans la situation difficile où il doit continuer à soigner M. Dalgado au coût d'environ 1 100 \$ par jour. En effet, l'hôpital Lions Gate et la North Shore Health Region sont pris entre d'une part, M^{me} Dalgado et son avocat, qui maintiennent apparemment que Cosmos Shipping est légalement tenue de s'occuper de M. Dalgado, et d'autre part, Cosmos Shipping qui nie toute responsabilité additionnelle.

[5] La déclaration a été produite le 3 septembre 1998. Il y est mentionné que Cosmos Shipping est représentée, en Colombie-Britannique, par Campney & Murphy. L'avocat de la demanderesse a eu de la difficulté à découvrir l'adresse de Cosmos Shipping. Il a appris que l'*Alpha Cosmos* était à un moment donné géré par Sanko Steamship Co. Ltd., de Tokyo, et par la suite, en septembre 1998, par United Oceans Ship Management Pte. Ltd. de Singapour, mais il n'a pas pu obtenir l'adresse de Cosmos Shipping à l'aide des sources habituelles, soit le registre de la Lloyd, les modifications et ajouts apportés au registre, ou le registre des propriétaires de navires de la Lloyd. L'adresse utilisée dans la déclaration à l'égard de Cosmos Shipping semble donc être celle du dernier gestionnaire du navire.

[6] C'est peut-être en raison de cette confusion au sujet de l'adresse de Cosmos Shipping que la demanderesse a décidé de prendre une mesure qui semblait alors pratique et peu coûteuse à l'égard de la significa-

by Campney & Murphy, in their 7 August 1998 letter, that they acted for Cosmos Shipping.

[7] On 4 September 1998, counsel for the plaintiff, North Shore Health Region, telephoned Mr. Wharton of Campney & Murphy to advise that a law student would be attending to serve the statement of claim and to this received no objection. Here I would note that counsel for the plaintiff makes the point that Mr. Wharton and Campney & Murphy were not served as counsel or lawyers for Cosmos Shipping, but rather as some form of business agent, that characterization arising out of Campney & Murphy's paying of accounts on behalf of Cosmos Shipping, as set out in their letter of 7 August 1998.

[8] Counsel for the plaintiff also wrote to Mr. Wharton on September 4 to confirm that the North Shore Health Region looked for an early commitment from Cosmos Shipping as to payment of its account and referred to the possibility of a summary judgment, there being, in the view of counsel for the plaintiff, no defence. Receiving no response, counsel for the plaintiff again wrote to Mr. Wharton on October 6 to inquire further and to warn of the possibility of a default judgment. On October 9, faced with the possibility of default proceedings, Mr. Wharton took the position in writing that Campney & Murphy had neither accepted service nor, without express instructions, would they accept service.

[9] Given that Federal Court statements of claim must now be served within 60 days and given the generally short time lines set out in the *Federal Court Rules, 1998*, when counsel believes there has been improper service then counsel ought to immediately put that on record, for litigation today is an expensive exercise which ought not to be delayed by ignoring letters and playing games. Instead, counsel ignored letters and waited for over a month before taking any position.

tion, en se fondant sur le fait que dans la lettre du 7 août 1998, le cabinet Campney & Murphy avait déclaré agir pour le compte de Cosmos Shipping.

[7] Le 4 septembre 1998, l'avocat de la demanderesse, North Shore Health Region, a téléphoné à M^e Wharton, chez Campney & Murphy, pour l'informer qu'un étudiant en droit se présenterait pour signifier la déclaration, ce à quoi M^e Wharton ne s'est pas opposé. Je remarque que l'avocat de la demanderesse souligne que M^e Wharton et le cabinet Campney & Murphy n'ont pas reçu signification en leur qualité d'avocats de Cosmos Shipping, mais plutôt en leur qualité d'agents d'affaires, cette désignation découlant du fait que le cabinet Campney & Murphy avait acquitté les factures au nom de Cosmos Shipping, comme il en était fait mention dans la lettre du 7 août 1998.

[8] L'avocat de la demanderesse a également écrit à M^e Wharton le 4 septembre pour confirmer que la North Shore Health Region voulait obtenir à bref délai un engagement de Cosmos Shipping au sujet du paiement de la facture et a mentionné la possibilité d'un jugement sommaire, étant donné qu'à son avis, il n'y avait pas de moyen de défense. N'ayant pas obtenu de réponse, l'avocat de la demanderesse a de nouveau écrit à M^e Wharton, le 6 octobre, pour se renseigner et pour l'informer de la possibilité d'un jugement par défaut. Le 9 octobre, M^e Wharton, qui faisait face à la possibilité d'un jugement par défaut, a déclaré par écrit que le cabinet Campney & Murphy n'avait pas accepté la signification et qu'en l'absence d'instructions écrites, il n'accepterait pas pareille signification.

[9] Étant donné que les déclarations, devant la Cour fédérale, doivent maintenant être signifiées dans un délai de 60 jours et étant donné les délais généralement brefs prévus par les *Règles de la Cour fédérale (1998)*, l'avocat qui estime que la signification n'a pas été effectuée d'une façon appropriée devrait immédiatement faire consigner la chose au dossier, car de nos jours les litiges coûtent fort cher et on ne devrait pas les retarder en omettant de tenir compte des lettres qui ont été reçues et en jouant des jeux. Cependant, l'avocat n'a pas tenu compte des lettres et il a attendu plus d'un mois pour faire connaître sa position.

CONSIDERATION

[10] At first glance, while the cost of service in Singapore at 300£ is substantial, it might be that the plaintiff should have served the statement of claim on the apparent managers for Cosmos Shipping in Singapore, trusting that might also be the address of Cosmos Shipping. However, given that Cosmos Shipping, unlike most shipowners, does not have any published address in the Lloyd's system and has changed managers recently, one can understand the approach to service taken by plaintiff's counsel.

[11] Counsel for the plaintiff argued a number of approaches, under both the *Federal Court Rules, 1998* and under the *B.C. Rules of Court* [B.C. Reg. 221/90], the latter imported into our procedure by paragraph 130(1)(c), by which the plaintiff had obtained valid service on Cosmos Shipping.

[12] I am not prepared to accept that service on Campney & Murphy, who are lawyers for Cosmos Shipping, is service within subparagraph 130(1)(a)(i) of the Rules which allows service by leaving a copy of a document "with an officer or a director of the corporation or a person employed by the corporation as legal counsel". In the context of the subparagraph, which refers to an officer or a director of the corporation, it is clear that the legal counsel referred to is corporate in-house counsel.

[13] As I have noted paragraph 130(1)(c) of the Rules imports B.C. Supreme Court procedure as to service, specifically in this instance a portion of Rule 11(2)(b), which allows service on a foreign corporation by deeming any person, in British Columbia, who "transacts or carries on any of the business of, or any business for, that (foreign) corporation" the agent of that foreign corporation. This Rule is narrower and more specific in its phrasing than Federal Court rule 135. I have not applied the B.C. Rule as the *Federal*

EXAMEN

[10] À première vue, les frais de signification à Singapour, qui s'élèvent à 300 £, sont élevés, mais la demanderesse aurait peut-être dû faire signifier la déclaration aux personnes qui semblaient gérer Cosmos Shipping à Singapour, en se fondant sur le fait que c'était peut-être bien également l'adresse de Cosmos Shipping. Toutefois, étant donné que contrairement à la plupart des propriétaires de navires, Cosmos Shipping ne publie pas son adresse dans le système de la Lloyd's et qu'elle a récemment changé de gérant, on peut comprendre pourquoi l'avocat de la demanderesse a agi comme il l'a fait.

[11] L'avocat de la demanderesse a invoqué un certain nombre d'arguments, tant en vertu des *Règles de la Cour fédérale (1998)* qu'en vertu des *Rules of Court* [B.C. Reg. 221/90] de la C.-B., ces dernières étant incorporées dans notre procédure par l'alinéa 130(1)(c) des Règles, en vertu duquel la demanderesse a signifié d'une façon valable la déclaration à Cosmos Shipping.

[12] Je ne suis pas prêt à reconnaître que la signification qui a été effectuée chez les avocats de Cosmos Shipping, Campney & Murphy, est conforme au sous-alinéa 130(1)(a)(i) des Règles, en vertu duquel la signification s'effectue par remise d'une copie du document «à l'un des dirigeants ou administrateurs de la personne morale ou à toute personne employée par celle-ci à titre de conseiller juridique». Dans le contexte de cette disposition, qui mentionne un dirigeant ou administrateur de la personne morale, il est clair que l'avocat mentionné est un avocat interne de la société.

[13] Comme je l'ai fait remarquer, l'alinéa 130(1)(c) des Règles incorpore la procédure de la Cour suprême de la Colombie-Britannique en ce qui concerne la signification, en particulier dans ce cas-ci une partie de la règle 11(2)(b) qui autorise la signification à une personne morale étrangère en présumant que toute personne, en Colombie-Britannique, qui [TRADUCTION] «conclut des opérations ou fait des affaires pour cette personne morale (étrangère) est le représentant de cette personne morale étrangère». Le libellé de cette

Court Rules, 1998 provide a perfectly good equivalent in rule 135. I will consider rule 135 after disposing of argument made on behalf of the plaintiff.

[14] Counsel for the plaintiff also submits that there was service under rule 147 of the *Federal Court Rules, 1998*. Rule 147 is a remedial rule to validate irregular service:

147. Where a document has been served in a manner not authorized by these Rules or by an order of the Court, the Court may consider the document to have been validly served if it is satisfied that the document came to the notice of the person to be served or that it would have come to that person's notice except for the person's avoidance of service.

In the present instance, the affidavit sworn by one of counsel for Cosmos Shipping is to the effect that Cosmos Shipping has not been sent a copy of the statement of claim. One would be surprised if Cosmos Shipping were not aware of the statement of claim. However, by reason of the approach I have taken, using rule 135 of the *Federal Court Rules, 1998*, I do not need to decide whether rule 147 is applicable in the present instance.

[15] In order to utilize rule 135 for the service of an originating document, one must first consider that rule in the context of all of the *Federal Court Rules, 1998* dealing with service. To begin, subsection 127(1) provides that except in certain circumstances, which do not apply in this instance, an originating document, for example a statement of claim, "shall be served personally in a manner set out in rules 128 to 133". Counsel for Cosmos Shipping says that the statement of claim may only be served as set out in rules 128 through 133, which deal with personal service on an individual, personal service on a corporation either by leaving the document with an officer, director or counsel, service as provided by Act of Parliament, or service as provided for by superior provincial court rules. Rules 128 through 133 also deal with service on a municipal corporation, on a partnership, on an unincorporated association and on the Crown.

disposition est plus restreint et précis que celui de la règle 135 de la Cour fédérale. Je n'ai pas appliqué la règle de la Colombie-Britannique étant donné que les *Règles de la Cour fédérale (1998)* prévoient à peu près la même chose à la règle 135. J'examinerai la règle 135 après m'être prononcé sur l'argument invoqué pour le compte de la demanderesse.

[14] L'avocat de la demanderesse soutient également qu'il y a eu signification en vertu de la règle 147 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, qui est une disposition réparatrice visant à valider une signification irrégulière:

147. Lorsqu'un document a été signifié d'une manière non autorisée par les présentes règles ou une ordonnance de la Cour, celle-ci peut considérer la signification comme valide si elle est convaincue que le destinataire en a pris connaissance ou qu'il en aurait pris connaissance s'il ne s'était pas soustrait à la signification.

Dans ce cas-ci, l'affidavit d'un des avocats de Cosmos Shipping établit que cette dernière n'a jamais reçu de copie de la déclaration. Il serait surprenant que Cosmos Shipping n'ait pas été au courant de la déclaration. Toutefois, étant donné la façon dont j'aborde la question, en me fondant sur la règle 135 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, je n'ai pas à déterminer si la règle 147 s'applique en l'espèce.

[15] Pour utiliser la règle 135 aux fins de la signification d'un acte introductif d'instance, il faut d'abord examiner cette disposition dans le contexte des dispositions relatives à la signification dans leur ensemble. Tout d'abord, le paragraphe 127(1) prévoit que, sauf dans certaines circonstances, qui ne s'appliquent pas ici, un acte introductif d'instance, par exemple une déclaration «est signifié à personne conformément aux règles 128 à 133». L'avocat de Cosmos Shipping affirme que la déclaration peut uniquement être signifiée de la manière prévue aux règles 128 à 133, qui se rapportent à la signification à personne à une personne physique, à la signification à personne à une personne morale par remise du document à l'un des dirigeants ou administrateurs ou à un conseiller juridique, la signification selon le mode prévu par une loi fédérale ou la signification selon le mode prévu par les règles d'une cour supérieure de la province en

[16] Contrary to the argument made by counsel for Cosmos Shipping, rule 134 specifically provides for personal service through acceptance of service by a party's solicitor. Rule 136 provides for substitutional service in place of personal service and that clearly includes service of an originating document. Rule 137, dealing with service outside Canada, brings in Hague Convention on service [*Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters*, 15 November 1965, 658 U.N.T.S. 163] and notes, generally, that personal service outside Canada may be effected in the manner set out in rules 127 through 136. Rule 135 is bracketed by all of this. Rule 135 clearly deals with personal service on a foreign entity with business roots in Canada. Some meaning must be ascribed to rule 135, particularly given its marginal note "Deemed personal service on a person outside Canada". As a result, I do not accept the argument made by counsel for Cosmos Shipping that the statement of claim may only be served as set out in rules 128 through 133, for to accept that argument would make superfluous all of the balance of the Rules dealing with personal service.

[17] Rule 135 provides as follows:

135. Where a person

(a) is resident outside Canada and, in the ordinary course of business, enters into contracts or business transactions in Canada in connection with which the person regularly makes use of the services of a person resident in Canada, and

(b) made use of such services in connection with a contract or business transaction,

in a proceeding arising out of the contract or transaction, personal service of a document on the person resident outside Canada is effected by personally serving the person resident in Canada.

Rule 135 contains a number of elements.

cause. Les règles 128 à 133 traitent également de la signification à une administration municipale, à une société de personnes, à une association sans personnalité morale et à la Couronne.

[16] Contrairement à l'argument invoqué par l'avocat de Cosmos Shipping, la règle 134 prévoit expressément la signification à personne auprès de l'avocat d'une partie si celui-ci en accepte la signification. La règle 136 traite de la signification substitutive, si la signification à personne est impossible, ce qui comprend clairement la signification d'un acte introductif d'instance. La règle 137, qui concerne la signification à l'étranger, traite de la signification conformément à la Convention de La Haye [*Convention relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale*, 15 novembre 1965, 658 R.T.N.U. 163] et précise qu'en général, la signification à personne à l'étranger peut être effectuée de la manière prévue aux règles 127 à 136. La règle 135 se glisse entre toutes ces dispositions. Elle traite clairement de la signification à personne à une entité étrangère qui fait des affaires au Canada. Il faut attribuer un sens à la règle 135, compte tenu en particulier de sa note marginale: «Signification présumée». Je ne retiens donc pas l'argument de l'avocat de Cosmos Shipping lorsqu'il dit que la déclaration peut uniquement être signifiée de la manière énoncée aux règles 128 à 133; en effet, si cet argument était retenu, toutes les autres dispositions des Règles concernant la signification à personne deviendraient superflues.

[17] La règle 135 est ainsi libellée:

135. Dans une instance découlant d'un contrat ou d'une opération commerciale, la signification à personne d'un document à une personne résidant au Canada vaut signification à la personne résidant à l'étranger si cette dernière, à la fois:

a) dans le cours normal des affaires, conclut des contrats au Canada ou effectue des opérations commerciales au Canada dans le cadre desquelles elle utilise régulièrement les services de la personne résidant au Canada;

b) a utilisé les services de la personne résidant au Canada relativement à ce contrat ou à cette opération commerciale.

La règle 135 comporte un certain nombre d'éléments.

[18] First, rule 135 deals with persons resident outside of Canada. A “person” is defined, by Federal Court rule 2, to include a tribunal, an unincorporated association and a partnership. However, subsection 35(1) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985 c. I-21, also defines a “person” to include a corporation. In the present instance there is some doubt as to the actual location of Cosmos Shipping, but it is a corporation which does not seem to be resident in Canada.

[19] Second, for rule 135 to apply the party to be served must enter into contracts or business transactions in Canada. I do not see that there is a contract between Cosmos Shipping and the Lions Gate Hospital, however the action taken by Cosmos Shipping, in looking after its Fourth Engineer, through payment of a number of hospital accounts, is a transaction which is a part of the ordinary business of a shipowner. To elaborate on this, business is not a term with a legal meaning: see for example the 1951 edition of *Black’s Law Dictionary*, at page 248. Moreover, it is a broad and extensive word. Indeed, it is more extensive than the concept of trade: see for example *Harris v. Amery* (1865), L.R. 1 C.P. 148, at page 154. The business of a shipowner goes beyond merely the trade of carrying goods. It includes all of the ancillary matters which must be undertaken in order to operate a ship, including care and maintenance of members of the crew. Securing the care and hospitalization of a crew member is clearly part of the ordinary business of a shipowner.

[20] Third, rule 135 requires the entering into of a business transaction in Canada. There is clear evidence of such a business transaction in the payment, by Cosmos Shipping, of a number of accounts for the hospitalization of Mr. Dalgado. Here counsel for Cosmos Shipping argues that the accounts were not paid by Cosmos Shipping, but rather by the underwriters for Cosmos Shipping. However, the Campney & Murphy letter of 7 August 1998 is clear on the

[18] Premièrement, la règle 135 se rapporte aux personnes résidant à l’étranger. La règle 2 de la Cour fédérale définit le mot «personne» comme s’entendant notamment d’un office fédéral, d’une association sans personnalité morale et d’une société de personnes. Toutefois, le paragraphe 35(1) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, définit également le mot «personne» comme comprenant une personne morale. En l’espèce, on ne sait pas trop où réside Cosmos Shipping, mais il s’agit d’une personne morale qui ne semble pas résider au Canada.

[19] Deuxièmement, pour que la règle 135 s’applique, la partie à qui la signification est effectuée doit conclure des contrats ou effectuer des opérations commerciales au Canada. Je ne puis constater l’existence d’aucun contrat entre Cosmos Shipping et l’hôpital Lions Gate, mais les mesures prises par Cosmos Shipping lorsqu’elle s’est occupée de son quatrième mécanicien, en payant certains frais d’hospitalisation, constituent une opération qui fait partie du cours normal des affaires d’un propriétaire de navire. Plus précisément, le terme «affaires» ne signifie rien en droit: voir par exemple l’édition de 1951 de *Black’s Law Dictionary*, à la page 248. En outre, il s’agit d’un terme général ayant une portée étendue. De fait, la portée de ce terme est plus étendue que celle du mot «commerce»: voir par exemple *Harris v. Amery* (1865), L.R. 1 C.P. 148, à la page 154. Le propriétaire d’un navire n’exploite pas simplement un commerce dans le cadre duquel il transporte des marchandises. Il prend notamment toutes les mesures accessoires nécessaires à l’exploitation du navire et veille notamment au soin et à l’entretien des membres de l’équipage. S’assurer qu’un membre de l’équipage se fasse soigner et soit hospitalisé fait clairement partie des affaires normales du propriétaire de navire.

[20] Troisièmement, la règle 135 exige qu’une opération commerciale soit effectuée au Canada. Or, en l’espèce, la conclusion de pareille opération commerciale est clairement établie étant donné que Cosmos Shipping a acquitté un certain nombre de factures se rapportant à l’hospitalisation de M. Dalgado. Dans ce cas-ci, l’avocat de Cosmos Shipping soutient que les factures n’ont pas été acquittées par Cosmos Shipping, mais plutôt par les assureurs de Cosmos

point. Campney & Murphy say they are acting on behalf of the owner of the *Alpha Cosmos*. This is a holding out, clearly relied upon and acted upon by the plaintiff. When others act on the assumption that the person is what he allows himself to be represented to be, that person is estopped from denying the truth of such a representation.

[21] Fourth, there must be some regular use of the service of the person resident in Canada. In the present instance there were four similar transactions spread over the months between the time of the injury of Mr. Dalgado and the present.

[22] Fifth, Cosmos Shipping in fact made use of the services in connection with a transaction related to its business.

[23] Finally, the legal proceeding must arise out of the transaction and that is the case here. Thus, in the wording of rule 135, “personal service of a document on a person resident outside of Canada is effected by personally serving the person resident in Canada”.

[24] In reaching this conclusion, I have not overlooked the oral and written argument made by counsel for Cosmos Shipping, that “the payment of hospital accounts pursuant to a statutory obligation by a law firm does not constitute ‘contracts’ or ‘business transactions’ in Canada” there referring to the B.C. Court of Appeal decision in *Central Trust Co. of China v. Dolphin SS. Co.*, [1950] 2 W.W.R. 516. Now one must keep in mind that, procedurally, litigation was a more leisurely affair in 1950, when a writ’s validity for service was for a year, not just 60 days as in our Court at present. However, even leaving that aside, there is a difference in the wording of the B.C. rule in 1950 and the Federal Court rule today. In the B.C. rule the emphasis is on the carrying on of a business, whereas under rule 135 of the *Federal Court Rules, 1998* it is a matter of entering into business transactions, not carrying on a business as a whole, which one must consider. This emphasis by the Court

Shipping. Toutefois, la lettre du 7 août 1998 de Campney & Murphy est claire sur ce point. Elle dit que le cabinet Campney & Murphy agit pour le compte du propriétaire de l’*Alpha Cosmos*. Il s’agit d’une déclaration sur laquelle la demanderesse s’est clairement fondée pour agir. Lorsqu’une personne agit en présumant qu’une autre personne est bien celle pour laquelle elle se fait passer, cette dernière est irrecevable à nier l’exactitude de pareille représentation.

[21] Quatrièmement, il doit y avoir une certaine utilisation régulière des services de la personne résidant au Canada. Dans ce cas-ci, quatre opérations de ce genre ont été effectuées depuis que M. Dalgado s’est blessé.

[22] Cinquièmement, Cosmos Shipping a en fait utilisé les services d’une personne à l’égard d’une opération liée à ses affaires.

[23] Enfin, l’instance doit découler de l’opération, comme c’est ici le cas. Par conséquent, comme le dit la règle 135, «la signification à personne d’un document à une personne résidant au Canada vaut signification à la personne résidant à l’étranger».

[24] En tirant cette conclusion, je n’ai pas omis de tenir compte des plaidoyers oraux et écrits que l’avocat de Cosmos Shipping a présentés en se reportant à la décision que la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a rendue dans l’affaire *Central Trust Co. of China v. Dolphin SS. Co.*, [1950] 2 W.W.R. 516, à savoir que [TRADUCTION] «le paiement par un cabinet d’avocats des frais d’hospitalisation conformément à une obligation légale ne constitue pas un “contrat” ou une “opération commerciale” au Canada». Il faut se rappeler que, sur le plan de la procédure, les litiges étaient plus simples en 1950, lorsqu’un bref pouvait être signifié dans un délai d’un an, et non simplement de 60 jours comme c’est maintenant le cas pour cette Cour. Toutefois, indépendamment de cela, il existe une différence entre le libellé de la règle de la Colombie-Britannique, qui date de 1950, et celui de la règle actuelle de la Cour fédérale. La règle de la Colombie-Britannique met l’accent sur l’exploitation

of Appeal, in *Dolphin SS.*, on doing business is evident, for example, in the reasons of Mr. Justice Sidney Smith, at page 526. He points out that if he were to drive to Seattle and buy provisions, lodging and a suit of clothes in Seattle, that would not be doing business. Alternately, if he were a dealer in clothing and bought 100 suits, that would be doing business. However, the Federal Court test is not one of doing business, but rather of entering into business transactions in the ordinary course of business. That is precisely what Cosmos Shipping is doing. Looking after crew members is a business obligation and, all the more so, where it is a statutory obligation, as conceded by counsel for Cosmos Shipping.

[25] Counsel for Cosmos Shipping does express a valid concern: if service on a lawyer or on a law firm, who or which acts for a defendant, but does not have instructions to accept service is good service, under rule 135, then the flood gates would open and make a mockery of the procedure of tracking down and personally serving a defendant with a statement of claim. However, the conclusions reached in these reasons do not depend in any way upon a common and usual solicitor and client relationship between Campney & Murphy, as lawyers and Cosmos Shipping as client. Rather the relationship is an unusual one for a law firm. It is a business one, with Campney & Murphy acting as a business agent for Cosmos Shipping, doing what is usually done either by the shipowner itself, directly, or by the shipowner indirectly, utilizing a ship's agent, in order to facilitate a not uncommon ordinary business transaction required in order to operate a ship. As I say, it would be entirely different if the services of Campney & Murphy had been in the nature of legal services related to one or more matters, as opposed to the present engagement as agents for Cosmos Shipping on a number of related transactions.

d'une entreprise, alors que selon l'article 135 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, ce sont les opérations commerciales plutôt que l'exploitation d'une entreprise dans son ensemble qui entrent en ligne de compte. On peut constater, par exemple, dans les motifs que M. le juge Sidney Smith a prononcés (page 526) dans l'arrêt *Dolphin SS.*, que la Cour d'appel a mis l'accent sur l'exploitation d'une entreprise. Le juge signale que s'il se rendait en voiture à Seattle pour acheter des provisions, se loger et acheter un complet, il ne ferait pas des affaires. Par contre, s'il faisait le commerce de vêtements et achetait 100 complets, il ferait des affaires. Toutefois, selon le critère adopté par la Cour fédérale, il ne s'agit pas de faire des affaires mais d'effectuer des opérations commerciales dans le cours normal des affaires. C'est précisément ce que Cosmos Shipping fait. S'occuper des membres de l'équipage est une obligation commerciale, d'autant plus lorsque cette obligation est imposée par la loi, comme l'a concédé l'avocat de Cosmos Shipping.

[25] L'avocat de Cosmos Shipping exprime une préoccupation valable: si la signification à un avocat ou à un cabinet d'avocats, qui agit pour un défendeur, mais auquel on n'a pas demandé d'accepter la signification était une signification valide en vertu de la règle 135, ce serait ouvrir la porte aux abus et tourner en dérision la procédure visant à trouver le défendeur et à lui signifier à personne la déclaration. Toutefois, les conclusions qui sont ici tirées ne sont aucunement fondées sur l'existence de la relation avocat-client habituelle entre le cabinet Campney & Murphy, à titre d'avocats, et Cosmos Shipping, à titre de client. Il s'agit plutôt d'une relation inhabituelle pour un cabinet d'avocat. C'est une relation d'affaires, Campney & Murphy agissant à titre d'agents d'affaires de Cosmos Shipping et faisant ce que le propriétaire d'un navire fait habituellement directement lui-même ou indirectement en utilisant un agent, afin de faciliter une opération commerciale ordinaire habituelle nécessaire à l'exploitation du navire. Comme je le dis, la situation serait tout à fait différente si les services de Campney & Murphy avaient été des services juridiques fournis à l'égard d'un dossier ou de dossiers, par opposition à leur engagement actuel, à titre d'agents de Cosmos Shipping, à l'égard d'un certain nombre d'opérations connexes.

CONCLUSION

[26] This is a clear instance in which an offshore enterprise has made use of a Canadian entity in order to assist in a business transaction, on a regular basis, here spread over a number of months. Rule 135 therefore applies. Cosmos Shipping was properly served on September 4, 1998.

[27] As an adjunct to its motion, the plaintiff would like default judgment. However, default judgment is always discretionary. In the present instance Cosmos Shipping had substantial argument to make as to validity of service. As hospital costs continue to accrue at some \$1,100 per day, it is important that there be no further delay. Cosmos Shipping will have 14 days within which to file a defence.

CONCLUSION

[26] Il s'agit clairement d'un cas dans lequel une entreprise étrangère a utilisé une entité canadienne afin de l'aider dans une opération commerciale, sur une base régulière, cette opération s'étant dans ce cas-ci échelonnée sur un certain nombre de mois. Par conséquent, la règle 135 s'applique. Cosmos Shipping a reçu une signification valide le 4 septembre 1998.

[27] En plus de la requête qu'elle a présentée, la demanderesse cherche à obtenir un jugement par défaut. Toutefois, l'octroi d'un jugement par défaut est toujours discrétionnaire. En l'espèce, Cosmos Shipping avait énormément d'arguments à soulever au sujet de la validité de la signification. Étant donné que les frais d'hospitalisation continuent à s'accumuler au rythme de 1 100 \$ par jour, il est important que le retard ne se poursuive pas. Cosmos Shipping disposera d'un délai de 14 jours pour déposer une défense.

A-887-96

A-887-96

Beresford and Glenford McLeod (*Appellants*)**Beresford et Glenford McLeod** (*appellants*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**
(*intimé*)**INDEXED AS: MCLEOD v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (C.A.)****RÉPERTORIÉ: MCLEOD c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)**Court of Appeal, Isaac C.J., Strayer and Linden J.J.A.
—Winnipeg, November 4 and 6, 1998.Cour d'appel, juge en chef Isaac et juges Strayer et
Linden, J.C.A.—Winnipeg, 4 et 6 novembre 1998.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Immigration inquiry process — Appeal from F.C.T.D. decision allowing application for judicial review of I.R.B., Appeal Division decision quashing exclusion orders against appellants on compassionate, humanitarian grounds — Principal visa applicant died after visas issued, but before presentation in Canada for landing — Two-stage immigration process: (1) issuance of visa if visa officer concluding applicant admissible; (2) upon presentation of visa holder at Canadian port of entry, immigration officer, acting under Immigration Regulations, 1978, s. 12(1) determining if admissible i.e. whether visa still sufficient in circumstances to authorize admission — No need to imply visa invalidation through change of circumstances from language of Immigration Act because second-stage process designed to deal with that problem.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Processus d'enquête en matière d'immigration — Appel de la décision de la C.F. 1^{re} inst. accueillant la demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section d'appel de la C.I.S.R. a annulé les mesures d'exclusion prises contre les appelants pour des raisons d'ordre humanitaire — Décès de la demanderesse de visa principale après la délivrance des visas, mais avant son arrivée au Canada en vue de s'y établir — Processus d'immigration comportant deux étapes: 1) la délivrance du visa si l'agent des visas conclut à l'admissibilité du demandeur; 2) lorsque le titulaire d'un visa se présente à un port d'entrée canadien, l'agent d'immigration détermine s'il est admissible, en vertu de l'art. 12(1) du Règlement sur l'immigration de 1978, c.-à-d. si le visa dont il est titulaire est suffisant, dans les circonstances qui existent alors, pour autoriser son admission au pays — Il n'est pas nécessaire d'inférer du libellé de la Loi sur l'immigration un concept d'invalidation du visa découlant d'un changement de la situation, car la deuxième étape du processus est conçue pour régler cette question.

This was an appeal from the Trial Division's decision allowing an application for judicial review of the Immigration and Refugee Board, Appeal Division's decision quashing exclusion orders against the appellants on compassionate or humanitarian grounds. The following question was certified: when does a validly issued immigration visa cease to be valid?

Il s'agissait d'un appel de la décision de la Section de première instance accueillant la demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié avait annulé les mesures d'exclusion prises contre les appelants pour des raisons d'ordre humanitaire. La question suivante a été certifiée: quand un visa délivré valablement cesse-t-il d'être valide?

The Appeal Division had held that the appellants were in possession of a valid immigrant visa and that therefore it had jurisdiction to entertain the appeals. The two appellants and their mother had obtained immigrant visas in 1992 while in Jamaica. The mother was the principal visa applicant, and the appellants applied as "accompanying dependants". The expiry date of the visas was December 21, 1992. On November 23, 1992 the appellants' mother died. On December 3, 1992 they proceeded to Canada and informed immigration officers of their mother's death. They were denied admission and an inquiry was held. Exclusion

La section d'appel avait jugé que les appelants étaient titulaires de visas d'immigrant en cours de validité et qu'elle avait compétence pour trancher les appels. Les deux appelants et leur mère avaient obtenu des visas d'immigrant en 1992 pendant qu'ils se trouvaient en Jamaïque. La mère était la demanderesse principale et les appelants ont demandé leur visa en qualité de «personnes à charge qui l'accompagnent». Ces visas devaient expirer le 21 décembre 1992. Le 23 novembre 1992, la mère est décédée. Le 3 décembre 1992, les appelants sont arrivés au Canada et ils ont informé les agents de l'immigration du décès de leur mère. On a refusé

orders were issued.

The issue was whether the “accompanying dependants” visas were rendered invalid when the principal visa applicant died after issue of the visas and before presentation in Canada for landing.

Held, the appeal should be allowed.

Although past case law has indicated that such visas should be treated as invalid, difficulties have flowed from that conclusion. Thus it was opportune to reconsider the matter.

The scheme of the *Immigration Act* is such that the sanction of invalidity is nowhere prescribed and in fact is unnecessary for the exclusion of unqualified immigrants. There are two stages to the immigration process: (1) a visa officer may issue a visa to an applicant if he forms the conclusion that the applicant is admissible; and (2) the visa holder must present himself at a Canadian port of entry, at which time an immigration officer acting under *Immigration Regulations, 1978*, subsection 12(1) must determine if he is admissible. The applicant is obliged to satisfy the officer in accordance with section 12 that he still meets the requirements of the Act including, whether the visa he holds is still sufficient, in the circumstances, to authorize his admission. Thus, the second-stage process is designed to deal with visa invalidation through change of circumstance. This was also supported by the fact that there could be little or no right of appeal under paragraph 70(2)(b) for visa holders refused admission when presenting themselves at the border if every change of condition after issue of a visa rendered it invalid, as by definition they would not be holders of valid visas.

The certified question was answered as follows: a validly issued visa is not invalidated merely by a change in the circumstances in respect of which it was issued occurring after its issue. The Court could not answer the question in so far as it involved issues not before the Trial Division in the proceeding from which this appeal was brought.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 9, 12(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 7), 19(2)(d), 20(1)(a), 70(2) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18), (3)(c) (as am. *idem*).

Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 12 (as am. by SOR/83-540, s. 2; 93-44, s. 11).

de les admettre et une enquête a été tenue. Des mesures d'exclusion ont été prises contre eux.

La question en litige était celle de savoir si le décès du demandeur principal après la délivrance des visas, avant qu'il se présente au Canada pour s'y établir, met fin à la validité des visas délivrés aux «personnes à charge qui l'accompagnent».

Arrêt: l'appel est accueilli.

Les décisions antérieures de la Cour indiquaient que de tels visas doivent être tenus pour invalides, mais cette conclusion a soulevé des difficultés. Il était donc opportun de réexaminer la question.

Le régime établi par la Loi ne prévoit pas qu'un visa peut devenir invalide et cette sanction n'est d'ailleurs pas nécessaire pour exclure les immigrants inadmissibles. Le processus d'immigration comporte deux étapes: 1) un agent des visas peut délivrer un visa au demandeur s'il conclut que ce dernier est admissible; et 2) le titulaire d'un visa doit se présenter à un port d'entrée canadien, où l'agent d'immigration détermine s'il est admissible, en vertu du paragraphe 12(1) du *Règlement sur l'immigration de 1978*. Le demandeur est tenu de convaincre l'agent, en vertu de l'article 12, qu'il satisfait toujours aux exigences de la Loi, y compris que le visa dont il est titulaire est suffisant, dans les circonstances qui existent alors, pour autoriser son admission au pays. La deuxième étape du processus est donc conçue pour régler la question de l'invalidation du visa découlant d'un changement de la situation. Cette conclusion est également renforcée par le fait que, si tout changement de situation survenu après la délivrance d'un visa le rendait invalide, l'alinéa 70(2)(b) ne pourrait conférer aucun droit d'appel, ou presque, aux titulaires de visas que l'on refuserait d'admettre au Canada lorsqu'ils se présenteraient à la frontière car, par définition, ils ne seraient pas titulaires d'un visa en cours de validité.

Voici la réponse donnée à la question certifiée: un visa délivré valablement ne devient pas invalide du seul fait que la situation visée par sa délivrance a changé depuis. Il ne convenait pas que la Cour tranche les autres aspects de cette question, car elle touchait des questions dont la Section de première instance n'était pas saisie dans la procédure visée par l'appel.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 9, 12(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 7), 19(2)(d), 20(1)(a), 70(2) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18), (3)(c) (mod., *idem*).

Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 12 (mod. par DORS/83-540, art. 2; 93-44, art. 11; 93-412, art. 8).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Canada (Minister of Employment and Immigration) v. De Decaro, [1993] 2 F.C. 408; (1993), 103 D.L.R. (4th) 564; 155 N.R. 129 (C.A.); *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Hundal*, [1995] 3 F.C. 32; (1995), 96 F.T.R. 306; 30 Imm. L.R. (2d) 52 (T.D.); affd (1996), 36 Imm. L.R. (2d) 153; 206 N.R. 184 (F.C.A.).

REFERRED TO:

Malouf v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (1995), 190 N.R. 230 (F.C.A.).

APPEAL from the Trial Division's decision allowing an application for judicial review of the Immigration and Refugee Board, Appeal Division's decision to quash exclusion orders against the appellants, and holding that their visa was still valid, although the principal visa applicant had died after the issuance of the visa and before presentation in Canada. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Renate Krause for appellants.
Sharlenne Telles-Langdon for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Legal Aid Manitoba, Winnipeg, for appellants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STRAYER J.A.:

FACTS

[1] The two appellants and their mother obtained immigrant visas in 1992 while in Jamaica. The mother was the principal visa applicant and the appellants applied as "accompanying dependants". These visas were to expire on December 21, 1992. On November

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. De Decaro, [1993] 2 C.F. 408; (1993), 103 D.L.R. (4th) 564; 155 N.R. 129 (C.A.); *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Hundal*, [1995] 3 C.F. 32; (1995), 96 F.T.R. 306; 30 Imm. L.R. (2d) 52 (T.D.); conf. par (1996), 36 Imm. L.R. (2d) 153; 206 N.R. 184 (C.A.F.).

DÉCISION MENTIONNÉE:

Malouf c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1995), 190 N.R. 230 (C.A.F.).

APPEL de la décision de la section de première instance accueillant la demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a annulé les mesures d'exclusion prises contre les appelants et jugé que leurs visas étaient toujours valides, malgré le décès de la demanderesse de visa principale après la délivrance de son visa, mais avant qu'elle se présente au Canada. Appel accueilli.

ONT COMPARU:

Renate Krause pour les appelants.
Sharlenne Telles-Langdon pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Aide juridique du Manitoba, Winnipeg, pour les appelants.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE STRAYER, J.C.A.:

LES FAITS

[1] Les deux appelants et leur mère ont obtenu des visas d'immigrant en 1992 pendant qu'ils se trouvaient en Jamaïque. La mère était la demanderesse principale et les appelants ont demandé leur visa en qualité de «personnes à charge qui l'accompagnent». Ces visas

23, 1992, their mother died. On December 3, 1992 they proceeded to Canada and informed immigration officers of their mother's death. They were denied admission and an inquiry was held on April 8, 1993 pursuant to a report issued under paragraph 20(1)(a) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2]. They were issued exclusion orders based on paragraph 19(2)(d) and section 12 of the *Regulations [Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172 (as am. by SOR/83-540, s. 2; 93-44, s. 11)]*.

[2] They appealed to the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board pursuant to subsection 70(2) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18] of the Act, paragraph (b) of which requires that for such an appeal to be entertained the appellant must, at the time the report was issued under paragraph 20(1)(a), have been "in possession of a valid immigrant visa". The Appeal Division held that they were in possession of such visas and thus it had jurisdiction to entertain the appeals. The exclusion orders were quashed on the basis of compassionate or humanitarian considerations as authorized by paragraph 70(3)(c) [as am. *idem*].

[3] The Minister launched an application for judicial review of this decision in the Trial Division. On October 24, 1995, Noël J., on consent of both parties, allowed the application and set aside the Appeal Division decision. By agreement he certified this question:

When does a validly issued immigrant visa cease to be valid?

[4] On this appeal the appellants ask for a "declaration that they were in possession of valid immigrant visas" at the time of the report under paragraph 20(1)(a).

[5] For her part, the Minister asks for an answer to the certified question as follows:

devaient expirer le 21 décembre 1992. Le 23 novembre 1992, la mère est décédée. Le 3 décembre 1992, les appelants sont arrivés au Canada et ils ont informé les agents de l'immigration du décès de leur mère. On a refusé de les admettre et une enquête a été tenue le 8 avril 1993 à la suite d'un rapport préparé par application de l'alinéa 20(1)a) de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2]. Des mesures d'exclusion ont été prises contre eux en vertu de l'alinéa 19(2)d) et de l'article 12 du Règlement [*Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172 (mod. par DORS/83-540, art. 2; 93-44, art. 11; 93-412, art. 8)]*.

[2] Ils ont interjeté appel devant la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié sous le régime du paragraphe 70(2) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18] de la Loi, dont l'alinéa b) exige que les appelants soient titulaires «d'un visa [. . .] d'immigrant [. . .] en cours de validité» lorsqu'ils font l'objet d'un rapport visé à l'alinéa 20(1)a). La section d'appel a jugé qu'ils étaient titulaires de tels visas et qu'elle avait compétence pour trancher les appels. Les mesures d'exclusion ont été annulées pour des raisons d'ordre humanitaire comme le permet l'alinéa 70(3)c) [mod., *idem*].

[3] La ministre a déposé une demande de contrôle judiciaire de cette décision devant la Section de première instance. Le 24 octobre 1995, le juge Noël a accueilli la demande avec le consentement des deux parties et il a annulé la décision de la section d'appel. Il a certifié la question suivante, dont les parties étaient convenues:

[TRADUCTION] Quand un visa délivré valablement cesse-t-il d'être valide?

[4] Dans le présent appel, les appelants demandent un [TRADUCTION] «jugement déclaratoire portant qu'ils étaient titulaires d'un visa d'immigrant en cours de validité» lorsqu'ils ont fait l'objet du rapport visé par l'alinéa 20(1)a).

[5] Pour sa part, la ministre demande que la question certifiée reçoive la réponse qui suit:

- A. Once a visa has been issued it remains valid, subject to four exceptions:
- a) when the visa expires;
 - b) where the visa is revoked or cancelled by a visa officer;
 - c) where there is a failure to meet a condition of the granting of the visa before the visa is issued; and
 - d) where there is fraud or a material misrepresentation prior to the issuance of the visa, which would have led to a refusal of the visa if the truth were known by the visa officer, the visa is void *ad initio*.

ANALYSIS

[6] It should first be observed that while the answer requested by the respondent is a possible response to the certified question as posed, the question itself goes well beyond the issues actually raised by the facts of this case. It is well settled in our jurisprudence that the certified question procedure is not like a reference by the Governor in Council and this Court will only answer such questions to the extent that they relate to issues involved in the judicial review from which an appeal is being taken.¹

[7] While we do not have the advantage of any reasons from the Motions Judge, we must assume that the relevant issue was as to whether the Appeal Division was correct in finding jurisdiction based on its view that this particular change of circumstance after issuance of the appellants' visas had not rendered them invalid. Therefore the only aspect of the question we can address is as to whether in facts such as those in this case (i.e. where a principal visa applicant dies after issue of the visas and before her presentation in Canada for landing) the "accompanying dependants" visas of her dependants are thereby rendered invalid.

[8] It should be noted that all parties to this appeal agree that the answer to that question should be in the negative. They agree that there is nothing in the Act

[TRANSLATION]

- A. Lorsqu'un visa est délivré, il reste valide, sous réserve de quatre exceptions:
- a) le visa expire;
 - b) le visa est révoqué ou annulé par un agent des visas;
 - c) une condition préalable à l'obtention du visa n'est pas remplie avant sa délivrance;
 - d) des moyens frauduleux ou de fausses indications ont été employés avant la délivrance du visa, qui auraient entraîné le refus du visa si l'agent des visas avait connu la vérité, auquel cas le visa est nul *ab initio*.

ANALYSE

[6] Il faut d'abord souligner que, bien que la réponse suggérée par le défendeur fasse partie des réponses possibles à la question certifiée, telle qu'elle est libellée, la question même va bien au-delà des questions effectivement soulevées par les faits de l'espèce. Il est de jurisprudence constante que la procédure d'examen d'une question certifiée se distingue d'un renvoi introduit par le gouverneur en conseil et la Cour ne répondra aux questions que dans la mesure où elles concernent des questions en litige dans la procédure de contrôle judiciaire visée par l'appel¹.

[7] Bien que nous ne disposions pas de motifs formulés par le juge des requêtes, nous devons tenir pour acquis que la question pertinente était celle de savoir si la section d'appel a eu raison de conclure qu'elle avait compétence, parce qu'elle estimait que le changement de la situation survenu après la délivrance des visas des appelants ne les avait pas rendus invalides. Par conséquent, le seul aspect de la question sur lequel nous pouvons nous prononcer est celui qui consiste à déterminer si des circonstances semblables à celles de l'espèce (c'est-à-dire le décès du demandeur principal après la délivrance des visas, avant qu'il se présente au Canada pour s'y établir), met fin à la validité des visas délivrés aux «personnes à charge qui l'accompagnent».

[8] Il faut noter que toutes les parties au présent appel conviennent qu'il faut répondre à cette question par la négative. Elles admettent qu'aucune disposition

to support the view that the visas are rendered invalid by such a change of circumstance. All apparently accept that such a change of circumstances may be a ground for refusal of admission under section 12 of the Regulations but not on the basis of the invalidity of the visa.

[9] Past jurisprudence of this Court, however, has indicated that such visas should be treated as invalid. Indeed, as counsel for the Minister voluntarily affirmed, this had been the position of the Minister in previous cases before this Court but is no longer.

[10] The principal decision in question is that of *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. De Decaro*.² The facts were very similar to the present case, involving the death of the principal applicant after visas were issued and before remaining members of the family presented themselves at a Canadian port of entry. A report was made under paragraph 20(1)(a), but the adjudicator treated the visas as valid and it was the Minister who appealed to the Appeal Division. As in the present case, the latter found the visas to have been valid at the time of arrival in Canada.

[11] On appeal to this Court a majority (Pratte J.A., Létourneau J.A. concurring) allowed the Minister's appeal. Pratte J.A. first affirmed that the defendants would not be admissible because they no longer met the requirements of section 9 of the Act and section 12 of the Regulations. Therefore the appeal was allowed on this basis. It was only in respect of the remedy to be given that Pratte J.A. indicated that if, as it should have, the Appeal Division issued a removal order it would not have had jurisdiction to entertain a further appeal under paragraph 70(2)(b), allowing consideration of compassionate or humanitarian grounds, because (as the Minister had argued) the defendants were no longer in possession of valid visas when they presented themselves at a port of entry. In his view the visas had become invalid as a result of the intervening death of the principal applicant. Thus the matter need not be remitted to the Appeal Division for consideration of a paragraph 70(2)(b) appeal.

de la Loi n'appuie la prétention qu'un tel changement de situation met fin à la validité des visas. Elles reconnaissent apparemment que ce changement de situation peut fonder le refus d'admettre une personne en vertu de l'article 12 du Règlement, mais non pour cause d'invalidité du visa.

[9] Les décisions antérieures de la Cour ont toutefois indiqué que ces visas doivent être tenus pour invalides. En effet, comme l'a reconnu de son plein gré l'avocat de la ministre, c'est la thèse que la ministre défendait auparavant devant la Cour, mais qu'elle ne défend plus maintenant.

[10] La principale décision en cause est celle rendue dans l'affaire *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. De Decaro*.² Cette affaire portait sur des faits très semblables à ceux dont la Cour est saisie, soit le décès du demandeur principal après la délivrance des visas et avant l'arrivée des derniers membres de la famille à un port d'entrée canadien. Un rapport a été préparé conformément à l'alinéa 20(1)a), mais l'arbitre a traité les visas comme valides et c'est la ministre qui a interjeté appel devant la section d'appel. Tout comme en l'espèce, la section d'appel a conclu que les visas étaient valides au moment de l'arrivée de leurs titulaires au Canada.

[11] À l'issue de l'appel devant la présente Cour, la majorité des juges (le juge Pratte avec l'accord du juge Létourneau) ont accueilli l'appel du ministre. Le juge Pratte a d'abord confirmé que les défendeurs ne seraient pas admissibles parce qu'ils ne remplissaient plus les conditions fixées par l'article 9 de la Loi et par l'article 12 du Règlement. L'appel a donc été accueilli pour ces motifs. C'est uniquement quant à la réparation appropriée que le juge Pratte a indiqué que, si la section d'appel avait rendu la décision qu'elle aurait dû rendre, savoir prendre une mesure de renvoi, elle n'aurait pas eu compétence pour entendre un nouvel appel en vertu de l'alinéa 70(2)b), comportant l'examen de raisons d'ordre humanitaire, parce que les défendeurs (comme le prétendait la ministre) n'auraient alors plus été titulaires d'un visa en cours de validité au moment de leur arrivée au port d'entrée. À son avis, les visas étaient devenus invalides en raison du décès du demandeur principal, survenu entre-temps.

[12] The third member of the panel, Marceau J.A., dissented in part. He agreed that the dependants were no longer admissible and therefore both the adjudicator and the Appeal Division should have so found. However, he was of the view, based on his analysis of the scheme of the Act to be discussed later, that their visas were not invalid at the critical time and therefore the matter should be remitted to the Appeal Division to allow it to entertain a further appeal based on compassionate and humanitarian grounds.

[13] Subsequently, in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Hundal*,³ Rothstein J. of the Trial Division had to deal with a somewhat similar case where a wife withdrew her sponsorship after her husband's visa was issued and before he arrived in Canada. The Minister relied on the authority of this Court's decision in *De Decaro* to contend that the visa was invalid and that the Appeal Division lacked jurisdiction under paragraph 70(2)(b). Based on his analysis of the scheme of the Act, also to be referred to later, Rothstein J. felt it justified to narrow the effect of *De Decaro* so as to invalidate visas only where there were irrevocable changes of circumstances. Death of the principal applicant is irrevocable but withdrawal of sponsorship is not. Therefore he found the Hundal visa to be valid so as to afford jurisdiction to the Appeal Division on an appeal.

[14] This Court affirmed the Trial Division decision on appeal, upholding the validity of the visa. Reasons from the bench included the following:

We are all of the view that this appeal should be dismissed. We are in accord with the analysis by the learned motions judge of the jurisprudence and with his general principle that, subject to the exceptions he identifies, "once a visa has been issued, it remains valid". We also note that the appellant does not object to that analysis.⁴

Il n'était donc pas nécessaire de renvoyer l'affaire à la section d'appel pour qu'elle tranche un appel visé à l'alinéa 70(2)b).

[12] Le troisième membre du tribunal, le juge Marceau, était dissident en partie. Il était d'accord avec ses collègues pour dire que les personnes à charge n'étaient plus admissibles et que l'arbitre et la section d'appel auraient dû rendre une décision en ce sens. Toutefois, il estimait, après avoir examiné le régime établi par la Loi dont il sera traité plus tard, que leurs visas n'étaient pas invalides au moment déterminant et que l'affaire devait donc être renvoyée à la section d'appel afin qu'elle puisse trancher un nouvel appel fondé sur des motifs d'ordre humanitaire.

[13] Par la suite, dans l'affaire *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Hundal*,³ le juge Rothstein de la Section de première instance a été appelé à trancher une affaire assez semblable, dans laquelle une femme avait retiré son parrainage après que son mari eut obtenu un visa, mais avant qu'il arrive au Canada. La ministre s'est appuyée sur la décision rendue par la Cour dans l'affaire *De Decaro* pour faire valoir que le visa était invalide et que la section d'appel n'avait pas compétence par application de l'alinéa 70(2)b). Après avoir analysé le régime établi par la Loi, dont il sera traité plus loin, le juge Rothstein a jugé qu'il était justifié de restreindre l'effet de la décision *De Decaro* de façon que seul un changement irrévocable de la situation mette fin à la validité d'un visa. Le décès du demandeur principal est irrévocable, mais le retrait d'un parrainage ne l'est pas. En conséquence, il a conclu que le visa de Hundal était valide, de sorte que la section d'appel avait compétence pour trancher l'appel.

[14] En appel, la Cour a confirmé la décision de la Section de première instance et la validité du visa. Voici un extrait des motifs de la Cour:

Nous sommes tous d'avis que le présent appel devrait être rejeté. Nous sommes d'accord avec l'analyse que le juge des requêtes a faite de la jurisprudence et avec son principe général selon lequel «lorsqu'un visa est délivré, il reste valide». Nous notons également que l'appelant ne s'oppose pas à cette analyse⁴.

It will be noted that at that time the Minister was still in support of the majority decision in *De Decaro*.

[15] It appears to me that, in the light of the further analysis now available to this Court and the logical difficulties which have appeared to flow from the subsidiary conclusion of the majority in *De Decaro* that a change of circumstances renders a visa invalid, it is opportune to reconsider the matter.

[16] As both counsel have agreed before us, the scheme of the Act is such that the sanction of invalidity is nowhere prescribed and in fact is unnecessary for the exclusion of unqualified immigrants. Marceau J.A. in his dissent in *De Decaro* could find no textual support for a visa being rendered invalid by a change of circumstances. Instead, he pointed out that the immigration process is in two stages. First a visa officer may issue a visa to an applicant if he forms the conclusion that the applicant is admissible. Secondly, the visa holder must present himself at a Canadian port of entry, at which time an immigration officer acting under subsection 12(1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 7] of the Act must determine if he is admissible. The applicant is obliged, *inter alia*, to satisfy the officer in accordance with section 12 of the Regulations that he still meets the requirements of the Act including, obviously, whether the visa he holds is still sufficient, in the circumstances then obtaining, to authorize his admission. Thus there is no need to imply from the language of the Act a concept of visa invalidation through change of circumstance because the second-stage process is designed to deal with that problem.

[17] Rothstein J. in *Hundal*⁵ built on this analysis as a rationale for narrowing the application of *De Decaro*. To it he added the observation, based on submissions by the respondent's counsel in that case, that if every change of condition after issue of a visa renders it invalid then there could be little or no right of appeal under paragraph 70(2)(b) for visa holders refused admission when presenting themselves at the border, as by definition they would not be holders of

Souignons qu'à l'époque, la ministre appuyait toujours la décision majoritaire rendue dans l'affaire *De Decaro*.

[15] Il me paraît opportun de réexaminer la question, compte tenu de l'analyse plus poussée dont la Cour dispose maintenant et des difficultés d'ordre logique qu'a engendrées la conclusion accessoire de la majorité dans l'affaire *De Decaro*, selon laquelle un changement de situation rend un visa invalide.

[16] Comme les avocats des deux parties l'ont reconnu devant la Cour, le régime établi par la Loi ne prévoit pas qu'un visa peut devenir invalide et cette sanction n'est d'ailleurs pas nécessaire pour exclure les immigrants inadmissibles. Dans l'affaire *De Decaro*, le juge Marceau, J.C.A., dissident, n'a pu trouver, dans le texte de la Loi, aucun fondement à l'invalidation d'un visa en raison d'un changement de situation. Il a plutôt souligné que le processus d'immigration comportait deux étapes. En premier lieu, un agent des visas peut délivrer un visa au demandeur s'il conclut que ce dernier est admissible. En deuxième lieu, le titulaire d'un visa doit se présenter à un port d'entrée canadien, où l'agent d'immigration détermine s'il est admissible, en vertu du paragraphe 12(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 7] de la Loi. Le demandeur est tenu, notamment, de convaincre l'agent, en vertu de l'article 12 du Règlement, qu'il satisfait toujours aux exigences de la Loi, y compris, de toute évidence, que le visa dont il est titulaire est suffisant, dans les circonstances qui existent alors, pour autoriser son admission au pays. Il n'est donc pas nécessaire d'inférer du libellé de la Loi un concept d'invalidation du visa découlant d'un changement de la situation, car la deuxième étape du processus est conçue pour régler cette question.

[17] Le juge Rothstein, dans l'affaire *Hundal*⁵, s'est appuyé sur cette analyse pour élaborer un raisonnement qui restreint l'application de la décision *De Decaro*. Il lui a ajouté une remarque, fondée sur les prétentions de l'avocat de l'intimé dans cette affaire, portant que si tout changement de situation survenu après la délivrance d'un visa le rendait invalide, l'alinéa 70(2)(b) ne pourrait conférer aucun droit d'appel, ou presque, aux titulaires de visas que l'on

valid visas. To the extent that admissions are refused at ports of entry because of changed circumstances since the issue of a visa, this would appear to be so and further supports the need for reconsideration of the jurisprudence.

CONCLUSION

[18] I have concluded that there is no adequate basis for deducing from the language of the Act a sanction of invalidity based on changes of circumstances after the issue of a visa. The analysis of Marceau J.A. and of Rothstein J. have further led me to conclude that no such sanction need be implied as it is unnecessary to achieve the purposes of the Act.

[19] The appeal should therefore be allowed. In spite of the various remedies sought by counsel the proper and sufficient one is that the consent order of the Trial Division to quash should be set aside and the decision of the Appeal Division affirmed.

[20] With respect to the certified question, the answer should be:

A. A validly issued visa is not invalidated merely by a change in the circumstances in respect of which it was issued occurring after its issue. Otherwise it is not appropriate for the Court to answer this question as it involves issues not before the Trial Division in the proceeding from which this appeal was brought.

ISAAC C.J.: I agree.

LINDEN J.A.: I agree.

¹ See e.g. *Malouf v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 190 N.R. 230 (F.C.A.).

² [1993] 2 F.C. 408 (C.A.).

³ [1995] 3 F.C. 32 (T.D.).

⁴ (1996) 36 Imm. L.R. (2d) 153 (F.C.A.), at p. 154.

⁵ *Supra*, note 3, at pp. 38-40.

refuserait d'admettre au Canada lorsqu'ils se présenteraient à la frontière car, par définition, ils ne seraient pas titulaires d'un visa en cours de validité. Dans la mesure où l'on refuse d'admettre un immigrant à un point d'entrée en raison d'un changement de situation survenu depuis la délivrance de son visa, cela semblerait être le cas et justifierait à plus forte raison un réexamen de la jurisprudence.

CONCLUSION

[18] J'ai conclu qu'il n'existe pas de motif suffisant pour déduire du libellé de la Loi qu'un changement de situation survenu après la délivrance d'un visa peut mettre fin à la validité du visa. L'analyse effectuée par le juge Marceau, J.C.A. et le juge Rothstein m'amène en outre à conclure qu'il n'est pas nécessaire d'inférer pareille sanction, car la réalisation de l'objet de la Loi ne l'exige pas.

[19] L'appel doit donc être accueilli. Malgré les différentes réparations demandées par les avocats, la seule réparation qu'il convient et qu'il suffit d'accorder consiste à infirmer l'ordonnance d'annulation rendue de consentement par la Section de première instance et à confirmer la décision de la section d'appel.

[20] Quant à la question certifiée, voici comment il faut y répondre:

R. Un visa délivré valablement ne devient pas invalide du seul fait que la situation visée par sa délivrance a changé depuis. Il ne convient pas que la Cour tranche les autres aspects de cette question, car elle touche des questions dont la Section de première instance n'était pas saisie dans la procédure visée par l'appel.

LE JUGE EN CHEF ISAAC: Je souscris à ces motifs.

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

¹ Voir p. ex. *Malouf c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 190 N.R. 230 (C.A.F.).

² [1993] 2 C.F. 408 (C.A.).

³ [1995] 3 C.F. 32 (1^{re} inst.).

⁴ (1996), 36 Imm. L.R. (2d) 153 (C.A.F.), à la p. 154.

⁵ Précitée, note 3, aux p. 38 à 40.

IMM-4466-97
IMM-4468-97

IMM-4466-97
IMM-4468-97

Kumba Jekula (*Applicant*)

Kumba Jekula (*demanderesse*)

v.

c.

Minister of Citizenship and Immigration (*Respondent*)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (*défendeur*)

INDEXED AS: JEKULA v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: JEKULA c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)

Trial Division, Evans J.—Toronto, September 18; Ottawa, October 20, 1998.

Section de première instance, juge Evans—Toronto, 18 septembre; Ottawa, 20 octobre 1998.

Administrative law — Judicial review — Senior immigration officer (SIO) deciding applicant ineligible to have refugee claim determined by virtue of Immigration Act, s. 46.01(1)(a) on ground recognized as Convention refugee in Sierra Leone — Before interview SIO indicating not necessary for lawyer to accompany applicant — After applicant's arrival for interview, SIO unsuccessfully attempting to call lawyer — Interview proceeding in absence of lawyer — Duty of fairness breached when decision maker improperly refusing to permit representation at hearing — Not normally imposing positive obligation on administrative decision maker to advise person concerned may be represented by counsel — SIO's advice not misleading, unfair, erroneous in law — SIO not refusing request for legal representation as applicant never indicating wanted same — Immigration Manual recommending permitting assistance of counsel provided ready, able to proceed immediately — SIO not failing to comply with procedural guideline established in Manual since no request for representation made — Manual not instructing SIO to inform claimants may have counsel present — Nor was attempt to call counsel representation obliged to ensure counsel present — Question certified: was decision applicant ineligible to have refugee claim determined by Refugee Division in breach of duty of fairness, in that SIO interviewed applicant in absence of counsel, when counsel may have been available to attend interview if SIO had not advised applicant lawyer's attendance at interview not necessary?

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Un agent d'immigration principal (l'agent principal) a décidé, en application de l'art. 46.01(1)a de la Loi sur l'immigration, que la demanderesse n'était pas recevable à revendiquer le statut de réfugiée au sens de la Convention par ce motif qu'elle s'était déjà fait reconnaître ce statut en Sierra Leone — Avant l'entrevue, il lui a fait savoir que la présence d'un avocat ne serait pas nécessaire — À l'arrivée de la demanderesse, il a essayé en vain d'appeler l'avocat de cette dernière — L'entrevue a eu lieu sans avocat — Il y a manquement à l'obligation d'équité lorsque l'autorité compétente refuse injustement de permettre à l'intéressé d'être assisté d'avocat à l'audience — Cette obligation n'est normalement pas une obligation positive faite à l'autorité administrative d'informer l'intéressé qu'il peut se faire assister d'un avocat — L'avis de l'agent principal ne peut être qualifié de propos trompeurs, iniques ou erronés sur le plan juridique — Il n'a rejeté aucune demande de représentation par avocat, parce que la demanderesse n'a jamais dit que c'était ce qu'elle voulait — Le guide de l'immigration recommande d'autoriser la présence d'un conseil à la condition que celui-ci soit prêt et immédiatement disponible — L'agent principal n'a pas manqué aux règles de procédure fixées par le guide, puisqu'il n'y a pas eu de demande de représentation par avocat — Le guide n'impose pas aux agents principaux d'informer les demandeurs qu'ils peuvent se faire assister d'un avocat — Le fait que l'agent principal a essayé d'appeler l'avocat ne signifie pas non plus qu'il était tenu de s'assurer que celui-ci serait présent — Question certifiée: la décision portant que la revendication faite par la demanderesse du statut de réfugiée était irrecevable a-t-elle été prise en violation de l'obligation d'équité, en ce que l'agent principal a interrogé la demanderesse en l'absence de son avocat, alors que celui-ci aurait pu y assister si l'agent principal n'avait pas informé celle-ci que sa présence n'était pas nécessaire?

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Senior immigration officer (SIO) finding applicant ineligible for refugee determination by virtue of Immigration Act, s. 46.01(1)(a) on ground recognized as

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Un agent d'immigration principal (l'agent principal) a conclu, en application de l'art. 46.01(1)a de la Loi sur l'immigration, que la demanderesse n'était pas

Convention refugee in Sierra Leone; issuing exclusion order — That applicant not represented by counsel at interview not breach of Charter, s. 7 — Right to have claim determined by Refugee Division not included in right to life, liberty, security of person — Applicant cannot be lawfully removed from Canada without assessment of risks may face if returned to Sierra Leone — That assessment must comply with principles of fundamental justice — That issue of exclusion order important step in process that may lead to person's removal not sufficient to attract s. 7 to exercise of power to issue exclusion order, even where person apprehending serious risk of death, other physical violence or detention if returned to particular country — Immigration Act, ss. 53, 114(2) providing opportunities for assessment of risks facing person before exclusion order executed.

Citizenship and Immigration — Immigration practice — SIO finding applicant ineligible to have refugee claim determined by virtue of Immigration Act, s. 46.01(1)(a) on ground recognized as Convention refugee in Sierra Leone — Applicant having only refugee identity card issued by Sierra Leone — SIO may normally assume evidence establishing country granting asylum will also enable claimant to re-enter country — If evidence country of asylum will not readmit claimant, SIO may only find claimant ineligible under s. 46.01(1)(a) if satisfied, on reasonable grounds, claimant will be readmitted — No evidence applicant would not be readmitted to Sierra Leone where lived for seven years — Reasonable basis for belief could be returned to Sierra Leone — “Can be returned” not requiring SIO to determine whether claimant having well-founded fear of persecution in country already granting asylum — Repeal in 1993 of specific provision dealing with issue suggesting should not be read back into statute — Requiring SIO to determine whether claimant satisfying definition of Convention refugee incompatible with expeditious process contemplated by statutory scheme for screening certain claims out of Refugee Division's jurisdiction — Other provisions providing protection for persons in need of Canada's protection because fearing persecution in country of asylum i.e. s. 53 — Question certified: did SIO err in law in concluding for purpose of s. 46.01(1)(a) applicant “can be returned” to country where documentary evidence recognized as refugee, in absence of both travel document establishing right to enter or reside in that country, and of evidence will not be admitted?

recevable à revendiquer le statut de réfugiée au sens de la Convention par ce motif qu'elle s'était déjà fait reconnaître ce statut en Sierra Leone; il a pris une mesure d'exclusion à son égard — Le fait que la demanderesse n'était pas assistée d'un avocat lors de l'entrevue ne vaut pas violation de l'art. 7 de la Charte — Le droit de saisir la section du statut n'est pas compris dans le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne — La demanderesse ne peut être légalement renvoyée hors du Canada sans une appréciation des risques auxquels elle peut s'exposer une fois de retour en Sierra Leone — Cette appréciation doit se faire conformément aux principes de justice fondamentale — Le fait que la mesure d'exclusion est un pas important dans le processus qui pourrait aboutir au renvoi d'une personne hors du Canada ne suffit pas pour déclencher l'application de l'art. 7 de la Charte à l'exercice du pouvoir de prendre cette mesure, même dans le cas où l'intéressé excipe d'un risque sérieux de mort, de violence physique ou de détention s'il est renvoyé dans un pays donné — Les art. 53 et 114(2) de la Loi sur l'immigration prévoient l'appréciation des risques que court l'intéressé avant que la mesure d'exclusion ne soit exécutée.

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Un agent principal a conclu, en application de l'art. 46.01(1)a) de la Loi sur l'immigration, que la demanderesse n'était pas recevable à revendiquer le statut de réfugiée au sens de la Convention par ce motif qu'elle s'était déjà fait reconnaître ce statut en Sierra Leone — La demanderesse n'avait en sa possession qu'une carte d'identité de réfugié délivrée par ce dernier pays — Un agent principal peut normalement présumer que la preuve qu'un pays a accordé l'asile politique représente aussi l'autorisation d'y revenir — S'il est saisi de la preuve que le pays d'asile ne permettra pas au demandeur de revenir, il ne pourra conclure que la revendication est irrecevable par application de l'art. 46.01(1)a) qu'une fois raisonnablement convaincu que le demandeur pourra y revenir — Rien ne prouve que la demanderesse ne pourra pas revenir en Sierra Leone où elle a vécu pendant sept ans — Les mots «peut être renvoyé» ne signifient pas que l'agent principal soit tenu d'examiner si le demandeur craint avec raison d'être persécuté dans le pays d'asile — L'abrogation en 1993 de la disposition portant expressément sur cette situation signifie qu'il ne faut pas la réincorporer implicitement dans le texte — Faire à l'agent principal obligation d'examiner si un demandeur satisfait à la définition de réfugié au sens de la Convention serait incompatible avec le processus expéditif prévu dans ce régime légal pour écarter certaines revendications irrecevables par la section du statut — D'autres dispositions, c.-à-d. l'art. 53, assurent la protection des personnes qui ont besoin de la protection du Canada parce qu'elles craignent d'être persécutées dans le pays d'asile — Question certifiée: l'agent principal a-t-il commis une erreur de droit en concluant, en application de l'art. 46.01(1)a), que la demanderesse «peut être renvoyée» dans le pays où, selon la preuve documentaire produite, elle

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Before interview, SIO indicating not necessary for lawyer to accompany applicant — After applicant's arrival, SIO unsuccessfully attempting to call lawyer — Interview proceeding in absence of lawyer — SIO issuing exclusion order on ground applicant not having travel documents normally required of person seeking entry to Canada — Because of limited scope of issues; SIO's discretion under s. 23(4) to issue exclusion orders against inadmissible persons; summary, expeditious nature of proceeding contemplated by statutory scheme, no automatic right to counsel, but discretion in officer to permit person to have lawyer present — No duty on officer to advise claimant should be represented, and in absence of request therefor, SIO not refusing to permit applicant to have lawyer with her at interview — Reasonable in circumstances for SIO to decide not to adjourn interview — Question certified: was exclusion order in breach of duty of fairness, in that SIO interviewed applicant in absence of counsel when counsel may have been available to attend interview if SIO had not advised applicant lawyer's attendance at interview not necessary?

This was an application for judicial review of a senior immigration officer's (SIO) decision that the applicant was ineligible to have her Convention refugee claim referred to the Convention Refugee Determination Division, and of an exclusion order. The applicant is a citizen of Liberia, which she left in 1990 because of the civil war. She went to Sierra Leone where she was recognized as a refugee, and lived for six years in a refugee camp. After an attack on the camp, she moved to the capital, Freetown, where Liberians were regarded with some hostility. Following a sexual assault by a soldier, the applicant made her way to Canada in 1997 and claimed refugee status. In October she was called to meet with an SIO following his receipt of a paragraph 20(1)(a) report. That paragraph requires an immigration officer who believes that a person is not legally admissible to Canada to report such person to an SIO. Before the interview, the applicant's social worker inquired whether the applicant needed to have a lawyer present. The SIO replied that that would not be necessary. After the applicant's arrival for the interview, the SIO called the lawyer, but was unable to reach him. The interview proceeded in the absence of a lawyer. The SIO found the applicant ineligible to have a refugee determination in Canada by virtue of paragraph 46.01(1)(a), on the ground that she had already been

s'était vu reconnaître le statut de réfugiée, bien qu'il n'y eût aucun titre de voyage prouvant qu'elle avait le droit de demeurer ou de revenir dans ce pays, ni la preuve qu'elle n'y serait pas admise?

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Avant l'entrevue, l'agent principal a fait savoir qu'il ne serait pas nécessaire pour la demanderesse de se faire accompagner d'un avocat — À l'arrivée de la demanderesse, il a essayé en vain d'appeler l'avocat de cette dernière — L'entrevue a eu lieu sans avocat — L'agent principal a pris une ordonnance d'exclusion contre la demanderesse, par ce motif qu'elle n'avait aucun des titres de voyage normalement requis de ceux qui veulent entrer au Canada — Vu les limites très étroites des points à décider, vu le pouvoir discrétionnaire que l'agent principal tient de l'art. 23(4) pour prendre une ordonnance d'expulsion contre toute personne non admissible, et vu le caractère sommaire et expéditif du processus prévu par la loi, la demanderesse n'a pas automatiquement droit à l'assistance d'un avocat alors que l'agent est investi du pouvoir discrétionnaire de la permettre ou non — L'agent n'est nullement tenu d'informer un demandeur qu'il a intérêt à se faire assister d'un avocat et, faute de demande à cet effet, l'agent principal n'a pas refusé à la demanderesse d'être assistée d'avocat à l'entrevue — Dans ce contexte, il était raisonnable de sa part de décider de ne pas ajourner l'entrevue — Question certifiée: la mesure d'exclusion a-t-elle été prise en violation de l'obligation d'équité, en ce que l'agent principal a interrogé la demanderesse en l'absence de son avocat, alors que celui-ci aurait pu y assister si le premier n'avait pas informé la demanderesse que la présence d'un avocat n'était pas nécessaire?

Recours en contrôle judiciaire contre la décision par laquelle un agent d'immigration principal (l'agent principal) a conclu que la revendication faite par la demanderesse du statut de réfugiée au sens de la Convention n'était pas recevable par la section du statut de réfugié, et contre la mesure d'exclusion subséquente. La demanderesse, citoyenne du Liberia, a quitté son pays en 1990 à cause de la guerre civile et a gagné la Sierra Leone, où elle s'est vu reconnaître le statut de réfugiée et a vécu pendant six ans dans un camp de réfugiés. Après une attaque contre le camp, elle est partie pour la capitale Freetown, où les Libériens étaient en proie à une certaine hostilité. Après avoir été violée par un soldat, elle est partie en 1997 pour le Canada où elle a revendiqué le statut de réfugiée. En octobre, elle a été convoquée à une entrevue avec un agent principal après que celui-ci eut reçu un rapport établi en application de l'alinéa 20(1)a). Cette disposition prévoit que l'agent d'immigration qui pense qu'une personne n'est pas admissible au Canada doit signaler son cas à un agent principal. Avant l'entrevue, l'assistant social chargé du dossier de la demanderesse a demandé si elle avait besoin d'un avocat à ses côtés. L'agent principal a répondu que ce ne serait pas nécessaire. À l'arrivée de la demanderesse, ce dernier a appelé l'avocat de celle-ci mais n'a pu le rejoindre. L'entre-

recognized as a Convention refugee in Sierra Leone, a country, he said after consulting with a superior, that was not the subject of a removal moratorium. Subsection 46.01(1) provides that a person is not entitled to have a Convention refugee claim determined by the Refugee Division if the person has been recognized as a Convention refugee by a country other than Canada, to which the person can be returned.

The only document that the applicant had with her was a refugee identity card issued by the Government of Sierra Leone, which stated that it was issued under the United Nations Convention of 1951 Relating to the Status of Refugees. The SIO issued an exclusion order against the applicant on the ground that she did not have any of the travel documents normally required of those seeking entry to Canada. Subsection 23(4) authorizes the issue of exclusion orders against persons who are inadmissible to Canada.

The issues were: (1) whether the SIO breached the common law duty of fairness or Charter, section 7 because the applicant was not represented by counsel at the interview; (2) whether the SIO committed an error of law when he found that Sierra Leone was a country to which the applicant "can be returned" for the purpose of paragraph 46.01(1)(a), even though she had no proof that she had a legal right to enter Sierra Leone, and the officer made no inquiries as to her legal status there; and (3) whether the exclusion order was invalid because the applicant was not represented by counsel when interviewed by the officer prior to his issuing the order.

Held, the application should be dismissed.

(1)(a) The duty of fairness is breached when a decision maker improperly refuses to permit a person to be represented at a hearing. It does not normally impose a positive obligation on an administrative decision maker to advise the person concerned that he may be represented by counsel, much less to give an opinion that it is in the person's best interest to take advantage of that opportunity. In certain circumstances fairness may impose a positive duty on decision makers, but the applicant had the assistance of a social worker, who accepted the SIO's opinion without deeming it necessary to inform and seek the advice of the applicant's lawyer. Nothing in the SIO's advice could be characterized as a refusal of representation, as misleading, or as otherwise unfair or erroneous in law. The SIO did not refuse a request for legal representation, because the applicant never indicated that this was what she wanted. The Immigration Manual recommends that persons be allowed

vue a eu lieu sans avocat. L'agent principal a conclu que par application de l'alinéa 46.01(1)a), la demanderesse n'était pas recevable à revendiquer le statut de réfugiée au Canada, par ce motif qu'elle s'était déjà vu reconnaître pareil statut en Sierra Leone, lequel pays, dit-il après consultation d'un supérieur, n'est pas touché par le moratoire sur les renvois. Le paragraphe 46.01(1) prévoit que la revendication de statut n'est pas recevable par la section du statut si l'intéressé s'est déjà vu reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention par un autre pays dans lequel il peut être renvoyé.

Le seul document en la possession de la demanderesse était une carte d'identité de réfugié délivrée par le gouvernement de la Sierra Leone. Il y est indiqué que la carte était délivrée en application de la Convention de 1951 des Nations Unies relative au statut des réfugiés. L'agent principal a pris une ordonnance d'exclusion contre la demanderesse, par ce motif qu'elle n'avait aucun des titres de voyage normalement requis de ceux qui veulent entrer au Canada. Le paragraphe 23(4) autorise à prendre les mesures d'exclusion contre les personnes qui ne sont pas admissibles au Canada.

Il échet d'examiner: 1) si l'agent principal a manqué à l'obligation d'équité de la common law ou à l'observation de l'article 7 de la Charte, du fait que la demanderesse n'était pas assistée d'un avocat à l'entrevue; 2) s'il a commis une erreur de droit en concluant que la Sierra Leone était un pays où elle pouvait «être renvoyée» par application de l'alinéa 46.01(1)a), bien qu'elle n'eût en sa possession aucun document prouvant qu'elle avait le droit de revenir dans ce pays, cependant qu'il ne cherchait pas à savoir quel y était son statut légal; et 3) si l'ordonnance d'exclusion était invalide du fait que la demanderesse n'était pas assistée d'avocat lorsque l'agent principal l'interrogeait avant de prendre cette ordonnance.

Jugement: Il faut débouter la demanderesse de son recours.

1)a) Il y a manquement à l'obligation d'équité lorsque l'autorité compétente refuse injustement de permettre à l'intéressé d'être assisté d'avocat à l'audience. Cette obligation n'est normalement pas une obligation positive faite à l'autorité administrative d'informer l'intéressé qu'il peut se faire assister d'un avocat, et encore moins d'opiner qu'il est dans l'intérêt de ce dernier de se prévaloir de cette possibilité. Dans certains cas, l'équité pourrait imposer une obligation positive aux autorités, mais en l'espèce, la demanderesse avait l'aide d'un assistant social, lequel a accepté l'avis de l'agent principal sans juger nécessaire de s'informer davantage et de consulter l'avocat de la demanderesse. Rien dans cet avis ne peut être qualifié de refus de représentation par avocat, ou de propos trompeurs, iniques ou erronés sur le plan juridique. L'agent principal n'a rejeté aucune demande de représentation par avocat, parce que la demanderesse n'a jamais dit que c'était ce qu'elle voulait.

the assistance of counsel during an interview with an SIO, as long as counsel is ready and able to proceed immediately. It was arguable that the Manual goes further in permitting the presence of counsel than the common law duty of fairness requires, in that the common law may confer on the officer a wider discretion to refuse to permit counsel than that suggested in the Manual. In acting as he did, the SIO did not fail to comply with the procedural guideline established in the Manual, since no request for representation had been made by either the applicant or anyone on her behalf. The Manual does not instruct SIOs to inform claimants that they may have counsel with them at the interview if they wish. Nor was the attempt to call counsel a representation that the SIO was obliged to ensure that counsel was present. If the SIO could simply have proceeded with the interview without a lawyer present, it would be unreasonable to set aside his decision on the ground of procedural unfairness merely because, perhaps with the Manual in mind, he had been conscientious enough to see if her lawyer was available. Since no request for counsel was made by or on behalf of the applicant, it could not be said that she was denied counsel in breach of the duty of fairness.

(b) A decision under paragraph 46.01(1)(a) does not deprive an applicant of the right to life, liberty and security of the person. First, the right to have a claim determined by the Refugee Division, is not included in "the right to life, liberty and security of the person". Second, it may be a breach of the rights protected by section 7 for the Government to return a non-citizen to a country where she fears that she is likely to be subjected to physical violence or imprisoned. However, the applicant cannot be lawfully removed from Canada without an assessment of the risks that she may face if returned to Sierra Leone. And the manner in which that assessment is conducted must comply with the principles of fundamental justice.

(2) An SIO may normally assume that the evidence establishing that a country has granted asylum to the claimant will also enable her to re-enter that country. However, if presented with evidence that, for some reason, the immigration authorities of the country of asylum will not readmit the claimant, the SIO may only find the claimant ineligible under paragraph 46.01(1)(a) if satisfied on reasonable grounds that the claimant will in fact be readmitted. There was no evidence that the applicant would not be readmitted to Sierra Leone. The Refugee Identity card proved her refugee status in that country, where she had lived for seven years as a permanent resident. Accordingly, the SIO had a reasonable basis for believing that the applicant could be returned to Sierra Leone.

Le guide de l'immigration recommande d'autoriser la présence d'un conseil lors de l'entrevue avec un agent principal, à la condition que le conseil soit prêt et immédiatement disponible. On pourrait dire que le guide va plus loin pour ce qui est de permettre la présence d'un avocat que ne l'exige l'obligation d'équité de la common law, puisque celle-ci peut investir l'agent d'un pouvoir discrétionnaire plus étendu pour refuser cette présence, que ne semble l'indiquer le guide. Ce que faisait l'agent principal ne valait pas manquement aux règles de procédure fixées par le guide, puisque l'assistance d'un avocat n'a été demandée ni par la demanderesse ni par quelqu'un d'autre agissant pour son compte. Le guide n'impose pas aux agents principaux d'informer les demandeurs qu'ils peuvent se faire assister d'un avocat à l'entrevue s'ils le veulent. Le fait que l'agent principal a essayé de communiquer avec l'avocat concerné ne signifie pas non plus qu'il était tenu de s'assurer que celui-ci serait présent. S'il était habilité à procéder à l'interrogatoire sans la présence d'un avocat, il serait certainement déraisonnable d'annuler sa décision pour cause d'iniquité procédurale du seul fait que, ayant peut-être le guide à l'esprit, il avait été assez consciencieux pour chercher à savoir si l'avocat de la demanderesse était disponible. Puisque ni la demanderesse ni quiconque agit pour son compte n'a demandé l'assistance d'un avocat, on ne peut pas dire qu'elle s'est vu dénier cette assistance contrairement à l'obligation d'équité.

b) Une décision rendue en application de l'alinéa 46.01(1)a n'a pas pour effet de porter atteinte au droit de la demanderesse à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. En premier lieu, le droit de saisir la section du statut n'est pas compris dans «le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne». En second lieu, il peut y avoir atteinte aux droits protégés par l'article 7 si le gouvernement renvoie une non-citoyenne dans un pays où elle craint d'être probablement violente ou emprisonnée. Cependant, la demanderesse ne peut être légalement renvoyée hors du Canada sans une appréciation des risques auxquels elle peut s'exposer une fois de retour en Sierra Leone. Et les modalités de cette appréciation doivent être conformes aux principes de justice fondamentale.

2) Un agent principal peut normalement présumer que la preuve qu'un pays a reconnu le statut de réfugié au demandeur représente aussi l'autorisation pour celui-ci d'y revenir. Mais s'il est saisi de la preuve que, pour une raison quelconque, les autorités de l'immigration du pays d'asile ne permettront pas au demandeur de revenir, il lui faudra pousser ses investigations plus loin, et il ne pourra conclure que la revendication est irrecevable par application de l'alinéa 46.01(1)a qu'une fois raisonnablement convaincu que ce demandeur pourra revenir dans le pays d'asile. Rien ne prouve que la demanderesse ne pourra pas revenir en Sierra Leone. La carte d'identité de réfugié est la preuve de son statut de réfugiée dans ce pays où elle a vécu sept ans à titre de résidente permanente. En conséquence, l'agent principal était raisonnablement fondé à croire qu'elle peut y être renvoyée.

The question was raised of whether a person “can be returned” to the country that has granted asylum, when the person has a well-founded fear of persecution on the prescribed grounds in that country. The words “can be returned” do not require the SIO to determine whether the claimant has a well-founded fear of persecution in the country that has already granted asylum. The repeal in 1993 of the specific provision dealing with this very issue suggested that it should not be read back into the statute through the words “can be returned” in paragraph 46.01(1)(a). To require a SIO to determine whether a claimant has satisfied the definition of a Convention refugee is incompatible with the expeditious process contemplated by the statutory scheme for screening certain claims out of the Refugee Division’s jurisdiction. That was not to say that the Act provides no protection for persons who are in need of Canada’s protection because they fear persecution in the country where they have been granted asylum. Subsection 53(1) specifically prohibits the removal of persons who have been found ineligible to have their claims referred to the Refugee Division, where the person’s life or freedom would be threatened on Convention grounds in the country to which it is proposed to remove them.

(3) Because of the very limited scope of the issues to be decided and of the discretion to be exercised by an SIO under subsection 23(4) (authorizing the issue of exclusion orders against persons who are inadmissible to Canada), and the summary and expeditious nature of the proceeding contemplated by the statutory scheme (as contrasted with an inquiry conducted by an adjudicator), there is no automatic right to counsel, but a discretion in the officer to permit a person to have a lawyer present. However, there is no duty on an officer to advise a claimant that she should be represented, and in the absence of a request, the SIO did not refuse to permit the applicant to have a lawyer with her at the interview. In the circumstances, it was reasonable for the SIO to decide not to adjourn the interview.

That the issue of an exclusion order is an important step in the process that may lead to the person’s removal from Canada was not sufficient to attract Charter, section 7 to the exercise of the power to issue an exclusion order, even where a person apprehends serious risk of death, other physical violence or detention if returned to a particular country. Section 53 and subsection 114(2) which confers a broad discretion to admit persons whom the Minister is satisfied should be admitted owing to the existence of compassionate or humanitarian considerations) provide opportunities for an assessment of the risks facing the person before the exclusion order is executed.

The following questions were certified: (1) were the SIO’s decisions that the applicant was ineligible to have her refugee claim determined by the Refugee Division, and excluding her from Canada, made in breach of the duty of fairness, in that the SIO interviewed the applicant in the

Il se pose la question de savoir si une personne «peut être renvoyée» dans un pays qui lui a accordé l’asile alors qu’elle craint avec raison d’y être persécutée pour l’une des raisons prévues par la loi. Les mots «peut être renvoyé» ne signifient pas que l’agent principal soit tenu d’examiner si le demandeur craint avec raison d’être persécuté dans le pays d’asile. L’abrogation en 1993 de la disposition portant expressément sur cette situation signifie qu’il ne faut pas la réincorporer implicitement dans le texte à travers les mots «peut être renvoyé» figurant à l’alinéa 46.01(1)a). Faire à l’agent principal obligation d’examiner si un demandeur satisfait à la définition de réfugié au sens de la Convention serait incompatible avec le processus expéditif prévu dans ce régime légal pour écarter certaines revendications irrecevables par la section du statut. Cela ne veut pas dire que la Loi n’accorde aucune protection aux personnes qui ont besoin de la protection du Canada parce qu’elles craignent d’être persécutées dans le pays qui leur a accordé le droit d’asile. Le paragraphe 53(1) interdit expressément que les personnes dont la revendication a été jugée irrecevable soient renvoyées dans le pays où leur vie ou leur liberté seraient menacées pour l’une des raisons prévues dans la Convention.

3) Vu les limites très étroites des points à décider, vu le pouvoir discrétionnaire à exercer par l’agent principal en application du paragraphe 23(4) qui autorise à prendre une ordonnance d’expulsion contre quiconque n’est pas admissible au Canada, et vu le caractère sommaire et expéditif du processus prévu par la loi (par opposition à l’enquête menée par un arbitre), la demanderesse n’a pas automatiquement droit à l’assistance d’un avocat, mais l’agent est investi du pouvoir discrétionnaire de la permettre ou non. Cependant, cet agent n’est nullement tenu d’informer un demandeur qu’il a intérêt à se faire assister d’un avocat et, faute de demande à cet effet, l’agent principal n’a pas refusé à la demanderesse de se faire assister d’un avocat à l’entrevue. Dans ce contexte, il était raisonnable de sa part de décider de ne pas ajourner l’entrevue.

Le fait que la mesure d’exclusion est un pas important dans le processus qui pourrait aboutir au renvoi de l’intéressé hors du Canada ne suffit pas pour déclencher l’application de l’article 7 de la Charte à l’exercice du pouvoir de prendre cette mesure, même dans le cas où l’intéressé excipe d’un risque sérieux de mort, de violence physique ou de détention s’il est renvoyé dans un pays donné. L’article 53 et le paragraphe 114(2), qui investit le ministre d’un large pouvoir discrétionnaire pour admettre des gens pour des raisons d’ordre humanitaire, prévoient l’appréciation des risques que court l’intéressé avant que la mesure d’exclusion ne soit exécutée.

Les questions suivantes sont certifiées: 1) la décision par laquelle l’agent principal concluait que la revendication faite par la demanderesse du statut de réfugié était irrecevable et l’excluait de l’admission au Canada, a-t-elle été prise en violation de l’obligation d’équité, en ce qu’il a interrogé la

absence of counsel, when counsel may have been available to attend the interview if the SIO had not advised the applicant, through her social worker, that a lawyer's attendance at the interview was not necessary; and (2) did the SIO err in law in concluding for the purpose of paragraph 46.01(1)(a) that the applicant "can be returned" to the country where she has documentary evidence that she has been recognized as a refugee, in the absence of both a travel document establishing that she has a right to enter or reside in that country, and of evidence that in fact she will not be admitted?

demanderesse en l'absence de son avocat, alors que celui-ci aurait pu y assister si l'agent principal n'avait pas informé la demanderesse, par l'intermédiaire de l'assistant social de cette dernière, que la présence d'un avocat n'était pas nécessaire? et 2) l'agent principal a-t-il commis une erreur de droit en concluant, en application de l'alinéa 46.01(1)a), que la demanderesse «peut être renvoyée» dans le pays où, selon la preuve documentaire qu'elle a produite, elle s'était vu reconnaître le statut de réfugié, bien qu'il n'y eût aucun titre de voyage prouvant qu'elle avait le droit de demeurer ou de revenir dans ce pays, ni la preuve qu'en fait, elle n'y serait pas admise?

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Adjudication Division Rules, SOR/93-47.
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 I, No. 44], s. 7.
Convention Refugee Determination Division Rules, SOR/93-45.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 20(1)(a), 23(4) (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 3), 29(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 18), 30 (as am. *idem*, s. 19), 46.01(1)(a) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.)), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 36), (2) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.)), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 36), 53(1) (as am. *idem*, s. 43), 69(1) (as am. *idem*, s. 59), 69.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.)), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 60), 83(1) (as am. *idem*, s. 73), 114(2) (as am. *idem*, s. 102).
United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 28.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Kaberuka v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1995] 3 F.C. 252; (1995), 32 Imm. L.R. (2d) 38 (T.D.).

CONSIDERED:

Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1993] 1 S.C.R. 1053; (1993), 101 D.L.R. (4th) 654; 10 Admin. L.R. (2d) 1; 20 C.R. (4th) 34; 14 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (2d) 245; 150 N.R. 241; *Nayci v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 105 F.T.R. 122 (F.C.T.D.); *Nguyen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 F.C. 696; (1993), 100 D.L.R. (4th) 151; 14 C.R.R. (2d) 146; 18 Imm. L.R. (2d) 165; 151 N.R. 69 (C.A.); *Boun-Leua v. Minister of Employment and*

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 des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 28.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 20(1)a), 23(4) (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 3), 29(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 18), 30 (mod., *idem*, art. 19), 46.01a) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 36), (2) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 36), 53(1) (mod. par L.C. 1995, ch. 15 art. 12), 69(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 59), 69.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 60), 83(1) (mod., *idem*, art. 73), 114(2) (mod., *idem*, art. 102).
Règles de la section d'arbitrage, DORS/93-47.
Règles de la section du statut de réfugié, DORS/93-45.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Kaberuka c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1995] 3 C.F. 252; (1995), 32 Imm. L.R. (2d) 38 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1993] 1 R.C.S. 1053; (1993), 101 D.L.R. (4th) 654; 10 Admin. L.R. (2d) 1; 20 C.R. (4th) 34; 14 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (2d) 245; 150 N.R. 241; *Nayci c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 105 F.T.R. 122 (C.F. 1^{re} inst.); *Nguyen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 C.F. 696; (1993), 100 D.L.R. (4th) 151; 14 C.R.R. (2d) 146; 18 Imm. L.R. (2d) 165; 151 N.R. 69 (C.A.); *Boun-Leua c. Ministre de l'Emploi et*

Immigration, [1981] 1 F.C. 259; (1980), 113 D.L.R. (3d) 414; 36 N.R. 431 (C.A.).

REFERRED TO:

Cooper v. Wandsworth Board of Works (1863), 14 C.B. (N.S.) 180; 143 E.R. 414; *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353; *Berrahma v. Minister of Employment and Immigration* (1991), 132 N.R. 202 (F.C.A.).

AUTHORS CITED

Brown, Donald J. M. and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback Publishing, 1998.

Canada. Citizenship and Immigration. *Immigration Manual: Port of Entry*. Ottawa: Citizenship and Immigration Canada.

APPLICATION for judicial review of a senior immigration officer's decision that the applicant was ineligible to have her Convention refugee claim referred to the Convention Refugee Determination Division, and of an exclusion order. Application dismissed.

APPEARANCES:

Osborne G. Barnwell for applicant.
Andrea Horton for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Ferguson, Barnwell, North York, Ontario, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] EVANS J.: The applicant in these proceedings, Ms. Jekula, seeks judicial review of two closely related decisions of a senior immigration officer, Mr. Snow. In the first (IMM-4466-97), Mr. Snow found the applicant to be ineligible to have her claim to be recognized in Canada as a refugee referred to the

de l'Immigration, [1981] 1 C.F. 259; (1980), 113 D.L.R. (3d) 414; 36 N.R. 431 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Cooper v. Wandsworth Board of Works (1863), 14 C.B. (N.S.) 180; 143 E.R. 414; *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353; *Berrahma c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1991), 132 N.R. 202 (C.A.F.).

DOCTRINE

Brown, Donald J. M. and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback Publishing, 1998.

Canada. Citoyenneté et Immigration. *Guide de l'immigration: points d'entrée*. Ottawa: Citoyenneté et Immigration Canada.

RECOURS en contrôle judiciaire contre la décision d'un agent d'immigration principal portant que la revendication du statut de réfugié de la demanderesse était irrecevable, et contre la mesure d'exclusion subséquente. Demande rejetée.

ONT COMPARU:

Osborne G. Barnwell pour la demanderesse.
Andrea Horton pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Ferguson, Barnwell, North York (Ontario), pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE EVANS: La demanderesse M^{me} Jekula agit en contrôle judiciaire contre deux décisions étroitement liées d'un agent d'immigration principal, M. Snow. Dans la première de ces décisions (IMM-4466-97), M. Snow a conclu que sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention

Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board (hereinafter the Refugee Division). In the second decision (IMM-4468-97), which was consequential on the first, he issued her an exclusion order. Although not formally joined, these two applications were heard together and, because they share similar facts, it will be convenient to deal with both of them in a single set of reasons.

A. The Facts

[2] The applicant is a citizen of Liberia, from which she left to go to Sierra Leone in 1990 as a result of the civil war that was then tearing the country apart. Her husband was killed in her presence by rebel troops. In Sierra Leone she was recognized as a refugee and lived for six years in a refugee camp. However, after marauding Sierra Leoneans attacked those in the camp she went with her children to the capital, Freetown, where she found that Liberians were regarded with some hostility and held responsible for the spread of civil strife to Sierra Leone. Following a sexual assault on the applicant by a soldier, and an escalating civil war, the applicant, one of her daughters and other family members, made their way from Freetown to Canada in August 1997.

[3] When she arrived at Pearson International Airport she told the immigration officer that she was fleeing from the civil war in Sierra Leone, and claimed refugee status. She was given a copy of the relevant form, Imm. 5389, entitled *Information on Admissibility to Canada and a Claim to be a Convention Refugee*. When she had difficulty in completing it correctly, she was referred to the African Training and Employment Centre for assistance. In October 1997 she was called to meet with a senior immigration officer at the airport, Mr. Snow, following his receipt of a paragraph 20(1)(a) [of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2] report from an immigration officer stating the officer's opinion that Ms. Jekula was not admissible to Canada. Before she went for the appointment, her social worker, Mr. Edwards, asked Mr. Snow if Ms. Jekula needed to have a lawyer with her at the interview; Mr. Snow said that that would

n'était pas recevable par la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la section du statut). La seconde (IMM-4468-97) qui faisait suite à la première, était une ordonnance d'exclusion. Bien qu'ils n'aient pas été formellement confondus, les deux recours ont été entendus ensemble et, puisque les faits de la cause sont les mêmes, il convient de les juger par les mêmes motifs.

A. Les faits de la cause

[2] La demanderesse, citoyenne du Libéria, a gagné la Sierra Leone en 1990 pour fuir la guerre civile qui ravageait son pays à l'époque. Son mari avait été tué sous ses yeux par les troupes rebelles. En Sierra Leone, elle s'est vu reconnaître le statut de réfugiée et a vécu pendant six ans dans un camp de réfugiés. Cependant, après que des maraudeurs sierra-léonais eurent attaqué les réfugiés dans le camp, elle est partie avec ses enfants pour la capitale Freetown, où elle s'est aperçue que les Libériens étaient en butte à une certaine hostilité parce qu'on les tenait pour responsables de la propagation des troubles civils en Sierra Leone. Après qu'elle eut été violée par un soldat et aussi en raison de l'intensification de la guerre civile, la demanderesse, une de ses filles et d'autres membres de la famille ont quitté Freetown pour le Canada en août 1997.

[3] À son arrivée à l'aéroport international Pearson, elle a dit à l'agent d'immigration de service qu'elle fuyait la guerre civile en Sierra Leone et revendiquait le statut de réfugié. L'agent lui a donné à remplir la formule réglementaire, Imm. 5389, *Renseignements sur l'admissibilité au Canada et la revendication du statut de réfugié*. Comme elle avait du mal à la remplir correctement, elle a été dirigée sur l'African Training and Employment Centre pour assistance. En octobre 1997, elle a été convoquée à une entrevue avec un agent d'immigration principal à l'aéroport, M. Snow, après que celui-ci eut reçu un rapport établi, en application de l'alinéa 20(1)a) [de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2], par un agent d'immigration qui jugeait qu'elle n'était pas admissible au Canada. Avant qu'elle ne se rendît au rendez-vous, son assistant social, M. Edwards, a demandé à M. Snow si elle avait besoin d'un avocat à ses côtés

not be necessary.

[4] After the applicant had arrived for her interview, Mr. Snow called Mr. Kabateraine, the lawyer to whom Ms. Jekula had been referred by the African Training and Employment Centre. According to the applicant, Mr. Snow seemed anxious when he could not reach him, and told the applicant that he could not wait much longer. The interview then proceeded in the absence of a lawyer. Pursuant to paragraph 46.01(1)(a) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 36] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, Mr. Snow found the applicant ineligible to have a refugee determination in Canada, on the ground that she had already been recognized as a Convention refugee in Sierra Leone, a country, he said, after consulting with a superior, that was not the subject of a removal moratorium.

[5] The only document that Ms. Jekula had with her was a Refugee Identity Card issued by the Government of Sierra Leone. The card stated that it was "issued under the United Nations Convention of 1951 relating to the Status of Refugees". It also bore the insignia of the Red Cross Society and the name of the refugee camp where the applicant had lived.

[6] Ms. Jekula was obviously surprised by Mr. Snow's decision, since other members of her family, who had arrived at the airport on a different day, had had their claims referred for determination by the Refugee Division. A possible explanation of this apparent discrepancy is that, unlike Ms. Jekula, they claimed protection not only against Liberia, but against Sierra Leone as well, on account of the civil war that was in progress there. After receiving a report from an immigration officer pursuant to paragraph 20(1)(a) of the *Immigration Act* to the effect that it would be contrary to the Act or regulations to admit the applicant, Mr. Snow issued an exclusion order against the applicant, on the ground that she did not have any of the travel documents normally required of those seeking entry to Canada.

pendant l'entrevue; celui-ci lui a répondu que ce ne serait pas nécessaire.

[4] À l'arrivée de la demanderesse, M. Snow a appelé M. Kabateraine, l'avocat recommandé pour M^{me} Jekula par l'African Training and Employment Centre. Selon la demanderesse, M. Snow semblait préoccupé quand il ne put rejoindre l'avocat, puis il lui a dit qu'il ne pouvait plus attendre. L'entrevue a donc eu lieu sans avocat. Se fondant sur l'alinéa 46.01(1)a) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 36] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, M. Snow a conclu que la demanderesse n'était pas recevable à revendiquer le statut de réfugié au Canada, par ce motif qu'elle s'était déjà vu reconnaître pareil statut en Sierra Leone, lequel pays, dit-il après consultation d'un supérieur, n'est pas touché par le moratoire sur les renvois.

[5] Le seul document en la possession de M^{me} Jekula était une carte d'identité de réfugié délivrée par le gouvernement de la Sierra Leone. Il y est indiqué que la carte était [TRADUCTION] «délivrée en application de la Convention de 1951 des Nations Unies relative au statut des réfugiés». La carte porte aussi l'emblème de la Société de la Croix-Rouge et le nom du camp de réfugiés où elle avait vécu.

[6] M^{me} Jekula était évidemment surprise par la décision de M. Snow, puisque d'autres membres de sa famille, qui étaient arrivés à l'aéroport à une date différente, avaient été jugés recevables à revendiquer le statut de réfugié. Une explication possible de cette contradiction manifeste est qu'à la différence de M^{me} Jekula, ils revendiquaient la protection non seulement à l'égard du Libéria, mais aussi à l'égard de la Sierra Leone, du fait de la guerre civile qui y sévissait. Sur réception du rapport établi, en application de l'alinéa 20(1)a) de la *Loi sur l'immigration*, par un agent d'immigration qui y concluait qu'il serait contraire à la Loi ou aux règlements pris pour son application d'admettre la demanderesse, M. Snow a pris une ordonnance d'exclusion contre cette dernière, par ce motif qu'elle n'avait aucun des titres de voyage normalement requis de ceux qui veulent entrer au Canada.

B. The Statutory Framework

[7] Subsection 46.01(1) of the *Immigration Act* authorized Mr. Snow to determine whether the applicant was eligible to have her claim referred to the Refugee Division for adjudication. The relevant provision is as follows:

46.01 (1) A person who claims to be a Convention refugee is not eligible to have the claim determined by the Refugee Division if the person

(a) has been recognized as a Convention refugee by a country, other than Canada, that is a country to which the person can be returned;

[8] Subsection 23(4) [as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 3] authorizes the issue of exclusion orders against persons who are inadmissible to Canada:

23. . . .

(4) Subject to section 28, a senior immigration officer shall allow a person to leave Canada forthwith or make an exclusion order against the person where the senior immigration officer receives a report made pursuant to paragraph 20(1)(a) in respect of the person and the senior immigration officer is satisfied that

(a) the person is a member of

. . .

(ii) the class of persons referred to in paragraph 19(2)(d) by reason of the fact that the person does not possess a valid and subsisting passport, visa or student or employment authorization and was not granted landing or was granted landing but later became subject to a removal order; and

Section 28, which does not apply to the facts of this case, provides that a conditional order shall be made against a person whose refugee claim has been referred to the Refugee Division. Paragraph 20(1)(a) requires an immigration officer who believes that a person is not, or may not be, legally admissible to Canada to report that person to a senior immigration officer.

[9] In order to put these provisions of the Act into context, it should also be noted that section 53 provides an additional safeguard against the removal of

B. Les textes applicables

[7] Le paragraphe 46.01(1) de la *Loi sur l'immigration* habilite M. Snow à décider si la revendication de la demanderesse était recevable. En voici les passages applicables:

46.01 (1) La revendication de statut n'est pas recevable par la section du statut si l'intéressé se trouve dans l'une ou l'autre des situations suivantes:

a) il s'est déjà vu reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention par un autre pays dans lequel il peut être renvoyé;

[8] Le paragraphe 23(4) [mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 3] autorise à prendre les mesures d'exclusion contre les personnes qui ne sont pas admissibles au Canada:

23. [. . .]

(4) Sous réserve de l'article 28, l'agent principal prend une mesure d'exclusion à l'encontre de la personne qui fait l'objet du rapport ou l'autorise à quitter le Canada sans délai s'il est convaincu:

a) qu'elle appartient aux catégories non admissibles suivantes ou à l'une d'entre elles:

[. . .]

(ii) la catégorie non admissible aux termes de l'alinéa 19(2)d) parce qu'elle ne détient pas, selon le cas, un passeport, un visa ou une autorisation d'étudier ou d'occuper un emploi au Canada en cours de validité, sauf si le droit d'établissement lui a été octroyé et qu'elle n'a pas, par la suite, fait l'objet d'une mesure de renvoi;

L'article 28, qui n'a pas application en l'espèce, prévoit qu'une mesure d'interdiction de séjour conditionnelle sera prise contre la personne dont la revendication du statut de réfugié a été jugée recevable. L'alinéa 20(1)a) prévoit que l'agent d'immigration qui pense qu'une personne n'est ou ne serait pas admissible au Canada doit signaler son cas à un agent principal.

[9] Pour saisir toutes ces dispositions en contexte, il faut noter aussi que l'article 53 prévoit un surcroît de protection contre le renvoi de personnes non reconnues

persons who have not been recognized in Canada to a country where they may be subject to persecution. As relevant to these proceedings, subsection 53(1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 43] provides:

53. (1) Notwithstanding subsections 52(2) and (3), no person who is determined under this Act or the regulations to be a Convention refugee, nor any person who has been determined to be not eligible to have a claim to be a Convention refugee determined by the Refugee Division on the basis that the person is a person described in paragraph 46.01(1)(a), shall be removed from Canada to a country where the person's life or freedom would be threatened for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion unless

For the sake of completeness it may also be noted that subsection 114(2) [as am. *idem*, s. 102] of the Act confers a broad discretion to admit persons whom the Minister is satisfied should be admitted "owing to the existence of compassionate or humanitarian considerations". If the applicant believes that she is likely to face persecution on the prescribed grounds, or otherwise to be at risk, she can still avail herself of these provisions.

C. The Issues

[10] Although his memorandum of argument had canvassed a wide range of issues, at the hearing the applicant's counsel was able to narrow them to three, largely because he consented to the respondent's making a late addition to the tribunal record to include a copy of the subsection 20(1) report written by an immigration officer with respect to Ms. Jekula, which Mr. Snow had before him when he interviewed her. The issues are as follows:

1. Did Mr. Snow, a senior immigration officer, breach the common law duty of fairness or section 7 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]] because the applicant was unrepresented by counsel at the interview at which he found that, by virtue of paragraph 46.01(1)(a) of the *Immigration Act*, Ms. Jekula was not eligible to have her refugee claim determined by the Refugee Division?

au Canada vers un pays où elles pourraient être victimes de persécution. Voici le paragraphe 53(1) [mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 12] qui est applicable en l'espèce:

53. (1) Par dérogation aux paragraphes 52(2) et (3), la personne à qui le statut de réfugié au sens de la Convention a été reconnu aux termes de la présente loi ou des règlements, ou dont la revendication a été jugée irrecevable en application de l'alinéa 46.01(1)a), ne peut être renvoyée dans un pays où sa vie ou sa liberté seraient menacées du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, sauf si, selon le cas: [. . .]

Afin de ne négliger aucun élément d'analyse, il y a lieu aussi de noter que le paragraphe 114(2) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 102] de la Loi investit le ministre d'un large pouvoir discrétionnaire pour accorder l'admission «pour des raisons d'ordre humanitaire». Si la demanderesse estime qu'elle risque la persécution pour l'une des raisons reconnues par la loi, ou pour toute autre raison, elle peut encore invoquer cette disposition.

C. Les points litigieux

[10] Son mémoire couvrait de nombreux points mais à l'audience, l'avocat de la demanderesse a été en mesure d'en réduire le nombre à trois, surtout parce qu'il a consenti à ce que le défendeur ajoute à la dernière minute au dossier du tribunal une copie du rapport établi par un agent d'immigration en application du paragraphe 20(1) au sujet de M^{me} Jekula, lequel rapport était à la disposition de M. Snow lors de son entrevue avec cette dernière. Voici les points à trancher en l'espèce:

1. M. Snow, agent principal, a-t-il manqué à l'obligation d'équité de la common law ou à l'observation de l'article 7 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]], du fait que la demanderesse n'était pas assistée d'un avocat à l'entrevue à l'issue de laquelle il a conclu, en application de l'alinéa 46.01(1)a) de la *Loi sur l'immigration*, que sa revendication n'était pas recevable par la section du statut?

2. Did Mr. Snow, a senior immigration officer, commit an error of law when he found that Sierra Leone, which had recognized the applicant as a refugee, was a country to which she “can be returned” for the purpose of paragraph 46.01(1)(a), even though she had no visa or other document proving that she had a legal right to enter Sierra Leone, and the officer made no inquiries as to her legal status there?

3. Was the exclusion order issued to the applicant by Mr. Snow, a senior immigration officer, invalid because she was not represented by counsel when interviewed by the officer prior to his issuing the order?

D. Analysis

1. Right to Counsel

(a) the common law duty of fairness

[11] The *Immigration Act* is silent on the procedures that must be followed by a senior immigration officer prior to determining whether a person is eligible to have a refugee claim adjudicated by the Refugee Division. In contrast, statutory provision is made for oral hearings, including a right to counsel, at an inquiry conducted by an adjudicator to decide whether a deportation order should be issued (subsection 29(1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 18], section 30 [as am. *idem*, s. 19] of the Act; *Adjudication Division Rules*, SOR/93-47) and before the Refugee Division when it is adjudicating a claim by a person to be recognized in Canada as a refugee (subsection 69(1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 59], section 69.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 60] of the Act; *Convention Refugee Determination Division Rules*, SOR/93-45).

[12] Despite the absence of statutory procedural rights, “the justice of the common law will supply the omission of the legislature” (*Cooper v. Wandsworth Board of Works* (1863), 143 E.R. 414, *per* Byles J., at page 420). Nowadays, this omission is supplied through the imposition of the duty of fairness on public officials “making an administrative decision which is not of a legislative nature and which affects the rights, privileges or interests of an individual”

2. M. Snow, agent principal, a-t-il commis une erreur de droit en concluant que la Sierra Leone, qui avait reconnu à la demanderesse le statut de réfugiée, était un pays où elle pouvait «être renvoyée» par application de l’alinéa 46.01(1)a), bien qu’elle n’eût en sa possession ni visa ni autre document prouvant qu’elle avait le droit de revenir dans ce pays, cependant qu’il ne cherchait pas à savoir quel y était son statut légal?

3. L’ordonnance d’exclusion prise par M. Snow, agent principal, contre la demanderesse était-elle invalide du fait que cette dernière n’était pas assistée d’avocat lorsqu’il l’interrogeait avant de prendre cette ordonnance?

D. Analyse

1. Le droit à l’assistance d’un avocat

a) l’obligation d’équité de la common law

[11] La *Loi sur l’immigration* est muette quant à la procédure que doit observer un agent principal avant de décider si une revendication est recevable par la section du statut. Par contre, elle prévoit le droit pour le demandeur d’être entendu et de se faire assister par un avocat lors de l’enquête tenue par un arbitre pour décider s’il y a lieu à ordonnance d’expulsion (paragraphe 29(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 18], article 30 [mod., *idem*, art. 19] de la Loi; *Règles de la section d’arbitrage*, DORS/93-47) et devant la section du statut lorsqu’elle examine la revendication (paragraphe 69(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 59], article 69.1 [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 60] de la Loi; *Règles de la section du statut de réfugié*, DORS/93-45).

[12] Dans le cas où la loi ne fixe aucun droit en matière de procédure, [TRADUCTION] «la justice de la common law suppléera à l’omission du législateur» (*Cooper v. Wandsworth Board of Works* (1863), 143 E.R. 414, motifs prononcés par le juge Byles, à la page 420). De nos jours, cette omission est comblée par l’obligation d’équité imposée à tout organisme public «qui rend des décisions administratives qui ne sont pas de nature législative et qui touchent les droits,

(*Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at page 653, per Le Dain J.).

[13] It seems clear that the duty of fairness applies to the exercise by senior immigration officers of their power to determine a refugee claimant's eligibility to be referred to the Refugee Division, and I do not understand counsel for the Minister to have taken a different view. An adverse determination by the senior immigration officer deprives the individual of important procedural and substantive statutory rights enjoyed by other refugee claimants whose claims do go before the Board. Less immediately, a finding of ineligibility adversely affects claimants' interests by putting in motion a process that may culminate in their removal from Canada.

[14] The more difficult question is whether in the context of this statutory scheme, and the particular facts of this case, the senior immigration officer breached the duty of fairness when he proceeded to determine that the applicant was ineligible for a refugee determination by the Refugee Division without adjourning until the applicant's lawyer could be present.

[15] Mr. Barnwell, counsel for the applicant, conceded in the course of argument that the duty of fairness did not confer on refugee claimants an automatic right to be represented by counsel prior to a determination by a senior immigration officer pursuant to subsection 46.01(1). Rather, the officer has a discretion as to whether to permit a person to be represented, which in some circumstances fairness will require to be exercised in favour of the individual.

[16] The statutory scheme certainly tells against an automatic right to legal representation on demand. The contrast with the relatively formal hearings provided to those whose claims are decided by the Refugee Division suggests that the initial screening for eligibility is intended to be much more summary and expeditious in nature, and not subject to the expense, delays and formality typically associated with hearings where

privileges ou biens d'une personne» (*Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, à la page 653, motifs prononcés par le juge Le Dain).

[13] Il semble clair que l'obligation d'équité s'attache à l'exercice par les agents d'immigration principaux de leur pouvoir de se prononcer sur la recevabilité des revendications du statut de réfugié, et je ne comprends pas que l'avocate représentant le ministre ait soutenu le contraire. Une décision défavorable de l'agent principal dénie à l'intéressé d'importants droits, tant au fond que sur le plan procédural, droits dont jouissent les demandeurs dont la revendication est soumise à la Commission. Cette décision a encore pour effet moins immédiat d'aller à l'encontre des intérêts du demandeur en déclenchant un processus qui peut être couronné par son renvoi hors du Canada.

[14] Il se pose encore la question plus difficile de savoir si, au regard du régime légal en place et dans le contexte des faits de la cause, l'agent principal a manqué à l'obligation d'équité lorsqu'il a entrepris de décider que la revendication de la demanderesse était irrecevable, sans même ajourner l'entrevue jusqu'à ce que l'avocat de cette dernière pût être présent.

[15] M. Barnwell, avocat de la demanderesse, reconnaît pendant les débats que l'obligation d'équité ne confère pas automatiquement à ceux qui revendiquent le statut de réfugié le droit d'être représentés par avocat avant que l'agent principal ne rende la décision prévue au paragraphe 46.01(1). En fait, ce dernier a le pouvoir discrétionnaire de décider s'il permet à une personne d'être représentée par avocat, pouvoir dont l'équité imposera dans certains cas l'exercice en faveur de l'intéressé.

[16] Le régime légal en vigueur écarte indubitablement le droit d'être représenté par avocat sur demande. Le contraste avec les audiences relativement formelles prévues pour ceux dont la revendication est soumise à la section du statut montre que l'instruction préliminaire de recevabilité est de nature bien plus sommaire et expéditive, et n'implique pas les frais, les délais et les formalités propres aux audiences auxquel-

lawyers routinely appear. Moreover, the statutory criteria for eligibility will normally be easy to apply to the facts of a given case, and will not normally raise complex issues of fact or law, or require the officer to exercise any substantial discretion. Accordingly, the presence of counsel will not normally be necessary to ensure both that the claimant can put her case adequately before the officer, and the officer does not make a mistake in the exercise of the statutory decision-making power.

[17] On the other hand, as I have already noted, an adverse determination by the officer has a sufficiently significant impact on important rights and interests of the individual that it would be wrong to conclude that the duty of fairness could never require the officer to permit the claimant to have legal counsel present at the interview prior to the making of the decision.

[18] Mr. Barnwell argued that the circumstances of this case required the senior immigration officer to adjourn the interview in order that Ms. Jekula's lawyer could be present. When asked by Mr. Edwards, the applicant's case worker at the Family Residence, Metropolitan Toronto Community Services, whether Ms. Jekula should bring counsel with her to the interview, Mr. Snow's statement that she did not need a lawyer, which Mr. Edwards communicated to Ms. Jekula, was the reason why she was not represented. If Mr. Snow had not given this advice, Ms. Jekula would presumably have attended with her lawyer, Mr. Kabateraine, who was assisting with her immigration difficulties. Moreover, Mr. Barnwell argued, Ms. Jekula's case raised a legal question that was not routine, namely whether Sierra Leone was a country to which she "can be returned" within the meaning of paragraph 46.01(1)(a).

[19] The first difficulty that I have with this argument is its assumption that Mr. Snow's advice to Mr. Edwards that Ms. Jekula did not need to be represented by a lawyer was in some way wrong. It is important to remember that the duty of fairness is breached when a decision maker improperly refuses to permit a person to be represented at a hearing. It does

les assistent couramment les avocats. Au surplus, les critères légaux de recevabilité seront normalement faciles à appliquer aux faits du cas d'espèce, et ne soulèveront normalement pas des questions de fait ou de droit complexes, ni n'obligeront l'agent à exercer quelque pouvoir discrétionnaire draconien. En conséquence, la présence d'un avocat ne sera normalement pas nécessaire pour garantir que le demandeur présente convenablement son cas à l'agent, et que celui-ci ne commette pas une faute dans l'exercice du pouvoir décisionnel qu'il tient de la loi.

[17] Cependant, comme noté *supra*, une décision défavorable de l'agent a un effet suffisamment marqué sur des droits et intérêts importants de l'intéressé pour qu'il soit injuste de conclure que l'obligation d'équité ne pourrait jamais forcer l'agent à lui permettre de se faire assister d'un avocat lors de l'entrevue précédant la décision.

[18] M. Barnwell soutient que les circonstances de la cause faisaient que l'agent principal devait ajourner l'entrevue afin que l'avocat de M^{me} Jekula puisse être présent. À la question posée par M. Edwards, l'assistant social chargé du dossier de la demanderesse à la section de Résidence familiale, Services communautaires de la Communauté urbaine de Toronto, qui voulait savoir si M^{me} Jekula devrait se faire accompagner d'un avocat à l'entrevue, M. Snow a fait une réponse négative, que M. Edwards a rapportée à cette dernière, c'est pourquoi elle n'était pas assistée d'avocat. Si M. Snow n'avait pas donné cet avis, M^{me} Jekula aurait probablement comparu en compagnie de son avocat, M. Kabateraine, qui l'assistait à l'époque dans son dossier d'immigration. M. Barnwell soutient par ailleurs que le cas de M^{me} Jekula soulevait une question de droit qui n'était pas une question de routine, savoir si la Sierra Leone était un pays où elle pouvait «être renvoyée» au sens de l'alinéa 46.01(1)a).

[19] Le premier défaut de cet argument réside dans la présomption y contenue que M. Snow avait tort de dire à M. Edwards que M^{me} Jekula n'avait pas besoin d'un avocat. Il est important de se rappeler qu'il y a manquement à l'obligation d'équité lorsque l'autorité compétente refuse injustement de permettre à l'intéressé d'être assisté d'avocat à l'audience. Cette

not normally impose a positive obligation on an administrative decision maker to advise the person concerned that they may be represented by counsel, much less to give their opinion that it is in the person's best interest to avail themselves of the opportunity.

[20] Mr. Barnwell argued that it is unrealistic to expect refugee claimants, such as Ms. Jekula, to be aware of their legal rights in Canada, or to be in a position to assert them. Accordingly, if claimants are to be afforded a reasonable opportunity to be represented at section 46.01 interviews subject to the exercise of the officer's discretion, then it is essential that senior immigration officers are more forthcoming about the importance of legal representation than was Mr. Snow.

[21] I can imagine circumstances in which fairness may well impose the kind of positive duty on decision makers suggested by Mr. Barnwell. By way of analogy, it may be noted that section 30 of the *Immigration Act* requires adjudicators to advise a person who is subject to an inquiry "of the person's right to obtain the services of a barrister or solicitor or other counsel and to be represented by any such counsel at the inquiry". However, in this case, Ms. Jekula was not left to cope with the situation entirely on her own. She had the assistance of Mr. Edwards, a social worker, whose responsibilities included referring families to appropriate agencies, and who could be expected to have some familiarity with immigration matters, and he accepted Mr. Snow's opinion without thinking it necessary to inform and seek the advice of Mr. Kabateraine, whom he knew was Ms. Jekula's lawyer.

[22] Ideally, when asked by Mr. Edwards whether Ms. Jekula needed counsel, Mr. Snow might perhaps have said something along the following lines: "Well, the issues decided at these section 46.01 interviews do not usually require the presence of a lawyer, but if the decision goes against Ms. Jekula it potentially could have serious consequences for her, including ultimately her removal from Canada. It is up to her and her lawyer to decide whether they think that it would be helpful for him to be there, and it is our practice to allow counsel to be present as long as this does not

obligation n'est normalement pas une obligation positive faite à l'autorité administrative d'informer l'intéressé qu'il peut se faire assister d'un avocat, et encore moins d'opiner qu'il est dans l'intérêt de ce dernier de se prévaloir de cette possibilité.

[20] M. Barnwell soutient qu'il n'est pas réaliste de s'attendre à ce que les gens qui revendiquent le statut de réfugié, comme M^{me} Jekula, soient pénétrés de leurs droits légaux au Canada, ou soient en mesure de les faire valoir. En conséquence, si les demandeurs doivent avoir la possibilité raisonnable d'être assistés d'avocat à l'entrevue visée à l'article 46.01, il est essentiel que les agents principaux soient plus ouverts au sujet de l'importance de la présence d'un avocat, que ne l'a été M. Snow.

[21] Je peux bien m'imaginer des cas où l'équité pourrait imposer aux autorités le genre d'obligation positive dont parle M. Barnwell. Par analogie, on peut noter que l'article 30 de la *Loi sur l'immigration* fait à l'arbitre obligation d'informer quiconque fait l'objet de l'enquête «qu'il a le droit de se faire représenter par un avocat ou un autre conseiller». En l'espèce cependant, M^{me} Jekula n'était pas entièrement laissée à son sort. Elle avait l'aide de M. Edwards, un assistant social chargé entre autres de diriger les familles sur les organismes compétents et qui devait avoir des notions de réglementation de l'immigration, et il a accepté l'avis de M. Snow sans juger nécessaire de s'informer davantage et de consulter M. Kabateraine, dont il savait qu'il était l'avocat de M^{me} Jekula.

[22] L'idéal eût été qu'à la question posée par M. Edwards de savoir si M^{me} Jekula avait besoin d'un avocat, M. Snow lui réponde à peu près: «Les questions décidées à l'occasion des entrevues visées à l'article 46.01 ne nécessitent habituellement pas la présence d'un avocat, mais si la décision est défavorable, elle pourrait avoir de graves conséquences pour M^{me} Jekula, y compris son renvoi hors du Canada. C'est à elle et à son avocat de décider s'il vaut mieux qu'il soit là, et nous avons pour pratique d'accepter la présence des avocats tant qu'elle ne cause pas un

cause a delay.” However, fairness does not require procedural perfection, and I see nothing in Mr. Snow’s advice that could be characterized as a refusal of representation, as misleading, or as otherwise unfair or erroneous in law.

[23] Accordingly, when Mr. Snow said that he was unwilling to adjourn to enable counsel to be present, he was not refusing a request by Ms. Jekula to be legally represented, because she never indicated that this is what she wanted. Is it relevant that at the interview Mr. Snow himself attempted to contact Mr. Kabateraine, unsuccessfully as it turned out, and, according to Ms. Jekula, seemed anxious that she had no lawyer with her? In trying to contact Mr. Kabateraine, Mr. Snow may well have had in mind the following recommendation contained in the *Immigration Manual*, Senior Immigration Functions at Ports of Entry, PE-10 (at page 4):

Despite not being entitled to counsel, persons may be allowed the assistance of counsel during an SIO interview, as long as the person acting as counsel is ready and able to proceed immediately.

[24] In some circumstances, it is true, a court may find an administrative agency to be in breach of the duty of fairness because it has not complied with procedures contained in undertakings by public officials or in non-legally binding instruments, such as the Manual referred to above, even though those procedures would not otherwise have been included in the duty of fairness as it applies to the exercise of that power by the agency: see Brown and Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (Toronto: Canvasback Publishing, 1998), at page 7:2431. It is arguable that the Manual goes further in permitting the presence of counsel than the common law duty of fairness requires, in that the common law may confer on the officer a wider discretion to refuse to permit counsel than that suggested in the Manual.

[25] However, I am not satisfied that, in acting as he did, Mr. Snow failed to comply with the procedural

retard.» Cependant, l’équité n’impose pas la perfection procédurale, et je ne vois rien dans l’avis donné par M. Snow qui puisse être qualifié de refus de représentation par avocat, ou de propos trompeurs, iniques ou erronés sur le plan juridique.

[23] Il s’ensuit que lorsque M. Snow refusait d’ajourner l’entrevue pour que l’avocat de la demanderesse puisse y assister, il ne rejetait pas la demande faite par M^{me} Jekula d’être représentée par avocat, parce qu’elle n’a jamais dit que c’était ce qu’elle voulait. Faut-il tenir compte du fait que lors de l’entrevue, M. Snow lui-même a essayé de communiquer avec M. Kabateraine, en vain il est vrai, et, au dire de M^{me} Jekula, s’inquiétait de ce qu’elle n’était pas assistée d’avocat? Il se peut qu’en essayant de communiquer avec M. Kabateraine, M. Snow eût à l’esprit la recommandation suivante du *Guide de l’immigration* intitulé Fonctions de l’agent principal au point d’entrée, PE-10 (à la page 4):

Même si elle n’a pas droit aux services d’un conseil, une personne peut être autorisée à se prévaloir de l’aide d’un conseil au cours d’un interrogatoire par un AP, à la condition que la personne qui agit comme conseil soit prête et immédiatement disponible.

[24] Il est vrai que dans certains cas, la juridiction compétente peut conclure qu’un organisme administratif a manqué à l’obligation d’équité par ce motif qu’il ne s’est pas conformé aux procédures contenues dans les engagements pris par les autorités publiques ou dans des instruments n’ayant pas force obligatoire, tel le Guide susmentionné, bien que ces procédures ne fassent normalement pas partie de l’obligation d’équité telle qu’elle s’applique à l’exercice de ce pouvoir par l’organisme concerné; voir Brown et Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (Toronto: Canvasback Publishing, 1998), à la page 7:2431. On pourrait même dire que le Guide va plus loin pour ce qui est de permettre la présence d’un avocat que ne l’exige l’obligation d’équité de la common law, puisque celle-ci peut investir l’agent d’un pouvoir discrétionnaire plus étendu pour refuser cette présence, que ne semble l’indiquer le Guide.

[25] Cependant, je ne suis pas convaincu que ce que faisait M. Snow valût non-observation des règles de

guideline established in the Manual, since no request for representation had been made by either Ms. Jekula or anyone else on her behalf, such as Mr. Edwards. The Manual does not instruct senior immigration officers to inform claimants that they may have counsel with them at the interview if they wish. Nor was Mr. Snow's attempt to call counsel a representation that he was obliged to ensure that counsel was present, if available and ready to proceed. If Mr. Snow could in law simply have proceeded with the interview without more ado when Ms. Jekula attended for the interview without a lawyer, it would surely be unreasonable to set aside his decision on the ground of procedural unfairness merely because, perhaps with the Manual in mind, he had been conscientious enough to see if her lawyer was available.

[26] Of course, if Mr. Snow had not advised Mr. Edwards that Ms. Jekula did not need counsel at the interview, it is possible that Mr. Kabateraine would have attended. However, as I have already noted, Mr. Snow's advice cannot be characterized as a refusal to permit counsel, as misleading or as otherwise erroneous in law. Nor did it prevent Mr. Edwards from conveying the advice to Mr. Kabateraine, as well as to Ms. Jekula, and leaving it to him to consider whether to attend.

[27] Lastly, it was argued that the particular facts of Ms. Jekula's case raised a question on which representations from counsel might well have been of assistance to the senior immigration officer in deciding whether the applicant "can be returned" to Sierra Leone, one of the statutory criteria governing access to a determination by the Refugee Division. While the complexity of the issues to be decided in an administrative proceeding is a factor that should be taken into consideration in determining whether the duty of fairness requires the presence of counsel, on the view that I take of the words, "can be returned", the issue to be decided is much less complex than counsel for the applicant suggests. But in any event, since no request for counsel was made by or on behalf of Ms. Jekula, it could not be said that the applicant was denied counsel in breach of the duty of fairness.

procédure fixées par le Guide, puisque l'assistance d'un avocat n'a été demandée ni par M^{me} Jekula ni par quelqu'un d'autre agissant pour son compte, comme M. Edwards. Le Guide n'impose pas aux agents principaux d'informer les demandeurs qu'ils peuvent se faire assister d'un avocat à l'entrevue s'ils le veulent. Le fait que M. Snow a essayé de communiquer avec l'avocat concerné ne signifie pas non plus qu'il était tenu de s'assurer que celui-ci serait présent, à condition qu'il fût prêt et immédiatement disponible. Si M. Snow était légalement fondé à procéder à l'interrogatoire sans autres formalités quand M^{me} Jekula comparait sans avocat, il serait certainement déraisonnable d'annuler sa décision pour cause d'iniquité procédurale du seul fait que, ayant peut-être le guide à l'esprit, il avait été assez consciencieux pour chercher à savoir si son avocat était disponible.

[26] Certes, s'il n'avait pas dit à M. Edwards que M^{me} Jekula n'aurait pas besoin d'un avocat à l'entrevue, il est possible que M. Kabateraine y eût assisté. Cependant, comme noté *supra*, on ne saurait dire que l'avis de M. Snow valait refus de permettre la présence d'un avocat, qu'il était trompeur ou qu'il constituait une erreur de droit. Cet avis n'a pas non plus empêché M. Edwards d'en communiquer la teneur à M. Kabateraine, comme à M^{me} Jekula, afin que l'avocat pût considérer s'il fallait assister à l'entrevue ou non.

[27] Enfin, la demanderesse soutient que les faits propres à son cas donnaient lieu à une question à l'égard de laquelle les observations de son avocat auraient pu éclairer l'agent principal pour ce qui était de savoir si elle pouvait «être renvoyée» en Sierra Leone, laquelle investigation est l'un des critères légaux de recevabilité de la revendication par la section du statut. Il est vrai que la complexité des questions soumises à la décision administrative est un facteur à considérer pour examiner si l'obligation d'équité impose la présence d'un avocat, mais, compte tenu de mon interprétation des mots «peut être renvoyé», la question à trancher est bien moins compliquée que l'affirme l'avocat de la demanderesse. Quoi qu'il en soit, puisque ni M^{me} Jekula ni quiconque agit pour son compte n'a demandé l'assistance d'un avocat, on ne peut pas dire qu'elle s'est vu dénier cette assistance contrairement à l'obligation d'équité.

[28] I would add one other point here. Ms. Jekula's difficulties may have stemmed from the fact that, unlike other members of her family, she did not claim protection from Sierra Leone, even though she stated that, as turmoil spread to Sierra Leone, Liberians in Sierra Leone were regarded with growing hostility, and she herself had been the victim of assault. Perhaps if she had had a lawyer at the interview, her claim could have been amended so as to add Sierra Leone as a second country against which she was seeking refuge, although whether that should have made a difference to the result is very doubtful. However, this is not sufficient in my view to render the interview so unfair that the officer's decision should be set aside.

(b) section 7 of the Charter

[29] Mr. Barnwell also argued that, by failing to adjourn, Mr. Snow's determination that Ms. Jekula was ineligible for a hearing before the Refugee Division was made in breach of section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. When Charter rights are at stake, the principles of fundamental justice may afford a person more extensive procedural rights than those conferred by the common law duty of fairness, including, in some circumstances perhaps, a positive duty to advise the person concerned that they may be legally represented.

[30] Counsel for the applicant distinguished *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053 where it was held that a person has no constitutionally guaranteed right to counsel at a secondary examination by an immigration officer, on the ground that this stage of the decision-making process was a mere "information-gathering exercise". In contrast, however, he argued, Ms. Jekula's interview with Mr. Snow led to the issue of an exclusion order. He also submitted that Muldoon J. was wrong when, after quoting from *Dehghani*, he said in *Nayci v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 105 F.T.R. 122 (F.C.T.D.) [at page 127] that:

It may be noted that nothing in these authoritative passages indicates that questioning which leads to a full-

[28] Un dernier point à ce sujet. Les difficultés de M^{me} Jekula ont pu tenir au fait qu'à la différence d'autres membres de sa famille, elle n'a pas réclamé la protection à l'égard de la Sierra Leone, bien qu'elle eût mentionné qu'à la suite de la propagation des troubles à ce pays, les Sierra-Léonais avaient manifesté de plus en plus d'hostilité envers les Libériens, et qu'elle-même avait été victime d'agression. Peut-être que si elle avait à ses côtés un avocat lors de l'entrevue, elle aurait modifié sa revendication de façon à ajouter la Sierra Leone à titre de second pays à l'égard duquel elle demandait l'asile, bien qu'il soit fort douteux que le résultat eût été différent. Je ne pense cependant pas que l'entrevue en soit devenue si inique qu'il faut annuler la décision de l'agent.

b) l'article 7 de la Charte

[29] M. Barnwell soutient aussi que faute d'ajournement, l'irrecevabilité prononcée par M. Snow allait à l'encontre de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Lorsque les droits garantis par la Charte sont en jeu, les principes de justice fondamentale peuvent assurer au justiciable des droits plus étendus en matière de procédure que ceux qui découlent de l'obligation d'équité de la common law, y compris, dans certains cas peut-être, l'obligation positive de l'informer qu'il peut se faire représenter par avocat.

[30] L'avocat de la demanderesse tire argument de la différence entre l'affaire en instance et la cause *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053, où il a été jugé que le demandeur ne tient pas de la Constitution le droit à l'assistance d'un avocat lors de l'interrogatoire secondaire mené par un agent d'immigration, cette étape du processus décisionnel n'étant qu'un «interrogatoire effectué dans le but de recueillir des renseignements de routine». Par contraste, dit-il, l'entrevue de M^{me} Jekula avec M. Snow s'est soldée par une mesure d'exclusion. Il conteste aussi la conclusion que le juge Muldoon, après avoir cité *Dehghani*, a tirée dans *Nayci c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 105 F.T.R. 122 (C.F. 1^{re} inst.) [à la page 127] comme suit:

Soulignons que, dans ces extraits jurisprudentiels, rien n'indique qu'un interrogatoire menant à une mesure d'exclu-

blown exclusion order is anything other than “routine information-gathering purposes”.

[31] However, before the content of the principles of fundamental justice is considered in this context, the administrative action under review must deprive the applicant of the right to life, liberty and security of the person. The question is, therefore, whether a decision under paragraph 46.01(1)(a) has this effect. In my opinion it does not. First, while it is true that a finding of ineligibility deprives the claimant of access to an important right, namely the right to have a claim determined by the Refugee Division, this right is not included in “the right to life, liberty and security of the person”: *Berrahma v. Minister of Employment and Immigration* (1991), 132 N.R. 202 (F.C.A.), at page 213; *Nguyen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 F.C. 696 (C.A.).

[32] Second, it may well be a breach of the rights protected by section 7 for the government to return a non-citizen to a country where she fears that she is likely to be subjected to physical violence or imprisoned. However, a determination that a refugee claimant is not eligible to have access to the Refugee Division is merely one step in the administrative process that may lead eventually to removal from Canada. The procedure followed at the risk assessment to which the applicant will be entitled under section 53 before she is removed can be subject to constitutional scrutiny to ensure that it complies with the principles of fundamental justice, even though the procedure is not prescribed in the Act or regulations: *Kaberuka v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 3 F.C. 252 (T.D.), at page 271. Moreover, while holding that it was not inconsistent with section 7 for the *Immigration Act* to limit access to the Refugee Division, Marceau J.A. also said in *Nguyen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 F.C. 696 (C.A.), at pages 708-709:

It would be my opinion, however, that the Minister would act in direct violation of the Charter if he purported to execute a deportation order by forcing the individual concerned back to a country where, on the evidence, torture and possibly death will be inflicted. It would be, it seems to me . . . at the very least, an outrage to public standards of

sion complète est autre chose qu’un «interrogatoire effectué dans le but de recueillir des renseignements de routine».

[31] Il se trouve cependant que dans ce contexte, les principes de justice fondamentale n’entrent en jeu que si l’action administrative porte atteinte au droit de la demanderesse à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. Il s’agit donc de savoir si une décision rendue en application de l’alinéa 46.01(1)a) a cet effet. Je ne le pense pas. En premier lieu, s’il est vrai qu’un verdict d’irrecevabilité dénie à la demanderesse l’exercice d’un droit important, ce droit n’est pas compris dans «le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne»; *Berrahma c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration* (1991), 132 N.R. 202 (C.A.F.), à la page 213; *Nguyen c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1993] 1 C.F. 696 (C.A.).

[32] En second lieu, il peut y avoir atteinte aux droits protégés par l’article 7 si le gouvernement renvoie une non-citoyenne dans un pays où elle craint d’être probablement violente ou emprisonnée. Cependant, la conclusion que la revendication n’est pas recevable n’est qu’une étape dans le processus administratif qui pourrait aboutir au renvoi hors du Canada. L’étape suivante, c’est-à-dire la procédure d’appréciation du risque, à laquelle la demanderesse aura droit en application de l’article 53 avant qu’elle ne soit renvoyée, se prête au contrôle au regard des garanties constitutionnelles afin de garantir l’observation des principes de justice fondamentale, bien que cette procédure ne soit prévue ni dans la Loi ni dans les règlements pris pour son application: *Kaberuka c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1995] 3 C.F. 252 (1^{re} inst.), à la page 271. De surcroît, tout en jugeant que la *Loi sur l’immigration* n’allait pas à l’encontre de l’article 7 en limitant la recevabilité, le juge Marceau, J.C.A., a encore fait observer ce qui suit dans *Nguyen c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1993] 1 C.F. 696 (C.A.), aux pages 708 et 709:

Je serais toutefois d’avis que le ministre violerait carrément la Charte s’il prétendait exécuter une mesure d’expulsion en forçant l’intéressé à retourner dans un pays où, selon la preuve, il sera torturé et peut être mis à mort. Il me semble que ce serait [. . .] à tout le moins, commettre un outrage aux normes publiques de la décence en violation des

decency, in violation of the principles of fundamental justice under section 7 of the Charter.

[33] In summary, section 7 rights are not engaged at the eligibility determination and exclusion order stages of the process. However, the applicant cannot be lawfully removed from Canada without an assessment of the risks that she may face if returned to Sierra Leone. And the manner in which that assessment is conducted must comply with the principles of fundamental justice.

2. "Can be returned"

[34] Mr. Barnwell argued that the senior immigration officer committed a reviewable error when, having satisfied himself that Ms. Jekula had been recognized as a refugee in Sierra Leone, he concluded that her claim could not be referred to the Refugee Division without establishing that she "can be returned" to that country as paragraph 46.01(1)(a) requires. Mr. Snow had merely consulted a superior, and informed the applicant that there was no moratorium on returning people to Sierra Leone. This indicates, Mr. Barnwell argued, that Mr. Snow had failed to address the relevant issue, which was whether Ms. Jekula had a legal right to be readmitted by Sierra Leone immigration authorities, and not whether the Government of Canada was currently removing people to Sierra Leone, despite the civil war in progress there. Mr. Barnwell relied on *Kaberuka v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 3 F.C. 252 (T.D.), at page 262, where, at footnote 6, Heald D.J. stated:

I read the phrase "can be returned" to relate to a claimant's status in the country of asylum in the sense that the country of asylum is obligated to permit the claimant's return.

[35] Ms. Jekula did not have a passport with a visa for Sierra Leone or any document issued by the authorities of Sierra Leone stating that she had a right to remain in, and to re-enter, that country. All she had was a refugee identity card issued by the Government of Sierra Leone "Under the United Nations Convention of 1951 relating to the Status of Refugees", with the name of the refugee camp where she resided. This card seems to have been used principally for the

principes de justice fondamentale visés à l'article 7 de la Charte.

[33] Pour récapituler, les droits garantis par l'article 7 n'entrent pas en jeu à l'étape de la décision sur la recevabilité et de la mesure d'exclusion. Cependant, la demanderesse ne peut être légalement renvoyée hors du Canada sans une appréciation des risques auxquels elle peut s'exposer une fois de retour en Sierra Leone. Et les modalités de cette appréciation doivent être conformes aux principes de justice fondamentale.

2. Le groupe verbal «peut être retourné»

[34] Selon M. Barnwell, l'agent principal a commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire puisque, ayant constaté que M^{me} Jekula s'était vu reconnaître le statut de réfugiée en Sierra Leone, il a conclu que sa revendication n'était pas recevable sans s'assurer, conformément à l'alinéa 46.01(1)a), qu'elle «peut être renvoyée» dans ce pays. Il n'a fait que consulter un supérieur, après quoi il a informé M^{me} Jekula qu'il n'y avait pas de moratoire sur les renvois en Sierra Leone. M. Barnwell en conclut qu'il ne s'est pas attaché à la question pertinente, savoir si M^{me} Jekula avait le droit d'être admise de nouveau dans le pays par les autorités de l'immigration de la Sierra Leone, et non si le gouvernement du Canada était en train de renvoyer des gens dans ce pays malgré la guerre civile qui y sévissait. À l'appui de son argument, M. Barnwell cite la décision *Kaberuka c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 3 C.F. 252 (1^{re} inst.), à la page 262 où le juge suppléant Heald a fait la remarque suivante, dans la note de bas de page n^o 6:

J'interprète l'expression «peut être renvoyé» comme liée au statut du revendicateur dans le pays d'asile, en ce sens que le pays d'asile est tenu de permettre au revendicateur de revenir.

[35] M^{me} Jekula n'avait ni un passeport avec visa pour la Sierra Leone ni aucun document délivré par les autorités sierra-léonaises et attestant qu'elle avait le droit de demeurer dans ce pays et d'y revenir. Tout ce qu'elle avait, c'était une carte d'identité de réfugié délivrée par le gouvernement de la Sierra Leone «en application de la Convention de 1951 des Nations Unies relative au statut des réfugiés», avec le nom du camp de réfugiés où elle vivait. Il semble que cette

purpose of enabling the holder to claim food rations, rather than as an international travel document to prove a right of re-entry to Sierra Leone. In Mr. Barnwell's submission this document did not establish that she had a right to re-entry and, in the absence of further inquiries by Mr. Snow to discover whether Ms. Jekula had such a right, he erred in law in concluding that the statutory requirement that the claimant "can be returned" was satisfied.

[36] In response, counsel for the Minister, Ms. Horton, took the position that, once a senior immigration officer was satisfied that the claimant had been recognized as a refugee in a country, no further inquiry was needed. She pointed out that, the previous version of paragraph 46.01(1)(a) which came into force on January 1, 1989 read:

46.01 (1) . . .

(a) the claimant has been recognized by any country, other than Canada, as a Convention refugee and has been issued a valid and subsisting travel document by that country pursuant to Article 28 of the Convention. [Emphasis added.]

Moreover, it should be noted, there was no equivalent of paragraph 46.01(1)(a) in force when Urie J.A. in *Boun-Leua v. Minister of Employment and Immigration*, [1981] 1 F.C. 259 (C.A.), at page 264 said:

In this case the applicant as a refugee admitted to France can return to France at least so long as his travel permit, issued by that country to him, is valid.

[37] Ms. Horton argued that, in amending paragraph 46.01(1)(a) in 1993, Parliament should be taken to have intended to make it easier for Canada to return claimants to the country where they have been recognized as refugees, especially since it is not uncommon for refugee claimants not to be in possession of any travel or other official documents when they arrive in Canada, or for their documents to have expired.

[38] The difficulty with this argument is that to read paragraph 46.01(1)(a) as if it ended before the words "can be returned" offends the presumption of statutory interpretation that, whenever possible, meaning should

carte servait principalement de carte de rations alimentaires, et non de titre de voyage international destiné à prouver le droit de revenir en Sierra Leone. Selon M. Barnwell, ce document ne prouvait pas qu'elle avait le droit de revenir dans ce pays et faute par M. Snow de vérifier si elle avait ce droit, il a commis une erreur de droit en concluant que la condition prévue par la loi, savoir s'assurer qu'elle «peut être renvoyée», était remplie.

[36] L'avocate représentant le ministre, M^{me} Horton, réplique qu'une fois l'agent principal convaincu que la demanderesse s'était vu reconnaître le statut de réfugiée dans un autre pays, il n'était pas nécessaire d'en savoir davantage. Elle fait remarquer que la version antérieure de l'alinéa 46.01(1)a, qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1989, portait:

46.01 (1) [. . .]

a) il s'est vu reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention par un autre pays, lequel lui a délivré un titre de voyage en cours de validité aux termes de l'article 28 de la Convention. [Soulignement ajouté.]

En outre, il y a lieu de noter qu'il n'y avait pas de disposition équivalente à l'alinéa 46.01(1)a en vigueur au moment où le juge d'appel Urie a tiré la conclusion suivante dans *Boun-Leua c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1981] 1 C.F. 259 (C.A.), en page 264:

En l'espèce, le requérant étant un réfugié en France, il peut retourner en ce pays dans la mesure où le visa que lui a délivré ce pays est toujours valide.

[37] Selon M^{me} Horton, il faut présumer qu'en modifiant l'alinéa 46.01(1)a en 1993, le législateur a entendu faciliter le renvoi des demandeurs dans le pays où ils se sont vu reconnaître le statut de réfugié, d'autant plus qu'il n'est pas rare qu'à leur arrivée au Canada, les demandeurs d'asile n'aient aucun titre de voyage ou autre pièce d'identité, ou aient en leur possession un document périmé.

[38] Cet argument pêche en ce qu'une lecture de l'alinéa 46.01(1)a abstraction faite du groupe verbal «peut être renvoyé» va à l'encontre de la présomption en matière d'interprétation des lois qu'autant que

be attributed to all the words in a statute. On the other hand, to require a senior immigration officer to embark on a lengthy and possibly inconclusive attempt to determine whether a claimant had a legal right of re-entry under the law of the country of asylum would seem inconsistent with the summary nature of the section 46.01 process contemplated by the statutory scheme to screen out *inter alia* those who are not in need of protection because they have been recognized as refugees in another country.

[39] In my opinion, a senior immigration officer may normally assume that the evidence establishing that a country has granted asylum to the claimant will also enable her to re-enter that country. However, if presented with evidence that, for some reason, the immigration authorities of the country of asylum will not readmit the claimant, further inquiries must be made, and the senior immigration officer may only find the claimant ineligible under paragraph 46.01(1)(a) if satisfied on reasonable grounds that the claimant will in fact be readmitted.

[40] On the facts of this case, there was no evidence that Ms. Jekula would not be readmitted to Sierra Leone. The Refugee Identity Card proved her refugee status in that country, where, according to her affidavit, she had lived for seven years as a permanent resident. Accordingly, Mr. Snow had a reasonable basis for believing that Ms. Jekula "can be returned" to Sierra Leone.

[41] One other possible interpretation of the words "can be returned" should be considered. The reason given by Ms. Jekula for seeking asylum in Canada was that she feared for her safety in Sierra Leone, as that country plunged into turmoil and Liberian citizens became the targets of hostility and violence. This raises the question of whether a person "can be returned" to the country that has granted asylum, when the person has a well-founded fear of persecution on the prescribed grounds in that country.

[42] It is important to note in this context that, prior to the enactment of Bill C-86 in 1993 which amended

possible, il faut tenir compte de chaque terme du texte. Par contre, obliger un agent principal à entreprendre la tâche, longue et peut-être sans résultat concluant, de vérifier si un demandeur a le droit légal de retour selon la loi du pays d'asile, semble incompatible avec le caractère sommaire du processus prévu à l'article 46.01, tel que le prévoit le régime légal pour exclure entre autres ceux qui n'ont pas besoin de protection parce qu'ils se sont déjà vu reconnaître le statut de réfugié dans un autre pays.

[39] À mon avis, un agent principal peut normalement présumer que la preuve qu'un pays a reconnu le statut de réfugié au demandeur représente aussi l'autorisation pour celui-ci d'y revenir. Mais s'il est saisi de la preuve que, pour une raison quelconque, les autorités de l'immigration du pays d'asile ne permettront pas au demandeur de revenir, il lui faudra pousser ses investigations plus loin, et il ne pourra conclure que la revendication est irrecevable par application de l'alinéa 46.01(1)a) qu'une fois raisonnablement convaincu que le demandeur pourra revenir dans le pays d'asile.

[40] Rien en l'espèce ne prouve que M^{me} Jekula ne pourra pas revenir en Sierra Leone. La carte d'identité de réfugié est la preuve de son statut de réfugiée dans ce pays où, selon son propre affidavit, elle a vécu sept ans à titre de résidente permanente. En conséquence, M. Snow était raisonnablement fondé à croire qu'elle «peut être renvoyée» en Sierra Leone.

[41] Il faut envisager une autre interprétation possible du groupe verbal «peut être renvoyé». La raison donnée par M^{me} Jekula pour revendiquer le statut de réfugié au Canada était qu'elle craignait pour sa sécurité en Sierra Leone, du fait que ce pays a sombré dans les troubles civils et que les Libériens y sont en proie à l'hostilité et aux actes de violence. Il se pose la question de savoir si une personne «peut être renvoyée» dans un pays qui lui a accordé l'asile alors qu'elle craint avec raison d'y être persécutée pour l'une des raisons prévues par la loi.

[42] Il est important de noter dans ce contexte qu'avant l'adoption en 1993 du projet de loi C-86 qui

section 46.01, there was a provision that dealt specifically with this situation. Subsection 46.01(2) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14] provided that persons were eligible for a determination by the Refugee Division, even though they had been recognized as Convention refugees in another country, if they had a well-founded fear of persecution in that country on grounds of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion.

[43] The repeal of this provision in 1993 would suggest that such persons are no longer exempted from the category of those ineligible to have their refugee claims determined by the Refugee Division because they have been recognized in another country as refugees. On the other hand, Bill C-86 also broadened paragraph 46.01(1)(a) by substituting the words “can be returned” for the more specific requirement that a person whose refugee status had been recognized elsewhere was ineligible only if the person possessed a valid and subsisting travel document pursuant to Article 28 of the Convention [*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6].

[44] In my view, the words “can be returned” do not require the senior immigration officer to determine whether the claimant has a well-founded fear of persecution in the country that has already granted asylum. The repeal in 1993 of the specific provision dealing with this very issue suggests that it should not be read back into the statute through the words “can be returned” in paragraph 46.01(1)(a). To require a senior immigration officer to determine whether a claimant has satisfied the definition of a Convention refugee would seem incompatible with the expeditious and relatively straightforward administrative process contemplated by the statutory scheme for screening certain claims out of the Refugee Division’s jurisdiction.

[45] This is not to say, of course, that the Act provides no protection for persons who are in need of Canada’s protection because they fear persecution in the country where they have been granted asylum.

modifiait l’article 46.01, il y avait une disposition qui prévoyait expressément les cas de ce genre. Aux termes du paragraphe 46.01(2) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14], était recevable la revendication de la personne qui s’était déjà vu reconnaître le statut de réfugié dans un autre pays et qui craignait avec raison d’y être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.

[43] On pourrait conclure de l’abrogation de cette disposition en 1993 que les personnes se trouvant dans cette situation ne sont plus exclues de la catégorie de ceux dont la revendication n’est pas recevable du fait qu’ils se sont déjà vu reconnaître le statut de réfugié dans un autre pays. Par ailleurs, le projet de loi C-86 a aussi élargi la portée de l’alinéa 46.01(1)a) en substituant les mots «peut être renvoyé» à la prescription plus spécifique que la personne qui s’est vu reconnaître le statut de réfugié dans un autre pays n’est irrecevable que si elle a en sa possession un titre de voyage en cours de validité, délivré conformément à l’article 28 de la Convention [*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6].

[44] À mon avis, les mots «peut être renvoyé» ne signifient pas que l’agent principal soit tenu d’examiner si le demandeur craint avec raison d’être persécuté dans le pays d’asile. L’abrogation en 1993 de la disposition portant expressément sur cette situation signifie qu’il ne faut pas la réincorporer implicitement dans le texte à travers les mots «peut être renvoyé» figurant à l’alinéa 46.01(1)a). Faire à l’agent principal obligation d’examiner si un demandeur satisfait à la définition de réfugié au sens de la Convention serait incompatible avec le processus expéditif et relativement simple prévu dans ce régime légal pour écarter certaines revendications irrecevables par la section du statut.

[45] Cela ne veut certainement pas dire que la Loi n’accorde aucune protection aux personnes qui ont besoin de la protection du Canada parce qu’elles craignent d’être persécutées dans le pays qui leur a

Subsection 53(1) specifically prohibits the removal of persons who have been found ineligible to have their refugee claims referred to the Refugee Division, where the person's life or freedom would be threatened on Convention grounds in the country to which it is proposed to remove them.

[46] When Mr. Snow asked his superior whether there was a moratorium on returning individuals to Sierra Leone, he may well have had section 53 in mind. However, as counsel for both parties seemed to agree, the existence of such a moratorium was not relevant to the eligibility decision.

[47] I am fortified in my conclusion by the following words of Heald D.J. in *Kaberuka v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 3 F.C. 252 (T.D.), at page 270:

While under subsection 46.01(2) of the *Immigration Act* those with Convention refugee status elsewhere were permitted to make Convention refugee claims against their country of asylum, there is no equivalent to this provision in the Act as it now reads. The repeal of the substance of subsection 46.01(2) of the *Immigration Act* indicates that Parliament has chosen to exclude persons recognized as Convention refugees by another country from claiming a well-founded fear of persecution by their country of asylum.

In addition, Heald D.J. considered the relationship in the statutory scheme of paragraph 46.01(1)(a) and subsection 53(1), and concluded [at page 268]:

The automatic operation of subsection 53(1) for those ineligible under paragraph 46.01(1)(a) is a legitimate compromise between the interest of the state in preventing asylum shopping and ensuring that possible consequences of the eligibility criteria—removal from Canada—are assessed within a mandatory evaluation of the potential of harm to a paragraph 46.01(1)(a) claimant at the hands of his country of asylum.

[48] I understand that the subsection 53(1) risk assessment process administered by officials of Immigration Canada may be regarded by applicants as less favourable than the full hearing before a panel of the Refugee Division applying the less stringent, “well-founded fear” test. Nonetheless, in light of the

accordé le droit d'asile. Le paragraphe 53(1) interdit expressément que les personnes dont la revendication a été jugée irrecevable soient renvoyées dans le pays où leur vie ou leur liberté seraient menacées pour l'une des raisons prévues dans la Convention.

[46] Lorsque M. Snow demanda à son supérieur s'il y avait un moratoire sur les renvois en Sierra Leone, il se peut bien qu'il eût l'article 53 à l'esprit. Cependant, et il semble que les avocats des deux parties en conviennent, l'existence de pareil moratoire n'avait aucun rapport avec le verdict d'irrecevabilité.

[47] D'ailleurs, dans *Kaberuka c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 3 C.F. 252 (1^{re} inst.), en page 270, le juge suppléant Heald a conclu dans le même sens, en ces termes:

En vertu du paragraphe 46.01(2) de la *Loi sur l'immigration*, les personnes dont le statut de réfugié avait été reconnu à l'étranger étaient autorisées à revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention par rapport à leur pays d'asile, mais il n'existe aucune disposition équivalente dans la version actuelle de la Loi. L'abrogation quant au fond du paragraphe 46.01(2) de la *Loi sur l'immigration* indique que le législateur a choisi de ne pas permettre aux personnes dont le statut de réfugié a été reconnu par un autre pays de faire valoir une crainte bien fondée d'être persécutées dans leur pays d'asile.

Le juge suppléant Heald a encore comparé le sens de l'alinéa 46.01(1)a) et du paragraphe 53(1), pour tirer la conclusion suivante [à la page 268]:

L'application automatique du paragraphe 53(1) aux personnes dont la revendication est irrecevable en vertu de l'alinéa 46.01(1)a) constitue un compromis légitime entre l'intérêt qu'a l'État à éviter la quête du meilleur pays d'asile et la nécessité que les conséquences du critère de recevabilité—le renvoi du Canada—soient appréciées dans le cadre d'une évaluation obligatoire du préjudice que son pays d'asile pourrait faire subir au demandeur visé par l'alinéa 46.01(1)a).

[48] Je comprends que les demandeurs d'asile puissent trouver que le processus d'appréciation du risque administré par les agents d'Immigration Canada en application du paragraphe 53(1) est moins favorable que l'audition en bonne et due forme de la revendication par une formation de jugement de la section du

legislative history of paragraph 46.01(1)(a) and subsection 46.01(2) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 36], and the overall statutory scheme, this consideration is insufficient to persuade me that, in determining whether a claimant “can be returned”, a senior immigration officer must undertake a risk determination under paragraph 46.01(1)(a).

3. The validity of the exclusion order

[49] Finally, Mr. Barnwell challenged the validity of the exclusion order issued under subsection 23(4) by Mr. Snow after he had found that Ms. Jekula was not eligible to have her refugee claim referred to the Refugee Division, and had received a report that she was a member of an inadmissible class in that she had no valid passport, visa or any of the other statutorily specified documents. He argued that the order was unlawful because the applicant had been denied legal representation at the interview that preceded the issuance of the order.

[50] For the most part, counsel repeated the arguments that he had made in connection with the senior immigration officer’s finding of ineligibility, and for the reasons that I have given in that context I am unable to accept them here either. Thus, because of the very limited scope of the issues to be decided and of the discretion to be exercised by a senior immigration officer under subsection 23(4), and the summary and expeditious nature of the proceeding contemplated by the statutory scheme (as contrasted with an inquiry conducted by an adjudicator, for example), there is no automatic right to counsel, but a discretion in the officer to permit a person to have a lawyer present. However, there is no duty on an officer to advise a claimant that she should be represented, and in the absence of a request Mr. Snow did not refuse to permit Ms. Jekula to have a lawyer with her at the interview. In the circumstances, it was reasonable for Mr. Snow to decide not to adjourn the interview until Ms. Jekula’s lawyer had been consulted, decided whether to attend, and set a date when he could attend.

statut, qui applique le critère moins rigoureux de la «crainte bien fondée». À la lumière cependant de l’historique de l’alinéa 46.01(1)a) et du paragraphe 46.01(2) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 36] ainsi que du régime légal pris dans son ensemble, cette considération n’est pas impérieuse au point de me convaincre que, pour examiner si un demandeur «peut être renvoyé», l’agent principal doit procéder à l’appréciation du risque lors de l’application de l’alinéa 46.01(1)a).

3. La validité de l’ordonnance d’exclusion

[49] Enfin, M. Barnwell conteste la validité de la mesure d’exclusion prise par M. Snow en application du paragraphe 23(4) après qu’il eut conclu que la revendication de M^{me} Jekula était irrecevable et qu’il eut reçu le rapport indiquant qu’elle relevait de la catégorie des personnes non admissibles du fait qu’elle n’avait ni passeport, ni visa, ni autre document prévu par la loi. Selon M. Barnwell, cette ordonnance était illégale du fait que la demanderesse s’était vu refuser l’assistance d’un avocat à l’entrevue qui en précédait la délivrance.

[50] Il a réitéré en grande partie les arguments déjà proposés au sujet de la conclusion d’irrecevabilité tirée par l’agent principal et, par les motifs pris à ce même sujet, je ne peux y faire droit non plus. Étant donné les limites très étroites des points à décider, étant donné le pouvoir discrétionnaire à exercer par l’agent principal en application du paragraphe 23(4), et étant donné le caractère sommaire et expéditif du processus prévu par la loi (par opposition à l’enquête menée par un arbitre, par exemple), le demandeur n’a pas automatiquement droit à l’assistance d’un avocat alors que l’agent est investi du pouvoir discrétionnaire de la permettre ou non. Cependant, cet agent n’est nullement tenu d’informer un demandeur qu’il a intérêt à se faire assister d’un avocat et, faute de demande à cet effet, M. Snow n’a pas refusé à M^{me} Jekula de se faire assister d’un avocat à l’entrevue. Dans ce contexte, il était raisonnable de sa part de décider de ne pas ajourner l’entrevue jusqu’à ce que l’avocat de M^{me} Jekula pût être consulté, décider s’il voulait assister à l’entrevue puis fixer une date où il pourrait être présent.

[51] It is true that the issue of an exclusion order is an important step in the process that may lead to the person's removal from Canada. However, this is not sufficient to attract section 7 of the Charter to the exercise of the power to issue an exclusion order, even where a person apprehends serious risk of death, other physical violence or detention if returned to a particular country. As already indicated, section 53 and subsection 114(2) of the *Immigration Act* provide opportunities for an assessment of the risks facing the person before the exclusion order is executed.

4. Conclusion

[52] For these reasons, these applications for judicial review are dismissed. I would like to express my appreciation to counsel for their thorough and thoughtful arguments. Costs were not requested, and no order for costs is made.

5. Certified Questions

[53] At the conclusion of the argument, counsel requested that I consider certifying a question or questions for appeal, pursuant to subsection 83(1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73] of the *Immigration Act*. In accordance with established practice, I instructed the Registry to send to counsel for both parties a copy of draft reasons for the order that I proposed to make, and to invite them to make written submissions on a question for appeal that in their submission satisfied the statutory criterion, namely that "a serious question of general importance is involved" in the disposition of the application for judicial review.

[54] Having read the helpful submissions of Mr. Barnwell, counsel for the applicant, I certify that the following stated questions satisfy the criterion of subsection 83(1):

1. Were the decisions by the SIO in finding the applicant ineligible to have her refugee claim determined by the Refugee Division, and excluding her from Canada, made in breach of the duty of fairness, in that the SIO interviewed the applicant in the absence of her counsel, when counsel may have been available to attend the interview if the SIO

[51] Il est vrai que la mesure d'exclusion est un pas important dans le processus qui pourrait aboutir au renvoi de l'intéressé hors du Canada. Mais cela ne suffit pas pour déclencher l'application de l'article 7 de la Charte à l'exercice du pouvoir de prendre une mesure d'exclusion, même dans le cas où l'intéressé excipe d'un risque sérieux de mort, de violence physique ou de détention s'il est renvoyé dans un pays donné. Comme noté *supra*, l'article 53 et le paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration* prévoient l'appréciation des risques que court l'intéressé avant que la mesure d'exclusion ne soit exécutée.

4. Conclusion

[52] Par ces motifs, la demanderesse est déboutée de ses recours en contrôle judiciaire. Je tiens à féliciter les avocats de part et d'autre pour leurs arguments minutieux et réfléchis. Puisque ni l'une ni l'autre partie ne conclut aux frais et dépens, il n'y aura pas d'allocation en la matière.

5. Questions certifiées

[53] À la conclusion des débats, l'avocat de la demanderesse m'a demandé de certifier une ou des questions aux fins d'appel, en application du paragraphe 83(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73] de la *Loi sur l'immigration*. Conformément à la pratique établie, j'ai ordonné au greffe de faire parvenir aux avocats des deux parties un exemplaire des motifs que je me proposais de prononcer, et de les inviter à présenter leurs conclusions écrites sur une question aux fins d'appel, laquelle question doit être conforme au critère établi par la loi, savoir que le jugement de «l'affaire soulève une question grave de portée générale».

[54] Après lecture des conclusions utiles de M. Barnwell, l'avocat de la demanderesse, je certifie que les questions proposées ci-dessous satisfont au critère défini par le paragraphe 83(1):

1. La décision par laquelle l'agent d'immigration principal concluait que la revendication faite par la demanderesse du statut de réfugié était irrecevable et l'excluait de l'admission au Canada, a-t-elle été prise en violation de l'obligation d'équité, en ce qu'il a interrogé la demanderesse en l'absence de son avocat, alors que celui-ci aurait pu y assister

had not advised the applicant, through her social worker, that a lawyer's attendance at the interview was not necessary?

2. Did the SIO err in law in concluding for the purpose of paragraph 46.01(1)(a) of the *Immigration Act* that the applicant "can be returned" to the country where she has documentary evidence that she has been recognized as a refugee, in the absence of both a travel document establishing that she has a right to enter or reside in that country, and of evidence that in fact she will not be admitted?

si l'agent principal n'avait pas informé la demanderesse, par l'intermédiaire de l'assistant social de cette dernière, que la présence d'un avocat n'était pas nécessaire?

2. L'agent principal a-t-il commis une erreur de droit en concluant, en application de l'alinéa 46.01(1)a) de la *Loi sur l'immigration*, que la demanderesse «peut être renvoyée» dans le pays où, selon la preuve documentaire produite par cette dernière, elle s'était vu reconnaître le statut de réfugié, bien qu'il n'y eût aucun titre de voyage prouvant qu'elle avait le droit de demeurer ou de revenir dans ce pays, ni la preuve qu'en fait, elle n'y serait pas admise?

T-639-97

T-639-97

Petro-Canada (Appellant)**Petro-Canada (appelante)**

v.

c.

2946661 Canada Inc. and The Registrar of Trade-marks (Respondents)**2946661 Canada Inc. et Le registraire des marques de commerce (intimés)****INDEXED AS: PETRO-CANADA v. 2946661 CANADA INC. (T.D.)****RÉPERTORIÉ: PETRO-CANADA c. 2946661 CANADA INC. (1^{re} INST.)**

Trial Division, Teitelbaum J.—Ottawa, September 2 and November 6, 1998.

Section de première instance, juge Teitelbaum—Ottawa, 2 septembre et 6 novembre 1998.

Trade marks — Registration — Appeal from Registrar's rejection of opposition to proposed trade-mark "Petro-Quebec" for use in Canada in association with "stations-service pour automobilistes" — Appellant owner of trade-mark "Petro-Canada" for use in association with "motor fuel/distributing and marketing petroleum products" — Registrar held marks not confusing — Erred in appreciation of facts — Appellant's trade-marks well known in Canada, respondent's trade-mark not known — Evidence of third party adoption of trade-names for use in Quebec that substitute "Quebec" for "Canada" — Newspaper article profiling Petro-Quebec service station business identifying station as Petro-Canada service station — Evidence showing reasonable likelihood of confusion — Because Petro-Canada mark so well known in Canada in association with service stations, public would assume Petro-Quebec service station belonged to, affiliated with, appellant — Appellant, respondent in same or similar business — Respondent not meeting onus of showing no likelihood of confusion — Opposition cases to be decided on own facts — Registrar erred in law in stating bound by stare decisis to follow previous Exchequer Court, F.C.T.D. decisions.

Marques de commerce — Enregistrement — Appel de la décision du registraire rejetant l'opposition à la demande d'enregistrement de la marque de commerce «Petro-Québec» en vue d'un emploi au Canada en liaison avec des «stations-service pour automobilistes» — L'appelante est propriétaire de la marque de commerce «Petro-Canada» associée au «carburant et [à] la distribution/mise en marché de produits pétroliers» — Le registraire a conclu à l'absence de confusion entre les marques — Il a commis une erreur en évaluant les faits — Les marques de commerce de l'appelante sont très bien connues au Canada et la marque de commerce de l'intimée n'est pas connue — Preuve selon laquelle des tiers ont adopté, en vue d'un usage au Québec, des noms commerciaux où le mot «Canada» est remplacé par «Québec» — Article de journal portant sur le commerce de stations-service Petro-Québec mais décrivant l'établissement comme une station-service Petro-Canada — Preuve montrant qu'il existe un risque raisonnable de confusion — La marque Petro-Canada étant si bien connue au Canada en liaison avec des stations-service, on tiendrait pour acquis qu'une station-service Petro-Québec appartient ou est affiliée à l'appelante — L'appelante et l'intimée appartiennent au même secteur d'activité ou à des secteurs d'activité semblables — L'intimée ne s'est pas acquittée de la charge de prouver l'absence de risque de confusion — Il y a lieu de trancher les affaires d'opposition en fonction des faits qui sont propres à chaque affaire — Le registraire a commis une erreur de droit en disant devoir se conformer au principe du stare decisis, et suivre des décisions de la Cour de l'Échiquier et de la Section de première instance de la Cour fédérale.

This was an appeal from a decision of the Registrar of Trade-marks rejecting the appellant's opposition to the respondent's proposed trade-mark "Petro-Quebec" for use in Canada in association with "stations-service pour automobilistes". The appellant owns the trade-mark "Petro-Canada", among others, for use in association with "motor fuel/distributing and marketing petroleum products". The Registrar relied on *Imperial Oil Ltd. v. Superamerica Stations Inc.* and concluded that, although each case is decided on its own facts, there was no evidence suggesting

L'appelante a interjeté appel de la décision du registraire des marques de commerce la déboutant de son opposition à la demande d'enregistrement de la marque de commerce «Petro-Québec» présentée par l'intimée en vue d'un emploi au Canada en liaison avec des «stations-service pour automobilistes». L'appelante est propriétaire entre autres de la marque de commerce «Petro-Canada» associée au «carburant et [à] la distribution/mise en marché de produits pétroliers». Le registraire a fondé sa décision sur le jugement rendu dans l'affaire *Imperial Oil Limited c.*

that the “unique circumstances” of the service station trade were any different today than when *Superamerica* was decided. He held that he was bound by the principle of *stare decisis*, and found that “Petro-Quebec” was not confusing with “Petro-Canada”.

The issue was whether the Registrar erred when he concluded that there was no reasonable likelihood of confusion between the trade-marks “Petro-Quebec” and “Petro-Canada”.

Held, the appeal should be allowed.

The Registrar erred in law in stating that he was bound by the principle of *stare decisis*. He is not bound by *stare decisis*, as stated in his decision, if each case must be decided on its own facts, and especially so in opposition cases.

The Court must be careful not to substitute its judgment for that of the Registrar, and the Registrar’s decision should be given great weight as his “daily task” involves the reaching of conclusions such as that in the case at bar. Nevertheless, if the Registrar erred in law, as he did herein, the Court does have jurisdiction to examine the evidence and determine whether the Registrar erred in his conclusion, based on the facts that were before him.

The Registrar erred in his appreciation of the facts. The appellant’s trade-marks were very well known in Canada, and the respondent’s trade-mark was not known. There was evidence before the Registrar of third party adoption of trade-names for use in Quebec that substitute the word “Quebec” for “Canada” and evidence of pairs of Canadian trade-mark applications for which the word “Quebec” is substituted for the word “Canada”. The Registrar also had before him a copy of a newspaper article that profiled respondent’s Petro-Quebec service station business, but identified it as a Petro-Canada service station. Because the Petro-Canada mark is so well known in Canada in association with service stations, it would be assumed that the Petro-Quebec service station belonged to or was affiliated with the appellant. This was confirmed in the newspaper article. Furthermore, as other companies such as Bell Canada is an example of a company which uses Bell Quebec for its affiliate in that province. Accordingly, one would believe Petro-Quebec was affiliated with or owned by, or controlled by Petro-Canada. From the factual evidence, there was a reasonable likelihood of confusion.

Furthermore, both the appellant and the respondent are in the same or very similar businesses in dealing with the sale of petroleum products which can only lead to confusion.

Superamerica Stations Inc. et a conclu que même s’il y avait lieu de trancher en fonction des faits qui sont propres à chaque affaire, il ne ressortait pas de la preuve que les «circonstances particulières» de l’exploitation d’une station-service différent aujourd’hui de ce qu’elles étaient lorsque la décision *Superamerica* a été rendue. Il a dit qu’il devait se conformer au principe du «*stare decisis*» et est arrivé à la conclusion que «Petro-Québec» ne créait pas de confusion avec «Petro-Canada».

Il s’agissait de décider si le registraire a commis une erreur en concluant qu’il n’y avait pas de risque raisonnable de confusion entre les marques de commerce «Petro-Québec» et «Petro-Canada».

Jugement: l’appel doit être accueilli.

Le registraire a commis une erreur de droit en disant qu’il devait se conformer au principe du *stare decisis*. Il n’est pas tenu d’appliquer ce principe si, comme il le dit dans sa décision, chaque cause doit être décidée au mérite, surtout les causes d’opposition.

La Cour doit éviter de substituer mon propre jugement à celui du registraire et un poids important doit être accordé à la décision de ce fonctionnaire appelé, «au cours de son travail quotidien», à rendre des décisions comme celle rendue en l’espèce. Cependant, si comme c’est le cas en l’occurrence, le registraire a commis une erreur de droit, la Cour a la compétence voulue pour examiner la preuve et déterminer si la conclusion tirée à partir des faits mis en preuve est fondée ou non.

Le registraire a commis une erreur en évaluant les faits. Les marques de commerce de l’appelante étaient très bien connues au Canada et la marque de commerce de l’intimée n’était pas connue. Le registraire était par ailleurs saisi d’une preuve selon laquelle des tiers ont adopté, en vue d’un usage au Québec, de noms commerciaux où le mot «Canada» est remplacé par «Québec» et d’une preuve relative à des demandes d’enregistrement au Canada de paires de marques de commerce où les mots «Québec» et «Canada» se substituent l’un à l’autre. Le registraire disposait en outre d’un article de journal portant sur le commerce de stations-service Petro-Québec de l’intimée mais décrivant l’établissement comme une station-service Petro-Canada. La marque Petro-Canada étant si bien connue au Canada en liaison avec des stations-service, on tiendrait pour acquis qu’une station-service Petro-Québec appartient ou est affiliée à l’appelante. C’est ce qui ressort de l’article de journal. Bell Canada est un exemple d’entreprise qui emploie le nom commercial Bell Québec pour sa filiale au Québec. On peut donc conclure que Petro-Québec serait considérée comme une entreprise affiliée ou appartenant à Petro-Canada, ou contrôlée par celle-ci. Vu la preuve factuelle, il existait un risque raisonnable de confusion.

De plus, l’appelante et l’intimée appartiennent au même secteur d’activité ou à des secteurs d’activité très semblables pour ce qui est de la vente de produits pétroliers, ce qui ne

The respondent failed to meet the onus on it to show that there was no likelihood that the registration of the trade-mark "Petro-Quebec" will cause confusion in the mind of an ordinary consumer with the mark "Petro-Canada".

peut qu'entraîner une confusion. L'intimée ne s'est pas acquittée de la charge qui lui incombait d'établir l'absence de risque que l'enregistrement de la marque de commerce «Petro-Québec» ne crée dans l'esprit du consommateur moyen une confusion avec la marque «Petro-Canada».

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 7, 30 (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 64; 1994, c. 47, s. 198), 50 (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 69).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 7, 30 (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 64; 1994, ch. 47, art. 198), 50 (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 69).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Lander Co. Canada Ltd. v. Alex E. Macrae & Co. (1993), 46 C.P.R. (3d) 417; 62 F.T.R. 71 (F.C.T.D.); *101482 Canada Inc. v. Registrar of Trade Marks*, [1985] 2 F.C. 501; (1985), 6 C.I.P.R. 222; 7 C.P.R. (3d) 289 (T.D.); *Benson & Hedges (Canada) Limited v. St. Regis Tobacco Corporation*, [1969] S.C.R. 192; (1968), 1 D.L.R. (3d) 462; 57 C.P.R. 1; 39 Fox Pat. C. 207.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Lander Co. Canada Ltd. c. Alex E. Macrae & Co. (1993), 46 C.P.R. (3d) 417; 62 F.T.R. 71 (C.F. 1^{re} inst.); *101482 Canada Inc. c. Registraire des marques de commerce*, [1985] 2 C.F. 501; (1985), 6 C.I.P.R. 222; 7 C.P.R. (3d) 289 (1^{re} inst.); *Benson & Hedges (Canada) Limited c. St. Regis Tobacco Corporation*, [1969] R.C.S. 192; (1968), 1 D.L.R. (3d) 462; 57 C.P.R. 1; 39 Fox Pat. C. 207.

CONSIDERED:

Imperial Oil Ltd. v. Superamerica Stations Inc., [1967] 1 Ex.C.R. 489; *The Wool Bureau of Canada, Ltd. v. Queenswear (Canada) Ltd.* (1980), 47 C.P.R. (2d) 11 (F.C.T.D.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Imperial Oil Ltd. v. Superamerica Stations Inc., [1967] 1 R.C.É. 489; *The Wool Bureau of Canada, Ltd. c. Queenswear (Canada) Ltd.* (1980), 47 C.P.R. (2d) 11 (C.F. 1^{re} inst.).

APPEAL from the Registrar of Trade-marks' decision that the respondent's proposed trade-mark "Petro-Quebec" for use in Canada in association with "stations-service pour automobilistes" was not likely to cause confusion with the appellant's trade-mark "Petro-Canada" for use in association with "motor fuel/distributing and marketing petroleum products". Appeal allowed.

APPEL de la décision du registraire des marques de commerce selon laquelle la marque de commerce «Petro-Québec» proposée par l'intimée en vue d'un emploi au Canada en liaison avec des «stations-service pour automobilistes» ne risquait pas de créer de la confusion avec la marque de commerce «Petro-Canada» de l'appelante associée au «carburant et [à] la distribution/mise en marché de produits pétroliers». Appel accueilli.

APPEARANCES:

Michael E. Charles for appellant.
Georges T. Robic for respondent 2946661 Canada Inc.
No one appearing for the Registrar of Trade-marks

ONT COMPARU:

Michael E. Charles pour l'appelante.
Georges T. Robic pour l'intimée 2946661 Canada Inc.
Personne n'a comparu pour l'intimé le registraire des marques de commerce.

SOLICITORS OF RECORD:

Bereskin & Parr, Toronto, for appellant.
Léger Robic Richard, Montréal, for respondent 2946661 Canada Inc.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Bereskin & Parr, Toronto, pour l'appelante.
Léger Robic Richard, Montréal, pour l'intimée 2946661 Canada Inc.

The following are the reasons for order rendered in English by

TEITELBAUM J.:

INTRODUCTION

[1] This is an appeal by the appellant, Petro-Canada, from a decision of the Registrar of Trade-marks dated February 7, 1997, rejecting the appellant's opposition to application No. 689,257.

FACTS

[2] A predecessor of the respondent named Garage Bourbonnière Ltée filed an application on September 16, 1991 for the trade-mark "Petro-Québec" based on proposed use in Canada in association with "stations-service pour automobilistes". The application was advertised in the *Trade-Marks Journal* dated January 27, 1993 and opposed by the appellant on March 23, 1993.

[3] The appellant owns the following registered trade-marks:

Trade-mark	Reg. #	Wares/Services
PETRO-CANADA	354,921	motor fuel/distributing and marketing petroleum products
PETRO-CANADA & Design	352,720	motor fuel/distributing and marketing petroleum products
PETRO-CANADA & Design	352,719	motor fuel/distributing and marketing petroleum products
PETRO-CANADA & Design	324,646	aviation fuel
PETRO-CANADA & Design	324,645	aviation fuel
PETRO-CANADA & Design	393,165	heating oil/fuel oil delivery
PETRO-CANADA PRECISION	391,117	greases
PETRO-CANADA SUPREME	335,438	lubricants
PETRO-CANADA & Design	372,378	engine maintenance services
PETROCAN	210,802	gasoline, motor oil, automobile parts and accessories
PETROCAN	355,170	motor vehicle fuels, fluids, tires
PETROCAN	395,110	burners for furnaces
PETROCAN PLUS	393,166	furnaces and humidifiers for attachment to heating systems

[4] The appellant's grounds of opposition were: (1) that the trade-mark was not registrable because at the

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

LE JUGE TEITELBAUM:

INTRODUCTION

[1] L'appelante, Petro-Canada, a interjeté appel de la décision du registraire des marques de commerce datée du 7 février 1997 la déboutant de son opposition à la demande n° 689,257.

FAITS

[2] Le 16 septembre 1991, un prédécesseur de l'intimée, Garage Bourbonnière Ltée, a présenté une demande d'enregistrement de la marque de commerce «Petro-Québec» en vue d'un emploi au Canada en liaison avec des «stations-service pour automobilistes». La demande a fait l'objet d'une annonce dans le *Journal des marques de commerce* le 27 janvier 1993, et l'appelante s'y est opposée le 23 mars suivant.

[3] L'appelante est propriétaire des marques de commerce déposées suivantes:

Marque de commerce	N° enr.	Marchandises/services
PETRO-CANADA	354,921	carburant/distribution et mise en marché de produits pétroliers
PETRO-CANADA & Dessin	352,720	carburant/distribution et mise en marché de produits pétroliers
PETRO-CANADA & Dessin	352,719	carburant/distribution et mise en marché de produits pétroliers
PETRO-CANADA & Dessin	324,646	carburant aviation
PETRO-CANADA & Dessin	324,645	carburant aviation
PETRO-CANADA & Dessin	393,165	huile de chauffage/distribution de carburant
PETRO-CANADA PRECISION	391,117	graisses
PETRO-CANADA SUPREME	335,438	lubrifiants
PETRO-CANADA & Dessin	372,378	services de mise au point
PETROCAN	210,802	essence, huile à moteur, pièces et accessoires d'automobile
PETROCAN	355,170	carburants, fluides, pneus
PETROCAN	395,110	brûleurs de fournaise
PETROCAN PLUS	393,166	fournaises et humidificateurs de systèmes de chauffage

[4] À l'appui de son opposition, l'appelante a soutenu que 1) la marque de commerce n'est pas

date the application was filed, or at the present date, or both, the trade-mark was confusing with registered trade-marks of the appellant; (2) the respondent was not entitled to register the trade-mark because at the date the application was filed, it was confusing with the appellant's trade-marks and trade-name; (3) the respondent's trade-mark is not distinctive because it is confusing with the appellant's trade-marks and trade-name; (4) the respondent's application does not conform with section 30 of the *Trade-marks Act* [R.S.C., 1985, c. T-13 (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 64; 1994, c. 47, s. 198)] because the services are not described in ordinary commercial terms, the respondent's trade-mark violates the appellant's rights under its registered trade-marks and its rights under section 7 of the *Trade-marks Act* and at common law.

[5] The appellant also requested leave to amend the statement of opposition to argue that the respondent's trade-mark was not distinctive because it had been used by a third party, Garage Bourbonnière Ltée. This request was refused by the Registrar.

[6] The Trade-marks Registrar rejected the appellant's opposition action. First, the Registrar found that the respondent's application was described in ordinary commercial terms (i.e. "*stations-service pour automobilistes*"). Second, the Registrar held that it could not consider the issue of distinctiveness on the basis of non-compliance with section 50 [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 69] of the *Trade-marks Act* because section 50 was not pleaded in the statement of opposition and the appellant was refused leave to amend its pleadings. Third, the Registrar held that the applicant [respondent] did intend to use its mark. The appellant had argued that the mark actually used is a composite mark comprised of the words "Petro-Quebec", a fleur-de-lis, and horizontal lines all in the colour white against a blue background. The appellant claimed that it is the composite mark and not the word component which defines the respondent's mark. The Registrar

enregistrable, car à la date du dépôt de la demande ou à la date de l'opposition, ou aux deux dates, elle créait de la confusion avec les marques de commerce déposées de l'appelante; 2) l'intimée n'est pas la personne ayant droit à l'enregistrement de la marque de commerce, parce que, à la date de dépôt de la demande, sa marque de commerce créait de la confusion avec les marques de commerce et le nom commercial de l'appelante; 3) la marque de commerce de l'intimée n'est pas distinctive puisqu'elle prête à confusion avec les marques de commerce et le nom commercial de l'appelante; et 4) la demande de l'intimée ne satisfait pas aux exigences de l'article 30 de la *Loi sur les marques de commerce* [L.R.C. (1985), ch. T-13 (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 64; 1994, ch. 47, art. 198)], parce que les services ne sont pas décrits dans les termes ordinaires du commerce et la marque de commerce de l'intimée porte atteinte aux droits que confèrent à l'appelante ses marques de commerce déposées, ainsi que l'article 7 de la *Loi sur les marques de commerce* et la common law.

[5] L'appelante a par ailleurs demandé l'autorisation de modifier sa déclaration d'opposition pour alléguer que la marque de commerce de l'intimée n'est pas distinctive du fait qu'elle a été employée par un tiers, Garage Bourbonnière Ltée. Le registraire a refusé de la lui accorder.

[6] Le registraire des marques de commerce a rejeté l'opposition de l'appelante. Premièrement, le registraire conclut que la demande de l'intimée décrit les services dans les termes ordinaires du commerce (c.-à-d. «stations-service pour automobilistes»). Deuxièmement, il dit ne pas pouvoir se prononcer sur le caractère distinctif en fonction du non-respect de l'article 50 [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 69] de la *Loi sur les marques de commerce*, car cette disposition n'est pas invoquée dans la déclaration d'opposition et l'autorisation de modifier celle-ci a été refusée à l'appelante. Troisièmement, le registraire conclut que la requérante [intimée] avait l'intention d'employer sa marque. L'appelante avait fait valoir que la marque véritablement employée est composée des mots «Petro-Québec», d'une fleur de lis et de lignes horizontales blanches sur fond bleu. Elle soutient que c'est cette marque composée, et non les mots qui en font

held that the word “Petro-Quebec” stands out as the only word component of the mark as used, so therefore the use of the composite mark can be relied on as use of the word component.

[7] The remaining grounds of opposition concerned whether “Petro-Quebec” is confusing with the appellant’s mark. The Registrar noted that the material dates for considering the issue of confusion were the date of the Registrar’s decision with respect to non-registrability of the mark; the date of filing the statement of opposition with respect to the ground alleging non-distinctiveness; and the date of filing the application with respect to non-entitlement. The Registrar held that, in this case, nothing turned on which material date was chosen. The Registrar noted that the onus was on the respondent to show that there was no reasonable likelihood of confusion between the two marks.

[8] The Registrar held that both the appellant’s mark and the respondent’s mark have little inherent distinctiveness because they were used in association with the manufacturing and sale of petroleum products and the suffix is suggestive of the geographical area in which the services are offered. However, the Registrar found that the appellant’s mark is better known than the respondent’s mark and that the appellant has been using its mark longer than the respondent. The Registrar also held that the appellant is in the same business as the respondent.

[9] The Registrar noted that the resemblance arises from the prefix “Petro”, but since the prefix is suggestive of the parties’ services, the Registrar held that the importance of the prefix is lessened. The appellant argued that some companies have adopted trade-names and trade-marks for use in Quebec that substitute the word “Quebec” for “Canada”. Thus, the appellant argued that the respondent’s gas stations would be incorrectly perceived as a subsidiary or division of the appellant, or operating under license from or with the appellant. The Registrar found that, for 10 of the trade-mark pairs drawn from the register, there were no illustrations so it was impossible to determine whether the word components are prominent or

partie, qui définit la marque de l’intimée. Le registraire conclut que «Petro-Québec» est le seul mot compris dans la marque employée, de sorte que l’emploi de la marque composée peut être considéré comme l’emploi du mot lui-même.

[7] Les autres motifs d’opposition sont liés à la question de savoir si «Petro-Québec» crée de la confusion avec la marque de l’appelante. Le registraire indique que les dates pertinentes à cet égard sont celle de sa décision concernant l’absence d’enregistrabilité de la marque, celle du dépôt de la déclaration d’opposition quant au motif fondé sur l’absence de caractère distinctif et celle du dépôt de la demande pour ce qui est de l’inadmissibilité à l’enregistrement. Il conclut que l’issue de l’affaire ne dépend aucunement de la détermination des dates pertinentes. Il ajoute qu’il incombe à l’intimée d’établir qu’il n’y aucun risque raisonnable de confusion entre les deux marques.

[8] Le registraire arrive à la conclusion que le caractère distinctif inhérent à la marque de l’appelante et à celle de l’intimée est peu prononcé, ces marques étant employées en liaison avec la fabrication et la vente de produits pétroliers et le suffixe indiquant le lieu géographique où les services sont offerts. Cependant, il conclut que la marque de l’appelante est davantage connue que celle de l’intimée et que l’appelante utilise sa marque depuis plus longtemps que l’intimée n’utilise la sienne. En outre, l’appelante appartient au même secteur d’activité que l’intimée.

[9] Le registraire signale que le préfixe «Petro» est à l’origine de la ressemblance entre les marques, mais que son importance est diminuée du fait qu’il se rapporte aux services offerts par les parties. L’appelante fait valoir que certaines entreprises ont adopté en vue de leur emploi au Québec des noms commerciaux et des marques de commerce dans lesquels «Canada» est remplacé par «Québec». Elle soutient donc que les stations-service de l’intimée seraient considérées à tort comme appartenant à une filiale ou à une division de l’appelante ou comme étant exploitées aux termes d’une licence octroyée par celle-ci ou avec son autorisation. Le registraire conclut, à partir de dix des paires de marques de commerce tirées du registre, qu’il est

insignificant parts of the marks. As for the remaining four trade-mark pairs, the Registrar held that only two pairs illustrate the alleged substitution and, in any event, there was no indication that this was common in the oil industry.

[10] Finally, the Registrar considered the jurisprudence and relied on the decision in *Imperial Oil Ltd. v. Superamerica Stations Inc.*, [1967] 1 Ex.C.R. 489 and more specifically, on the passage by Cattanach J. in *The Wool Bureau of Canada, Ltd. v. Queenswear (Canada) Ltd.* (1980), 47 C.P.R. (2d) 11 (F.C.T.D.) where the learned justice discussed *Superamerica, supra*, at pages 19-20:

He pointed out that what is heard is the sound of the letters "S" and "O" but that the appearance of the word "Esso" is more familiar and it is seen at the same time it is sounded. Furthermore the trade mark is directed to a particular customer, the Canadian motorist, and it was pointed out that the important outlets for the sale of this product are service stations which exclusively sell the products of only one oil company and that there are but few of these major oil companies. There are about seven which dominate the market. The Chief Justice mentioned the trade marks SHELL, B.P., ESSO, B.A. (now GULF)—to which I would add TEXACO, FINA and SUNOCO. Through numerous advertising devices the marks have become very well known. The ordinary motorist, as a matter of habit, has chosen the company whose product he buys and when he is in need of a fill-up he drives to a filling station of that particular company.

It was the facts peculiar to this particular trade, that led the Chief Justice to conclude, having regard to all surrounding circumstances, that the proposed trade mark, S.A. sought to be registered and the registered trade mark ESSO with respect to identical wares would not be confusing. That the mark ESSO was extremely well known to a particular class of consumer with a very limited number of vendors who all conduct their businesses in the same manner were circumstances to which the Chief Justice had regard in reaching his decision.

[11] The Registrar concluded that, although each case is decided on its own facts, there was no evidence suggesting that the "unique circumstances" of the service station trade are any different today than when *Superamerica, supra* was decided. Therefore, the

impossible, à cause de l'absence d'illustration, de déterminer si les mots employés constituent un élément important ou insignifiant de la marque. Quant aux quatre autres paires de marques de commerce, il conclut que seulement deux d'entre elles illustrent la substitution alléguée et que, en tout état de cause, rien n'indique que cette pratique est courante dans le secteur pétrolier.

[10] Enfin, le registraire examine la jurisprudence et fonde sa décision sur le jugement rendu dans l'affaire *Imperial Oil Ltd. v. Superamerica Stations Inc.*, [1967] 1 R.C.É. 489 et, plus précisément, sur les propos tenus par le juge Cattanach dans *The Wool Bureau of Canada, Ltd. c. Queenswear (Canada) Ltd.* (1980), 47 C.P.R. (2d) 11 (C.F. 1^{re} inst.) relativement à l'affaire *Superamerica*, précitée (aux pages 19 et 20):

Il signale que ce qu'on entend est le son des lettres «S» et «O» mais le mot écrit «Esso» est plus familier et il est vu en même temps qu'il est prononcé. En outre la marque de commerce s'adresse à une catégorie précise de consommateurs, l'automobiliste canadien, et on a signalé que les points de vente importants de ce produit sont les stations-service qui vendent en exclusivité les produits d'une seule société pétrolière et qu'il n'existe que très peu de ces grandes sociétés pétrolières. Il y en a environ sept qui dominent le marché. Le juge en chef a mentionné les marques Shell, B.P., Esso, B.A. (maintenant GULF)—et j'ajouterais Texaco, Fina et Sunoco. À l'aide de nombreux moyens de publicité, ces marques sont maintenant notoirement connues. L'automobiliste ordinaire, par habitude, a choisi la société dont il achète les produits et lorsqu'il a besoin de faire le plein il arrête à une station-service de cette société.

Ce sont les particularités de ce commerce qui ont amené le juge en chef à conclure, compte tenu de toutes les circonstances, que la marque de commerce projetée, «S.A.» dont on demandait l'enregistrement, même employée en liaison avec des marchandises identiques, ne créerait pas une confusion avec la marque de commerce déposée «ESSO». Le fait que la marque «ESSO» était notoirement connue d'une catégorie particulière de consommateurs et qu'il y avait un nombre limité de distributeurs qui exploitaient leur commerce de la même façon sont tous des éléments dont le juge en chef a tenu compte pour arriver à sa conclusion.

[11] Le registraire conclut que même s'il y a lieu de trancher en fonction des faits qui sont propres à chaque affaire, il ne ressort pas de la preuve que les circonstances particulières de l'exploitation d'une station-service différent aujourd'hui de ce qu'elles

Registrar held that “Petro-Quebec” is not confusing with the appellant’s mark “Petro-Canada”.

[12] The Registrar, in his decision, states, in his conclusion:

Of course, each case must be decided on its own facts and especially so in opposition cases where a myriad of circumstances, each with its own weight, contributes to determining the likelihood of confusion between marks. However, there is no evidence in the instant case suggesting that the unique circumstances of the service station trade, as discussed above, are any different today than thirty years ago when *Superamerica* was decided.

Considering all of the above, and keeping in mind that I am bound by the principle of *stare decisis*, I find that the applied for mark PETRO-QUEBEC is not confusing with the opponent’s mark PETRO-CANADA.

In view of the above, the opposition is rejected. [Emphasis added.]

[13] I have emphasized the words “and keeping in mind that I am bound by the principle of *stare decisis*” (*et parce que je dois m’en tenir aux choses décidées*) (see official translation of decision at Tab 5, Volume 1, page 00039 of appellant’s factum).

[14] I would state that the Registrar erred in law by making the above statement. If, as the Registrar states in his decision that each case must be decided on its own facts “and especially so in opposition cases” (see above), how is he bound by *stare decisis*? He is, I am satisfied, not so bound.

ISSUES

[15] The appellant, in his written submission, states the issues in the following terms.

The primary issue in this appeal is whether the Registrar erred in both fact and law in finding that there was no likelihood of confusion between the Respondent’s PETRO-QUEBEC trade mark for “stations service pour automobilistes” and the Appellant’s family of PETRO-CANADA and PETROCAN trade marks for motor fuel and distributing and marketing petroleum products”.

étaient lorsque la décision *Superamerica*, précitée, a été rendue. Il arrive donc à la conclusion que «Petro-Québec» ne crée pas de confusion avec la marque «Petro-Canada» de l’appelante.

[12] En guise de conclusion, le registraire formule les observations suivantes:

Bien sûr, chaque cause doit être décidée au mérite, surtout les causes d’opposition où une myriade de circonstances, chacune ayant une importance relative, contribue à déterminer les risques de confusion entre les marques. Toutefois, rien n’indique en l’espèce que les circonstances particulières du commerce des stations-service, discutées plus haut, sont aujourd’hui différentes de ce qu’elles étaient il y a trente ans lorsque l’affaire *Superamerica* a été décidée.

Compte tenu de ce qui précède, et parce que je dois m’en tenir aux choses décidées, je conclus que la marque PETRO-QUEBEC pour laquelle un enregistrement est demandé ne crée pas de confusion avec la marque PETRO-CANADA de l’opposante.

Par conséquent, l’opposition est rejetée. [Non souligné dans l’original.]

[13] Je souligne les mots «et parce que je dois m’en tenir aux choses décidées» (*and keeping in mind that I am bound by the principle of stare decisis*) (voir version anglaise de la décision, onglet 5, volume 1, page 00039 du mémoire de l’appellante).

[14] Je suis d’avis que le registraire a commis une erreur de droit en faisant l’observation qui précède. Si, comme il le dit dans sa décision, «chaque cause doit être décidée au mérite, surtout les causes d’opposition», comment le principe du *stare decisis* peut-il s’appliquer? Je suis convaincu que le registraire n’est pas tenu d’appliquer ce principe.

QUESTIONS EN LITIGE

[15] Dans ses observations écrites, l’appelante énonce comme suit les questions en litige.

[TRADUCTION] La principale question en litige aux fins du présent appel est de savoir si le registraire a commis une erreur de fait et de droit en concluant qu’il n’y avait pas de risque de confusion entre la marque de commerce PETRO-QUEBEC de l’intimée employée en liaison avec des «stations-service pour automobilistes» et la famille de marques de commerce PETRO-CANADA et PETROCAN

Related issues are:

(a) Whether the Registrar erred in law in holding that *stare decisis* requires the finding that certain unique factual circumstances in the gasoline trade found to exist over 30 years ago by the Exchequer Court in *Imperial Oil Limited v. Super America Stations Inc.*, *supra*, continue to exist today.

(b) Whether, as a result, the Registrar erred in failing to properly consider the evidence.

(c) Whether the Registrar erred in failing to give proper consideration to the evidence regarding the practice in business of adopting pairs of trade names and marks that differ by a substitution of the word "Quebec" for "Canada" (or vice-versa).

(d) Whether the Registrar erred in failing to give proper consideration to evidence showing an instance of actual confusion between the names PETRO-CANADA and PETRO-QUEBEC.

The second main issue in this appeal is whether the Respondent's application for its PETRO-QUEBEC trade mark should be rejected for lack of distinctiveness in view of the use by a licensee which does not comply with the requirements of Section 50 of the *Trade-marks Act*. This ground of opposition was not ruled on by the Registrar although it was raised by the Appellant. The Registrar had refused leave to amend the statement of opposition to include this ground as set out in paragraph 6 of the grounds of appeal and paragraph 3 of the statement of material facts).

The third issue in this appeal is whether the respondent's application should be rejected because the wares and services in the application ("stations service pour automobilistes") are not specified in ordinary commercial terms contrary to Section 30(a).

DISCUSSION

[16] What is the jurisdiction of the Federal Court—Trial Division when sitting in appeal of a decision of the Registrar of Trade-marks?

[17] I believe it is trite law to say that the Federal Court—Trial Division should not substitute its judgment for that of the Registrar unless the Registrar erred in his interpretation of the law or the jurispru-

de l'appelante associée au carburant et à la distribution/mise en marché de produits pétroliers.

Les questions en litige connexes sont les suivantes:

a) Le registraire a-t-il commis une erreur de droit en concluant que, suivant le principe du *stare decisis*, il faut établir que certaines circonstances factuelles reconnues comme étant propres au commerce des stations-service il y a plus de 30 ans par la Cour de l'Échiquier dans l'affaire *Imperial Oil Limited c. Super America Stations Inc.*, précitée, existent encore de nos jours.

b) En conséquence, le registraire a-t-il commis une erreur en n'examinant pas convenablement la preuve.

c) Le registraire a-t-il commis une erreur en ne tenant pas dûment compte de la preuve relative à la pratique commerciale consistant à adopter une paire de noms commerciaux et de marques de commerce où les mots «Québec» et «Canada» se substituent l'un à l'autre.

d) Le registraire a-t-il commis une erreur en ne tenant pas dûment compte de la preuve relative à un cas de confusion réelle entre les marques PETRO-CANADA et PETRO-QUEBEC.

La deuxième principale question en litige est de savoir si la demande d'enregistrement de la marque de commerce PETRO-QUEBEC de l'intimée devrait être rejetée pour absence de caractère distinctif étant donné que l'emploi par un licencié ne satisfait pas aux exigences de l'article 50 de la *Loi sur les marques de commerce*. Le registraire ne s'est pas prononcé sur ce motif bien qu'il ait été invoqué par l'appelante. Il a refusé d'autoriser la modification de la déclaration d'opposition pour y ajouter ce motif, comme l'indiquent le paragraphe 6 des motifs d'appel et le paragraphe 3 de l'exposé des faits importants.

La troisième question en litige est de savoir si la demande de l'intimée devrait être rejetée parce que les marchandises et les services visés (stations-service pour automobilistes) ne sont pas décrits dans les termes ordinaires du commerce comme l'exige l'alinéa 30a).

ANALYSE

[16] Quelle est la compétence de la Section de première instance de la Cour fédérale lorsqu'elle est appelée à se prononcer en appel sur une décision du registraire des marques de commerce?

[17] Je crois qu'il est bien établi en droit que la Section de première instance de la Cour fédérale ne doit pas substituer son jugement à celui du registraire, à moins que ce dernier n'ait commis une erreur

dence or there was produced, in the appeal, significant new evidence upon which the Registrar did not base his decision. Normally, the Court should give *prima facie* weight to the decision of the Registrar.

[18] In the present case, there was no new evidence presented to me. Neither party submitted any new evidence and, thus, it can be said that significant weight should be given to the Registrar's decision.

[19] In the case of *Lander Co. Canada Ltd. v. Alex E. Macrae & Co.* (1993), 46 C.P.R. (3d) 417 (F.C.T.D.), Mr. Justice Rouleau, at page 419 states:

At the outset, may I say that this court must be circumspect when interfering with the Registrar's decision. It has been well established by the jurisprudence that this court may intervene only when unequivocally convinced that the Registrar has erroneously concluded on the facts. As Mr. Justice Strayer pointed out in *Kellogg Salada Canada Inc. v. Maximum Nutrition Ltd.* (1987), 14 C.P.R. (3d) 133 at p. 135, 11 C.I.P.R. 1, 9 F.T.R. 136 (F.C.T.D.):

. . . in my view the court should be reluctant to reverse the finding of the registrar or chairman *unless it is clearly satisfied that he came to the wrong conclusion on the facts or unless there is significant new evidence placed before the court that was not before the registrar.* (Emphasis added.)

[20] In *101482 Canada Inc. v. Registrar of Trade Marks*, [1985] 2 F.C. 501 (T.D.), at page 504, Mr. Justice Joyal states:

In such circumstances, a court should hesitate to substitute its own judgment for that of the Registrar of Trade Marks, unless it finds evidentiary material in the record which was not considered by the Registrar, or that the Registrar misinterpreted the Act or the decided cases, or that it is right and proper in general for the court to intervene. Needless to say, a court should *prima facie* accord a certain respect to a decision by the Registrar.

[21] In the case of *Benson & Hedges (Canada) Limited v. St. Regis Tobacco Corporation*, [1969] S.C.R. 192, Mr. Justice Ritchie, with whom Mr.

d'interprétation du droit ou de la jurisprudence applicable ou que ne soient produits en appel des éléments de preuve nouveaux et importants dont le registraire n'a pas tenu compte pour rendre sa décision. En règle générale, la Cour doit à prime abord accorder du poids à la décision du registraire.

[18] Dans la présente affaire, aucune preuve nouvelle n'a été présentée. Aucune des parties n'a produit quelque élément de preuve nouveau; un poids important devrait donc être accordé à la décision du registraire.

[19] Dans la décision *Lander Co. Canada Ltd. c. Alex E. Macrae & Co.* (1993), 46 C.P.R. (3d) 417 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Rouleau dit ce qui suit à la page 419:

Qu'il me soit permis de préciser au départ que la circonspection incombe à cette Cour quand elle touche à la décision du registraire. En effet, il est bien établi par la jurisprudence que la Cour ne peut intervenir que si, compte tenu des faits, elle est convaincue sans l'ombre d'un doute du caractère erroné de la conclusion du registraire. Comme l'a fait remarquer le juge Strayer dans la décision *Kellogg Salada Canada Inc. c. Maximum Nutrition Ltd.* (1987), 14 C.P.R. (3d) 133, à la p. 135, 11 C.I.P.R. 1, 9 F.T.R. 136 (C.F. 1^{re} inst.):

[. . .] j'estime [. . .] que la Cour devrait hésiter à infirmer la décision du registraire ou du président à *moins qu'elle ne soit clairement convaincue qu'il a tiré une conclusion erronée sur les faits ou à moins qu'on ne produise devant la Cour des éléments de preuve nouveaux et importants dont le registraire n'a pas été saisi.* (Soulignement ajouté.)

[20] Dans la décision *101482 Canada Inc. c. Registraire des marques de commerce*, [1985] 2 C.F. 501 (1^{re} inst.), à la page 504, le juge Joyal dit:

Dans de telles circonstances, un tribunal doit hésiter à substituer son propre jugement à celui du registraire des marques de commerce à moins qu'il se trouve au dossier des éléments de preuve sur lesquels le registraire ne se serait pas penché, ou que le registraire aurait mal interprété la Loi ou la jurisprudence ou que, dans son ensemble, il est juste et bon que le tribunal intervienne. Inutile de dire qu'un tribunal doit, *prima facie*, porter un certain respect à une décision du registraire.

[21] Dans l'arrêt *Benson & Hedges (Canada) Limited v. St. Regis Tobacco Corporation*, [1969] R.C.S. 192, le juge Ritchie, aux motifs duquel les

Justice Martland [and Mr. Justice Hall] concurred, at pages 199-200:

In my view, the decision as to whether or not a trade mark is confusing within the meaning of s. 6 of the Act involves a judicial determination of a practical question of fact and does not involve the exercise of the Registrar's discretion.

. . .

In my view the Registrar's decision on the question of whether or not a trade mark is confusing should be given great weight and the conclusion of an official whose daily task involves the reaching of conclusions on this and kindred matters under the Act should not be set aside lightly but, as was said by Mr. Justice Thorson, then President of the Exchequer Court, in *Freed & Freed Limited v. The Registrar of Trade Marks et al.*, ([1950] Ex.C.R. 431 at 437, 11 Fox Pat. C. 50, 14 C.P.R. 19, [1951] 2 D.L.R. 7):

. . . reliance on the Registrar's decision that two marks are confusingly similar must not go to the extent of relieving the judge hearing an appeal from the Registrar's decision of the responsibility of determining the issue with due regard to the circumstances of the case.

[22] I take from all of the above cases that I must be careful not to substitute my own judgment for that of the Registrar of Trade-marks and that his decision should be given great weight as the Registrar's "daily task" involves the reaching of conclusions as in the case at bar.

[23] Nevertheless, if I find, as I do, that the Registrar erred in law, I do have the jurisdiction to look at all the evidence and see if the Registrar erred in his conclusion based on the facts that were before him.

[24] I have stated in this decision those facts that I believe are relevant. The issue is for me to determine if the Registrar of Trade-marks erred when he concluded there could be no confusion between the trade-mark "Petro-Quebec" and "Petro-Canada".

[25] In the Registrar's decision, found, in English, at Tab 5 of Volume 1 of the appellant's factum, the

juges Martland [et Hall ont] souscrit, dit ce qui suit aux pages 199 et 200:

[TRADUCTION] J'estime que pour déterminer si une marque de commerce crée de la confusion au sens de l'art. 6 de la Loi il y a lieu de trancher judiciairement une question de fait pratique, à l'exclusion de tout exercice du pouvoir discrétionnaire par le registraire.

[. . .]

À mon avis, la décision du registraire sur la question de savoir si une marque de commerce crée de la confusion doit être considérée comme étant d'un grand poids et la conclusion d'un fonctionnaire qui, au cours de son travail quotidien doit rendre des décisions sur ce point et sur d'autres questions connexes en vertu de la Loi ne doit pas être rejetée à la légère, mais, comme l'a dit M. le juge Thorson, alors président de la Cour de l'Échiquier, dans l'affaire *Freed and Freed Limited. c. Le Registraire des marques de commerce et autre* ([1950] R.C.É. 431, à la p. 437, 11 Fox Pat. C. 50, 14 C.P.R. 19, [1951] 2 D.L.R. 7):

[. . .] la confiance dans la décision du registraire à l'effet que deux marques sont semblables au point de créer de la confusion ne peut aller jusqu'à affranchir le juge qui entend un appel de cette décision de l'obligation de décider la question en tenant dûment compte des circonstances de l'affaire.

[22] Il ressort de ces décisions que je dois éviter de substituer mon propre jugement à celui du registraire des marques de commerce et qu'un poids important doit être accordé à la décision de ce fonctionnaire appelé, «au cours de son travail quotidien», à rendre des décisions comme celle rendue en l'espèce.

[23] Cependant, si j'arrive à la conclusion, comme c'est le cas en l'occurrence, que le registraire a commis une erreur de droit, j'ai la compétence voulue pour examiner l'ensemble de la preuve et déterminer si la conclusion tirée à partir des faits mis en preuve est fondée ou non.

[24] J'ai énoncé les faits que j'estime pertinents en l'espèce. Il m'incombe dès lors de déterminer si le registraire des marques de commerce a commis une erreur lorsqu'il a conclu qu'il ne pouvait y avoir de confusion entre les marques de commerce «Petro-Québec» et «Petro-Canada».

[25] Dans sa décision, le registraire énumère les motifs d'opposition de l'appelante à l'enregistrement

Registrar lists the grounds of the appellant's opposition to the registration of the respondent's Petro-Quebec trade-mark.

The first ground of opposition is that the applied for mark is not registrable because it is confusing with one, or more, of the opponent's registered marks. The opponent alleges in the statement of opposition that "distributing and marketing petroleum products" includes the operation of motor vehicle service stations. Registration No. 352,720 is merely the words PETRO-CANADA in bold font. The opponent refers to regn. No. 352,719, illustrated below, as PETRO-CANADA and half maple leaf Design, and I will do likewise.

(Design)
Regn. No. 352,719

Although none of the opponent's registrations claim colour as a feature, regn. No 352,719 as actually used invariably has a white half maple leaf against a red background and the word component PETRO-CANADA in black. Further, the principal colours in the get-up of the opponent's service stations are white and red. As the word component PETRO-CANADA is a dominant feature of registration No. 352,719, I consider that the use of the composite mark constitutes use of the word component PETRO-CANADA per se: see *Nightingale Interloc v. Prodesign Ltd.* (1984), 2 C.P.R. (3d) 535 at 538 (TMOB). Thus, for convenience, I will refer to registration Nos. 354,921; 352,720; and 352,719 collectively as the opponent's PETRO-CANADA mark.

The second and third grounds of opposition allege that the applicant is not the person entitled to register the applied for mark Petro-Quebec because, at the date of filing the application, the applied for mark was confusing with the opponent's marks mentioned above and confusing with the opponent's trade-name and corporate name, that is, PETRO-CANADA INC. The fourth ground of opposition is that the applied for mark PETRO-QUEBEC is not distinctive of the applicant's services because it is confusing with the opponent's mark and corporate and trade-names referred to above. The fifth ground is that the application does not comply with Section 30 of the Trade-Marks Act because the French phrase "stations service pour automobilistes" does not describe the applicant's services in ordinary commercial terms. Next, the opponent alleges that the application does not comply with Section 30 because "use of the trade mark PETRO-QUEBEC would violate the opponent's rights under its registered marks", and would "violate the opponent's rights under Section 7 of the Trade-marks Act and at common law . . ." The final ground is that the application does not comply with Section 30 because the applicant "did not intend to use the exact mark applied for and has in fact

de la marque de commerce Petro-Québec de l'intimée.

Le premier moyen d'opposition allègue que la marque dont l'enregistrement est demandé n'est pas enregistrable parce qu'elle crée de la confusion avec l'une ou l'autre des marques déposées de l'opposante. L'opposante allègue dans sa déclaration d'opposition que la «distribution et mise en marché de produits pétroliers» inclut l'exploitation de stations-service pour véhicules automobiles. L'enregistrement n° 352,720 est simplement constitué des mots PETRO-CANADA en caractère gras. L'opposante décrit l'enregistrement n° 352,719, illustré plus bas, comme étant constitué des mots PETRO-CANADA et du dessin d'une demie feuille d'érable, et je ferai de même.

(dessin)
Enr. n° 352,719

Même si aucun des enregistrements de l'opposante ne porte sur la couleur comme telle, l'enregistrement n° 352,719 tel qu'il est employé comporte toujours une demie feuille d'érable blanche sur fond rouge, les mots PETRO-CANADA étant en noir. De plus, les principales couleurs utilisées dans la présentation des postes d'essence de l'opposante sont le blanc et le rouge. Comme les mots PETRO-CANADA constituent l'élément dominant de l'enregistrement n° 352,719, je considère que l'emploi de la marque composée constitue un emploi des mots PETRO-CANADA en soi: voir la décision *Nightingale Interloc v. Prodesign Ltd.* (1984), 2 C.P.R. (3d) 535, à la p. 538 (COMC). Par souci de commodité, je désignerai donc les enregistrements n°s 354,921, 352,720 et 352,719 collectivement sous le nom de marque PETRO-CANADA de l'opposante.

Les deuxième et troisième moyens d'opposition portent que la requérante n'est pas la personne admise à l'enregistrement de la marque PETRO-QUÉBEC parce que, à la date à laquelle la demande a été déposée, la marque en question créait de la confusion avec les marques de l'opposante mentionnées plus haut, ainsi qu'avec son nom commercial et sa dénomination sociale, à savoir PETRO-CANADA, ainsi qu'avec son ancien nom commercial et dénomination sociale, à savoir PETRO-CANADA INC. Un quatrième moyen d'opposition porte que la marque PETRO-QUÉBEC dont l'enregistrement est demandé n'est pas distinctive des services de la requérante parce qu'elle crée de la confusion avec les marques et les noms commerciaux et dénominations sociales de l'opposante mentionnés plus haut. Le cinquième moyen d'opposition porte que la demande ne respecte pas l'article 30 de la *Loi sur les marques de commerce*, parce que l'expression française «stations-service pour automobilistes» ne décrit pas les services de la requérante dans les termes ordinaires du commerce. En outre, l'opposante allègue que la demande ne respecte pas l'article 30 parce que [TRADUCTION] «l'emploi de la marque de commerce PETRO-QUÉBEC violerait les droits conférés à l'opposante

not used the exact mark applied for.”

[26] After receiving the evidence filed by the parties, the Registrar dismissed the appellant’s opposition. In so doing, the Registrar refused to decide “whether use of the applied for mark Petro-Quebec by the predecessor in title Garage Bourbonniere Ltée” was licensed use as required by section 50 of the *Trade-marks Act*. The Registrar states, on page 4 of his decision:

However, compliance with Section 50 was not pleaded in the statement of opposition and in fact the opponent was refused leave to amend the statement to include such pleadings: see the board ruling dated January 24, 1996. Therefore, I do not have jurisdiction to decide the issue of the distinctiveness of the applied mark (the fourth ground of opposition) on the basis of non-compliance with Section 50: see *Imperial Developments Ltd. v. Imperial Oil Limited* (1984), 79 C.P.R. (2d) 12 (TMOB).

[27] When counsel for the appellant raised this issue before me, counsel for the respondent objected. I am satisfied that counsel for the appellant can raise the issue before me, in that, I am hearing this matter as a “trial *de novo*” where “new” or further evidence is permitted to be filed. If new or further evidence can be made, I see no reason why the appellant cannot raise this argument before me.

[28] Section 50 of the *Trade-marks Act* states:

50. (1) For the purposes of this Act, if an entity is licensed by or with the authority of the owner of a trade-mark to use the trade-mark in a country and the owner has, under the licence, direct or indirect control of the character or quality of the wares or services, then the use, advertisement or display of the trade-mark in that country as or in a trade-mark, trade-name or otherwise by that entity has, and is deemed always to have had, the same effect as such a use, advertisement or display of the trade-mark in that country by the owner.

par ses marques déposées», et «violerait les droits de l’opposante garantis par l’article 7 de la *Loi sur les marques de commerce* et par la *common law*. . .» Enfin, le dernier moyen d’opposition porte que la demande ne respecte pas l’article 30 parce que la requérante [TRADUCTION] «n’avait pas l’intention d’employer la marque exacte dont l’enregistrement était demandé, et de fait ne l’a pas employée».

[26] Après examen des éléments de preuve produits par les parties, le registraire rejette l’opposition de l’appelante. Ce faisant, il refuse de se prononcer quant à savoir si l’emploi de la marque Petro-Québec par le prédécesseur en titre Garage Bourbonniere Ltée constituait un emploi faisant l’objet d’une licence aux fins de l’article 50 de la *Loi sur les marques de commerce*. Voici ce que dit le registraire à la page 4 de sa décision:

Toutefois, la question du respect de l’article 50 n’a pas été plaidée par l’opposante dans sa déclaration d’opposition, et celle-ci s’est vu effectivement refuser la permission de modifier sa déclaration pour ajouter cet argument: voir la décision de la Commission en date du 24 janvier 1996. Je ne suis donc pas compétent pour statuer sur la question du caractère distinctif de la marque dont l’enregistrement est demandé (le quatrième moyen d’opposition) pour le motif que l’article 50 n’aurait pas été respecté: voir la décision *Imperial Developments Ltd. v. Imperial Oil Limited* (1984), 79 C.P.R. (2d) 12 (COMC).

[27] Lorsque l’avocat de l’appelante a soulevé cette question devant moi, l’avocat de l’intimée s’y est opposé. J’estime que la question peut être soulevée, car s’agissant d’un «procès *de novo*» des éléments de preuve «nouveaux» ou supplémentaires peuvent être présentés. Or, si de tels éléments de preuve peuvent être produits, je ne vois pas pourquoi l’appelante ne pourrait faire valoir cet argument.

[28] Voici le libellé de l’article 50 de la *Loi sur les marques de commerce*:

50. (1) Pour l’application de la présente loi, si une licence d’emploi d’une marque de commerce est octroyée, pour un pays, à une entité par le propriétaire de la marque, ou avec son autorisation, et que celui-ci, aux termes de la licence, contrôle, directement ou indirectement, les caractéristiques et la qualité des marchandises et services, l’emploi, la publicité ou l’exposition de la marque, dans ce pays, par cette entité comme marque de commerce, nom commercial—ou partie de ceux-ci—ou autrement ont le même effet et sont réputés avoir toujours eu le même effet que s’il s’agissait de ceux du propriétaire.

(2) For the purposes of this Act, to the extent that public notice is given of the fact that the use of a trade-mark is a licensed use and of the identity of the owner, it shall be presumed, unless the contrary is proven, that the use is licensed by the owner of the trade-mark and the character or quality of the wares or services is under the control of the owner.

(3) Subject to any agreement subsisting between an owner of a trade-mark and a licensee of the trade-mark, the licensee may call on the owner to take proceedings for infringement thereof, and, if the owner refuses or neglects to do so within two months after being so called on, the licensee may institute proceedings for infringement in the licensee's own name as if the licensee were the owner, making the owner a defendant.

[29] Counsel for the appellant makes the following submission regarding the section 50 issue:

The fact that the president of the corporate owner of a mark is also the president of the corporate licensee which uses the mark, is insufficient to enable the owner to benefit from Section 50 of the Trade-marks Act. Such uncontrolled use does not satisfy the requirement that the licensed use be under the control of the trade mark owner.

[30] At the hearing, I informed counsel for the appellant that I was not satisfied with his submission. It is apparent that Mr. Roger Thibodeau, as the person in charge and in control of both the corporate owner of the mark and of the corporate licensee of the mark, satisfies the need of control pursuant to section 50. The affidavit of Mr. Thibodeau before the Registrar satisfies me that Mr. Thibodeau exercised the necessary control required.

[31] As I have stated, it is with a great deal of reluctance that I would try to "second guess" the decision of the Registrar in a case as the one presently before me because it is based, other than the issue of *stare decisis* on the facts presented to the Registrar.

[32] I am satisfied, that based on the evidence before him, the Registrar erred in his appreciation of the facts.

[33] As the Registrar states in his decision, it is clear that the appellant's trade-marks are very well known

(2) Pour l'application de la présente loi, dans la mesure où un avis public a été donné quant à l'identité du propriétaire et au fait que l'emploi d'une marque de commerce fait l'objet d'une licence, cet emploi est réputé, sauf preuve contraire, avoir fait l'objet d'une licence du propriétaire, et le contrôle des caractéristiques et de la qualité des marchandises et services est réputé, sauf preuve contraire, être celui du propriétaire.

(3) Sous réserve de tout accord encore valide entre lui et le propriétaire d'une marque de commerce, le licencié peut requérir le propriétaire d'intenter des procédures pour usurpation de la marque et, si celui-ci refuse ou néglige de le faire dans les deux mois suivant cette réquisition, il peut intenter ces procédures en son propre nom comme s'il était propriétaire, faisant du propriétaire un défendeur.

[29] L'avocat de l'appelante fait valoir ce qui suit au sujet de l'argument fondé sur l'article 50:

[TRADUCTION] Le fait que le président de la société propriétaire d'une marque soit également président de la société licenciée qui emploie la marque ne permet pas au propriétaire de bénéficiaire de l'application de l'article 50 de la *Loi sur les marques de commerce*. Un tel emploi ne satisfait pas à l'exigence voulant que le propriétaire de la marque exerce un contrôle sur l'emploi faisant l'objet d'une licence.

[30] À l'audience, j'ai informé l'avocat de l'appelante que cet argument n'était pas convaincant. Comme M. Roger Thibodeau dirige et contrôle à la fois la société propriétaire de la marque et la société titulaire d'une licence d'emploi de la marque, l'exigence prévue à l'article 50 en matière de contrôle est respectée. L'affidavit de M. Thibodeau présenté au registraire me convainc de l'existence du contrôle exigé.

[31] Comme je l'ai dit, c'est avec beaucoup de réticences que je tenterais de me prononcer après coup sur la décision du registraire dans une affaire comme celle dont je suis saisi en l'occurrence, parce que la décision se fonde, abstraction faite de la question du «*stare decisis*», sur les faits présentés au registraire.

[32] Vu la preuve qui lui a été offerte, je suis convaincu que le registraire a commis une erreur en évaluant les faits.

[33] Comme le dit le registraire dans sa décision, il est clair que les marques de commerce de l'appelante

in Canada and that the respondent's trade-mark is not known.

[34] It can be an accepted fact that the appellant, among other operations, operates service stations throughout Canada (see affidavit of Brent Tremblay). Mr. Tremblay also attests that Petro-Canada has operated service stations under different trade-marks.

[35] The Registrar also had before him evidence of third party adoption of trade-names for use in Quebec that substitute the word "Quebec" for "Canada" (affidavit of Andrew T. McIntosh) and evidence of pairs of Canadian trade-mark applications for which the word "Quebec" is substituted for the word "Canada" (affidavit of Jane Sheppard).

[36] The Registrar also had before him a copy of a newspaper article that profiles Robert Thibodeau's (the president of the respondent and of Garage Bourbonnière) Petro-Quebec service station business but identifies the service station as being a Petro-Canada service station (affidavit of Jacques Viau).

[37] I cannot help but disagree with the finding of the Registrar, which I do most reluctantly. I cannot help but conclude, from the factual evidence, that there exists a reasonable likelihood of confusion between "Petro-Québec" and "Petro-Canada marks".

[38] I am satisfied that because the Petro-Canada mark is so well known in Canada in association with service stations, it would be assumed that the Petro-Quebec service station belonged to or was affiliated with the appellant. This was shown to be so in the newspaper article (see Viau affidavit).

[39] Furthermore, as other companies such as Bell Canada uses Bell Quebec and one believes, as is the case, that Bell Quebec is affiliated with Bell Canada (see Jane Sargeant affidavit), then it can be assumed one would believe Petro-Quebec as being affiliated with or owned by, or controlled by Petro-Canada.

sont très bien connues au Canada et que la marque de commerce de l'intimée n'est pas connue.

[34] On peut reconnaître le fait que l'appelante, au nombre de ses activités, exploite des stations-service à la grandeur du Canada (se reporter à l'affidavit de M. Brent Tremblay). M. Tremblay déclare en outre que Petro-Canada a exploité des stations-service sous des marques de commerce différentes.

[35] Le registraire était par ailleurs saisi d'une preuve selon laquelle des tiers ont adopté, en vue d'un usage au Québec, de noms commerciaux où le mot «Canada» est remplacé par «Québec» (affidavit de M. Andrew T. McIntosh) et d'une preuve relative à des demandes d'enregistrement au Canada de paires de marques de commerce où les mots «Québec» et «Canada» se substituent l'un à l'autre (affidavit de M^{me} Jane Sheppard).

[36] Le registraire disposait en outre d'un article de journal portant sur le commerce de stations-service Petro-Québec de M. Robert Thibodeau (le président de l'intimée et du Garage Bourbonnière), mais décrivant l'établissement comme une station-service Petro-Canada (affidavit de M. Jacques Viau).

[37] Bien que ce soit avec beaucoup de réticences, je ne peux qu'être en désaccord avec la conclusion du registraire. Il me faut conclure, vu la preuve factuelle, qu'il existe un risque raisonnable de confusion entre les marques «Petro-Québec» et «Petro-Canada».

[38] La marque Petro-Canada étant si bien connue au Canada en liaison avec des stations-service, je suis convaincu que l'on tiendrait pour acquis qu'une station-service Petro-Québec appartient ou est affiliée à l'appelante. C'est d'ailleurs ce qui ressort de l'article de journal produit (affidavit de M. Viau).

[39] Aussi, étant donné que Bell Canada, par exemple, emploie le nom commercial Bell Québec et que l'on croit à juste titre que Bell Québec est affiliée à Bell Canada (voir l'affidavit de M^{me} Jane Sargeant), on peut conclure que Petro-Québec serait considérée comme une entreprise affiliée ou appartenant à Petro-Canada, ou contrôlée par celle-ci.

[40] All the above would, in my opinion, cause confusion.

[41] Furthermore, I believe the Registrar erred in finding that there was no likelihood of confusion between the respondent's Petro-Quebec trade-mark for "*stations-service pour automobilistes*" and the appellant's family of Petro-Canada and Petrocan trade-marks for motor fuel and distributing and marketing petroleum products.

[42] The appellant, in distributing petroleum products does so, and has been doing so, by means, amongst others, of service stations or as "*stations de service pour automobilistes*".

[43] I am satisfied, as I have said, that both the appellant and the respondent, are in the same or at the least, very similar businesses in dealing with the sale of petroleum products such as gasoline for motor vehicles or oil for these vehicles which can only lead to confusion.

[44] In that the onus is on the respondent to show that there is no likelihood that the registration of the trade-mark "Petro-Quebec" will cause confusion in the mind of an ordinary consumer with the mark "Petro-Canada" and I am satisfied from the facts of this case that the respondent has failed to do so, the present appeal is allowed.

[45] The decision of the Registrar dated February 7, 1997 is set aside with costs in favour of the appellant.

[40] Tout cela crée selon moi de la confusion.

[41] Je crois en outre que le registraire a conclu à tort qu'il n'y avait pas de risque de confusion entre la marque de commerce Petro-Québec de l'intimée employée en liaison avec des «stations-service pour automobilistes» et la famille de marques de commerce Petro-Canada et Petrocan de l'appelante associée au carburant et à la distribution/mise en marché de produits pétroliers.

[42] L'appelante assure et a assuré la distribution de produits pétroliers au moyen notamment de stations-service ou de «stations de service pour automobilistes».

[43] Comme je l'ai dit, je crois que l'appelante et l'intimée appartiennent au même secteur d'activité ou à tout le moins à des secteurs d'activité très semblables pour ce qui est de la vente de produits pétroliers, comme l'essence ou l'huile pour véhicules automobiles, ce qui ne peut qu'entraîner une confusion.

[44] Il incombe donc à l'intimée de prouver l'absence de risque que l'enregistrement de la marque de commerce «Péto-Québec» ne crée dans l'esprit du consommateur moyen une confusion avec la marque «Petro-Canada». Vu les faits de l'espèce, j'estime que l'intimée n'a pas établi l'absence d'un tel risque. L'appel est accueilli.

[45] La décision du registraire datée du 7 février 1997 est annulée avec dépens au bénéfice de l'appelante.

IMM-3068-97

Minister of Citizenship and Immigration (Applicant)

v.

Bob Smith, Jane Doe and John Doe (Respondents)**INDEXED AS: CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. SMITH (T.D.)**

Trial Division, Lutfy J.—Toronto, May 12 and 15; Ottawa, October 29, 1998.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Judicial review of CRDD decision respondents Convention refugees based on conclusion “clear, convincing” proof U.K., U.S.A. not providing state protection for sexually molested child — Absent complete breakdown of state apparatus, presumption state capable of protecting claimant — Regarding democratic state, claimant must do more than show went to some members of police force, efforts unsuccessful — In U.K., respondents lodged complaints with Office of Local Ombudsman, one police station, social services agency — In U.S.A. lobbied senior levels of U.S. Department of Justice — Evidence substantially short of discharging burden of proof — CRDD decision finding “clear and convincing” proof required to rebut presumption of state protection unreasonable, clearly wrong or even perverse.

This was an application for judicial review of the Convention Refugee Determination Division's (CRDD) determination that the respondents were Convention refugees. Jane Doe is a citizen of the United States, where she married Bob Smith's natural father, a citizen of the United Kingdom, in 1983. Bob Smith was born in 1984 in the United States. The family moved to the United Kingdom in 1985. Shortly thereafter, Jane Doe discovered that her husband was sexually abusing her son. The couple separated, but the sexual abuse continued during Bob Smith's visits with his father. In 1987 Jane Doe became involved with John Doe, and in March 1992, in an attempt to end the natural father's visiting rights, and apparently upon the advice of American embassy officials, the three respondents moved to the United States. As part of his application for permanent residence, John Doe disclosed a 1979 drug conviction in the United

IMM-3068-97

Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (demandeur)

c.

Bob Smith, Jane Doe et John Doe (défendeurs)**RÉPERTORIÉ: CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) c. SMITH (1^{re} INST.)**

Section de première instance, juge Lutfy—Toronto, 12 et 15 mai; Ottawa, 29 octobre 1998.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Demande de contrôle judiciaire de la décision de la SSR, selon laquelle les défendeurs sont des réfugiés au sens de la Convention, et qui est fondée sur la conclusion qu'il existe une preuve «claire et convaincante» que le R.-U. et les É.-U. n'assurent pas la protection de l'État envers les enfants faisant l'objet de violence sexuelle — En l'absence d'un effondrement complet de l'appareil étatique, il y a une présomption voulant que l'État est capable de protéger un revendicateur — Relativement à un État démocratique, un revendicateur doit aller plus loin que de simplement démontrer qu'il s'est adressé à certains membres du corps policier et que ses démarches ont été infructueuses — Au R.-U., les défendeurs ont déposé des plaintes auprès du bureau local du protecteur du citoyen, d'un poste de police, et d'un organisme de services sociaux — Aux É.-U., ils ont fait du lobbying auprès des plus hauts niveaux du ministère de la Justice des États-Unis — La preuve est nettement insuffisante en comparaison du fardeau requis — La décision de la SSR concluant à l'existence de la preuve «claire et convaincante» requise pour réfuter la présomption de protection de l'État est déraisonnable et manifestement erronée et a même été tirée de façon déraisonnable.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Section du statut de réfugié (SSR) selon laquelle les défendeurs sont des réfugiés au sens de la Convention. Jane Doe est citoyenne des États-Unis, où elle a épousé en 1983 le père biologique de Bob Smith, qui était citoyen du Royaume-Uni. Bob Smith est né en 1984 aux États-Unis. La famille a déménagé au Royaume-Uni en 1985. Peu de temps après, Jane Doe a découvert que son mari abusait sexuellement de son fils. Le couple s'est séparé mais la violence sexuelle s'est poursuivie à l'occasion des visites de Bob Smith chez son père. En 1987, Jane Doe a entrepris une relation avec John Doe et, en mars 1992, dans le but de mettre un terme aux droits de visite du père biologique et suivant apparemment le conseil de fonctionnaires de l'ambassade américaine, les trois défendeurs ont déménagé aux États-Unis. Dans le cadre de sa demande de

Kingdom. This conviction resulted in his deportation to the United Kingdom in 1994, despite intense lobbying on his behalf with U.S. administration and congressional officials. Some weeks later, Jane Doe moved with her son to Ontario. John Doe entered Canada approximately one month after his deportation to the United Kingdom. The three respondents sought refugee status in Canada in September 1994. As to Bob Smith's claim against the United Kingdom, the CRDD concluded that his victimization was prejudicial to his dignity, well-being and life and that this violation of his rights was "persecution". It held that the evidence concerning state protection in response to his victimization was "clear and convincing proof" that the United Kingdom failed to provide adequate and effective protection. As to his claim against the United States, the CRDD found that in view of his vulnerability as a child persecuted through sexual abuse, the destabilization of his family as the result of John Doe's deportation from the United States constituted persecution, and that the deportation of John Doe, without considering the situation of Bob Smith demonstrated "clear and convincing evidence" of a lack of state protection for the child. The CRDD accepted the claims of Jane and John Doe on the ground of family unity.

The issue was whether the CRDD erred in its findings concerning state protection for Bob Smith.

Held, the application should be allowed.

A Convention refugee claimant must advance "clear and convincing" evidence of a state's inability to afford protection. Absent a complete breakdown of state apparatus, it should be presumed that the state is capable of protecting a claimant. When the state in question is a democratic state, the claimant must do more than simply show that he went to see some members of the police force and that his or her efforts were unsuccessful. The more democratic the state's institutions, the more the claimant must have done to exhaust all the courses of action open to him or her.

In the United Kingdom, the respondents lodged complaints with the office of the Local Ombudsman, one police station and a social services agency. The Local Ombudsman's request for information as to further developments was not answered. It was not clear that the Local Ombudsman was asked to investigate the sexual abuse as opposed to the family's housing situation. The police

résidence permanente aux États-Unis, John Doe a révélé qu'en 1979, il avait été déclaré coupable d'une infraction relative à la drogue, au Royaume-Uni. Cette déclaration de culpabilité a conduit à son expulsion vers le Royaume-Uni en 1994 en dépit du lobbyisme soutenu fait en son nom auprès de l'administration américaine et des fonctionnaires du Congrès. Quelques semaines plus tard, Jane Doe a déménagé avec son fils en Ontario. John Doe est arrivé au Canada environ un mois après son expulsion vers le Royaume-Uni. Les trois défendeurs ont demandé le statut de réfugié au Canada en septembre 1994. Relativement à la revendication du statut de réfugié de Bob Smith contre le Royaume-Uni, la SSR a conclu que sa victimisation avait affecté sa dignité, son bien-être et son existence, et que cette atteinte à ses droits constituait de la «persécution». Elle a jugé que la preuve relative à la protection de l'État à la suite de sa victimisation constituait «une preuve claire et convaincante» que le Royaume-Uni ne lui avait pas assuré une protection adéquate et efficace. En ce qui concerne sa revendication du statut de réfugié contre les États-Unis, la SSR a conclu que, à la lumière de sa vulnérabilité en tant qu'enfant persécuté au moyen de la violence sexuelle, la déstabilisation de sa famille résultant de l'expulsion de John Doe des États-Unis constituait de la persécution, et que l'expulsion de John Doe, sans que la situation de Bob Smith ne soit prise en ligne de compte, faisait ressortir «une preuve claire et convaincante» du manque de protection de l'État pour l'enfant. La SSR a accepté les revendications du statut de réfugié de Jane et de John Doe pour des raisons d'unité de la famille.

La question en litige est de savoir si la SSR a commis une erreur dans ses conclusions relatives à la protection de l'État à l'égard de Bob Smith.

Jugement: la demande est accueillie.

Un revendicateur du statut de réfugié au sens de la Convention doit présenter une preuve «claire et convaincante» de l'incapacité d'un État d'assurer sa protection. En l'absence d'un effondrement complet de l'appareil étatique, il y a lieu de présumer que l'État est capable de protéger un revendicateur. Lorsque l'État en cause est un État démocratique, le revendicateur doit aller plus loin que de simplement démontrer qu'il s'est adressé à certains membres du corps policier et que ses démarches ont été infructueuses. Plus les institutions de l'État seront démocratiques, plus le revendicateur devra avoir cherché à épuiser les recours qui s'offrent à lui.

Au Royaume-Uni, les défendeurs ont déposé des plaintes auprès du bureau local du protecteur du citoyen, d'un poste de police, et d'un organisme de services sociaux. La demande de démarches supplémentaires qui a été faite par le bureau local du protecteur du citoyen n'a fait l'objet d'aucune réponse. Il n'est pas clair qu'il ait été demandé au bureau local du protecteur du citoyen d'enquêter sur la

referred the respondents to a social services agency, but this initiative was not pursued. The respondents also relied on media reports concerning matters of child abuse, but at the same time, the Government had in place a commission of inquiry to investigate the prevention of child abuse in England. The respondents did not do more than simply show that they went to see some members of the police force, and that their efforts were unsuccessful. Jane Doe's approach to two other agencies, especially where correspondence from government officials was not pursued, was not the additional effort required. The respondents' pursuit of their complaints was significantly less than that required where the state has democratic institutions such as those in the United Kingdom.

Similarly, the evidence concerning the absence of state protection in the United States was wanting. The respondents' evidence as to the absence of state protection in the United States was the deportation of Mr. Doe and the negative results of the intensive lobbying on his behalf. In deporting John Doe, the Government of the United States was enforcing its very strict immigration laws. The deportation of John Doe, despite its impact on Bob Smith's situation, was neither an act of persecution by the United States against Bob Smith nor evidence of the absence of state protection.

The CRDD erred in concluding that the facts constituted the "clear and convincing" evidence necessary to rebut the presumption of state protection. It was faced with determining "whether the facts satisfy the legal tests", a question of mixed law and fact and the standard of review was reasonableness. The evidence was substantially insufficient to rebut the presumption. In determining otherwise, the CRDD's decision was unreasonable or clearly wrong, or even made in a perverse manner and without regard for the material pursuant to *Federal Court Act*, paragraph 18.1(4)(d).

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Convention on the Rights of the Child*, November 20, 1989, [1992] Can. T.S. No. 3, Art. 9.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(4)(d) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(1) "Convention refugee" (as am. by R.S.C., 1985 (4th Suppl.), c. 28, s. 1), (2) (as am. *idem*), (3) (as enacted *idem*).

violence sexuelle plutôt que sur la situation de la famille en matière de logement. La police a référé les défendeurs à l'organisme de services sociaux, mais rien n'a été fait de ce côté. Les défendeurs se sont aussi appuyés sur des articles de journaux en matière de violence faite aux enfants, mais, à l'époque, le gouvernement avait mis sur pied une commission d'enquête afin de se pencher sur la prévention de la violence faite aux enfants en Angleterre. Les défendeurs ne sont pas allés plus loin que de simplement démontrer qu'ils s'étaient adressés à certains membres du corps policier et que leurs efforts avaient été infructueux. Les démarches effectuées par Jane Doe auprès de deux autres organismes, surtout lorsque qu'il n'a pas été donné suite à de la correspondance de fonctionnaires gouvernementaux, ne constituaient pas l'effort supplémentaire exigé. Les démarches effectuées par les défendeurs pour faire valoir leurs plaintes étaient nettement insuffisantes en comparaison de ce qui est exigé dans les cas où l'État possède des institutions démocratiques comme celles dont dispose le Royaume-Uni.

De même, la preuve relative à l'absence de la protection de l'État aux États-Unis était déficiente. La preuve présentée par les défendeurs relativement à l'absence de la protection de l'État aux États-Unis était l'expulsion de M. Doe ainsi que les résultats négatifs du lobbyisme soutenu fait en son nom. En expulsant John Doe, le gouvernement des États-Unis a appliqué ses lois très strictes en matière d'immigration. Malgré ses effets sur la situation de Bob Smith, l'expulsion de John Doe ne constituait ni un acte de persécution de la part des États-Unis contre Bob Smith, ni la preuve de l'absence de la protection de l'État.

La SSR a commis une erreur en concluant que les faits constituaient la preuve «claire et convaincante» requise pour réfuter la présomption de la protection de l'État. Elle devait trancher la question de savoir «si les faits satisfont au critère juridique», une question mixte de droit et de fait, et la norme de contrôle était celle de la décision raisonnable. La preuve était nettement insuffisante pour réfuter la présomption. En décidant autrement, la SSR en est arrivé à une conclusion déraisonnable ou manifestement erronée, ou même à une conclusion tirée de façon déraisonnable et sans qu'il soit tenu compte de la preuve documentaire, selon l'alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, [1992] R.T. Can. n° 3, art. 9.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(4)d) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) «réfugié au sens de la Convention» (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1), (2) (mod., *idem*), (3) (édicte, *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada (Attorney General) v. Ward, [1993] 2 S.C.R. 689; (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; 153 N.R. 321; *Minister of Employment and Immigration v. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171 (F.C.A.); *Kadenko v. Canada (Solicitor General)* (1996), 143 D.L.R. (4th) 532; 206 N.R. 272 (F.C.A.).

REFERRED TO:

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; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20.

APPLICATION for judicial review of CRDD's determination that the respondents were Convention refugees based on the conclusion that there was "clear, convincing" evidence rebutting the presumption of state protection. Application allowed.

APPEARANCES:

Sally E. Thomas for applicant.
Raoul S. Boulakia for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Raoul Boulakia, Toronto, for respondents.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] LUTFY J.: The respondent Bob Smith,¹ 14, is a citizen of the United States and the United Kingdom. He has been a victim of ongoing sexual abuse. The principal aggressor was his natural father. The Minister of Citizenship and Immigration seeks judicial review of the determination by the Convention Refugee Determination Division that the respondents Bob Smith, his mother Jane Doe and his stepfather John Doe are Convention refugees.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Canada (Procureur général) c. Ward, [1993] 2 R.C.S. 689; (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; 153 N.R. 321; *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171 (C.A.F.); *Kadenko c. Canada (Solliciteur général)* (1996), 143 D.L.R. (4th) 532; 206 N.R. 272 (C.A.F.).

DÉCISIONS CITÉES:

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; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision de la SSR, selon laquelle les défendeurs étaient des réfugiés au sens de la Convention, et qui était fondée sur la conclusion qu'il existait une preuve «claire et convaincante» réfutant la présomption de protection de l'État. Demande accueillie.

ONT COMPARU:

Sally E. Thomas pour le demandeur.
Raoul S. Boulakia pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.
Raoul Boulakia, Toronto, pour les défendeurs.

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

[1] LE JUGE LUTFY: Le défendeur Bob Smith¹, âgé de 14 ans, est citoyen des États-Unis et du Royaume-Uni. Il a été victime de violence sexuelle de façon répétée. L'agresseur principal était son père biologique. Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration demande le contrôle judiciaire de la décision rendue par la section du statut de réfugié selon laquelle les défendeurs, Bob Smith, sa mère Jane Doe et son beau-père John Doe, sont des réfugiés au sens de la Convention.

Background

[2] Jane Doe is a citizen of the United States where she married Bob Smith's natural father, a citizen of the United Kingdom, in 1983. Bob Smith was born in 1984 in the U.S. The family moved to the United Kingdom in 1985.

[3] Shortly thereafter, Jane Doe discovered that her son was being sexually abused by his natural father. The couple separated but the sexual abuse continued during Bob Smith's visits with his father. There is some evidence that the child's paternal grandparents were also involved in committing the abuse.

[4] In 1987, Jane Doe began a relationship with John Doe. Both were survivors of child abuse. John Doe had been dependent on drugs and alcohol and, in 1979, he was convicted of possession of cannabis. This conviction, without detracting from the essential issue of the pain and suffering caused by the sexual abuse of Bob Smith, would prove to be pivotal in the circumstances which bring the respondents to Canada and their present predicament.

[5] Jane and John Doe became vocal advocates for victims of sexual abuse. They met a third person, himself a victim of child abuse, with whose co-operation Jane Doe approached governmental officials in the United Kingdom in 1991 and 1992 to protect Bob Smith from further mistreatment by his natural father and the latter's parents. These efforts did not change the situation.

[6] In March 1992, in an attempt to end the natural father's visiting rights, and apparently upon the advice of American embassy officials, Jane and John Doe moved with Bob Smith to the United States where the couple married one year later. They took up residence in St. Paul, Minnesota, close to where Jane Doe was raised.

Les faits

[2] Jane Doe est citoyenne des États-Unis, où elle a épousé en 1983 le père biologique de Bob Smith, qui était citoyen du Royaume-Uni. Bob Smith est né en 1984 aux États-Unis. La famille a déménagé au Royaume-Uni en 1985.

[3] Peu de temps après, Jane Doe a découvert que son fils faisait l'objet de violence sexuelle de la part de son père biologique. Le couple s'est séparé mais la violence sexuelle s'est poursuivie à l'occasion des visites de Bob Smith chez son père. Certains éléments de preuve indiquent que les grands-parents paternels de l'enfant ont aussi participé à la perpétration de la violence.

[4] En 1987, Jane Doe a entamé une relation avec John Doe. Ils ont tous deux été victimes de violence faite aux enfants. John Doe était aux prises avec un problème de drogue et d'alcool et, en 1979, il a été déclaré coupable de possession de cannabis. Bien qu'elle ne modifie pas la question essentielle de la douleur et de la souffrance causées par la violence sexuelle faite à Bob Smith, cette déclaration de culpabilité constitue l'élément central des faits à l'origine de la venue des défendeurs au Canada et de leur sort actuel.

[5] Jane et John Doe sont devenus des défenseurs publics des victimes de violence sexuelle. Ils ont rencontré un tiers, lui-même victime de violence sexuelle faite aux enfants, avec l'aide duquel Jane Doe a fait des démarches auprès de fonctionnaires gouvernementaux au Royaume-Uni en 1991 et 1992 afin de protéger Bob Smith contre d'autres mauvais traitements de la part de son père biologique et des parents de ce dernier. Ces efforts ont été vains.

[6] En mars 1992, dans le but de mettre un terme aux droits de visite du père biologique et suivant apparemment le conseil de fonctionnaires de l'ambassade américaine, Jane et John Doe ont déménagé avec Bob Smith aux États-Unis, où ils se sont mariés un an plus tard. Ils se sont établis à St. Paul (Minnesota), près de l'endroit où Jane Doe a été élevée.

[7] In September 1993, as part of his application for permanent residence in the United States, John Doe disclosed his drug conviction in 1979 in the United Kingdom. This conviction resulted in his deportation to the United Kingdom in July 1994, despite intense lobbying on his behalf with U.S. administration and congressional officials.

[8] Some weeks later, apparently acting on a suggestion made by the Assistant Attorney General (Office of Legislative Affairs) of the U.S. Department of Justice, Jane Doe moved with her son Bob Smith to Thunder Bay, Ontario. The family was reunited when John Doe entered Canada approximately one month after his deportation to the U.K. The three respondents sought refugee status in Canada in September 1994.

[9] Jane Doe has heard that Bob Smith's natural father has died but has not been able to confirm this information.

[10] This brief chronology of events does not do justice to Bob Smith's current dire situation. The record discloses many contemporary medical reports setting out his severe mental health challenges as the result of both the abuse he suffered and the uncertainty as to his legal status in the United Kingdom, the United States and Canada.

The tribunal decision

[11] The tribunal first considered Bob Smith's refugee claim against the United Kingdom and concluded that:

- his particular social group in the U.K. may be characterized as "young children who are victims of incest";
- his "victimization was not only prejudicial to his dignity and well-being but also to his life" and that this violation of his rights constitutes "persecution" within the meaning of the definition of "Convention refugee" [*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(1)]

[7] En septembre 1993, dans le cadre de sa demande de résidence permanente aux États-Unis, John Doe a révélé qu'il avait été déclaré coupable d'une infraction relative à la drogue en 1979 au Royaume-Uni. Cette déclaration de culpabilité a conduit à son expulsion vers le Royaume-Uni en juillet 1994 en dépit du lobbying soutenu fait en son nom auprès de l'administration américaine et des fonctionnaires du Congrès.

[8] Quelques semaines plus tard, agissant apparemment selon la suggestion faite par le procureur général adjoint (Bureau des affaires législatives) du ministère de la Justice des États-Unis, Jane Doe a déménagé avec son fils Bob Smith à Thunder Bay (Ontario). La famille a été réunie à l'arrivée de John Doe au Canada environ un mois après son expulsion vers le Royaume-Uni. Les trois défendeurs ont demandé le statut de réfugié au Canada en septembre 1994.

[9] Jane Doe a entendu dire que le père biologique de Bob Smith était décédé, mais elle a été incapable de vérifier la véracité de ce renseignement.

[10] Ce bref résumé des événements ne dépeint pas fidèlement la situation pénible que vit actuellement Bob Smith. Le dossier contient plusieurs rapports médicaux récents qui exposent les problèmes psychologiques aigus qu'il doit surmonter en raison de la violence sexuelle qu'il a subie et de l'incertitude relative à son statut juridique au Royaume-Uni, aux États-Unis et au Canada.

La décision du tribunal

[11] Le tribunal a d'abord examiné la revendication du statut de réfugié de Bob Smith contre le Royaume-Uni et a conclu que:

- son groupe social particulier au R.-U. peut être désigné comme «les jeunes enfants victimes d'inceste»;
- sa «victimisation n'a pas seulement affecté sa dignité et son bien-être, mais également toute son existence» et que cette atteinte à ses droits constituait de la «persécution» selon les termes de la définition de «réfugié au sens de la Convention» [*Loi sur l'immigration*]

(as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1)];

- the evidence concerning state protection in response to his victimization and to others who have suffered child abuse provides “clear and convincing proof that the U.K. failed to extend to him adequate and effective protection”; and
- the sexual abuse he suffered from early childhood constitutes “atrocious treatment which forms the basis for compelling reasons” under subsection 2(3) [as enacted *idem*] of the *Immigration Act*, in the event his father has died and the reason for his fear of persecution no longer exists.

[12] The tribunal then considered Bob Smith’s refugee claim against the United States and concluded that:

- his particular social group in the U.S. may be characterized as “victims of sexual abuse who have had their supportive environment destabilized”;
- in view of his vulnerability as a child persecuted through sexual abuse, the destabilization of his family as the result of John Doe’s deportation from the United States constitutes, “in these unusual circumstances”, persecution; and
- the deportation of John Doe, without considering the situation of Bob Smith, “demonstrates clear and convincing evidence of a lack of state protection” by the United States for the child and a serious possibility of persecution should he return there.

[13] The tribunal also accepted the refugee claims of Jane Doe and John Doe on the ground that “international legal requirements of family unity principles for this minor, determined to be a Convention refugee, require recognition of the parents as Convention refugees.”

[14] I will now turn to the state protection issue, the one first addressed by both counsel in their oral submissions.

gration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1)];

- la preuve relative à la protection de l’État à la suite de sa victimisation et pour les autres qui ont souffert de violence lorsqu’ils étaient enfants fournit «une preuve claire et convaincante que le R.-U. ne lui a pas assuré une protection adéquate et efficace»;
- la violence sexuelle dont il a souffert dès sa plus tendre enfance constitue «un traitement atroce qui constitue le fondement de raisons impérieuses» aux termes du paragraphe 2(3) [édicte, *idem*] de la *Loi sur l’immigration*, en présumant que son père est décédé et que la raison à l’appui de sa crainte de persécution n’existe plus.

[12] Le tribunal a ensuite examiné la revendication du statut de réfugié contre les États-Unis et a conclu que:

- son groupe social particulier aux États-Unis peut être désigné comme les «victimes de violence sexuelle dont le milieu de soutien a été déstabilisé»;
- à la lumière de sa vulnérabilité en tant qu’enfant persécuté au moyen de la violence sexuelle, la déstabilisation de sa famille résultant de l’expulsion de John Doe des États-Unis constituait, «compte tenu de ces circonstances inhabituelles», de la persécution;
- l’expulsion de John Doe, sans que la situation de Bob Smith ne soit prise en ligne de compte, «fait ressortir une preuve claire et convaincante du manque de protection de l’État» par les États-Unis pour l’enfant et une possibilité sérieuse de persécution s’il devait retourner dans ce pays.

[13] Le tribunal a également accepté les revendications du statut de réfugié de Jane Doe et de John Doe au motif que, «en raison des obligations juridiques internationales des principes régissant l’unité de la famille pour ce mineur, jugé un réfugié au sens de la Convention, il faut reconnaître aux parents le statut de réfugié au sens de la Convention».

[14] Je me penche maintenant sur la question de la protection de l’État, qui a été le premier point abordé par les deux avocats dans leurs plaidoiries.

The evidence concerning the absence of state protection

(i) the United Kingdom

[15] In February 1991, Jane Doe filed a complaint, apparently on behalf of her son, with the Local Ombudsman of the Commission for Local Administration in England. There appears to have been some delay in processing her claim. In August 1991, a written request was forwarded to Ms. Doe for her advice as to what had “happened since you filled in the complaint form in February”.² There appears to have been no further substantive developments. In March 1992, Jane Doe received a letter in response to her complaint to the Ombudsman concerning her housing situation.³

[16] In late 1991, police officers in north London refused to take Jane Doe’s complaint⁴ concerning the abuse experienced by her son but referred the matter to a social services agency.⁵ She then met two officials of the Department of Social Services of the London Borough of Camden on February 21, 1992. It would appear that her housing and other personal needs were discussed at this meeting as well as Bob Smith’s situation. One of these officials wrote to Jane Doe on February 24, 1992 to confirm their exchange and stated in part:

. . . we cannot leave [Bob] in abeyance until those other two issues have been resolved for you. I would, therefore, ask you to reconsider, and ring me or a colleague . . . in order to make a time during which we can talk about the incident of sexual abuse on [Bob].

You said at our meeting that you were worried that we may have been thinking of “taking [Bob] away from you”. That is furthest from our minds. As [Bob]’s parent, you have the responsibility for bringing him up and making all the decisions that a parent should make for their child. That is why I am asking you to make contact with us so that we can discuss the incident you reported regarding [Bob] and how best we can help you and [Bob].

La preuve relative à l’absence de la protection de l’État

(i) le Royaume-Uni

[15] En février 1991, Jane Doe a déposé une plainte, apparemment au nom de son fils, auprès du bureau local du protecteur du citoyen, de la Commission de l’administration locale en Angleterre. Il semble s’être produit un certain retard dans le traitement de sa plainte. En août 1991, une demande écrite a été envoyée à M^{me} Doe pour lui demander son avis à l’égard de ce qui s’était [TRADUCTION] «produit depuis que vous avez complété le formulaire de plainte en février»². Il ne semble pas y avoir eu d’évolution ultérieure importante. En mars 1992, à la suite de la plainte qu’elle avait déposée auprès du protecteur du citoyen, Jane Doe a reçu une lettre portant sur sa situation de logement³.

[16] Vers la fin de l’année 1991, les policiers du nord de Londres ont refusé d’inscrire la plainte de Jane Doe⁴ concernant la violence sexuelle vécue par son fils, mais ils ont transmis l’affaire à un organisme de services sociaux⁵. Elle a alors rencontré deux fonctionnaires du ministère des Services sociaux de Camden, située en banlieue de Londres, le 21 février 1992. Il semble qu’à l’occasion de cette rencontre, son besoin de logement ainsi que d’autres besoins personnels aient fait l’objet de discussions, de même que la situation de Bob Smith. Le 24 février 1992, l’un des fonctionnaires a écrit à Jane Doe pour confirmer ces échanges, et il s’est notamment exprimé ainsi:

[TRADUCTION] [. . .] nous ne pouvons pas laisser [Bob] en attente jusqu’à ce que les deux questions vous concernant aient été résolues. Je vous demanderais donc d’y penser de nouveau et de m’appeler, ou d’appeler un collègue, [. . .] afin que nous puissions fixer un rendez-vous au cours duquel nous pourrions discuter de l’incident de violence sexuelle à l’égard de [Bob].

Lors de notre rencontre, vous avez dit que vous craigniez que nous soyons en train d’examiner la possibilité de «vous enlever [Bob]». Cela ne nous a jamais effleuré l’esprit. À titre de parent de [Bob], vous avez la responsabilité de l’élever et de prendre toutes les décisions qu’un parent doit prendre pour son enfant. C’est pourquoi je vous demande de communiquer avec nous pour que nous puissions discuter de l’incident que vous avez mentionné au sujet de [Bob] et de la meilleure façon de vous aider, vous et [Bob].

If we do not hear from you within the next couple of weeks we will assume that you do not wish to take the matter any further.⁶

[17] Jane Doe and the person who was assisting her in seeking assistance have a different view of the meeting. For them, nothing was done by the agency. In her testimony, Jane Doe described her contact with the Department of Social Services as follows:

CLAIMANT #2 . . . That's when I did report this abuse. It went to the police and it went to social services. I was told that if I did not come in there by myself, no support, no lawyer, without the child, without the eyewitnesses . . . Because there were three witnesses to the incest, right?

. . .

CLAIMANT # 2 . . . They insisted that the child not be there. It completely deviates from every British guideline about reporting child abuse. Everyone that knows about it, everyone who has seen it, is supposed to be there. The social services and the police are both supposed to be there. All I was told was that you show up alone, if you don't show up alone there's a squad car coming to your house to pick you up.

COUNSEL What was the outcome of your efforts to complain about or follow through about the abuse that [Bob Smith] experienced from his dad? What was the outcome?

CLAIMANT #2 I ran. Hey, I mean, nothing. They would not At the time that I made my complaint, a formal complaint to the police, we had a case pending before the BC Court, alleging child abuse on the part of the local government because they placed him in unsafe housing.

. . .

CLAIMANT #2 . . . So the threat was made to me if I didn't follow the rules they would take [Bob Smith] away and make sure I stay homeless because I couldn't afford any other accommodation than what the government gave me. I didn't have any money. There hadn't . . . you know I wasn't getting . . . at that time I wasn't getting any alimony, any child support. The case had never gone to Family Court and subsequently the U.S. Embassy informed me not to go to Family Court.⁷

Si nous ne recevons pas de vos nouvelles d'ici à quelques semaines, nous tiendrons pour acquis que vous ne désirez pas pousser cette affaire plus loin⁶.

[17] Jane Doe et la personne qui l'appuyait dans ses démarches pour obtenir de l'aide ont une perception différente de la rencontre. Selon eux, l'organisme n'a rien fait. Dans son témoignage, Jane Doe a décrit ainsi le contact qu'elle a eu avec le ministère des Services sociaux:

[TRADUCTION]

REVENDICATEUR #2 [. . .] C'est à ce moment-là que j'ai dénoncé cette violence sexuelle. C'est allé à la police, et c'est allé aux services sociaux. On m'a dit que si je ne venais pas seule, sans appui, sans avocat, sans l'enfant, sans témoin oculaire [. . .] Parce qu'il y avait trois témoins oculaires de l'inceste, n'est-ce pas?

[. . .]

REVENDICATEUR # 2 [. . .] Ils ont insisté pour que l'enfant ne soit pas là. C'est contraire à toute ligne directrice britannique en matière de déclaration de violence faite aux enfants. Tous ceux qui savent quelque chose à ce sujet, tous ceux qui l'ont vu sont supposés être là. Les services sociaux et la police sont tous supposés y être. Tout ce qu'on m'a dit, c'est qu'il faut se présenter soi-même et que si on ne se présente pas soi-même, une voiture de police vient vous chercher chez vous.

AVOCAT Quel a été le résultat de vos efforts pour vous plaindre de la violence sexuelle dont a été victime [Bob Smith] de la part de son père, et pour assurer le suivi de la plainte? Quel a été le résultat?

REVENDICATEUR #2 Je me suis sauvée. Hé, je veux dire, rien. Ils ne [. . .] Au moment où j'ai fait ma plainte, une plainte officielle à la police, nous avions une affaire pendante devant le Tribunal de la CE, dans laquelle nous alléguions que le gouvernement local était coupable de violence faite aux enfants parce qu'ils l'avaient placé dans un logement non sécuritaire.

[. . .]

REVENDICATEUR #2 [. . .] Donc, on m'a fait la menace que si je suivais pas les règles, ils m'enlèveraient [Bob Smith] et ils s'arrangeraient pour que je demeure sans abri, parce que je ne pouvais pas me payer un logement autre que ce que le gouvernement me donnait. Je n'avais pas d'argent. Il n'y avait pas [. . .] vous savez, je ne recevais pas [. . .] à l'époque, je ne recevais aucune pension alimentaire pour moi-même ni pour mon enfant. L'affaire ne s'était jamais rendue devant la cour de la famille et, par la suite, l'ambassade américaine m'a avisée de ne pas m'adresser à la cour de la famille⁷.

[18] The respondents also relied on media reports⁸ to establish the lack of state protection in the United Kingdom concerning matters of child abuse. For the same purpose, the respondents cited passages from *Childhood Matters: Report of the National Commission of Inquiry into the Prevention of Child Abuse*, 1996. This Government report documents the extent of child abuse in the U.K., the difficulties in obtaining convictions, the problem in the way the legal system operates and the lack of financial resources to achieve the right level of services to ensure a reduction of the abuse and neglect faced by children.

(ii) the United States

[19] For the respondents, the deportation of John Doe from the United States was carried out without regard to its impact on the fragile condition of Bob Smith and without consideration for the close relationship between the son and the stepfather and the general destabilization that would be caused to the family. In these circumstances, counsel for the respondent characterized this deportation as persecution of Bob Smith by the Government of the United States.

[20] The deportation and the refusal by governmental authorities to allow Mr. Doe to remain within the United States is further characterized as clear and convincing evidence of the absence of state protection. In particular, the respondents rely on the letter of October 5, 1994 from the Assistant Attorney General of the U.S. Department of Justice to one of the two United States senators from Minnesota. The letter, after setting out the negative impact of Mr. Doe's drug conviction in the U.K. on his application for permanent residence in the U.S., states in part:

As a possible means of reuniting [Mr. Doe] with his family, perhaps [the Does] could reside in Canada, near the relatives of Ms. [Doe]. As a British subject, Mr. [Doe] appears eligible for landed immigrant status there. In addition, if he were to become a landed immigrant in Canada, he would then be eligible to file for permission to apply for admission to the United States (see enclosed Form I-192).

[18] Les défendeurs se sont aussi appuyés sur des articles de journaux⁸ pour établir la déficience de la protection de l'État en matière de violence faite aux enfants. Dans le même but, les défendeurs ont fait référence à des extraits de *Childhood Matters: Report of the National Commission of Inquiry into the Prevention of Child Abuse* de 1996. Ce rapport gouvernemental constate l'étendue de la violence faite aux enfants au R.-U., la difficulté d'obtenir des déclarations de culpabilité, le problème résultant de la façon dont le système judiciaire fonctionne et le manque de ressources financières pour atteindre le niveau approprié de services afin d'assurer la diminution de la violence et de la négligence auxquelles sont confrontés les enfants.

(ii) les États-Unis

[19] Selon les défendeurs, on a expulsé John Doe des États-Unis sans tenir compte des effets de l'expulsion sur la condition fragile de Bob Smith, des liens unissant le fils et le beau-père et de la déstabilisation générale qui serait causée à la famille. Vu les circonstances, l'avocat des défendeurs a qualifié l'expulsion de persécution de Bob Smith par le gouvernement des États-Unis.

[20] L'expulsion de M. Doe et le refus des autorités gouvernementales de lui permettre de demeurer aux États-Unis sont aussi qualifiés de preuve claire et convaincante de l'absence de la protection de l'État. En particulier, les défendeurs s'appuient sur la lettre écrite le 5 octobre 1994 par le procureur général adjoint du ministère de la Justice des États-Unis à l'un des deux sénateurs américains du Minnesota. La lettre, après avoir exposé les effets négatifs de la déclaration de culpabilité de M. Doe en matière d'infraction relative à la drogue au R.-U. à l'égard de sa demande de résidence permanente aux É.-U., se poursuit en partie ainsi:

[TRADUCTION] Pour demander la réunification de la famille, les [Doe] pourraient peut-être résider au Canada, près des parents de Mme [Doe]. À titre de sujet britannique, M. [Doe] semble admissible au statut de personne ayant obtenu le droit d'établissement dans ce pays. En outre, s'il acquerrait ce statut au Canada, il pourrait alors demander l'autorisation pour les États-Unis (voir le formulaire I-192 ci-joint).

The U.S. laws for immigrants allow a waiver only for a single conviction of simple possession of up to 30 grams of marijuana for certain relatives of citizens of the United States or lawful permanent residents. Convictions for any other offence, or for any other drug conviction, may not be waived. The convictions of Mr. [Doe] do not fall within the parameters of this waiver.⁹

In short, the respondents' evidence of the absence of state protection in the United States is the deportation of Mr. Doe and the negative results from the intensive lobbying on his behalf as expressed in the correspondence from the Assistant Attorney General.

[21] In concluding that the U.S. failed to protect Bob Smith, the tribunal considered the deportation and its impact on the child as a failure to take into account the latter's best interests. While acknowledging that states may be permitted to deport children, the tribunal focussed on the best interests of the child and, in this regard, referred to paragraph 9(1) of the U.N. *Convention on the Rights of the Child* [November 20, 1989, [1992] Can. T.S. No. 3]:

Article 9

1. States Parties shall ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will, except when competent authorities subject to review determine, in accordance with applicable law and procedures, that such separation is necessary for the best interests of the child. Such determination may be necessary in a particular case such as one involving abuse or neglect of the child by the parents or where the parents are living separately and a decision must be made as to the child's place of residence.

Analysis

[22] In *Canada (Attorney General) v. Ward*,¹⁰ the Supreme Court of Canada required the person seeking refugee status to advance "clear and convincing"¹¹ evidence of a state's inability to afford protection. In the words of the Court, "[a]bsent a situation of complete breakdown of state apparatus, . . . it should be assumed that the state is capable of protecting a claimant."¹²

Les lois américaines touchant les immigrants ne permettent une renonciation que pour une seule déclaration de culpabilité de possession simple d'au plus 30 g de marijuana, pour certains parents de citoyens américains ou les résidents permanents légitimes. C'est impossible dans le cas des autres infractions ou de toute autre infraction relative aux drogues. Les déclarations de culpabilité de M. [Doe] ne sont pas visées par les paramètres de cette renonciation⁹.

En bref, la preuve présentée par les défendeurs relativement à l'absence de la protection de l'État aux États-Unis est l'expulsion de M. Doe ainsi que les résultats négatifs du lobbying soutenu fait en son nom, comme il ressort de la lettre du procureur général adjoint.

[21] En concluant que les États-Unis avaient omis de protéger Bob Smith, le tribunal a considéré l'expulsion et ses effets sur l'enfant comme une omission de prendre en considération les intérêts fondamentaux de ce dernier. Bien que reconnaissant qu'il puisse être permis aux États d'expulser des enfants, le tribunal a concentré son attention sur les intérêts fondamentaux de l'enfant et, à cet égard, a renvoyé au paragraphe 9(1) de la *Convention relative aux droits de l'enfant* des Nations-Unies [20 novembre 1989, [1992] R.T. Can. n° 3]:

Article 9

1. Les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Une décision en ce sens peut être nécessaire dans certains cas particuliers, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant, ou lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant.

Analyse

[22] Dans *Canada (Procureur général) c. Ward*¹⁰, la Cour suprême du Canada a exigé du demandeur du statut de réfugié qu'il présente une preuve «claire et convaincante»¹¹ de l'incapacité d'un État d'assurer sa protection. Pour reprendre les termes utilisés par la Cour, «En l'absence d'un effondrement complet de l'appareil étatique, [. . .] il y a lieu de présumer que l'État est capable de protéger le demandeur»¹².

[23] The *quantum* of clear and convincing evidence required to rebut the presumption of a state's ability to protect will depend on its democratic processes. In *Minister of Employment and Immigration v. Satiacum*,¹³ the alleged fear of persecution was the risk to the life of an American Indian chief, convicted but not yet sentenced, if incarcerated in a U.S. federal prison. The Court of Appeal, in commenting on the Immigration Appeal Board's assessment of the trial resulting in the conviction, concluded that, in the absence of exceptional circumstances, Canadian tribunals must assume a fair and independent judicial process in a foreign country. In a democracy such as the United States, with a free and independent judicial system, it would be necessary to impeach substantially the relevant jury selection process or the independence and fair-mindedness of the judiciary.¹⁴

[24] The decision in *Satiacum* was considered with approval in *Ward*. After completing its analysis of *Satiacum*, the Supreme Court explained further the purpose of the presumption of a state's ability to afford protection in these words:

Although this presumption increases the burden on the claimant, it does not render illusory Canada's provision of a haven for refugees. The presumption serves to reinforce the underlying rationale of international protection as a surrogate, coming into play where no alternative remains to the claimant. Refugee claims were never meant to allow a claimant to seek out better protection than that from which he or she benefits already. [Emphasis added.]¹⁵

[25] In *Kadenko v. Canada (Solicitor General)*,¹⁶ the Court of Appeal revisited the issue of state protection and set out the refugee claimant's burden of proof in terms of the "level of democracy" in the country in question:

Once it is assumed that the state . . . has political and judicial institutions capable of protecting its citizens, it is clear that the refusal of certain police officers to take action cannot in itself make the state incapable of doing so . . .

[23] Le degré de preuve claire et convaincante exigé pour réfuter la présomption de la capacité d'un État d'assurer la protection dépendra du caractère démocratique de ses processus. Dans *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Satiacum*¹³, la crainte de persécution alléguée était le danger de mort qu'encourait un chef indien américain, qui avait été déclaré coupable mais qui n'avait pas encore reçu sa peine, s'il était incarcéré dans une prison fédérale américaine. La Cour d'appel, analysant l'évaluation faite par la Commission d'appel de l'immigration du procès ayant mené à la déclaration de culpabilité, a conclu qu'en l'absence de circonstances exceptionnelles, les tribunaux canadiens doivent tenir pour acquis qu'il existe un processus judiciaire équitable et impartial dans le pays étranger. Dans un État démocratique comme les États-Unis, où il existe un système judiciaire libre et indépendant, il faudrait aller jusqu'à démontrer que le processus pertinent de sélection du jury est gravement atteint ou que l'indépendance ou le sens de l'équité des juges est en cause¹⁴.

[24] La décision rendue dans *Satiacum* a été examinée et approuvée dans *Ward*. Après avoir terminé son analyse de *Satiacum*, la Cour suprême a expliqué plus à fond le but de la présomption de la capacité d'un État d'assurer la protection et ce, de la façon suivante:

Bien que cette présomption accroisse l'obligation qui incombe au demandeur, elle ne rend pas illusoire la fourniture par le Canada d'un havre pour les réfugiés. La présomption sert à renforcer la raison d'être de la protection internationale à titre de mesure auxiliaire qui entre en jeu si le demandeur ne dispose d'aucune solution de rechange. Les revendications du statut de réfugié n'ont jamais été destinées à permettre à un demandeur de solliciter une meilleure protection que celle dont il bénéficie déjà. [Non souligné dans l'original.]¹⁵

[25] Dans *Kadenko c. Canada (Solliciteur général)*¹⁶, la Cour d'appel s'est de nouveau penchée sur la question de la protection de l'État et a établi le fardeau de la preuve du revendicateur du statut de réfugié selon le «degré de démocratie» du pays en question:

Dès lors, en effet, qu'il est tenu pour acquis que l'État [. . .] possède des institutions politiques et judiciaires capables de protéger ses citoyens, il est certain que le refus de certains policiers d'intervenir ne saurait en lui-même rendre l'État incapable de le faire [. . .]

...

When the state in question is a democratic state, as in the case at bar, the claimant must do more than simply show that he or she went to see some members of the police force and that his or her efforts were unsuccessful. The burden of proof that rests on the claimant is, in a way, directly proportional to the level of democracy in the state in question: the more democratic the state's institutions, the more the claimant must have done to exhaust all the courses of action open to him or her.¹⁷ [Emphasis added.]

[26] The issue, therefore, is whether there was clear and convincing evidence to rebut the presumption of state protection for Bob Smith in the United Kingdom and the United States.

[27] In the United Kingdom, the respondents lodged complaints with the office of the Local Ombudsman, one police station and a social services agency. The Local Ombudsman's request for further developments was not answered. Neither the personal information forms nor the oral testimony disclose clearly that the Local Ombudsman was asked to investigate the sexual abuse as opposed to the family's housing situation although Jane Doe vaguely suggests a linkage between the two issues. The police referred the respondents to the social services agency and its correspondence indicates that this initiative was not pursued. There is no other significant evidence of administrative or legal action sought to protect Bob Smith from his natural father.

[28] The tribunal decision also refers to media reports concerning cover-ups of child abuse, particularly where members of the establishment were involved. In one instance, the journalist concludes that the concern is "about society that refuses to give the most vulnerable children in its midst the care and protection they deserve."¹⁸ At the same time as these reports, however, the government had in place a commission of inquiry to investigate the prevention of child abuse in England.

[. . .]

Lorsque l'État en cause est un État démocratique comme en l'espèce, le revendicateur doit aller plus loin que de simplement démontrer qu'il s'est adressé à certains membres du corps policier et que ses démarches ont été infructueuses. Le fardeau de preuve qui incombe au revendicateur est en quelque sorte directement proportionnel au degré de démocratie atteint chez l'État en cause: plus les institutions de l'État seront démocratiques, plus le revendicateur devra avoir cherché à épuiser les recours qui s'offrent à lui¹⁷. [Non souligné dans l'original.]

[26] La question en litige est donc de savoir s'il y avait une preuve claire et convaincante de nature à réfuter la présomption de la protection de l'État envers Bob Smith au Royaume-Uni et aux États-Unis.

[27] Au Royaume-Uni, les défendeurs ont déposé des plaintes auprès du bureau local du protecteur du citoyen, d'un poste de police et d'un organisme de services sociaux. La demande de démarches supplémentaires qui a été faite par le bureau local du protecteur du citoyen n'a fait l'objet d'aucune réponse. Ni le formulaire de renseignements personnels ni la preuve orale n'indiquent clairement qu'il ait été demandé au bureau local du protecteur du citoyen d'enquêter sur la violence sexuelle plutôt que sur la situation de la famille en matière de logement, bien que Jane Doe laisse vaguement entendre qu'il existe un lien entre les deux questions. La police a référé les défendeurs à l'organisme de services sociaux, mais sa correspondance indique que rien n'a été fait de ce côté. Aucun autre élément de preuve important n'indique l'existence de démarches administratives ou judiciaires effectuées afin de protéger Bob Smith contre son père biologique.

[28] La décision du tribunal fait également référence à des articles de journaux portant sur des cas de dissimulation de violence faite aux enfants et, en particulier, sur des cas dans lesquels des membres de l'*establishment* étaient impliqués. Dans un cas, le journaliste conclut que l'histoire concerne [TRADUCTION] «une société qui refuse d'accorder à ses enfants les plus vulnérables les soins et la protection qu'ils méritent¹⁸». À l'époque de ces articles, toutefois, le gouvernement avait mis sur pied une commission d'enquête afin de se pencher sur la prévention de la violence faite aux enfants en Angleterre.

[29] The respondents' personal efforts do not meet the threshold set out in *Kadenko*: "the claimant must do more than simply show that he or she went to see some members of the police force and that his or her efforts were unsuccessful."¹⁹ The respondents argue that they did more than seek the assistance of the police. In a literal sense, this may be true. However, Jane Doe's approach to two other agencies, especially where correspondence from government officials does not appear to have been pursued, is not the additional effort required by *Kadenko*. I have reviewed the oral testimony and the respondents' lengthy personal information forms. The respondents' pursuit of their complaints, on the evidence before the tribunal, is significantly less than that required where the state has democratic institutions such as those in the United Kingdom. The other documentary evidence, in its totality, speaks to a government attempting to address, perhaps imperfectly, the serious problem of child abuse in the U.K.

[30] Similarly, the evidence concerning the absence of state protection in the United States is wanting. The letter of the U.S. Assistant Attorney General, in establishing the linkage between John Doe's criminal record and his deportation, acknowledges that the "United States has very strict immigration laws concerning those with drug convictions".²⁰ The attention afforded to this case at the very senior levels of the U.S. Department of Justice speaks to the efficacy, at least to a certain degree, of the respondents' lobbying efforts, even though the result was not the one they had sought. In deporting John Doe for a 1979 drug conviction, the Government of the United States was implementing its "very strict" immigration laws. John Doe's drug conviction and his deportation from the U.S., difficult as the consequences may have been for his wife and stepson, did not make a Convention refugee of Bob Smith. Again, there is no other significant evidence of the absence of state protection. The tribunal's reliance on the U.N. *Convention on the Rights of the Child* could not, in any legal sense, alter

[29] Les efforts personnels des défendeurs ne satisfont pas à l'exigence minimale établie dans *Kadenko*: «le revendicateur doit aller plus loin que de simplement démontrer qu'il s'est adressé à certains membres du corps policier et que ses démarches ont été infructueuses»¹⁹. Les défendeurs font valoir qu'ils ont fait plus que de demander l'aide de la police. Au sens strict, cela est peut-être vrai. Toutefois, les démarches effectuées par Jane Doe auprès de deux autres organismes, surtout lorsque de la correspondance ne paraît pas avoir été envoyée à des fonctionnaires gouvernementaux, ne constituent pas l'effort supplémentaire exigé par *Kadenko*. J'ai pris connaissance des témoignages et des longs formulaires de renseignements des défendeurs. À la lumière de la preuve dont était saisi le tribunal, il ressort que les démarches effectuées par les défendeurs pour faire valoir leurs plaintes sont nettement insuffisantes en comparaison de ce qui est exigé dans les cas où l'État possède des institutions démocratiques comme celles dont dispose le Royaume-Uni. L'ensemble des autres éléments de preuve montrent que le gouvernement essaie, peut-être de façon imparfaite, de s'attaquer au grave problème de la violence faite aux enfants au R.-U.

[30] De même, la preuve relative à l'absence de la protection de l'État aux États-Unis est déficiente. La lettre du procureur général adjoint, qui établit le lien entre le dossier criminel de John Doe et son expulsion, reconnaît que [TRADUCTION] «Les États-Unis ont des lois en matière d'immigration très strictes concernant les personnes déclarées coupables d'infractions relatives aux drogues»²⁰. L'attention qui a été portée à cette affaire aux plus hauts niveaux du ministère de la Justice des États-Unis confirme l'efficacité, jusqu'à un certain point, du lobbying des défendeurs, même si cela n'a pas donné le résultat escompté. En expulsant John Doe en raison d'une déclaration de culpabilité en matière de drogue datant de 1979, le gouvernement des États-Unis a appliqué ses lois «très strictes» en matière d'immigration. La déclaration de culpabilité de John Doe et son expulsion des États-Unis, bien que les conséquences aient pu être pénibles pour son épouse et pour son beau-fils, n'ont pas fait de Bob Smith un réfugié au sens de la Convention. Encore une fois, il n'existe aucun autre élément de preuve important de

this evidentiary gap. The deportation of John Doe, despite its impact on the situation of Bob Smith, cannot be characterized as an act of persecution by the United States against Bob Smith nor as evidence of the absence of state protection.

[31] In my view, the tribunal has drawn erroneous conclusions concerning the absence of state protection in the U.K. and in the U.S. on the basis of its analysis of the oral and documentary evidence. That evidence falls substantially short of the burden of proof required of the respondents according to *Ward*, *Satiacum* and *Kadenko*. It was not open to the tribunal, on the facts in this case, to conclude that the respondents had established the “clear and convincing” proof required to rebut the presumption of state protection.

[32] Neither counsel focussed on the applicable standard of judicial review. Here, of course, the tribunal appropriately considered *Ward* and *Kadenko*. Also, its summary of the facts was not flawed. The tribunal erred, however, in concluding that the facts constituted the “clear and convincing” evidence necessary to rebut the presumption of state protection. If the tribunal’s determination represents an error in law, the standard of review is correctness.²¹ In my view, the tribunal was not faced with a pure question of law. It “forged no new legal principle”²² on the issue of state protection. Some other standard of review must apply.

[33] If the tribunal’s finding of the absence of state protection represents an erroneous finding of fact, the standard of review is at the higher end of the spectrum of deference owed to the tribunal. Again, however, I do not think that the tribunal was faced with a pure question of fact. Its findings of fact had to be assessed against a certain legal test: were these facts “clear and convincing” evidence? If the tribunal erred in determining “whether the facts satisfy the legal tests”, that

l’absence de la protection de l’État. Le fait que le tribunal se soit fondé sur la *Convention relative aux droits de l’enfant des Nations-Unies* ne pouvait pas, au sens juridique, combler cette lacune dans la preuve. Malgré ses effets sur la situation de Bob Smith, l’expulsion de John Doe ne peut être qualifiée d’acte de persécution de la part des États-Unis contre Bob Smith, ni de preuve d’absence de la protection de l’État.

[31] J’estime que les conclusions que le tribunal a tirées à l’égard de l’absence de la protection de l’État au R.-U. et aux É.-U., sur la foi de son analyse de la preuve orale et documentaire, étaient erronées. La preuve est nettement insuffisante pour réfuter le fardeau de la preuve requis des défendeurs à la lumière des arrêts *Ward*, *Satiacum* et *Kadenko*. Vu les faits de l’espèce, le tribunal n’avait pas le loisir de conclure que les défendeurs avaient établi la preuve «claire et convaincante» requise pour réfuter la présomption de la protection de l’État.

[32] Aucun des avocats n’a élaboré sur la norme de contrôle judiciaire applicable. En l’espèce, il est évident que le tribunal a examiné convenablement les arrêts *Ward* et *Kadenko*. De plus, son résumé des faits ne comportait pas d’inexactitudes. Le tribunal a cependant commis une erreur en concluant que les faits constituaient la preuve «claire et convaincante» requise pour réfuter la présomption de la protection de l’État. Si la conclusion tirée par le tribunal constitue une erreur de droit, la norme de contrôle est celle de la décision correcte²¹. Selon moi, le tribunal n’avait pas affaire à une question de droit pure. Il «n’a forgé aucun nouveau principe de droit»²² sur la question de la protection de l’État. Une autre norme de contrôle doit s’appliquer.

[33] Si la conclusion du tribunal relativement à l’absence de la protection de l’État constitue une conclusion de fait erronée, la norme de contrôle se situe au niveau le plus élevé de l’échelle de retenue devant être exercée à l’égard du tribunal. Encore une fois, je n’estime cependant pas que le tribunal avait affaire à une question de fait pure. Ses conclusions de fait devaient être évaluées à la lumière d’un certain critère juridique: ces faits constituaient-ils une preuve

is a matter of mixed law and fact and the standard of review is reasonableness.²³ This is the standard that I believe is applicable in this case. Even here, where some deference is owed to the areas of this board's expertise²⁴ and where I am not simply to substitute my decision for that of the tribunal,²⁵ I have concluded that my intervention is both necessary and fully warranted. The evidence was simply insufficient, and substantially so, to rebut the presumption. The tribunal determined otherwise. In so doing, its decision is at least "unreasonable" or "clearly wrong".²⁶ If I have incorrectly identified the standard of review, I have no hesitation in concluding, pursuant to paragraph 18.1(4)(d) of the *Federal Court Act*,²⁷ that the tribunal's finding of no state protection in the United Kingdom and the United States, on the basis of the slim evidence in this case, is one which was made in a perverse manner and without regard for the material.

[34] This Court's conclusion concerning state protection resolves the application for judicial review. It is not necessary to consider further the tribunal's determination concerning Bob Smith's particular social group, his persecution in the U.K. and the U.S. and whether the principle of family unity would qualify his mother and stepfather as Convention refugees. Similarly, as the tribunal could not properly determine that Bob Smith was a Convention refugee, the issue of the cessation of his status pursuant to subsections 2(2) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1] and (3) of the *Immigration Act* need not be reviewed.

[35] This application for judicial review will be granted. The decision of the Convention Refugee Determination Division will be set aside and the matter will be referred for redetermination by a differently constituted panel. Counsel may file written

«claire et convaincante»? Si le tribunal a commis une erreur en tranchant la question de savoir «si les faits satisfont au critère juridique», il s'agit d'une question mixte de droit et de fait, et la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable²³. J'estime qu'il s'agit de la norme applicable dans la présente affaire. En l'espèce, même s'il faut faire preuve de retenue en ce qui concerne les domaines d'expertise de la présente commission²⁴ et même si je ne peux simplement substituer ma décision à celle du tribunal²⁵, j'en suis venu à la conclusion que mon intervention est à la fois nécessaire et pleinement justifiée. La preuve était carrément insuffisante, et ce, de façon substantielle, pour réfuter la présomption. Le tribunal en a décidé autrement. En conséquence, sa décision est au moins «déraisonnable» ou «manifestement erronée»²⁶. Dans l'éventualité où j'appliquerais la mauvaise norme de contrôle, je n'ai aucune hésitation à conclure, en vertu de l'alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur la Cour fédérale*²⁷, que la conclusion du tribunal relativement à l'absence de la protection de l'État au Royaume-Uni et aux États-Unis, fondée sur la faible preuve présentée en l'espèce, a été tirée de façon déraisonnable et sans qu'il soit tenu compte de la preuve documentaire.

[34] La conclusion de la Cour relativement à la protection de l'État règle le sort de la demande de contrôle judiciaire. Il n'est nécessaire ni d'examiner plus à fond la conclusion du tribunal à l'égard du groupe social particulier de Bob Smith et de sa persécution au R.-U. et aux É.-U. ni d'examiner la question de savoir si le principe de l'unité de la famille aurait pour effet de rendre sa mère et son beau-père admissibles à titre de réfugiés au sens de la Convention. De même, étant donné que le tribunal ne pouvait pas conclure à bon droit que Bob Smith était un réfugié au sens de la Convention, il n'est pas nécessaire d'examiner la question de la perte de son statut aux termes des paragraphes 2(2) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), c. 28, art. 1] et (3) de la *Loi sur l'immigration*.

[35] La présente demande de contrôle judiciaire est accueillie. La décision de la section du statut de réfugié est annulée et l'affaire est renvoyée pour nouvel examen par un tribunal différemment constitué. Les avocats peuvent déposer des observations écrites

submissions concerning the certification of a serious question within 14 days of the date of these reasons.

à l'égard de la certification d'une question grave dans un délai de quatorze jours de la date des présents motifs.

¹ An order of October 7, 1997 sealed this file and amended the style of cause to protect the real identity of the respondents.

¹ Par ordonnance rendue le 7 octobre 1997, le présent dossier a été scellé et l'intitulé de la cause a été modifié pour garder confidentielle l'identité des défendeurs.

² Tribunal Record, at pp. 541 and 549.

² Dossier du tribunal, aux p. 541 et 549.

³ Tribunal Record, at p. 540.

³ Dossier du tribunal, à la p. 540.

⁴ Tribunal Record, at p. 820.

⁴ Dossier du tribunal, à la p. 820.

⁵ Tribunal Record, at p. 811.

⁵ Dossier du tribunal, à la p. 811.

⁶ Tribunal Record, at p. 547.

⁶ Dossier du tribunal, à la p. 547.

⁷ Tribunal Record, at pp. 811-813.

⁷ Dossier du tribunal, aux p. 811 à 813.

⁸ Tribunal Record, at pp. 287, 288, 290, 593 and 623.

⁸ Dossier du tribunal, aux p. 287, 288, 290, 593 et 623.

⁹ Tribunal Record, at pp. 249-250.

⁹ Dossier du tribunal, aux p. 249 et 250.

¹⁰ [1993] 2 S.C.R. 689.

¹⁰ [1993] 2 R.C.S. 689.

¹¹ *Ibid.*, at pp. 724 and 726.

¹¹ *Ibid.*, aux p. 724 et 726.

¹² *Ibid.*, at p. 725.

¹² *Ibid.*, à la p. 725.

¹³ (1989), 99 N.R. 171 (F.C.A.).

¹³ (1989), 99 N.R. 171 (C.A.F.).

¹⁴ *Ibid.*, at pp. 175-177.

¹⁴ *Ibid.*, aux p. 175 à 177.

¹⁵ *Supra*, note 10, at p. 726.

¹⁵ *Supra*, note 10, à la p. 726.

¹⁶ (1996), 143 D.L.R. (4th) 532 (F.C.A.).

¹⁶ (1996), 143 D.L.R. (4th) 532 (C.A.F.).

¹⁷ *Ibid.*, at pp. 533-534.

¹⁷ *Ibid.*, aux p. 533 et 534.

¹⁸ Tribunal Record, at p. 290.

¹⁸ Dossier du tribunal, à la p. 290.

¹⁹ *Supra*, note 17.

¹⁹ *Supra*, note 17.

²⁰ *Supra*, note 9.

²⁰ *Supra*, note 9.

²¹ *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at p. 1019.

²¹ *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, à la p. 1019.

²² *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at p. 771.

²² *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, à la p. 771.

²³ *Ibid.*, at pp. 766-767. In referring to *Southam Inc.* concerning the standard of review, I am mindful that the Supreme Court of Canada was considering a statutory appeal and not an application for judicial review as is this proceeding.

²³ *Ibid.*, aux p. 766 et 767. En renvoyant à *Southam Inc.* en ce qui concerne la norme de contrôle, je suis conscient que la Cour suprême du Canada traitait d'un appel prévu par la loi, et non pas d'une demande de contrôle judiciaire comme en l'espèce.

²⁴ In *Pushpanathan*, *supra*, note 21, at p. 1017, Bastarache J. described the expertise of the Convention Refugee Determination Division as follows: "The expertise of the Board is in accurately evaluating whether the criteria for refugee status have been met and, in particular, assessing the nature of the risk of persecution faced by the applicant if returned to his or her country of origin."

²⁴ Dans *Pushpanathan*, précité, note 21, à la p. 1017, le juge Bastarache a exposé ainsi le domaine d'expertise de la Section du statut de réfugié: «L'expertise de la Commission consiste à apprécier de façon exacte si les critères nécessaires pour obtenir le statut de réfugié ont été respectés et, plus particulièrement, à apprécier la nature du risque de persécution auquel sera confronté le requérant s'il est renvoyé dans son pays d'origine».

²⁵ See *Kadenko*, *supra*, note 16, at p. 535.

²⁵ Voir *Kadenko*, précité, note 16, à la p. 535.

²⁶ *Southam Inc.*, *supra*, note 22, at pp. 778-779.

²⁶ *Southam Inc.*, précité, note 22, aux p. 778 et 779.

²⁷ R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 18.1(4)(d) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)].

²⁷ L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 18.1(4)d) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)].

T-1350-97

T-1350-97

Fournier Pharma Inc. (Applicant)**Fournier Pharma Inc. (demanderesse)**

v.

c.

The Attorney General of Canada and The Minister of Health (Respondents)**Procureur général du Canada et Ministre de la Santé (défendeurs)**

and

et

Novopharm Limited (Intervener)**Novopharm Limited (intervenante)****INDEXED AS: FOURNIER PHARMA INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: FOURNIER PHARMA INC. c. CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) (1^{re} INST.)**

Trial Division, Teitelbaum J.—Montréal, September 28; Ottawa, October 16, 1998.

Section de première instance, juge Teitelbaum—Montréal, 28 septembre; Ottawa, 16 octobre 1998.

Patents — Patented medicines — Application for mandamus directing Minister to file applicant's patent lists in register, declaration Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 4(3), (5) (now s. 4(4)) ultra vires Patent Act, s. 55.2(4) — S. 4(3) requiring patent list be submitted at same time as submission for notice of compliance (NOC) — S. 4(4) stipulating patent list must be filed within 30 days of issuance of patent where submission for NOC already filed — Patent Act, s. 55.2(4) conferring on Governor in Council authority to make such regulations as considers necessary for preventing patent infringement — Applicant waiting until 1997 to submit patent lists for patents granted in 1993 — Health Canada refusing to register patent lists on ground not complying with s. 4(3), (5) — S. 55.2(4) discretion, authority sufficiently broad to embrace enactment of s. 4(3), (4) — Evidence not demonstrating subsections unreasonable, unfair, unnecessary, constituting abuse of power — Subsections in conformity with purpose of Regulations, objects of Patent Act to strengthen position, rights of patentees while protecting consumers by ensuring availability of reasonably priced medicine — Evidence not providing basis to find Regulations ultra vires.

Brevets — Médicaments brevetés — Demande de bref de mandamus enjoignant au ministre d'inscrire les listes de brevets de la demanderesse dans le registre des brevets et demande de jugement déclarant que les art. 4(3) et 4(5) (maintenant art. 4(4)) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) sont ultra vires de l'art. 55.2(4) de la Loi sur les brevets — L'art. 4(3) exige que la liste de brevets soit soumise en même temps que la demande d'avis de conformité — L'art. 4(4) dispose que la liste de brevets doit être déposée dans les 30 jours suivant la délivrance d'un brevet lorsqu'une demande d'avis de conformité a déjà été déposée — L'art. 55.2(4) confère au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre les règlements qu'il juge nécessaires pour empêcher la contrefaçon des brevets — La demanderesse a attendu jusqu'en 1997 avant de soumettre ses listes de brevets pour des brevets qui lui avaient été accordés en 1993 — Santé Canada a refusé d'enregistrer les listes de brevets au motif qu'elles n'étaient pas conformes aux art. 4(3) et 4(5) du Règlement — Le pouvoir discrétionnaire et la compétence conférés au gouverneur en conseil par l'art. 55.2(4) sont suffisamment larges pour englober la prise des art. 4(3) et 4(4) — La preuve ne démontre pas que les paragraphes en question sont déraisonnables, injustes ou inutiles ou qu'ils constituent un abus de pouvoir — Les paragraphes en question sont compatibles avec les objectifs du Règlement, qui consistent à renforcer la position et les droits des brevetés tout en protégeant les intérêts des consommateurs canadiens en leur permettant de se procurer des médicaments brevetés à prix raisonnable — La preuve ne permet pas de conclure que le Règlement est ultra vires.

This was an application for an order of *mandamus* directing the Minister of National Health and Welfare to file the applicant's patent lists in the patent register, and a

Il s'agit d'une demande de bref de *mandamus* enjoignant au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social d'inscrire les listes de brevets de la demanderesse dans le

declaration that subsections 4(3) and 4(5) (now subsection 4(4)) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* are *ultra vires* subsection 55.2(4) of the *Patent Act*. Subsection 4(3) requires that a patent list be submitted at the same time as a submission for a notice of compliance. Subsection 4(4) stipulates that a patent list must be filed within 30 days of the issuance of a patent where a submission for a notice of compliance has already been filed.

In August 1992 and July 1995 respectively the applicant filed submissions to obtain a notice of compliance relating to two patented drugs for which it is the exclusive licensee. Notices were issued, but the applicant waited until 1997 to submit its patent lists, which referred to patents granted in 1993, to the Health Protection Branch of Health Canada. Registration of the patent lists was refused on the ground that they should have been filed together with the submissions for the notice of compliance, in accordance with subsections 4(3) and 4(5) (as it then was) of the Regulations.

The issues were: (1) whether subsections 4(3) and 4(4) of the Regulations, as amended, are *ultra vires Patent Act*, subsection 55.2(4); and (2) whether the Minister's refusal to register the applicant's patent lists was reviewable, and is an order of *mandamus* warranted?

Held, the application should be dismissed.

The Regulations are not unreasonable, unfair or unnecessary. Where no evidence is adduced to demonstrate that the exercise of a regulatory power is unreasonable, unnecessary, unfair or amounts to an abuse of power, the regulations must be held valid. This is consistent with the presumption of validity and good faith. Subsection 55.2(4) confers upon the Governor in Council the authority to "make such regulations as the Governor in Council considers necessary for preventing the infringement of a patent". The Governor in Council's discretion and authority are sufficiently broad to embrace the enactment of subsections 4(3) and 4(4) of the Regulations. The evidence did not demonstrate that the subsections were unreasonable, unfair and unnecessary or constituted an abuse of power.

Where a regulating authority has a broad discretionary power as that of the Governor in Council by virtue of *Patent Act*, subsection 55.2(4), the only avenue for inquiry by the Court is whether the Regulations by their terms, relate to the statutory purposes of the enabling legislation. The Regulations provide "first persons" with a qualified right to register a patent list within time limits. This is consistent with and supports the attainment of the competing objectives of the *Patent Act* to strengthen the position and rights of patentees, while protecting the interests of Canadian consumers in

registre des brevets, ainsi qu'un jugement déclarant que le gouverneur en conseil a outrepassé les limites des pouvoirs qui lui sont conférés par le paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets* en édictant les paragraphes 4(3) et 4(5) (maintenant le paragraphe 4(4)) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. Le paragraphe 4(3) prévoit que la liste de brevets doit être soumise en même temps que la demande d'avis de conformité. Le paragraphe 4(4) dispose que la liste de brevets doit être déposée dans les 30 jours suivant la délivrance d'un brevet lorsqu'une demande d'avis de conformité a déjà été déposée.

En août 1992 et en juillet 1995 respectivement, la demanderesse a déposé une demande d'avis de conformité relativement à deux médicaments brevetés pour lesquels elle détient une licence exclusive. Les avis demandés lui ont été délivrés, mais elle a attendu jusqu'en 1997 avant de soumettre ses listes de brevets à la Direction générale de la protection de la santé de Santé Canada. L'enregistrement des listes de brevets a été refusé au motif qu'aux termes des paragraphes 4(3) et 4(5) du Règlement (dans leur rédaction alors en vigueur), les listes devaient être soumises en même temps que la demande d'avis de conformité.

Les questions en litige sont les suivantes: 1) Les paragraphes 4(3) et 4(4) du Règlement, modifiés, sont-ils *ultra vires* du paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*? 2) Le refus du ministre d'enregistrer les listes de brevets de la demanderesse donne-t-il ouverture à un contrôle judiciaire et justifie-t-il le prononcé d'un bref de *mandamus*?

Jugement: la demande doit être rejetée.

Le Règlement n'est pas déraisonnable, injuste ou inutile. Lorsqu'aucun élément de preuve n'est présenté pour démontrer que l'exercice d'un pouvoir réglementaire est déraisonnable, inutile ou injuste ou constitue un abus de pouvoir, le Règlement doit être jugé valide, conformément à la présomption de validité et de bonne foi. Le paragraphe 55.2(4) confère au gouverneur en conseil le pouvoir de «prendre des règlements [. . .] afin d'empêcher la contrefaçon de brevets d'invention». Le pouvoir discrétionnaire et la compétence conférés au gouverneur en conseil sont suffisamment larges pour englober la prise des paragraphes 4(3) et 4(4) du Règlement. La preuve ne démontre pas que les paragraphes en question sont déraisonnables, injustes ou inutiles ou qu'ils constituent un abus de pouvoir.

Lorsqu'un organisme de réglementation est investi d'un pouvoir discrétionnaire aussi vaste que celui que le paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets* confère au gouverneur en conseil, le seul examen auquel la Cour peut procéder est celui qui vise à déterminer si les dispositions du texte réglementaire concordent avec les objets de la loi habilitante. Le Règlement accorde aux «premières personnes» le droit limité d'enregistrer une liste de brevets dans un délai déterminé. Ce droit favorise l'atteinte des objectifs opposés de la *Loi sur les brevets* et est compatible avec les objectifs

ensuring the availability of reasonably priced medicine. These competing objectives are achieved by means of the right to register patent lists and the time limits which work together in preserving a balance sought by the legislator. The registration of a patent list extends patent protection to reward innovation and encourages research and development, while the time limits prevent extended monopolies from precluding generics from entering the market, and ensure access to reasonably priced medicine. Furthermore, the qualified right to register a patent list within time limits is clearly in pursuance of and connected with the prevention of patent infringement. The qualified right to file a patent list within time limits was not contrary to the purpose of the Regulations or the *Patent Act*. In any event, the authority to adopt strict time limits can be inferred by necessary inference or implicit delegation. The time limits are necessary to give effect to the intention of the legislator to strengthen the position of patentees and to ensure the availability of reasonably priced medicine for Canadian consumers. Without such time limits, "first persons" could extend their monopoly and the balance sought by the legislator would not be preserved.

As the Regulations are *intra vires*, the order of *mandamus* should not issue. The applicant failed to file its patent lists within the time limits provided under the Regulations. Furthermore, the Regulations do not confer upon the Minister any discretion to accept patent lists submitted outside the time frame allotted to do so. Therefore there was no duty owed to the applicant to accept and register the patent lists, and *mandamus* should not issue.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5), 18.2 (as enacted *idem*).
- Immigration Appeal Board Act*, R.S.C. 1970, c. I-3, s. 7(3).
- Immigration Appeal Board Rules*, SOR/67-559, Rule 19.
- Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 55.2(4) (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4).
- Patent Act Amendment Act, 1992*, S.C. 1993, c. 2, s. 4.
- Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, s. 4 (as am. by SOR/98-166, s. 3).
- War Measures Act*, R.S.C. 1927, c. 206, s. 3.

en question, qui consistent à renforcer la position et les droits des brevetés tout en protégeant les intérêts des consommateurs canadiens en leur permettant de se procurer des médicaments brevetés à prix raisonnable. L'atteinte de ces objectifs opposés est favorisée par l'octroi du droit d'enregistrer une liste de brevets et par l'imposition d'un délai, qui contribuent ensemble à maintenir l'équilibre que le législateur cherche à atteindre. L'enregistrement de la liste de brevets a pour effet de protéger les médicaments par l'octroi de brevets dans le but de récompenser l'innovation et d'encourager la recherche et le développement, tandis que l'imposition d'un délai a pour effet d'interdire aux grands monopoles d'empêcher les médicaments génériques de pénétrer sur le marché et de permettre aux consommateurs de se procurer des médicaments à prix raisonnable. Le droit limité d'enregistrer une liste de brevets dans les délais impartis vise de toute évidence à favoriser la prévention de la contrefaçon de brevets et est lié à cet objectif. Le droit limité de déposer une liste de brevets dans le délai imparti ne va pas à l'encontre de l'objet du Règlement ou de la *Loi sur les brevets*. De toute façon, le pouvoir d'imposer des délais de rigueur peut être inféré par déduction nécessaire ou délégation implicite. L'imposition de délais est nécessaire pour donner effet à l'intention du législateur de manière à renforcer la position des brevetés et à garantir que le consommateur canadien puisse se procurer des médicaments à prix raisonnable. Sans ces délais, les « premières personnes » pourraient étendre leur monopole et l'équilibre visé par le législateur ne pourrait être maintenu.

Comme le Règlement est *intra vires*, il n'y a pas lieu de délivrer un bref de *mandamus*. La demanderesse n'a pas déposé ses listes de brevets dans les délais prescrits par le Règlement. De plus, le Règlement ne confère pas au ministre le pouvoir discrétionnaire d'accepter des listes de brevets présentées après l'expiration du délai prescrit. En conséquence, le ministre n'était pas tenu d'accepter et d'enregistrer les listes de brevets de Fournier, et le bref de *mandamus* ne devrait donc pas être décerné.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets*, L.C. 1993, ch. 2, art. 4.
- Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*, S.R.C. 1970, ch. I-3, art. 7(3).
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1 (édicte *idem*, art. 5), 18.2 (édicte *idem*).
- Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 55.2(4) (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4).
- Loi sur les mesures de guerre*, S.R.C. 1927, ch. 206, art. 3.
- Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, art. 4 (mod. par DORS/98-166, art. 3).
- Règles sur la Commission d'appel de l'immigration*, DORS/67-559, règle 19.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Apotex Inc. v. Canada (Attorney General), [1997] 1 F.C. 518; (1996), 48 Admin. L.R. (2d) 109; 71 C.P.R. (3d) 166; 123 F.T.R. 161 (T.D.); *Lemoyne (Ville) v. Bessette* (1995), 129 D.L.R. (4th) 697 (Que. C.A.).

DISTINGUISHED:

Alvarez v. Minister of Manpower and Immigration, [1979] 1 F.C. 149; (1978), 128 D.L.R. (4th) 385; 189 N.R. 175 (C.A.); *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674; 10 Admin. L.R. (2d) 161; 79 C.C.C. (3d) 158; 19 C.R. (4th) 347; 14 M.P.L.R. (2d) 1; 149 N.R. 114; 61 O.A.C. 241; *Dumont c. R.*, [1977] C.A. 114 (Que.).

CONSIDERED:

Reference as to the Validity of the Regulations in relation to Chemicals, [1943] S.C.R. 1; [1943] 1 D.L.R. 248; (1943), 79 C.C.C. 1; *Alaska Trainship Corporation et al. v. Pacific Pilotage Authority*, [1981] 1 S.C.R. 261; (1981), 120 D.L.R. (3d) 577; 35 N.R. 271; *ICN Pharmaceuticals, Inc. v. Canada (Staff of the Patented Medicine Prices Review Board)*, [1997] 1 F.C. 32; (1996), 138 D.L.R. (4th) 71; 68 C.P.R. (3d) 417; 200 N.R. 376 (C.A.).

REFERRED TO:

Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare), [1997] 3 F.C. 752; (1997), 74 C.P.R. (3d) 307; 133 F.T.R. 184 (T.D.); *Barreau du Québec c. Morin*, [1988] R.J.Q. 2629; (1988), 18 Q.A.C. 291 (C.A.); *Québec (Procureur général) c. Fortier*, [1990] R.J.Q. 1280 (C.A.); *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231; (1994), 110 D.L.R. (4th) 1; [1994] 3 W.W.R. 609; 88 B.C.L.R. (2d) 145; 20 Admin. L.R. (2d) 202; 41 B.C.A.C. 81; 20 M.P.L.R. (2d) 1; 163 N.R. 81; 66 W.A.C. 81; *Canada (Attorney General) v. Young*, [1989] 3 F.C. 647; (1989), 27 C.C.E.L. 161; 89 CLLC 14,046; 100 N.R. 333 (C.A.).

APPLICATION for an order of *mandamus* directing the Minister of National Health and Welfare to file the applicant's patent lists in the patent register, and a declaration that subsections 4(3) and 4(5) (now subsection 4(4)) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* are *ultra vires* subsection 55.2(4) of the *Patent Act*. Application dismissed.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Apotex Inc. c. Canada (Procureur général), [1997] 1 C.F. 518; (1996), 48 Admin. L.R. (2d) 109; 71 C.P.R. (3d) 166; 123 F.T.R. 161 (1^{re} inst.); *Lemoyne (Ville) c. Bessette* (1995), 129 D.L.R. (4th) 697 (C.A. Qué.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Alvarez c. Ministre de la Main d'œuvre et de l'Immigration, [1979] 1 C.F. 149; (1978), 128 D.L.R. (4th) 385; 189 N.R. 175 (C.A.); *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674; 10 Admin. L.R. (2d) 161; 79 C.C.C. (3d) 158; 19 C.R. (4th) 347; 14 M.P.L.R. (2d) 1; 149 N.R. 114; 61 O.A.C. 241; *Dumont c. R.*, [1977] C.A. 114 (Qué.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Reference as to the Validity of the Regulations in relation to Chemicals, [1943] R.C.S. 1; [1943] 1 D.L.R. 248; (1943), 79 C.C.C. 1; *Alaska Trainship Corporation et al. c. Administration de pilotage du Pacifique*, [1981] 1 R.C.S. 261; (1981), 120 D.L.R. (3d) 577; 35 N.R. 271; *ICN Pharmaceuticals, Inc. c. Canada (Personnel du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés)*, [1997] 1 C.F. 32; (1996), 138 D.L.R. (4th) 71; 68 C.P.R. (3d) 417; 200 N.R. 376 (C.A.).

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social), [1997] 3 C.F. 752; (1997), 74 C.P.R. (3d) 307; 133 F.T.R. 184 (1^{re} inst.); *Barreau du Québec c. Morin*, [1988] R.J.Q. 2629; (1988), 18 Q.A.C. 291 (C.A.); *Québec (Procureur général) c. Fortier*, [1990] R.J.Q. 1280 (C.A.); *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231; (1994), 110 D.L.R. (4th) 1; [1994] 3 W.W.R. 609; 88 B.C.L.R. (2d) 145; 20 Admin. L.R. (2d) 202; 41 B.C.A.C. 81; 20 M.P.L.R. (2d) 1; 163 N.R. 81; 66 W.A.C. 81; *Canada (Procureur général) c. Young*, [1989] 3 C.F. 647; (1989), 27 C.C.E.L. 161; 89 CLLC 14,046; 100 N.R. 333 (C.A.).

DEMANDE de bref de *mandamus* enjoignant au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social d'inscrire les listes de brevets de la demanderesse dans le registre des brevets et demande de jugement déclarant que les paragraphes 4(3) et 4(5) (maintenant le paragraphe 4(4)) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* sont *ultra vires* du paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*. Demande rejetée.

APPEARANCES:

André Bégin and Luise Bauer for applicant.

André Lespérance for respondents.

Edward J. B. Hore for intervener.

SOLICITORS OF RECORD:

Lette & Associés, Montréal, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondents.

Hazzard & Hore, Toronto, for intervener.

The following are the reasons for order rendered in English by

TEITELBAUM J.:

INTRODUCTION

[1] In this application for judicial review pursuant to sections 18 [as am by S.C. 1990, c. 8, s. 4], 18.1 [as enacted *idem*, s. 5] and 18.2 [as enacted *idem*] of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], the applicant, Fournier Pharma Inc. (Fournier), seeks an order of *mandamus* directing the Minister of National Health and Welfare (the Minister) to file Fournier's patent lists in the patent register, and a declaration that subsections 4(3) and 4(5) (now 4(4)) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 [as am. by SOR/98-166, s. 3], (the Regulations), are *ultra vires* subsection 55.2(4) of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, as enacted by the *Patent Act Amendment Act, 1992*, S.C. 1993, c. 2, s. 4.

FACTS AND BACKGROUND

[2] The facts which give rise to this application are not in dispute and can be summarized as follows. In 1993, the legislative scheme under the *Patent Act* was amended. While the *Patent Act Amendment Act, 1992* came into force in February 1993, section 55.2 of the *Patent Act* together with the Regulations came into force on March 12, 1993. Under this new scheme, the

ONT COMPARU:

André Bégin et Luise Bauer pour la demanderesse.

André Lespérance pour les défendeurs.

Edward J. B. Hore pour l'intervenante.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Lette & Associés, Montréal, pour la demanderesse.

Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

Hazzard & Hore, Toronto, pour l'intervenante.

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

LE JUGE TEITELBAUM:

INTRODUCTION

[1] Dans la présente demande de contrôle judiciaire fondée sur les articles 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4], 18.1 [édicte, *idem*, art. 5] et 18.2 [édicte, *idem*] de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7], la demanderesse, Fournier Pharma Inc. (Fournier), sollicite une ordonnance de *mandamus* enjoignant au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social (le ministre), d'inscrire ses listes de brevets dans le registre des brevets, ainsi qu'un jugement déclarant que le gouverneur en conseil a outrepassé les limites des pouvoirs qui lui sont conférés par le paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, édicte par l'article 4 de la *Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets*, L.C. 1993, ch. 2, en édictant les paragraphes 4(3) et 4(5) (maintenant le paragraphe 4(4)) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 [mod. par DORS/98-166, art. 3], (le Règlement).

GENÈSE DE L'INSTANCE

[2] Les faits à l'origine de la présente demande ne sont pas contestés et peuvent être résumés comme suit. En 1993, le régime législatif prévu par la *Loi sur les brevets* a été modifié. La *Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets* est entrée en vigueur en février 1993. L'article 55.2 de la *Loi sur les brevets* est toutefois entré en vigueur le 12 mars 1993, en même temps que

Minister is responsible for the issuance of notices of compliance (NOC) and the maintenance of the patent register. Under the Regulations a “first person” may file, within time limits, a patent list identifying patents covering a medicine or a claim for the use of a medicine. Where such a list is registered, a “second person” applying for a notice of compliance must notify the “first person”, whose patent it could infringe upon, of the allegations of non-infringement. Then, the “first person” may contest these allegations by means of judicial review before the Federal Court which in turn may result in a prohibitive injunction preventing the Minister from issuing a NOC to a “second person”. Conversely, failure to file a patent list in a timely fashion may result in the grant of a NOC to a “second person” notwithstanding the existence of a patent for the drug. For a broader overview of the process under this scheme see: *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1997] 3 F.C. 752 (T.D.).

[3] In August 1992 and July 1995 respectively, the applicant, who is the exclusive licensee of the Canadian Patent No. 1322529 with respect to the drugs Fenofibrate and Fenofibrate (micronized), filed submissions to obtain a NOC relating to the said drugs, which notices were issued by Health Canada. However, Fournier waited until 1997 to submit its patent lists, which referred to patents granted in October 1993, to the Health Protection Branch of Health Canada. Health Canada refused to register the patent lists on the ground that the patent lists should have been filed together with the submissions for the notice of compliance, in accordance with subsections 4(3) and 4(5) of the Regulations. Further to the Minister’s refusal to register the patent lists, Fournier filed this application for judicial review seeking an order of *mandamus* directing the Minister to register the patent lists and a declaration of invalidity regarding subsections 4(3) and 4(5) of the Regulations, upon which the said decision is based.

le Règlement. Suivant ce nouveau régime, le ministre est chargé de délivrer des avis de conformité et de tenir le registre des brevets à jour. Aux termes du Règlement, une «première personne» peut, dans les délais prescrits, déposer une liste énumérant les brevets visant un médicament ou comportant une revendication pour l’utilisation d’un médicament. Une fois cette liste enregistrée, la «seconde personne» qui demande un avis de conformité doit signifier un avis d’allégation de non-contrefaçon à la «première personne» dont elle est susceptible de contrefaire le brevet. La «première personne» peut ensuite contester les allégations en question en saisissant la Cour fédérale d’une demande de contrôle judiciaire qui peut donner lieu au prononcé d’une injonction interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité à la «seconde personne». Inversement, le défaut de déposer une liste de brevets dans les délais impartis peut se solder par la délivrance d’un avis de conformité à la «seconde personne» et ce, malgré l’existence d’un brevet pour le médicament. Pour une analyse plus fouillée de la procédure prévue par ce régime, voir la décision *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1997] 3 C.F. 752 (1^{re} inst.).

[3] En août 1992 et en juillet 1995 respectivement, la demanderesse, qui détient une licence exclusive à l’égard du brevet canadien n° 1322529 relativement aux médicaments Fénofibrate et Fénofibrate (micronisé), a déposé une demande d’avis de conformité relativement aux médicaments en question. Santé Canada lui a délivré les avis demandés. Fournier a toutefois attendu jusqu’en 1997 avant de soumettre ses listes de brevets à la Direction générale de la protection de la santé de Santé Canada. Les listes en question concernaient des brevets délivrés en octobre 1993. Santé Canada a refusé d’enregistrer les listes de brevets au motif qu’aux termes des paragraphes 4(3) et 4(5) du Règlement, les listes devaient être soumises en même temps que la demande d’avis de conformité. À la suite du refus du ministre d’enregistrer les listes de brevets, Fournier a déposé la présente demande de contrôle judiciaire par laquelle elle sollicite le prononcé d’une ordonnance de *mandamus* enjoignant au ministre d’enregistrer les listes de brevets, ainsi qu’un jugement invalidant les paragraphes 4(3) et 4(5) du Règlement, sur lesquels le ministre s’est fondé pour justifier son refus.

[4] In its memorandum of argument, Fournier argued that subsections 4(3) and 4(5) of the Regulations are *ultra vires* subsection 55.2(4) of the *Patent Act*, on the basis that they are unreasonable, unfair and not necessary. In support of its position, Fournier states three general principles of law: (1) delegated legislation must conform to the enabling legislation, and must not go beyond the objectives of such legislation; (2) regulations must not conflict with legislative dispositions in any way that would modify or restrict its effects; and (3) regulations must not constitute an abuse of power or be unreasonable. More specifically, Fournier argues that the enabling provision, subsection 55.2(4) of the *Patent Act*, which is stated in general terms, does not permit the regulating authority to add conditions to the law which would restrain its effects, take away rights or add obligations. And that as such, the Regulations would constitute an abuse of power, be unreasonable and contrary to the enabling legislation. Furthermore, Fournier argues that the strict time limits imposed upon a “first person” under the Regulations deprive patent owners and licensees of the full protection of the Act.

[5] However, at the hearing before me, Fournier argued that what it takes issue with is not the time limits for the filing of a patent list *per se*, but rather that the strict time limits do not allow for a grace period or an extension of time and thus interfere with their rights to be protected under the Act.

[6] Subsequent to Fournier’s application attacking the validity of the Regulations, Novopharm Limited applied to the Court for leave to intervene and was granted intervener status by order dated October 31, 1997.

RELEVANT STATUTORY PROVISIONS

[7] In this application for judicial review, the applicant attacks the validity of subsections 4(3) and 4(5) of the Regulations enacted pursuant to subsection 55.2(4) of the *Patent Act*, which read as follows:

[4] Dans son mémoire, Fournier soutient que les paragraphes 4(3) et 4(5) du Règlement sont *ultra vires* du paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*, au motif qu’ils sont déraisonnables, injustes et inutiles. Au soutien de sa thèse, Fournier invoque trois grands principes de droit: 1) tout texte réglementaire pris en application d’une loi doit être conforme à sa loi habilitante et ne doit pas aller au-delà des objets de celle-ci; 2) le règlement ne doit pas entrer en conflit avec des dispositions législatives d’une manière qui en modifie ou en limite les effets; 3) le règlement ne doit pas constituer un abus de pouvoir ou être déraisonnable. Plus précisément, Fournier affirme que la disposition habilitante, le paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*, dont la formulation est générale, ne permet pas à l’organisme de réglementation d’ajouter dans la loi des conditions qui auraient pour effet d’en limiter les effets, de supprimer des droits ou d’imposer de nouvelles obligations. Fournier ajoute qu’un tel règlement constituerait un abus de pouvoir, serait déraisonnable et irait à l’encontre de la loi habilitante. De plus, Fournier soutient que les délais de rigueur auxquels le Règlement assujettit les «premières personnes» privent les brevetés et les titulaires de licences de la pleine protection de la Loi.

[5] Toutefois, lors de l’audience que j’ai présidée, Fournier a soutenu que, ce qu’elle conteste, ce n’est pas tant le délai imparti pour déposer la liste de brevets que le fait que les délais de rigueur prévus ne permettent pas d’accorder un délai de grâce ou une prorogation de délai et qu’ils portent donc atteinte aux droits que la Loi est censée protéger.

[6] À la suite de la présentation de la demande par laquelle Fournier conteste la validité du Règlement, Novopharm Limited a demandé à la Cour l’autorisation d’intervenir à l’instance, autorisation qui lui a été accordée aux termes de l’ordonnance rendue le 31 octobre 1997.

DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

[7] Dans la présente demande de contrôle judiciaire, la demanderesse conteste la validité des paragraphes 4(3) et 4(5) du Règlement qui ont été édictés en vertu du paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*, dont voici le libellé:

55.2 . . .

(4) The Governor in Council may make such regulations as the Governor in Council considers necessary for preventing the infringement of a patent by any person who makes, constructs, uses or sells a patented invention in accordance with subsection (1) or (2) including, without limiting the generality of the foregoing, regulations

(a) respecting the conditions that must be fulfilled before a notice, certificate, permit or other document concerning any product to which a patent may relate may be issued to a patentee or other person under any Act of Parliament that regulates the manufacture, construction, use or sale of that product, in addition to any conditions provided for by or under that Act;

(b) respecting the earliest date on which a notice, certificate, permit or other document referred to in paragraph (a) that is issued or to be issued to a person other than the patentee may take effect and respecting the manner in which that date is to be determined;

(c) governing the resolution of disputes between a patentee or former patentee and any person who applies for a notice, certificate, permit or other document referred to in paragraph (a) as to the date on which that notice, certificate, permit or other document may be issued or take effect;

(d) conferring rights of action in any court of competent jurisdiction with respect to any disputes referred to in paragraph (c) and respecting the remedies that may be sought in the court, the procedure of the court in the matter and the decisions and orders it may make; and

(e) generally governing the issue of a notice, certificate, permit or other document referred to in paragraph (a) in circumstances where the issue of that notice, certificate, permit or other document might result directly or indirectly in the infringement of a patent.

[Regulations]

4. (1) A person who files, or before the coming into force of these Regulations has filed a submission for or has been issued, a notice of compliance in respect of a drug that contains a medicine may submit to the Minister a patent list.

(2) A patent list submitted pursuant to subsection (1) must be certified by the person to be accurate, and must set out

(a) any Canadian patent that is owned by the person, or in respect of which the person has an exclusive licence or has obtained the consent of the owner of the patent for the inclusion of the patent on the patent list, that contains a claim for the medicine itself or a claim for the use of the medicine and that the person wishes to have included on the patent list;

55.2 [. . .]

(4) Afin d'empêcher la contrefaçon de brevet d'invention par l'utilisateur, le fabricant, le constructeur ou le vendeur d'une invention brevetée au sens des paragraphes (1) ou (2), le gouverneur en conseil peut prendre des règlements, notamment:

a) fixant des conditions complémentaires nécessaires à la délivrance, en vertu de lois fédérales régissant l'exploitation, la fabrication, la construction ou la vente de produits sur lesquels porte un brevet, d'avis, de certificats, de permis ou de tout autre titre à quiconque n'est pas le breveté;

b) concernant la première date, et la manière de la fixer, à laquelle un titre visé à l'alinéa a) peut être délivré à quelqu'un qui n'est pas le breveté et à laquelle elle peut prendre effet;

c) concernant le règlement des litiges entre le breveté, ou l'ancien titulaire du brevet, et le demandeur d'un titre visé à l'alinéa a), quant à la date à laquelle le titre en question peut être délivré ou prendre effet;

d) conférant des droits d'action devant tout tribunal compétent concernant les litiges visés à l'alinéa c), les conclusions qui peuvent être recherchées, la procédure devant ce tribunal et les décisions qui peuvent être rendues;

e) sur toute autre mesure concernant la délivrance d'un titre visé à l'alinéa a) lorsque celle-ci peut avoir pour effet la contrefaçon de brevet.

[Règlement]

4. (1) La personne qui dépose ou qui, avant la date d'entrée en vigueur du présent règlement, a déposé une demande d'avis de conformité à l'égard d'une drogue qui contient un médicament ou a obtenu un tel avis peut soumettre au ministre une liste de brevets.

(2) La liste de brevets visée au paragraphe (1) doit faire l'objet d'une attestation de la personne quant à son exactitude et doit contenir les éléments suivants:

a) tout brevet canadien dont la personne est propriétaire ou à l'égard duquel elle détient une licence exclusive ou a obtenu le consentement du propriétaire en vue de l'inclure dans la liste et qui comporte une revendication pour le médicament en soi ou une revendication pour l'utilisation du médicament et qu'elle souhaite inclure dans la liste;

(b) a statement that, in respect of each patent, the person applying for a notice of compliance is the owner, has an exclusive licence or has obtained the consent of the owner of the patent for the inclusion of the patent on the patent list;

(c) the date on which the term limited for the duration of each patent will expire pursuant to section 44 or 45 of the *Patent Act*; and

(d) the address in Canada for service on the person of any notice of an allegation referred to in paragraph 5(3)(b), or the name and address in Canada of another person on whom service may be made, with the same effect as if service had been made on the person.

(3) Subject to subsections (4) and (5), a person submitting a patent list shall do so at the time the person files a submission for a notice of compliance.

(4) Subject to subsection (5), a person who has already filed a submission for, or has been issued, a notice of compliance before the coming into force of these Regulations and who wishes to submit a patent list shall do so within 30 days after the day on which these Regulations come into force.

(5) At any time after the date of filing of the submission for a notice of compliance, the first person may submit a patent list that includes, or amend an existing patent list to include, the information referred to in subsection (2) in respect of a patent that issued within the previous 30 days on the basis of an application filed before the date of filing of the submission.

[8] However, after Fournier filed its application and before the hearing took place, amendments to the Regulations came into force on March 11, 1998. Both subsections were reworded and subsection 4(5) was replaced by subsection 4(4). For ease of reference, I reproduce below subsections 4(3) and 4(4) of the Regulations, as amended by SOR/98-166.

4. . . .

(3) Subject to subsection (4), a person who submits a patent list must do so at the time the person files a submission for a notice of compliance.

(4) A first person may, after the date of filing of a submission for a notice of compliance and within 30 days after the issuance of a patent that was issued on the basis of an application that has a filing date that precedes the date of filing of the submission, submit a patent list, or an amendment to an existing patent list, that includes the information referred to in subsection (2).

b) une déclaration portant qu'à l'égard de chaque brevet, la personne qui demande l'avis de conformité en est le propriétaire, en détient la licence exclusive ou a obtenu le consentement du propriétaire en vue de l'inclure dans la liste;

c) la date d'expiration de la période à laquelle est limitée la durée de chaque brevet aux termes des articles 44 ou 45 de la *Loi sur les brevets*;

d) l'adresse de la personne au Canada aux fins de signification de tout avis d'allégation visé à l'alinéa 5(3)b) ou les nom et adresse au Canada d'une autre personne qui peut recevoir signification avec le même effet que s'il s'agissait de la personne elle-même.

(3) Sous réserve des paragraphes (4) et (5), la personne qui soumet une liste de brevets doit le faire au moment du dépôt de sa demande d'avis de conformité.

(4) Sous réserve du paragraphe (5), la personne qui a déposé une demande d'avis de conformité ou qui a obtenu un tel avis avant la date d'entrée en vigueur du présent règlement et qui souhaite soumettre une liste de brevets doit le faire dans les 30 jours suivant cette date.

(5) La première personne peut, après la date de dépôt de la demande d'avis de conformité, soumettre une liste de brevets qui comprend les éléments visés au paragraphe (2) à l'égard d'un brevet qui a été délivré au cours des 30 jours précédents et qui était fondé sur une demande au tribunal déposée avant la date de ce dépôt ou elle peut modifier la liste de brevets existante pour inclure ces éléments.

[8] Toutefois, après que Fournier eut déposé sa demande et avant l'ouverture de l'audience, le Règlement a été modifié. Ces modifications sont entrées en vigueur le 11 mars 1998. Le texte des deux paragraphes a été modifié et le paragraphe 4(5) a été remplacé par le paragraphe 4(4). Par souci de commodité, je reproduis ci-après les paragraphes 4(3) et 4(4) du Règlement, modifiés par DORS/98-166.

4. [. . .]

(3) Sous réserve du paragraphe (4), la personne qui soumet une liste de brevets doit le faire au moment du dépôt de la demande d'avis de conformité.

(4) La première personne peut, après la date de dépôt de la demande d'avis de conformité et dans les 30 jours suivant la délivrance d'un brevet qui est fondée sur une demande de brevet dont la date de dépôt est antérieure à celle de la demande d'avis de conformité, soumettre une liste de brevets, qui contient les renseignements visés au paragraphe (2).

ISSUE

[9] The pleadings raise two issues:

Are subsections 4(3) and 4(4) of the Regulations, as amended, *ultra vires* subsection 55.2(4) of the *Patent Act*?

Is the Minister's refusal to register Fournier's patent lists reviewable and is an order of *mandamus* warranted?

DISCUSSION

[10] I will deal first with the issue of the validity of the Regulations upon which the decision of the Minister is based in order to determine whether the relief ultimately sought by Fournier, the order of *mandamus* directing the Minister to register Fournier's patent list, should issue.

[11] In its memorandum, Fournier submits that subsections 4(3) and 4(4) of the Regulations should be declared invalid because of unreasonableness, unfairness and not necessary. In support of this contention, Fournier submitted at the hearing that the strict time limits are *sine qua non* conditions not authorized by the enabling legislation; that the strict time limits have the effect of precluding "first persons" from the protection of the Act, which is contrary to the purpose of the Regulations and the *Patent Act* to prevent the infringement of patents; and that the strict time limits provided under subsection 4(3), which requires that a patent list be submitted at the same time as a submission for a notice of compliance, and under subsection 4(4), which stipulates that a patent list must be filed within 30 days of the issuance of a patent where a submission for a notice of compliance has already been filed, are unreasonable, unfair and unnecessary because they do not include a grace period or the opportunity to obtain an extension of time for the filing of a patent list.

[12] The new patent scheme, which comprises the *Patent Act* and the Regulations, has been considered by the Federal Court, namely, in *Apotex Inc. v.*

QUESTIONS EN LITIGE

[9] Les actes de procédure soulèvent deux questions litigieuses:

Les paragraphes 4(3) et 4(4) du Règlement, modifiés, sont-ils *ultra vires* du paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*?

Le refus du ministre d'enregistrer les listes de brevets de Fournier donne-t-il ouverture à un contrôle judiciaire et justifie-t-il le prononcé d'une ordonnance de *mandamus*?

ANALYSE

[10] J'examinerai d'abord la question de la validité des dispositions du Règlement sur lesquelles repose la décision du ministre pour décider s'il y a lieu d'accorder à Fournier la réparation qu'elle sollicite, à savoir une ordonnance de *mandamus* enjoignant au ministre d'enregistrer sa liste de brevets.

[11] Dans son mémoire, Fournier soutient que les paragraphes 4(3) et 4(4) du Règlement devraient être déclarés invalides parce qu'ils sont déraisonnables, injustes et inutiles. À l'appui de cet argument, Fournier a soutenu à l'audience que les délais de rigueur prévus au Règlement constituent des conditions *sine qua non* qui ne sont pas autorisées par la loi habilitante. Elle a également fait valoir que ces délais de rigueur ont pour effet de priver les «premières personnes» de la protection de la Loi, ce qui va à l'encontre de l'objet du Règlement et de la *Loi sur les brevets*, qui est d'empêcher la contrefaçon des brevets. Elle ajoute que les délais de rigueur prescrits par le paragraphe 4(3)—qui prévoit que la liste de brevets doit être soumise en même temps que la demande d'avis de conformité—et par le paragraphe 4(4)—qui dispose que la liste de brevets doit être déposée dans les 30 jours suivant la délivrance d'un brevet lorsqu'une demande d'avis de conformité a été déposée—sont déraisonnables, injustes et inutiles, parce qu'ils ne prévoient pas de délai de grâce et qu'ils ne permettent pas d'obtenir la prorogation du délai imparti le dépôt de la liste de brevets.

[12] Le nouveau régime régissant les brevets, qui englobe la *Loi sur les brevets* et son règlement d'application, a déjà été examiné par la Cour fédérale dans

Canada (Attorney General), [1997] 1 F.C. 518 (T.D.), where the Court considered the validity of the Regulations.

[13] In *Apotex*, some of the issues are virtually identical to the present case. The Court considered, *inter alia*, whether the Regulations were *ultra vires* the authority of the Governor in Council pursuant to subsection 55.2(4) of the *Patent Act*. Further, the Court also considered *Apotex's* arguments that the Regulations had been enacted without necessity and for collateral or ulterior motives, and that it was discriminatory. Mr. Justice MacKay found these arguments non-persuasive and dismissed the application.

[14] In coming to this conclusion, Mr. Justice MacKay considered the scope of the regulatory powers conferred upon the Governor in Council by virtue of subsection 55.2(4) of the *Patent Act* and found that subsection 55.2(4) of the *Patent Act* conferred upon the Governor in Council ample discretion and authority to enact these Regulations. I have also reviewed the regulatory powers conferred upon the Governor in Council set out in subsection 55.2(4), in light of Fournier's arguments to the effect that the strict time limits are conditions which are not authorized by the enabling statute and are in effect unreasonable, unfair and unnecessary. In my view, Justice MacKay addressed some of these issues in *Apotex*. I quote and adopt the following passage from Justice MacKay's decision, at page 552:

These submissions, in my view, mistake the purport of the words "as the Governor in Council considers necessary". Those words grant discretion to the Governor in Council to which a court defers, recognizing that Parliament has left discretion to the Governor in Council. The exercise of that discretion would only be upset if it were established, and there is no such evidence here, that the Governor in Council did not consider the Regulations necessary. There is no onus on the Governor in Council to demonstrate necessity or even that necessity was considered. The mere act of adopting regulations establishes that they were considered necessary by the Governor in Council, at least so far as this Court's review is concerned. The words used relate to a matter for determination by the Governor in Council, whose beliefs are not subject to review. The words do not raise any question

la décision *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1997] 1 C.F. 518 (1^{re} inst.), où la Cour a examiné la validité du Règlement.

[13] Dans l'affaire *Apotex*, certaines des questions en litige étaient pratiquement identiques à celles qui se posent en l'espèce. La Cour s'est notamment demandée si, en prenant le Règlement, le gouverneur en conseil avait outrepassé les limites des pouvoirs qui lui sont conférés par le paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*. La Cour a également examiné les arguments d'*Apotex* suivant lesquels le Règlement avait été pris inutilement et pour un motif accessoire ou non avoué et qu'il était discriminatoire. Le juge MacKay a jugé ces arguments non convaincants et a rejeté la demande.

[14] Pour en arriver à cette conclusion, le juge MacKay a examiné la portée des pouvoirs réglementaires conférés au gouverneur en conseil par le paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*, et a estimé que cette disposition conférerait au gouverneur en conseil un pouvoir discrétionnaire et une compétence qui le justifiaient pleinement de prendre le règlement en question. J'ai également examiné les pouvoirs réglementaires conférés au gouverneur en conseil par le paragraphe 55.2(4) à la lumière de l'argument de Fournier suivant lequel l'imposition des délais de rigueur constitue une condition qui n'est pas autorisée par la loi habilitante et qui est effectivement déraisonnable, injuste et inutile. À mon avis, le juge MacKay a abordé certaines de ces questions dans le jugement *Apotex*. Je cite et fais mien le passage suivant de sa décision, à la page 552:

Selon moi, cet argument découle d'une méprise quant au sens des mots «*as the Governor in Council considers necessary*». Ces mots confèrent au gouverneur en conseil un pouvoir discrétionnaire à l'égard duquel les tribunaux, reconnaissant cette intention du législateur, appliquent le principe de retenue judiciaire. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire ne serait compromis que par la preuve, absente en l'espèce, que le gouverneur en conseil ne considérerait pas le Règlement nécessaire. Le gouverneur en conseil n'a pas à démontrer la nécessité d'un règlement; il n'a même pas à prouver qu'il a examiné cette question. La simple prise d'un règlement établit que le gouverneur en conseil l'a jugé nécessaire, pour ce qui est, à tout le moins, de l'examen de la Cour. Le libellé utilisé renvoie à une question qui doit être déterminée par le gouverneur en

of an objective standard of necessity to be met or even considered.

[15] Mr. Justice MacKay went on to review the decision in *Reference as to the Validity of the Regulations in relation to Chemicals*, [1943] S.C.R. 1. In *Chemicals*, the validity of the regulations had been challenged on the basis that the Governor in Council was not empowered by virtue of the enabling provision to adopt the Regulations in relation to chemicals. The Supreme Court of Canada reviewed section 3 of the *War Measures Act* [R.S.C. 1927, c. 206] which conferred upon the Governor in Council authority to pass the Regulations. Section 3 stipulated that “[t]he Governor in Council may do and authorize such acts and things, and make from time to time such orders and regulations, as he may . . . deem necessary or advisable for the security, defence, peace, order and welfare of Canada”. Mr. Justice MacKay in *Apotex*, *supra*, at page 552, quoted a passage from the Supreme Court of Canada’s decision in *Chemicals*, *supra*, where Chief Justice Duff said, at page 12:

. . . when Regulations have been passed by the Governor General in Council in professed fulfilment of his statutory duty, I cannot agree that it is competent to any court to canvass the considerations which have, or may have, led him to deem such Regulations necessary or advisable for the transcendent objects set forth.

[16] In my view, the above-mentioned cases clearly show that a court should hesitate to interfere with the Governor in Council’s broad discretionary powers and authority. In this respect, counsel for Fournier argued at the hearing that the strict time limits under the said subsections allow generic drug manufacturers to enter the market despite a patent or licence for the said drugs, and adduced evidence by way of affidavit—application record, tab 3, affidavit of Tom Brogan—to the effect that the entry of generic drugs on the market can have substantial financial and commercial repercussions, most specifically on Fournier because it only manufactures the two mentioned drugs for which registration of a patent list was refused.

conseil, dont les opinions en cette matière ne sont pas susceptibles d’examen, il n’énonce d’aucune façon un critère objectif de nécessité qui doit être satisfait, voire examiné.

[15] Le juge MacKay a poursuivi en examinant l’arrêt *Reference as to the Validity of the Regulations in relation to Chemicals*, [1943] R.C.S. 1. Dans cette affaire, la validité du règlement était contestée au motif que le gouverneur en conseil n’était pas autorisé par la disposition habilitante à prendre un règlement portant sur des produits chimiques. La Cour suprême du Canada a examiné l’article 3 de la *Loi des mesures de guerre* [S.R.C. 1927, ch. 206], qui conférait au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre le règlement en question. L’article 3 prévoyait que «[l]e gouverneur en son conseil a le pouvoir de faire et autoriser tels actes et choses et d’édicter quand il y a lieu les décrets et règlements qu’il peut [. . .] juger nécessaires ou opportuns pour la sécurité, la défense, la paix, l’ordre et le bien-être du Canada». Dans l’arrêt *Apotex*, *supra*, à la page 552, le juge MacKay a cité un extrait de l’arrêt *Chemicals* de la Cour suprême du Canada où le juge en chef Duff déclarait, à la page 12:

[TRADUCTION] [. . .] lorsque le gouverneur en conseil prend un règlement dans l’exercice déclaré des fonctions que la loi lui confère, je ne puis souscrire à l’opinion selon laquelle il est loisible à tout tribunal d’examiner les facteurs qui ont pu l’amener à considérer que le règlement était nécessaire ou souhaitable pour les objets transcendants exposés.

[16] À mon avis, il ressort clairement de la jurisprudence précitée que le tribunal devrait hésiter à intervenir dans l’exercice des larges pouvoirs discrétionnaires et de la vaste compétence dont le gouverneur en conseil est investi. À cet égard, l’avocat de Fournier a soutenu à l’audience que les délais de rigueur prévus aux paragraphes en question permettent aux fabricants de médicaments génériques de pénétrer sur le marché malgré les brevets et les licences délivrés à l’égard des médicaments en question. L’avocat de Fournier a soumis en preuve un affidavit—que l’on trouve à l’onglet 3 du dossier de la demande—dans lequel Tom Brogan affirme que le lancement de médicaments génériques sur le marché est susceptible d’avoir des repercussions financières et commerciales considérables, plus particulièrement en ce qui concerne Fournier, étant donné que Fournier ne fabrique que les

[17] I am not persuaded by Fournier's arguments or evidence that the Regulations are unreasonable, unfair or unnecessary. In my view, where no evidence is adduced to demonstrate that the exercise of a regulatory power is unreasonable, unnecessary, unfair or amounts to an abuse of power, as I find is the case here, to substantiate Fournier's position that the said subsections are *ultra vires*, the regulations must be held valid. This is consistent with the presumption of validity and good faith (*Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, *supra* and *Lemoyne (Ville) v. Bessette* (1995), 129 D.L.R. (4th) 697 (Que. C.A.)).

[18] In *Apotex*, *supra* Mr. Justice MacKay states, at pages 552-553:

I note that in this case, the recital of the Regulations in question clearly refers to action "pursuant to subsection 55.2(4) of the Patent Act", in making the annexed Regulations respecting a notice of compliance pertaining to patented medicines.

Thus, the submission that neither necessity nor the consideration of necessity is here shown, is not persuasive that the Governor in Council, in adopting the Regulations, failed to meet the requirements of subsection 55.2(4). In the circumstances, absent any evidence that they were unnecessary, the Governor in Council, by adopting the Regulations, must be taken to have considered them as necessary at the time they were adopted. Where that is so, the only avenue for inquiry by the Court is whether the Regulations by their terms, relate to the statutory purposes of the enabling legislation. (See *Teal Cedar Products (1977) Ltd. v. Canada*, [1989] 2 F.C. 158 (C.A.), at page 171, *per* Pratte J.A.)

[19] In *Lemoyne*, *supra*, the Quebec Court of Appeal held that a municipal by-law which fixed the hours of operations of amusement halls and restricted admission to persons older than 18 years of age was invalid. Before dealing with the issues of whether the by-law was discriminatory, unfair, oppressive and adopted in bad faith, Mr. Justice Gendreau, with whom Mr. Justice Fish concurred, said the following about the presumption of validity and good faith, at page 702:

deux médicaments susmentionnés au sujet desquels l'enregistrement de la liste de brevets a été refusé.

[17] Les arguments et les éléments de preuve présentés par Fournier ne m'ont pas convaincu que le Règlement est déraisonnable, injuste ou inutile. À mon avis, lorsqu'aucun élément de preuve n'est présenté pour appuyer la thèse de Fournier que les paragraphes en question sont *ultra vires* et pour démontrer que l'exercice d'un pouvoir réglementaire est déraisonnable, inutile ou injuste ou constitue un abus de pouvoir, comme je conclus que c'est le cas en l'espèce, le Règlement doit être jugé valide, conformément à la présomption de validité et de bonne foi (*Apotex Inc. c. Canada (Procureur général) supra* et *Lemoyne (Ville) c. Bessette* (1995), 129 D.L.R. (4th) 697 (C.A. Qué.)).

[18] Dans *Apotex*, *supra*, le juge MacKay dit ceci, aux pages 552 et 553:

Je signale qu'en l'espèce, le préambule du Règlement visé énonce expressément que le texte réglementaire qui suit, concernant les avis de conformité portant sur les médicaments brevetés, est pris «en vertu du paragraphe 55.2(4) de la Loi sur les brevets».

Par conséquent, lorsque Apotex prétend que ni la nécessité du Règlement ni la prise en considération de cette nécessité n'ont été démontrées, elle n'établit pas que le gouverneur en conseil n'a pas satisfait aux exigences du paragraphe 55.2(4) en prenant le Règlement. Dans les circonstances, il y a lieu de tenir pour acquis, en l'absence de toute preuve de l'inutilité du Règlement, que le gouverneur en conseil a considéré le Règlement nécessaire au moment où il l'a pris. Dans un tel cas, le seul examen auquel la Cour peut procéder est celui qui vise à déterminer si les dispositions du texte réglementaire concordent avec les objets de la loi habilitante. (Voir *Teal Cedar Products (1977) Ltd. c. Canada*, [1989] 2 C.F. 158 (C.A.), à la page 171, juge d'appel Pratte.)

[19] Dans l'arrêt *Lemoyne*, *supra*, la Cour d'appel du Québec a invalidé un règlement municipal qui fixait les heures d'ouverture des salles de jeux électroniques et qui en limitait l'accès aux personnes âgées de plus de 18 ans. Avant d'examiner la question de savoir si le règlement était discriminatoire, injuste, abusif ou entaché de mauvaise foi, le juge Gendreau a, avec l'appui du juge Fish, dit ce qui suit au sujet de la présomption de validité et de bonne foi, à la page 702:

I would like to make two observations. First, it is wrong to state that it was up to the Town to show that it was acting in the public interest. On the contrary, a municipal corporation, when it regulates an activity, is presumed to be acting in the general interest and in good faith (*Montreal (City) v. Arcade Amusements*, *supra*; *Corporation municipale de Dollard-des-Ormeaux v. Amusements Pinocchio Inc.*, [1994] R.J.Q. 895, 63 Q.A.C. 21, 46 A.C.W.S. (3d) 1164), and it is up to the party seeking to have it annulled for abuse of rights to prove it.

[20] As I mentioned above, subsection 55.2(4) confers upon the Governor in Council the authority to “make such regulations as the Governor in Council considers necessary for preventing the infringement of a patent”. The Governor in Council’s discretion and authority are sufficiently broad to embrace the enactment of subsections 4(3) and 4(4) of the Regulations which impose time limits on the registration of patent lists. I find that the evidence adduced by counsel for Fournier does not demonstrate that the subsections in question are unreasonable, unfair and unnecessary, or constitute an abuse of power.

[21] However, this does not dispose of the application. There remains one issue to be determined which stems from Fournier’s contention that the strict time limits neither conform with the purpose of the Regulations nor are consistent with the general objects and purpose of the *Patent Act*. In this respect, I refer to Justice MacKay’s conclusion in *Apotex*, *supra* at page 553, that where a regulating authority has a broad discretionary power as that of the Governor in Council by virtue of subsection 55.2(4) of the *Patent Act*, “the only avenue for inquiry by the Court is whether the Regulations by their terms, relate to the statutory purposes of the enabling legislation”.

[22] Fournier argued that the effect of subsections 4(3) and 4(4) which preclude “first person” from filing a patent list is to allow the entry of a generic drug into the Canadian market which in turn can cause substantial and irreparable losses, but that is not the intent of the Act. As for the respondent intervener, Novopharm, it was argued that the extraordinary

[TRANSLATION] J’aimerais formuler deux observations. Premièrement, il est faux de dire que c’était à la ville qu’il incombe de démontrer qu’elle agissait dans l’intérêt du public. Au contraire, lorsqu’elle réglemente une activité, une municipalité est présumée agir dans l’intérêt général et être de bonne foi (*Montréal (Ville) c. Arcade Amusements*, *supra*; *Corporation municipale de Dollard-des-Ormeaux c. Amusements Pinocchio Inc.*, [1994] R.J.Q. 895, 63 Q.A.C. 21, 46 A.C.W.S. (3d) 1164), et c’est à celui qui demande l’annulation pour cause d’abus de droit qu’il incombe de le prouver.

[20] Ainsi que je l’ai déjà mentionné, le paragraphe 55.2(4) confère au gouverneur en conseil le pouvoir de «prendre des règlements [. . .] afin d’empêcher la contrefaçon de brevet d’invention». Le pouvoir discrétionnaire et la compétence conférés au gouverneur en conseil sont suffisamment larges pour englober l’édiction des paragraphes 4(3) et 4(4) du Règlement, qui imposent une date limite pour l’enregistrement des listes de brevets. Je conclus que les éléments de preuve soumis par l’avocat de Fournier ne démontrent pas que les paragraphes en question sont déraisonnables, injustes ou inutiles ou qu’ils constituent un abus de pouvoir.

[21] Cela ne règle cependant pas le sort de la demande. Il reste à trancher une question qui découle de l’argument de Fournier suivant lequel l’imposition de délais de rigueur ne respecte ni l’objet du Règlement, ni les objectifs généraux de la *Loi sur les brevets*. À cet égard, je me reporte à la conclusion à laquelle le juge MacKay en est venu dans le jugement *Apotex*, *supra*, à la page 553, où il dit que, lorsqu’un organisme de réglementation est investi d’un pouvoir discrétionnaire aussi vaste que celui que le paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets* confère au gouverneur en conseil, «le seul examen auquel la Cour peut procéder est celui qui vise à déterminer si les dispositions du texte réglementaire concordent avec les objets de la loi habilitante».

[22] Fournier soutient qu’en empêchant la «première personne» de déposer une liste de brevets, les paragraphes 4(3) et 4(4) ont pour effet de permettre l’arrivée d’un médicament générique sur le marché canadien, ce qui risque de causer des pertes considérables et irréparables. Elle ajoute que ce n’est pas l’objet de la Loi. Quant à l’intervenante Novopharm, elle fait valoir

procedure provided under the Regulations gives brand name companies a huge advantage in planning its responding market strategy and allows “first persons” to delay the entry of generic drug manufacturers on the market. Without the time limits for the filing of a patent list a “first person” could extend perpetually their monopoly.

[23] In support of its contention, Fournier relied on the following propositions: the regulation-making power is circumscribed by the requirement that the regulations must be in pursuance of or in conformity with its objects: *Alaska Trainship Corporation et al. v. Pacific Pilotage Authority*, [1981] 1 S.C.R. 261, at page 268; the regulations must be consistent with the general purpose and objects of the enabling statute: *Barreau du Québec c. Morin*, [1988] R.J.Q. 2629 (C.A.); *Dumont c. R.*, [1977] C.A. 114; *Québec (Procureur général) c. Fortier*, [1990] R.J.Q. 1280 (C.A.); *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231; and *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674.

[24] The purpose and objects of the Regulations and the *Patent Act* have been considered in *Apotex, supra* and in *ICN Pharmaceuticals, Inc. v. Canada (Staff of the Patented Medicine Prices Review Board)*, [1997] 1 F.C. 32 (C.A.). In *Apotex, supra*, Justice MacKay reviewed the legislative history of the patent scheme and said, at page 547, that the regulatory powers conferred upon the Governor in Council by virtue of subsection 55.2(4) “must be construed in light of the purposes of the amending Act and within the context of that Act.”

[25] The most comprehensive analysis of the purpose and objectives of the *Patent Act* and Regulations as an integrated scheme can be found in *ICN Pharmaceuticals, supra*. Mr. Justice Robertson, speaking for the Court of Appeal, wrote that the legislative objective is twofold, at pages 40-41:

The purpose of extending patent protection to medicines is to reward innovation and provide an incentive for pharmaceutical manufacturers to expend further resources in the

que la procédure extraordinaire prévue par le Règlement confère aux fabricants de médicaments d'origine un avantage considérable lorsqu'ils planifient leur stratégie de mise en marché et que cette procédure permet aux «premières personnes» de retarder l'arrivée des fabricants de médicaments génériques sur le marché. Sans les délais prescrits pour le dépôt des listes de brevets, les «premières personnes» pourraient prolonger indéfiniment leur monopole.

[23] À l'appui de sa thèse, Fournier invoque les propositions suivantes: le pouvoir de réglementation est limité par l'exigence que les règlements doivent être établis dans la poursuite de ses objets ou en conformité avec eux: *Alaska Trainship Corporation et autre c. Administration de pilotage du Pacifique*, [1981] 1 R.C.S. 261, à la page 268; le règlement doit être compatible avec l'objet général de la loi habilitante: *Barreau du Québec c. Morin*, [1988] R.J.Q. 2629 (C.A.); *Dumont c. R.*, [1977] C.A. 114; *Québec (Procureur général) c. Fortier*, [1990] R.J.Q. 1280 (C.A.); *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231; et *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674.

[24] Les objets du Règlement et de la *Loi sur les brevets* ont été examinés dans l'affaire *Apotex, supra* et dans l'arrêt *ICN Pharmaceuticals, Inc. c. Canada (Personnel du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés)*, [1997] 1 C.F. 32 (C.A.). Dans le jugement *Apotex, supra*, le juge MacKay a examiné l'historique législatif du régime applicable aux brevets et a dit, à la page 547, que les pouvoirs réglementaires conférés au gouverneur en conseil par le paragraphe 55.2(4) devaient être interprétés «en fonction des objectifs poursuivis par la Loi modificatrice et dans le contexte de cette Loi».

[25] L'analyse la plus complète des objets de la *Loi sur les brevets* et de son règlement d'application en tant que régime intégré se trouve dans l'arrêt *ICN Pharmaceuticals, supra*. S'exprimant au nom de la Cour d'appel, le juge Robertson a expliqué, aux pages 40 et 41, que l'objectif poursuivi était double:

La protection accordée aux médicaments par l'octroi de brevets vise à récompenser l'innovation et à inciter les entreprises pharmaceutiques à consacrer davantage de

research and development of new drugs. At the same time, it is believed that that objective must not overtake the need to ensure that Canadians have access to patented medicines which are reasonably priced. Two legislative frameworks for striking this balance have been pursued in Canada this century. The first in time involves a system of compulsory licensing. The second is a system of price regulation.

[26] In *ICN Pharmaceuticals, supra*, Justice Robertson also considered the purpose of the Regulations in light of the legislative history of the patent scheme. At pages 43-45, he states:

The most recent legislation affecting patented medicines were enacted in 1993: *Patent Act Amendment Act, 1992*, S.C. 1993, c. 2, and the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (the NOC Regulations). A primary motivation for these amendments was Canada's involvement in GATT and NAFTA negotiations: see Horton, at pages 150-153; and Marusyk, at page 162. As Canada was the only major industrialized nation to have a system of compulsory licensing, it was felt that its patent laws should be brought into line with those of other industrialized countries: see Horton, at page 153; and Government of Canada News Release, NR-10770/92-21, at page 3.

The 1993 amendments to the Act and the enactment of the NOC Regulations affected the system in three major ways. The first two served to strengthen the position and rights of patentees. The third sought to protect the interests of Canadian consumers.

First, the compulsory licensing regime was abolished, thereby eliminating the possibility of achieving price control through competition in the marketplace. Patentees now have market exclusivity for the entire duration of their patent, 20 years from the date of filing of the application: see section 44 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 16) of the Act. However, generics can proceed with product development before the expiration of a patent for the limited purpose of enabling them to enter the marketplace as soon as the relevant patent expires.

Second, under the new NOC Regulations, a scheme was created to restrict the ability of generic manufacturers to obtain a notice of compliance with respect to a drug which might infringe the patent held by a brand name drug manufacturer. Without a notice of compliance a medicine cannot be marketed in Canada: see *Food and Drugs Act*, R.C.S., 1985, c. F-27 (the *Food and Drugs Act*). Under the scheme, a patentee's rights are strengthened, but narrowed in scope. With respect to the strengthening of a patentee's right, the scheme permits them to list their patents on a

ressources à la recherche et au développement de nouveaux médicaments. Cependant, cet objectif ne doit pas l'emporter sur la nécessité de faire en sorte que les Canadiens puissent se procurer des médicaments brevetés à prix raisonnable. Depuis le début du siècle, deux cadres législatifs ont tenté, au Canada, de réaliser un tel équilibre. Le premier a mis sur pied un système d'octroi de licences obligatoires, et le second a établi un contrôle des prix.

[26] Dans l'affaire *ICN Pharmaceuticals*, le juge Robertson a également examiné l'objectif poursuivi par le Règlement à la lumière de l'évolution législative du régime applicable aux brevets. Aux pages 43 à 45, il dit ceci:

Les dispositions les plus récentes touchant les médicaments brevetés ont été adoptées en 1993. Il s'agit de la *Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets*, L.C. 1993, ch. 2 et du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement). Ces modifications s'imposaient surtout en raison de la participation du Canada aux négociations relatives au GATT et à l'ALÉNA (voir Horton, aux pages 150 à 153; et Marusyk, à la page 162). Comme le Canada était le seul des principaux pays industrialisés à être doté d'un régime d'octroi de licences obligatoires, on estimait que ses dispositions régissant les brevets devaient être harmonisées avec celles des autres pays industrialisés (voir Horton, à la page 153, et Communiqué, Gouvernement du Canada, CP-10770/92-21, à la page 3).

Les modifications apportées à la Loi en 1993 et l'adoption du Règlement comportent trois volets principaux. Les deux premiers correspondent au renforcement de la position et des droits des brevetés, et le troisième, à la protection des intérêts des consommateurs canadiens.

Premièrement, le régime d'octroi de licences obligatoires a été aboli, éliminant ainsi la possibilité de contrôler les prix grâce à la concurrence sur le marché. Désormais, le breveté jouit d'une exclusivité sur le marché pendant toute la période de validité de son brevet, soit vingt ans à partir de la date de la demande (voir l'article 44 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 16] de la Loi). Toutefois, les sociétés de produits génériques peuvent développer un produit avant l'expiration du brevet à la seule fin de pouvoir accéder au marché dès l'expiration du brevet en cause.

Deuxièmement, aux termes du nouveau Règlement, une procédure est établie afin d'éviter qu'un fabricant de médicaments génériques obtienne un avis de conformité à l'égard d'un médicament qui pourrait emporter la contrefaçon d'un brevet détenu par un fabricant de médicaments d'origine. À défaut d'un tel avis, un médicament ne peut être commercialisé au Canada; voir la *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27 (la *Loi sur les aliments et drogues*). En vertu de ce régime, les droits du breveté sont consolidés, mais leur portée est réduite. D'une part, les

“patent list”, but only if those patents contain a claim for a medicine, or a claim for the use of a medicine, pursuant to paragraph 4(2)(a) of the NOC Regulations. If a generic seeks a notice of compliance with respect to a drug and a comparison is made to one which is contained on a patent list, the patentee is notified. The patentee can then apply to the Court for an order prohibiting the Minister of Health and Welfare from issuing a notice of compliance to the generic. This is an extraordinary remedy and dispenses with the need of a patentee to initiate an action for patent infringement and obtain injunctive relief during the currency of the patent in question. As a result, if an order of prohibition issues, the generic cannot receive a notice of compliance and is precluded from marketing its product for the duration of that patent’s life. The patentee’s term of exclusivity is thereby preserved. However, as noted, the amendments also serve to narrow the scope of patents to which this extraordinary remedy applies. The protection is restricted to patents for a medicine or for the use of a medicine. “Medicine” is defined in section 2 of the NOC Regulations as a “substance intended or capable of being used for the diagnosis, treatment, mitigation or prevention of a disease”, thereby excluding, for example, intermediates: see *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.* (1995), 63 C.P.R. (3d) 245 (F.C.T.D.); affd [1996] F.C.J. No. 638 (C.A.) (QL) [now reported at (1996), 68 C.P.R. (3d) 126]. From the foregoing, it is apparent that the Regulations seek to achieve two competing objectives. One is to extend full protection to patentees in thwarting the ability of generic manufacturers to introduce medicines which might infringe their patents. The other is to limit that protection to a narrow class of medicines.

[27] Are subsections 4(3) and 4(4) in pursuance of or in conformity with the purpose and objects of the Regulations and the *Patent Act*?

[28] In *Alaska Trainship, supra*, the Chief Justice indicated that what is required is that the enacted regulation “can fairly be said to be a matter of or connected with” the objects of the authority of the enabling statute, at page 275:

The short question is whether conditioning the claim for exemption on a ship’s flag, here registration in Canada, and similarly, the claim for waiver, here registration in the United States, can fairly be said to be a matter of or connected with safety in realization of the objects of the Authority under s. 12.

dispositions pertinentes permettent l’inscription des brevets sur une «liste de brevets», mais seulement s’ils comportent une revendication pour un médicament ou une revendication pour son utilisation (alinéa 4(2)a) du Règlement). Lorsqu’une société de produits génériques demande un avis de conformité relativement à un médicament et qu’une comparaison est établie avec un médicament inscrit sur une liste de brevets, le breveté en est informé. Ce dernier peut alors demander à la Cour de rendre une ordonnance interdisant au ministre de la Santé et du Bien-être social de délivrer un avis de conformité à la société de produits génériques. Il s’agit d’un recours extraordinaire, le breveté n’ayant pas à intenter une action en contrefaçon de brevet ni à obtenir une injonction applicable pendant la période de validité du brevet en cause. Par conséquent, si une ordonnance d’interdiction est rendue, la société de produits génériques ne peut obtenir un avis de conformité et ne peut donc commercialiser son produit avant l’expiration du brevet. Le droit du breveté à une période d’exclusivité est ainsi préservé. Cependant, comme signalé, les modifications ont également pour effet de restreindre la portée des brevets auxquels s’applique ce recours extraordinaire. Seul le brevet visant un médicament ou l’utilisation d’un médicament bénéficie de la protection. Le terme «médicament» est défini à l’article 2 du Règlement comme étant une «[s]ubstance destinée à servir ou pouvant servir au diagnostic, au traitement, à l’atténuation ou à la prévention d’une maladie», ce qui exclut notamment les intermédiaires; voir *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.* (1995), 63 C.P.R. (3d) 245 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par [1996] A.C.F. n° 638 (C.A.) (QL). Il ressort de ce qui précède que le Règlement vise deux objectifs opposés. L’un est d’accorder une protection complète au breveté en empêchant les fabricants de médicaments génériques de commercialiser des médicaments qui pourraient emporter la contrefaçon de ses brevets et l’autre est de limiter cette protection à une catégorie restreinte de médicaments.

[27] Les paragraphes 4(3) et 4(4) ont-ils été établis dans la poursuite des objets du Règlement et de la *Loi sur les brevets* ou en conformité avec eux?

[28] Dans l’arrêt *Alaska Trainship, supra*, le juge en chef a, à la page 275, précisé que, ce qui est exigé, c’est que le règlement puisse «à bon droit être considéré» comme une question de sécurité ou une question [. . .] reliée» aux objets de la loi habilitante:

En un mot, il faut déterminer si faire reposer la demande d’exemption sur le pavillon d’un navire, en l’espèce l’immatriculation au Canada, et de la même façon, la demande de dispense, en l’espèce l’immatriculation aux États-Unis, peut à bon droit être considéré comme une question de sécurité ou une question y reliée, dans la réalisation des objets de l’Administration en vertu de l’art. 12.

[29] In *Greenbaum, supra*, upon which Fournier places reliance, the Supreme Court of Canada considered the validity of a municipal by-law prohibiting the exposing of goods on a road allowance without lawful authority. The effect of the by-law was to draw a distinction between free-standing street vendors and owners/occupants of abutting property. As licensing was only available for sidewalk use to owners or occupiers of abutting property, the Chief Justice found the by-law invalid and held that a distinction must be absolutely necessary to the exercise of a regulatory power for the Court to find that the power to adopt the said distinction may be inferred from the enabling legislation by necessary inference or implicit delegation, at page 695:

I am not persuaded that, in the case at bar, to draw a distinction between free-standing street vendors and owners/occupants of abutting property was absolutely necessary to the exercise of the licensing power such that the power to draw such a distinction must be inferred from the enabling legislation (s. 90 of the *Municipality of Metropolitan Toronto Act*) by necessary inference or implicit delegation.

[30] In *Dumont, supra*, relied upon by Fournier for the proposition that *sine qua non* conditions not authorized by the regulatory grant of power are invalid unless it can be shown that they were necessary. Justice Bernier, writing for the Court of Appeal, states at page 116:

[TRANSLATION] I am of the opinion that section 13.03 of the Regulations could not be based on such a vague provision without first showing that, in the context of the Act, this "was necessary for the enforcement of the Act". The Crown has failed to establish this.

[31] Also, Fournier relied on the decision in *Alvarez v. Minister of Manpower and Immigration*, [1979] 1 F.C. 149 (C.A.), where a provision imposing a 30-day deadline was held *ultra vires*. In *Alvarez, supra*, Rule 19 of the *Immigration Appeal Board Rules* [SOR/67-559] stipulated that requests to the Board to give reasons for its disposition of the appeal shall be filed with the Registrar within 30 days of the date of the disposition of the appeal. The Federal Court of Appeal found it *ultra vires* the *Immigration Appeal Board Rules*, on the ground that it was inconsistent with

[29] Dans l'affaire *Greenbaum, supra*, que Fournier invoque, la Cour suprême du Canada a examiné la validité d'un règlement municipal interdisant l'étalage sans permis de marchandises sur la voie publique. Le règlement avait pour effet d'établir une distinction entre les vendeurs ambulants indépendants et les propriétaires-occupants des biens-fonds attenants. Comme seuls ces derniers pouvaient obtenir un permis pour l'utilisation des trottoirs, le juge en chef a déclaré le règlement invalide et a estimé, à la page 695, que l'établissement d'une distinction doit être absolument nécessaire à l'exercice d'un pouvoir réglementaire pour que la Cour puisse inférer le pouvoir d'établir une telle distinction du texte législatif habilitant, par déduction nécessaire ou délégation implicite:

Je ne suis pas convaincu qu'en l'espèce l'établissement d'une distinction entre les vendeurs ambulants indépendants et les propriétaires-occupants d'un bien-fonds attendant était absolument nécessaire à l'exercice du pouvoir de délivrer un permis, au point de devoir inférer du texte législatif habilitant (l'art. 90 de la *Loi sur la municipalité de la communauté urbaine de Toronto*), par déduction nécessaire ou délégation implicite, le pouvoir d'établir une telle distinction.

[30] Dans l'arrêt *Dumont, supra*, que Fournier invoque à l'appui de sa proposition que les conditions *sine qua non* non autorisées par les pouvoirs conférés par règlement sont invalides sauf si l'on peut en démontrer la nécessité, la Cour d'appel écrit, sous la plume du juge Bernier, à la page 116:

Je suis d'avis qu'on ne pouvait sur une disposition aussi vague fonder l'article 13.03 du Règlement, sans démontrer, qu'eu égard au contexte de la Loi, cette mesure «était nécessaire à l'application de la présente loi». La Couronne ne l'a pas démontré.

[31] Fournier invoque également l'arrêt *Alvarez c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1979] 1 C.F. 149 (C.A.), dans lequel une disposition imposant un délai de 30 jours a été jugée *ultra vires*. Dans l'affaire *Alvarez*, l'article 19 des *Règles de la Commission d'appel de l'immigration* [DORS/67-559] prévoyait que les demandes visant à obtenir que la Commission motive ses décisions devaient être déposées auprès du registraire dans les 30 jours suivant la date de la décision relative à l'appel. La Cour d'appel fédérale a jugé *ultra vires* les *Règles de la Commis-*

subsection 7(3) of the Act. Mr. Justice Le Dain reasoned and concluded as follows, at page 151:

Rule 19, quoted above, purports to have been made in the exercise of this authority. It must be conceded that the Rule is broadly speaking one “governing the activities of the Board and the practice and procedure in relation to appeals”, but in my opinion it is one that is inconsistent with section 7(3) in so far as it limits the time within which a request for reasons may be made, and as such is *ultra vires*. It abridges the right which is conferred in unqualified terms by section 7(3). Rule 19 suggests that a request for reasons may be made only after the disposition of an appeal. This in itself is clearly inconsistent with section 7(3), which implies no such limitation. Had Parliament intended that there be a time limit within which a request for reasons may be made it would presumably have expressly authorized the Board to fix such a limit as it did in section 19 of the Act with respect to notice of appeal. It may well be desirable, from a practical point of view, that there be such a time limit, but the power to fix one cannot in my opinion be found in the terms of section 8(1).

[32] In my view, *Alvarez, supra*, should be distinguished from the present case. In *Alvarez, supra*, the 30-day deadline for requesting reasons from the Board provided under the *Immigration and Appeal Board Rules* limited the right to request reasons pursuant to subsection 7(3) of the *Immigration Appeal Board Act* [R.S.C. 1970, c. I-3]. Subsection 7(3) stipulated that “The Board may, and at the request of either of the parties to the appeal shall, give reasons for its disposition of the appeal”. In this sense, section 19 limited the parties’ right to request reasons conferred in unqualified terms by subsection 7(3) of the enabling statute.

[33] In the present case, the obligation to file the patent list together with the submission for a NOC under subsection 4(3), and the 30-day deadline under subsection 4(4) of the Regulations do not limit or restrict any right conferred by the enabling statute as it did in *Alvarez, supra*. Also, in this case the right provided under the Regulations to file patent lists is limited and qualified by the time limits, where in *Alvarez, supra*, the right provided under the enabling statute was unqualified. In my view, the time limits

sion d’appel de l’immigration au motif qu’elles étaient incompatibles avec le paragraphe 7(3) de la Loi. Le juge Le Dain a conclu ce qui suit, à la page 151:

La Règle 19 précitée a été établie en vertu de cette autorisation. Il faut admettre que, généralement parlant, il s’agit là d’une règle concernant l’«activité [de la Commission] et la pratique et la procédure relatives aux appels». J’estime cependant qu’elle est incompatible avec l’article 7(3) de la Loi dans la mesure où elle fixe un délai pour le dépôt d’une demande de communication des motifs et qu’à ce titre, elle est *ultra vires*. Elle limite un droit qui a été accordé sans restriction par l’article 7(3). Elle implique qu’une demande de communication des motifs ne peut être faite qu’à l’issue de l’appel. Dans cet ordre d’idées, elle est manifestement incompatible avec l’article 7(3) qui n’impose pas une telle restriction. Si le législateur avait voulu fixer un délai pour le dépôt des demandes de communication des motifs, il aurait expressément habilité la Commission à fixer un tel délai, comme il l’a fait à l’article 19 de la Loi en ce qui concerne le délai d’appel. Sur le plan pratique, un tel délai eût été souhaitable, mais le pouvoir d’en fixer un ne peut, à mon avis, se fonder sur l’article 8(1).

[32] À mon sens, il y a lieu d’établir une distinction entre l’affaire *Alvarez* et la présente espèce. Dans l’affaire *Alvarez*, le délai de 30 jours prescrit par les *Règles de la Commission d’appel de l’immigration* pour demander à la Commission de motiver sa décision avait pour effet de limiter le droit des parties de demander à la Commission, en vertu du paragraphe 7(3) de la *Loi sur la Commission d’appel de l’immigration* [S.R.C. 1970, ch. I-3], de motiver ses décisions. Le paragraphe 7(3) disposait: «La Commission peut, et doit à la demande de l’une ou l’autre des parties à l’appel, motiver sa décision quant à l’appel». En ce sens, l’article 19 limitait le droit des parties de demander à la Commission de motiver sa décision, droit qui leur était conféré sans réserve par le paragraphe 7(3) de la loi habilitante.

[33] En l’espèce, l’obligation prévue au paragraphe 4(3) de déposer la liste des brevets en même temps que la demande d’avis de conformité, et le délai de 30 jours prévu au paragraphe 4(4) du Règlement, ne limitent et ne restreignent aucunement les droits conférés par la loi habilitante, contrairement à ce qui était le cas dans l’affaire *Alvarez*. En outre, dans le cas qui nous occupe, le droit de déposer une liste de brevets qui est prévu par le Règlement est limité et restreint par les délais qui sont imposés, alors que,

under subsections 4(3) and 4(4) of the Regulations does not take away or limit any right under the *Patent Act* or otherwise. Where the legislation creates no entitlement to a benefit there can be no conflict: *Canada (Attorney General) v. Young*, [1989] 3 F.C. 647 (C.A.), at pages 664-665.

[34] The Regulations provide “first persons” with a qualified right to register a patent list within time limits. In my view, this is consistent with and supports the attainment of the competing objectives of the *Patent Act* to strengthen the position and rights of patentees, while protecting the interests of Canadian consumers in ensuring the availability of reasonably priced medicine. These competing objectives are achieved by means of the right to register patent lists and the time limits which work together in preserving a balance sought by the legislator. The registration of a patent list extends patent protection to reward innovation and encourages research and development, while the time limits prevent extended monopolies from precluding generics from entering the market and ensure access to reasonably priced medicine.

[35] Further, notwithstanding the fact that I am unable to find that the time limits for the registration of patent lists constitute distinctions or prohibitions as that considered in *Greenbaum, supra*, and *Dumont, supra*, I find that the qualified right to register a patent list within time limits is clearly in pursuance of and connected with the prevention of patent infringement. I cannot help but disagree that the time limits actually affect its purpose to the extent that it can be said that the qualified right to file a patent list within time limits is contrary to the purpose of the Regulations or the *Patent Act*. And if I were wrong in determining that the time limits are in pursuance of or connected to the objects of the Regulations and the *Patent Act*, I find that the authority to adopt strict time limits can

dans l'affaire *Alvarez*, le droit conféré par la loi habilitante ne comportait aucune réserve. À mon avis, les délais prévus aux paragraphes 4(3) et 4(4) du Règlement ne suppriment ou ne restreignent aucun droit, notamment ceux qui sont conférés par la *Loi sur les brevets*. Lorsqu'une loi ne crée aucun droit à un avantage, il ne peut y avoir de conflit: *Canada (Procureur général) c. Young*, [1989] 3 C.F. 647 (C.A.), aux pages 664 et 665.

[34] Le Règlement accorde aux «premières personnes» le droit limité d'enregistrer une liste de brevets dans un délai déterminé. À mon avis, ce droit favorise l'atteinte des objectifs concurrents de la *Loi sur les brevets* et est compatible avec les objectifs en question, savoir le renforcement de la position et des droits des brevetés, et la protection des intérêts des consommateurs canadiens par l'accès à des médicaments brevetés à prix raisonnable. L'atteinte de ces objectifs concurrents est favorisée par l'octroi du droit d'enregistrer une liste de brevets et par l'imposition d'un délai, qui contribuent ensemble à maintenir l'équilibre que le législateur cherche à atteindre. L'enregistrement de la liste de brevets a pour effet d'étendre la protection par brevet dans le but de récompenser l'innovation et d'encourager la recherche et le développement, tandis que l'imposition d'un délai a pour effet d'empêcher les grands monopoles de freiner l'arrivée des médicaments génériques sur le marché et de permettre aux consommateurs de se procurer des médicaments à prix raisonnable.

[35] De plus, même s'il m'est impossible de conclure que les délais prescrits pour l'enregistrement des listes de brevets constituent des distinctions ou des interdictions comme celles dont il était question dans les affaires *Greenbaum* et *Dumont, supra*, je conclus que le droit limité d'enregistrer une liste de brevets dans les délais impartis vise manifestement à favoriser la prévention de la contrefaçon de brevets et est lié à cet objectif. Je ne peux m'empêcher d'être en désaccord avec l'idée que les délais ont une incidence sur les objectifs visés dans la mesure où l'on peut dire que le droit limité de déposer une liste de brevets dans le délai imparti va à l'encontre de l'objet du Règlement ou de la *Loi sur les brevets*. Et si j'ai tort de conclure que les délais sont établis dans la poursuite

be inferred by necessary inference or implicit delegation. In *ICN Pharmaceuticals, supra*, the Court outlined the objectives of the patent scheme. In my view, the time limits are necessary to give effect to the intention of the legislator to strengthen the position of patentees and to ensure the availability of reasonably priced medicine for Canadian consumers. Without such time limits, “first persons” could extend their monopoly and the balance sought by the legislator would not be preserved.

[36] In light of my finding that the Regulations are *intra vires*, I must also find that the order of *mandamus* directing the Minister to register Fournier’s patent lists should not issue. Fournier failed to file its patent lists within the time limits provided under the Regulations. The patents described in the patent lists were granted in October 1993 and the patent lists were submitted in April 1997. Further, the Regulations do not confer upon the Minister any discretion to accept patent lists submitted outside the time frame allotted to do so. Therefore, there was no duty owed to Fournier to accept and register the patent lists, and *mandamus* should not issue.

CONCLUSION

[37] I conclude that Fournier’s application for an order declaring the subsections 4(3) and 4(4) of the Regulations are *ultra vires* and for an order of *mandamus* directing the Minister to register Fournier’s patent lists is dismissed. I am satisfied that the Governor in Council had ample authority and discretion to adopt the said subsections and that the subsections are in pursuance of or in conformity with the specific purpose of the Regulations and the general objects of the *Patent Act*. In this respect, I was not persuaded by Fournier’s arguments and in my view, the evidence adduced by way of affidavit by Fournier does not provide a basis to find the Regulations *ultra vires* or otherwise unlawful.

des objets du Règlement et de la *Loi sur les brevets* ou qu’ils y sont liés, je conclus que le pouvoir d’imposer des délais de rigueur peut être inféré par déduction nécessaire ou délégation implicite. Dans l’arrêt *ICN Pharmaceuticals, (supra)* la Cour a précisé les objectifs du régime applicables aux brevets. À mon avis, l’imposition de délais est nécessaire pour donner effet à l’intention du législateur de manière à renforcer la position des brevetés et à garantir au consommateur canadien l’accès à des médicaments à prix raisonnable. Sans ces délais, les «premières personnes» pourraient étendre leur monopole et l’équilibre visé par le législateur ne pourrait être maintenu.

[36] Compte tenu de ma conclusion que le Règlement est *intra vires*, force m’est de conclure qu’il n’y a pas lieu de prononcer une ordonnance de *mandamus* enjoignant au ministre d’enregistrer les listes de brevets de Fournier. Fournier n’a pas déposé ses listes de brevets dans les délais prescrits par le Règlement. Les brevets désignés dans les listes de brevets ont été accordés en octobre 1993 et les listes de brevets ont été soumises en avril 1997. De plus, le Règlement ne confère pas au ministre le pouvoir discrétionnaire d’accepter des listes de brevets présentées après l’expiration du délai prescrit. En conséquence, le ministre n’était pas tenu d’accepter et d’enregistrer les listes de brevets de Fournier, et le *mandamus* ne devrait donc pas être décerné.

CONCLUSION

[37] Je rejette donc la demande présentée par Fournier en vue d’obtenir une ordonnance déclarant les paragraphes 4(3) et 4(4) du Règlement *ultra vires*, ainsi qu’une ordonnance de *mandamus* enjoignant au ministre d’enregistrer les listes de brevets de Fournier. Je suis convaincu que le gouverneur en conseil avait toute la compétence et tout le pouvoir discrétionnaire voulus pour édicter les paragraphes en question et que ceux-ci ont été établis dans la poursuite des objets précis du Règlement et des objets généraux de la *Loi sur les brevets* ou en conformité avec eux. À cet égard, les arguments de Fournier ne m’ont pas convaincu et j’estime que les éléments de preuve présentés sous forme d’affidavit par Fournier ne permettent

pas de conclure que le Règlement est *ultra vires* ou qu'il est par ailleurs illicite.

[38] Thus, the application is dismissed with costs in favour of the respondents.

[38] La demande est en conséquence rejetée et les dépens sont adjugés aux défendeurs.

A-206-97

A-206-97

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

v.

c.

Chevron Canada Resources Limited (*Respondent*)**Chevron Canada Resources Limited** (*intimée*)**INDEXED AS: CANADA v. CHEVRON CANADA RESOURCES LTD. (C.A.)****RÉPERTORIÉ: CANADA c. CHEVRON CANADA RESOURCES LTD. (C.A.)**

Court of Appeal, Desjardins, Décary and Noël J.J.A. — Montréal, September 18; Ottawa, September 28, 1998.

Cour d'appel, juges Desjardins, Décary et Noël, J.C.A. — Montréal, 18 septembre; Ottawa, 28 septembre 1998.

Income tax — Reassessment — Appeal from T.C.C. judgment holding ITA, s. 165(1.1) not preventing taxpayer from pursuing issues in computation of resource profits raised in objections other than those already withdrawn, specifically dealt with in consent judgment — S. 165(1.1) permitting filing of notice of objection only if relating to matter giving rise to assessment not conclusively determined by Court — Consent judgment referring matter back to MNR for reassessment — Subsequently memorandum of understanding between petroleum industry, Revenue Canada setting out manner in which certain expenditures to be deducted in computation of resource profits — Taxpayer reassessed in conformity with consent judgment — Two weeks later filing notices of objection — Appeal allowed — S. 165(1.1) precluding right to file notices of objection — (1) T.C.J. finding matter giving rise to reassessments including computation of resource allowance; additional expenditures claimed by notices of objection reasonably related to that computation — Open to T.C.J. to so characterize matter — Relationship existing in terms of expenditures falling within same narrow computation, and because prior to issuance of consent judgment all expenditures acknowledged by Revenue Canada, industry as governed by Gulf Canada Ltd. v. Canada — (2) Computation of taxpayer's resource allowance conclusively determined by consent judgment — Issues now seeking to raise forming logical, integral part of litigation before T.C.C. prior to consent judgment — Could, should have been raised at same time — Party failing to raise issue forever barred from raising it again.

Impôt sur le revenu — Nouvelle cotisation — Appel d'un jugement de la C.C.I. concluant que l'art. 165(1.1) de la LIR n'empêchait pas la contribuable de présenter des questions concernant le calcul des bénéfices relatifs à des ressources qui avaient été soulevées dans les avis d'opposition, à l'exception de celles qui avaient déjà été retirées ou qui avaient été expressément tranchées dans le jugement sur consentement — L'art. 165(1.1) permet la production d'un avis d'opposition seulement s'il porte sur une question donnant lieu à la cotisation que la Cour n'a pas tranché définitivement — Le jugement sur consentement a renvoyé l'affaire au MRN pour nouvelle cotisation — L'industrie pétrolière et Revenu Canada ont conclu par la suite un protocole d'entente prévoyant la manière dont certaines dépenses devaient être déduites aux fins du calcul des bénéfices relatifs à des ressources — Nouvelle cotisation établie à l'égard de la contribuable conformément au jugement sur consentement — Deux semaines plus tard, elle a produit des avis d'opposition — Appel accueilli — L'art. 165(1.1) a éteint le droit de produire les avis d'opposition — 1) Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que la question ayant donné lieu aux nouvelles cotisations incluait le calcul de la déduction relative à des ressources et que les dépenses supplémentaires réclamées dans le cadre des avis d'opposition étaient raisonnablement liées à ce calcul — La Cour de l'impôt pouvait caractériser ainsi la question — Il existait un lien puisque les dépenses faisaient l'objet du même calcul restreint et que, avant que le jugement sur consentement ne soit rendu, il avait été reconnu par Revenu Canada et par l'industrie que toutes ces dépenses étaient régies par l'arrêt Gulf Canada Ltd. c. Canada — 2) Le calcul de la déduction de la contribuable relativement à des ressources a été tranché définitivement par le jugement sur consentement — Les questions que la contribuable a alors tenté de soulever constituaient une suite logique et une partie intégrante du litige dont était saisi la Cour de l'impôt avant le jugement sur consentement — Ces questions auraient pu et auraient dû être soulevées à l'époque — Lorsqu'une partie omet de soulever une question, elle ne peut plus la soulever par la suite.

Practice — Res judicata — Appeal from T.C.C. decision Income Tax Act, s. 165(1.1) not preventing taxpayer from

Pratique — Res judicata — Appel d'une décision de la C.C.I. selon laquelle l'art. 165(1.1) de la Loi de l'impôt sur

pursuing issues raised in objections — S. 165(1.1) permitting filing of notice of objection to assessment in accordance with Court order only if relating to matter giving rise to assessment not conclusively determined by Court — Appeal from objections settled — Consent order referring matter back to MNR — Taxpayer objecting to reassessments — Res judicata applies not only to matters decided by earlier litigation, but also to related matters which although undecided could, should have been brought forward, disposed of at time — Concern leading to enactment of s. 165(1.1) to prevent further litigation with respect to matters unrelated to prior decision — Issues taxpayer now attempting to raise logical, integral part of litigation before T.C.C. prior to consent judgment being entered — Could, should have been raised at same time — Matter of computation of taxpayer's resource allowance conclusively determined by consent judgment — S. 165(1.1) neither ousting rule of res judicata by necessary implication nor adopting rule only in so far as applying to matters specifically decided by Court — Court not having discretion to overlook rule of res judicata in special circumstances or where interests of justice so require.

This was an appeal from a Tax Court decision holding that *Income Tax Act*, subsection 165(1.1) did not prevent the taxpayer from pursuing the issues raised in its objections (which had not already been withdrawn or specifically dealt with by the consent judgment) as to the computation of resource profits. Subsection 165(1.1) permits a taxpayer to object to an assessment in accordance with a court order, but only to the extent that the reasons for the objection reasonably relate to a matter that gave rise to the assessment and that was not conclusively determined by the court. The Minister of National Revenue reassessed the taxpayer for the taxation years 1985 and 1986 respectively. The taxpayer objected but the Minister confirmed the reassessments. The taxpayer appealed, but the parties settled before trial. The consent judgment, dated September 20, 1994, referred the matter back to the Minister for reassessment. On December 9, 1994 the petroleum industry and Revenue Canada agreed to a memorandum of understanding which provided the manner in which certain expenditures were to be deducted for the purposes of computing resource profits up to July 23, 1992. The taxpayer was reassessed in conformity with the terms of the consent judgment on February 14, 1995. Two weeks later notices of objection were filed challenging the correctness of the reassessments on the ground that certain expenses should not have been deducted in the calculation

le revenu n'empêchait pas la contribuable de présenter des questions soulevées dans les avis d'opposition — L'art. 165(1.1) permet la production d'un avis d'opposition à la cotisation établie conformément à l'ordonnance de la Cour seulement s'il porte sur une question donnant lieu à la cotisation que la Cour n'a pas tranchée définitivement — Appel contre les avis de cotisation réglé — L'ordonnance sur consentement a renvoyé l'affaire au MRN — La contribuable s'est opposée aux nouvelles cotisations — Le principe de la chose jugée s'applique non seulement aux questions tranchées dans le cadre de litiges précédents mais également aux questions liées qui, bien qu'elles n'aient pas été tranchées, auraient pu et auraient dû être soulevées et décidées à l'époque — Le but de la mise en vigueur de l'art. 165(1.1) était d'empêcher l'existence de litiges sur des questions liées à une décision antérieure — Les questions que la contribuable a alors tenté de soulever constituaient une suite logique et une partie intégrante du litige dont était saisi la Cour de l'impôt avant le dépôt du jugement sur consentement — Ces questions auraient pu et auraient dû être soulevées à l'époque — La question du calcul de la déduction de la contribuable relativement à des ressources a été tranchée définitivement par le jugement sur consentement — L'art. 165(1.1) n'écarte pas le principe de la chose jugée par déduction nécessaire ni ne l'adopte seulement dans la mesure où ce principe s'applique à des questions expressément tranchées par le tribunal — La Cour ne jouit pas du pouvoir discrétionnaire de passer outre à l'application du principe de la chose jugée en présence de circonstances exceptionnelles ou lorsque les intérêts de la justice l'exigent.

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour de l'impôt concluant que le paragraphe 165(1.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'empêchait pas la contribuable de présenter les questions soulevées dans ses avis d'oppositions (celles qui n'avaient pas déjà été retirées ou expressément tranchées par le jugement sur consentement) à l'égard du calcul des bénéfices relatifs à des ressources. Le paragraphe 165(1.1) permet à un contribuable de s'opposer à une cotisation établie conformément à une ordonnance de la cour, mais seulement dans la mesure où les motifs d'opposition sont raisonnablement liés à une question qui a donné lieu à la cotisation et que la cour n'a pas tranchée définitivement. Le ministre du Revenu national a établi une nouvelle cotisation à l'égard de la contribuable pour les années d'imposition 1985 et 1986. La contribuable s'est opposée, mais le ministre a donné avis de la ratification des nouvelles cotisations. La contribuable a interjeté appel, mais les parties ont convenu d'un règlement avant le procès. Le jugement sur consentement, daté du 20 septembre 1994, a renvoyé l'affaire au ministre pour qu'il établisse une nouvelle cotisation. Le 9 décembre 1994, l'industrie pétrolière et Revenu Canada ont conclu un protocole d'entente qui prévoyait la manière dont certaines dépenses devaient être déduites aux fins du calcul des bénéfices relatifs à des ressources jusqu'au 23 juillet 1992. De nouvelles cotisations

of resource profits. The Minister objected on the ground that subsection 165(1.1) prevented the taxpayer from filing these notices of objection. The issues were whether the notices of objection raised issues: (1) unrelated to the reassessments, and (2) which had been conclusively determined by the consent judgment.

Held, the appeal should be allowed. The stated question should be answered as follows: the taxpayer's entitlement to file notices of objection against the reassessments was precluded by subsection 165(1.1).

(1) The rule of *res judicata* applies not only to matters decided by earlier litigation, but also to related matters which although undecided, could and should have been brought forward and disposed of at that time. Those responsible for administration of the Act were not content to rely solely on the rule of *res judicata* as a means of circumscribing the right to object to an assessment issued further to a judgment of the Court. The concern which led to the enactment of subsection 165(1.1) was to prevent further litigation with respect to matters unrelated to a prior decision. With respect to the requirement that the reasons for objection reasonably relate to a matter giving rise to the assessment, Parliament did not prescribe any specific type or manner of relationship, but left it to the Court to ascertain on the facts of each case whether the reasons for objection when considered in light of the matter that gave rise to the assessment were sufficiently related to justify a right to pursue the matter further. The Tax Court found as a fact that the matter that gave rise to the reassessments included the computation of resource allowance, and that the additional expenditures claimed by the notices of objection were reasonably related to that computation. It was open to the Tax Court to so characterize the matter since resource allowance is the product of a relatively precise and narrow computation under the Act and since elements of this computation formed the object of the initial reassessments as well as the reassessments which resulted from the consent judgment. There was also a relationship because prior to the issuance of the consent judgment Revenue Canada and the industry had acknowledged that the expenditures in question were governed by *Gulf Canada Ltd. v. Canada*, a Federal Court of Appeal decision dealing with the deductibility of certain expenses in the calculation of taxable production profits, and presumably were deserving of similar treatment.

(2) The taxpayer's position that the only issues that were "conclusively determined" were those that were specifically

ont été établies à l'égard de la contribuable conformément aux modalités du jugement sur consentement, le 14 février 1995. Deux semaines plus tard, il a produit des avis d'opposition contestant le bien-fondé des nouvelles cotisations au motif que certaines dépenses n'auraient pas dû être déduites dans le calcul des bénéfices relatifs à des ressources. Le ministre a contesté au motif que le paragraphe 165(1.1) empêchait la contribuable de produire ces avis d'opposition. Les questions en litige étaient de savoir si les avis d'opposition soulevaient des questions: 1) non liées aux nouvelles cotisations; 2) qui avaient été tranchées définitivement par le jugement sur consentement.

Arrêt: l'appel est accueilli. La question posée doit recevoir la réponse suivante: le droit de la contribuable de produire des avis d'opposition contre les nouvelles cotisations a été éteint par le paragraphe 165(1.1).

1) Le principe de la chose jugée s'applique non seulement aux questions tranchées dans le cadre de litiges précédents mais également aux questions liées qui, bien qu'elles n'aient pas été tranchées, auraient pu et auraient dû être soulevées et décidées à l'époque. Les responsables de l'administration de la Loi ne se sont pas fiés uniquement sur le principe de la chose jugée comme moyen de circonscrire le droit de s'opposer à une cotisation établie à la suite d'un jugement. Le but de la mise en vigueur du paragraphe 165(1.1) était d'empêcher l'existence de litiges sur des questions non liées à une décision antérieure. En ce qui concerne l'exigence que les motifs de l'opposition soient raisonnablement liés à une question qui a donné lieu à la cotisation, le législateur n'a prescrit aucune forme particulière de lien, laissant à la cour le soin de déterminer, selon les faits de chaque affaire, si les motifs d'opposition, examinés à la lumière de la question ayant donné lieu à la cotisation, sont suffisamment liés pour donner le droit de poursuivre l'affaire. La Cour de l'impôt a conclu en fait que la question ayant donné lieu aux nouvelles cotisations incluait le calcul de la déduction relative à des ressources et que les dépenses supplémentaires réclamées dans le cadre des avis d'opposition étaient raisonnablement liées à ce calcul. La Cour de l'impôt pouvait caractériser ainsi la question vu que la déduction relative à des ressources découle d'un calcul relativement précis et restreint en vertu de la Loi et que des éléments de ce calcul faisaient l'objet des nouvelles cotisations initiales de même que des nouvelles cotisations résultant du jugement sur consentement. Il y avait un lien également parce que, avant que le jugement sur consentement ne soit rendu, Revenu Canada et l'industrie avaient reconnu que les dépenses en question étaient régies par l'arrêt *Gulf Canada Ltd. c. Canada*, une décision de la Cour d'appel fédérale qui portait sur la déductibilité de certaines dépenses dans le calcul des bénéfices de production imposables, de sorte qu'elles devaient, en principe, recevoir le même traitement que ces dernières.

2) La position de la contribuable selon laquelle les seules questions ayant été «tranchées définitivement» étaient celles

decided was untenable if the doctrine of *res judicata*, in so far as it bars further litigation with respect to undecided, but related matters applies. The issues which the taxpayer was now attempting to raise formed a logical and integral part of the litigation that was before the Tax Court prior to the consent judgment being entered, and these issues could and should have been raised at the same time. The taxpayer was before the proper forum, the computation of its resource allowance clearly in issue and the additional contentions with respect to this computation known to it and capable of being raised, yet, for unknown reasons, they were not brought forth. The rule is that a party who, under these conditions omits to raise an issue is forever barred from raising it again. The matter of the computation of the taxpayer's resource allowance was conclusively determined by the consent judgment.

The taxpayer contended that the requirement in subsection 165(1.1) that the matter not have been "conclusively determined" must be read as adopting the rule of *res judicata* only in so far as it bars future litigation with respect to matters expressly or specifically decided. Considering that subsection 165(1.1) was itself intended to limit the scope of ongoing litigation, it would be extraordinary if the legislator had, in the course of implementing this provision ousted the application of this fundamental aspect of the *res judicata* rule. The taxpayer would have had to demonstrate that subsection 165(1.1) was wholly inconsistent with this rule before the Court could have concluded that it was ousted by necessary implication. There was no such inconsistency. Subsection 165(1.1) can co-exist in harmony with the rule of *res judicata*. For example, an issue may "reasonably be regarded as relating to a matter that gave rise to the assessment" within the meaning of subsection 165(1.1) in ways that have no relevance to the application of the rule of *res judicata*. Or, subsection 165(1.1) would permit a further objection with respect to issues related to the matter that gave rise to an assessment, but which were not available at the time of the earlier litigation. Subsection 165(1.1) neither ousts by necessary implication the rule of *res judicata* nor adopts this rule only in so far as it applies to matters specifically decided by the Court.

The Court does not have the discretion to overlook the application of the rule of *res judicata* in special circumstances, or where the interests of justice so require. Had the Tax Court been troubled by the Minister's behaviour to the point of overlooking the principle of *res judicata*, it would have acted on wrong principle. The taxpayer had had an uninhibited opportunity to protect its rights with respect to all the concessions which the Minister extended to the

qui avaient été expressément décidées n'avait aucun fondement si s'appliquait le principe de la chose jugée, qui empêche la poursuite d'un litige relativement aux questions qui n'ont pas été tranchées mais qui sont liées. Les questions que la contribuable tentait de soulever constituaient une suite logique et une partie intégrante du litige dont était saisi la Cour de l'impôt avant le dépôt du jugement sur consentement, et ces questions auraient pu et auraient dû être soulevées à l'époque. La contribuable se trouvait devant la bonne instance, le calcul de sa déduction relative à des ressources était clairement en litige et elle connaissait ses prétentions supplémentaires à l'égard de ce calcul et aurait pu les soulever, mais, pour des raisons inexplicables, elle ne l'a pas fait. Le principe de la chose jugée prévoit que lorsqu'une partie se trouvant dans une telle situation omet de soulever une question, elle ne peut plus la soulever par la suite. La question du calcul de la déduction de la contribuable relativement à des ressources a été tranchée définitivement par le jugement sur consentement.

La contribuable a avancé que l'exigence posée par le paragraphe 165(1.1), selon laquelle la question ne doit pas avoir été «tranchée définitivement», doit être interprétée comme adoptant le principe de la chose jugée seulement dans la mesure où elle interdit l'existence d'un litige relativement aux questions tranchées de façon expresse. Compte tenu du fait que le paragraphe 165(1.1) a lui-même été conçu pour limiter l'étendue des litiges récurrents, il serait en effet extraordinaire que, dans le cadre de la mise en vigueur de cette disposition, le législateur ait écarté l'application de cet aspect fondamental du principe de la chose jugée. Il aurait fallu que la contribuable démontre que le paragraphe 165(1.1) est entièrement incompatible avec ce principe pour que la Cour en soit venue à la conclusion que ce dernier a été écarté par déduction nécessaire. Il n'existait pas d'incompatibilité de ce genre. Le paragraphe 165(1.1) et le principe de la chose jugée peuvent coexister en harmonie. Par exemple, il peut être «raisonnable de considérer qu'une question en litige est liée à une question qui a donné lieu à la cotisation» au sens du paragraphe 165(1.1) sans que cela ne soit pertinent à l'égard de l'application du principe de la chose jugée. De même, le paragraphe 165(1.1) permettrait une opposition subséquente relativement à des questions litigieuses liées à la question qui a donné lieu à une cotisation mais dont l'existence n'était pas connue au moment du litige antérieur. Le paragraphe 165(1.1) n'écarte pas le principe de la chose jugée par déduction nécessaire ni ne l'adopte seulement dans la mesure où ce principe s'applique à des questions expressément tranchées par le tribunal.

La Cour ne jouit pas du pouvoir discrétionnaire de passer outre à l'application du principe de la chose jugée en présence de circonstances exceptionnelles ou lorsque les intérêts de la justice l'exigent. Si la Cour de l'impôt avait été troublée par le comportement du ministre au point de passer outre au principe de la chose jugée, elle se serait alors fondée sur le mauvais principe. Rien n'a empêché la contribuable de protéger ses droits relativement à l'ensemble

industry, but had not availed itself of this right. Its predicament was caused by its own failure to pursue its rights, not by any ministerial action. If the taxpayer was of the view that this omission was the result of special circumstances such that the rule of *res judicata* should be overlooked, it was incumbent upon it to place some evidence before the Court tending to establish these special circumstances. No attempt was made to explain why the taxpayer did not assert its rights at the appropriate time and there was no basis upon which the Tax Court could have exercised its discretion in favour of the taxpayer.

des concessions auxquelles le ministre avait consenti envers l'industrie, mais il ne s'est pas prévalu de ce droit. La situation difficile dans laquelle il s'est retrouvé a été causée par sa propre omission de faire valoir ses droits, et non pas en raison d'une action du Ministère. Si la contribuable estimait que cette omission était due à des circonstances exceptionnelles justifiant la mise de côté du principe de la chose jugée, il lui incombait de produire des éléments de preuve susceptibles de les établir. La contribuable n'a pas tenté d'expliquer pourquoi il n'avait pas exercé ses droits au moment approprié, de sorte qu'il n'y avait aucun fondement sur lequel la Cour de l'impôt pouvait s'appuyer pour exercer son pouvoir discrétionnaire à son bénéfice.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 20(1)(v.1), 165(1) (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 138; 1996, c. 21, s. 45), (1.1) (as enacted by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 138; Sch. VIII, s. 98), 173, 248(1) "assessment".

Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Thomas v. Trinidad and Tobago (Attorney General) (1990), 115 N.R. 313 (P.C.).

CONSIDERED:

Gulf Canada Ltd. v. Canada, [1992] 1 C.T.C. 183; (1992), 92 DTC 6123; 136 N.R. 187 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, [1992] 2 S.C.R. ix; *Doyle v. R.*, [1981] 2 F.C. 114; [1980] C.T.C. 330; (1980), 80 DTC 6260 (T.D.).

REFERRED TO:

Pothitos v. M.N.R. (1960), 60 DTC 636 (T.A.B.); *Bilson (J.) v. M.N.R.* (1960), 60 DTC 599 (T.A.B.); *Payette (P) v. The Queen*, [1977] CTC 551; (1977), 77 DTC 5368 (F.C.T.D.); *Okalta Oils v. Minister of National Revenue*, [1955] S.C.R. 824; [1955] 5 D.L.R. 614; [1955] C.T.C. 271; (1955), 55 DTC 1176; *Harris v. Minister of National Revenue*, [1965] 2 Ex. C.R. 653; [1964] C.T.C. 562; (1964), 64 DTC 5332.

AUTHORS CITED

Income Tax Act and Regulations, Department of Finance Technical Notes: A Consolidation of Technical Notes and other Income Tax Commentary from the Department of Finance, 6th ed. Toronto: Carswell, consolidated to September 1994.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 20(1)(v.1), 165(1) (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 138; 1996, ch. 21, art. 45), (1.1) (édicte par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 138; ann. VIII, art. 98), 173, 248(1) «cotisation».

Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., ch. 945.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Thomas v. Trinidad and Tobago (Attorney General) (1990), 115 N.R. 313 (P.C.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Gulf Canada Ltd. c. Canada, [1992] 1 C.T.C. 183; (1992), 92 DTC 6123; 136 N.R. 187 (C.A.F.); autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée, [1992] 2 R.C.S. ix; *Doyle c. R.*, [1981] 2 C.F. 114; [1980] C.T.C. 330; (1980), 80 DTC 6260 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Pothitos v. M.N.R. (1960), 60 DTC 636 (C.A.I.); *Bilson (J.) v. M.N.R.* (1960), 60 DTC 599 (C.A.I.); *Payette (P) c. La Reine*, [1977] CTC 551; (1977), 77 DTC 5368 (C.F. 1^{re} inst.); *Okalta Oils v. Minister of National Revenue*, [1955] R.C.S. 824; [1955] 5 D.L.R. 614; [1955] C.T.C. 271; (1955), 55 DTC 1176; *Harris v. Minister of National Revenue*, [1965] 2 R.C.É. 653; [1964] C.T.C. 562; (1964), 64 DTC 5332.

DOCTRINE

Income Tax Act and Regulations, Department of Finance Technical Notes: A Consolidation of Technical Notes and other Income Tax Commentary from the Department of Finance, 6th ed. Toronto: Carswell, consolidated to September 1994.

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEAL from a Tax Court decision (*Chevron Canada Resources Ltd. v. R.*, [1997] 2 C.T.C. 2624; (1997), 97 DTC 1173 (T.C.C.)) holding that *Income Tax Act*, subsection 165(1.1) did not prevent the respondent from pursuing the issues raised in its objections excluding those objections already withdrawn, or specifically dealt with by a consent judgment in the computation of resource profits. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Wilfrid Lefebvre for appellant.
H. George McKenzie for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Ogilvy Renault, Montréal, for appellant.
Felesky Flynn, Calgary, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] NOËL J.A.: This is an appeal from a decision rendered by Bowman J. on March 4, 1997.¹ The decision in question was rendered further to an application brought pursuant to section 173 of the *Income Tax Act* [R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1] (the Act). The decision answered partially in the affirmative the following question:

Whether any of the reasons for the Notices of Objection can reasonably be regarded as relating to a matter that gave rise to the reassessments and that was not conclusively determined by this Court so that the Taxpayer's entitlement to file the Notices of Objection to the Reassessments is not precluded by the provisions of subsection 165(1.1) of the Act.

[2] The facts relevant to this appeal need be outlined in some detail.²

[3] On January 27, 1989, and August 9, 1990, the Minister of National Revenue (the Minister) reassessed Chevron Canada Resources Limited (the respondent)

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEL d'une décision de la Cour de l'impôt (*Chevron Canada Resources Ltd. c. R.*, [1997] 2 C.T.C. 2624; (1997), 97 DTC 1173 (C.C.I.)) concluant que le paragraphe 165(1.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'empêchait pas l'intimée de présenter les questions soulevées dans ses avis d'oppositions, à l'exception des motifs d'oppositions déjà retirés ou expressément tranchés par un jugement sur consentement, relativement au calcul des bénéfices relatifs à des ressources. Appel accueilli.

ONT COMPARU:

Wilfrid Lefebvre pour l'appelante.
H. George McKenzie pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Ogilvy Renault, Montréal, pour l'appelante.
Felesky Flynn, Calgary, pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE NOËL, J.C.A.: Il s'agit d'un appel interjeté contre une décision rendue par le juge Bowman le 4 mars 1997¹. La décision en question découle d'une demande déposée en vertu de l'article 173 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1] (la Loi). Cette décision a fourni une réponse en partie affirmative à la question suivante:

[TRADUCTION] S'il est raisonnable de considérer que l'un quelconque des motifs à l'appui des avis d'opposition est lié à une question qui a donné lieu aux nouvelles cotisations et que cette Cour n'a pas tranchée définitivement, de sorte que le droit du contribuable de déposer les avis d'opposition aux nouvelles cotisations n'est pas limité par les dispositions du paragraphe 165(1.1) de la Loi.

[2] Les faits pertinents au présent appel nécessitent un exposé assez détaillé².

[3] Les 27 janvier 1989 et 9 août 1990, le ministre du Revenu national (le ministre) a cotisé de nouveau Chevron Canada Resources Limited (l'intimée) pour

for the taxation years 1985 and 1986 respectively.³ The respondent objected to these reassessments and on December 31, 1991, the Minister gave notice of their confirmation.

[4] On March 25, 1992, the respondent brought an appeal before the Tax Court of Canada. The notices of appeal filed with the Court raised the following issues:

(a) are delay lease rentals on undeveloped lands deductible from income or capitalized and added to Canadian Oil And Gas Property Expenses (“COGPE”)?

(b) are Scientific Research and Experimental Development Expenses (“SR & ED”) and Crown lease rentals on unproductive lands required to be deducted in the computation of resource profits for the purposes of resource allowance?

(c) is interest income properly characterized as active business income or investment income for the purposes of calculating its Manufacturing and Processing (“M&P”) profit?

(d) are royalties in respect of liquefied petroleum gases (“LPG’s”) deductible in calculating income?

[5] The two appeals were consolidated and further to a status hearing held in November 1993, a trial date was set for September 14, 1994.

[6] On December 20, 1993, the respondent amended its notice of appeal to withdraw the issue relating to the deductibility of royalties in respect of LPG’s in the computation of income. This withdrawal was the result of the settlement of another action which had been pending in the Federal Court—Trial Division between the same parties.

[7] On September 9, 1994, the appellant and respondent executed minutes of settlement in respect of the Tax Court action.⁴ The consent to judgment⁵ executed the same day provided that the respondent’s appeal be allowed and that the matter be referred back to the Minister for reconsideration and reassessment on the basis that:

(a) \$2,284,161 of the Appellant’s income from its short term investments in its 1985 taxation year and \$662,861

les années d’imposition 1985 et 1986³. L’intimée s’est opposée à ces nouveaux avis de cotisation et, le 31 décembre 1991, le ministre a donné avis de leur ratification.

[4] Le 25 mars 1992, l’intimée a interjeté appel auprès de la Cour canadienne de l’impôt. Les avis d’appel déposés auprès de cette Cour soulevaient les questions suivantes:

[TRADUCTION] a) les redevances d’ajournement relatives à des terres non aménagées sont-elles déductibles du revenu ou capitalisées et ajoutées aux frais à l’égard de biens canadiens relatifs au pétrole et au gaz («FBCPG»)?

b) les frais de recherche scientifique et de développement expérimental («RSDE») et les redevances sur les terres de la Couronne improductives doivent-ils être déduits dans le calcul des bénéfices relatifs à des ressources aux fins de la déduction relative à des ressources?

c) le revenu en intérêts doit-il être considéré comme un revenu d’entreprise exploitée activement ou comme un revenu de placements aux fins du calcul des bénéfices de fabrication et de transformation («FT») de l’entreprise?

d) les redevances sur le gaz de pétrole liquéfié («GPL») sont-elles déductibles dans le calcul du revenu?

[5] Les deux appels ont été joints et, à la suite d’une audience sur l’état de l’instance tenue en novembre 1993, la date de l’audition a été fixée au 14 septembre 1994.

[6] Le 20 décembre 1993, l’intimée a modifié son avis d’appel pour retirer la question de la déductibilité des redevances sur le GPL dans le calcul du revenu. Ce retrait découlait du règlement d’une autre action qui opposait les mêmes parties et qui était en suspens à la Section de première instance de la Cour fédérale.

[7] Le 9 septembre 1994, les parties ont déposé un procès-verbal de transaction relativement à l’action intentée auprès de la Cour de l’impôt⁴. Le consentement à jugement⁵ déposé le même jour prévoyait que l’appel de l’intimée soit accueilli et que l’affaire soit renvoyée au ministre pour réexamen et pour nouvelle cotisation tenant compte du fait que:

[TRADUCTION] a) 2 284 161 \$ du revenu de l’appelante provenant de ses placements à court terme pour son année

of the Appellant's income from its short term investments in its 1986 taxation year constitute income from an active business for the purposes of calculating the Appellant's manufacturing and processing deduction pursuant to section 125.1 of the *Income Tax Act*; and

(b) neither the Appellant's scientific research expenditures nor its crown lease rental payments are to be deducted under paragraph 1204(1)(f) of the *Income Tax Regulations*, or otherwise, in the calculation of resource profits for the purpose of paragraph 20(1)(v.1) of the *Income Tax Act*.

The Appellant is not entitled to any further relief.

[8] On September 20, 1994, Couture C.J. gave judgment (the "consent judgment") in the following terms:⁶

Upon reading the Consent to Judgment filed:

The appeals from the assessments made under the *Income Tax Act* for the 1985 and 1986 taxation years are allowed, without costs, and the assessments are referred back to the Minister of National Revenue for reconsideration and reassessment in accordance with the terms of the attached Consent to Judgment.

[9] Some two years before the parties endorsed the settlement, the Federal Court of Appeal, in *Gulf Canada Ltd. v. Canada*,⁷ addressed the issue of what amounts were to be deducted in the calculation of taxable production profits, and concluded that SR & ED costs and pre-production capital cost allowance were not required deductions in the calculation of taxable production profits.⁸

[10] Soon after this decision was rendered, the petroleum industry, (the Industry) through the offices of the Canadian Association of Petroleum Producers, undertook negotiations with Revenue Canada with a view to resolving the issue of which other expenses were not required to be deducted in calculating resource profits for the purpose of determining a taxpayer's resource allowance based on the reasoning advanced by the Court in the *Gulf Canada* decision. The types of expenses under discussion included lease rentals on unproductive lands, SR & ED costs, pre-

d'imposition 1985 et 662 861 \$ du revenu de l'appelante provenant de ses placements à court terme pour son année d'imposition 1986 constituent un revenu d'entreprise exploitée activement aux fins du calcul de la déduction relative aux bénéfices de fabrication et de transformation de l'appelante en vertu de l'article 125.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

b) ni les frais de recherche scientifique de l'appelante ni ses paiements de redevances relatives à des terres de la Couronne ne doivent être déduits selon l'alinéa 1204(1)(f) du *Règlement de l'impôt sur le revenu* ou autrement, dans le calcul des bénéfices relatifs à des ressources aux fins de l'alinéa 20(1)(v.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

L'appelante n'a droit à aucune autre mesure de redressement.

[8] Le 20 septembre 1994, le juge en chef Couture a rendu jugement (le jugement sur consentement) de la façon suivante⁶:

Vu le consentement à jugement déposé:

Les appels des cotisations établies en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour les années d'imposition 1985 et 1986 sont admis, sans frais, et les cotisations déférées au ministre du Revenu national pour nouvel examen et nouvelles cotisations selon les termes du consentement à jugement ci-joint.

[9] Environ deux ans avant que les parties n'acceptent le règlement, la Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt *Gulf Canada Ltd. c. Canada*⁷, s'est penchée sur la question de savoir quels sont les montants devant être déduits dans le calcul des bénéfices de production imposables, et elle a conclu que les frais de RSDE et la déduction pour amortissement au titre de frais antérieurs à la production ne devaient pas l'être aux fins du calcul des bénéfices de production imposables⁸.

[10] Peu après que cette décision a été rendue, l'industrie pétrolière (l'industrie) a entamé des négociations avec Revenu Canada, par l'entremise de l'Association canadienne des producteurs pétroliers, dans le but de régler la question des autres dépenses ne devant pas être déduites dans le calcul des bénéfices relatifs à des ressources pour déterminer la déduction d'un contribuable relativement à des ressources à la lumière du raisonnement suivi par la Cour dans *Gulf Canada*. Les dépenses ayant fait l'objet des pourparlers comprenaient les redevances sur les terres

production capital cost allowance, pre-production operating expenses and general and administrative costs.

[11] By September of 1994, although discussions between the industry and Revenue Canada had progressed to the point where it was acknowledged that concessions would be made by Revenue Canada with respect to the particular expenses under discussion, the terms of an agreement relating to the treatment of all these expenses had not been settled.

[12] On December 9, 1994, a memorandum of understanding was agreed to between the industry and Revenue Canada. In a letter dated the same day, Mr. R. M. Beith, Interim Assistant Deputy Minister, Appeals, wrote the industry as follows:⁹

This letter is further to various meetings and discussions between representatives of the Canadian Association of Petroleum Producers (CAPP) and Revenue Canada regarding the implications of the 1992 Court of Appeal decision in *The Queen vs. Gulf Canada Limited* for the treatment of, among other things, corporate general and administrative expenses (G&A) in the computation of resource profits and the resource allowance under the regulations of the *Income Tax Act*.

Revenue Canada agrees in principle to the G&A allocation principles described in your letter of September 16, 1993. The attached schedule describes the basis upon which we propose to finalize the treatment of G&A, scientific research and experimental development expenditures, capital cost allowance prior to the year of commencement of production and pre-production expenses. After verification of claims, reassessments will be issued for those taxpayers who agree with the proposal and who have raised, or who will have the right to raise, the issues in a valid notice of objection or on appeal, or who have filed a valid waiver. Revenue Canada's position is that the resulting revised resource profits figure will also be utilized for any corresponding adjustments required to PGRT returns similarly open for reassessment. A reassessment will not be issued in respect of a taxation year for which rights to object or appeal have expired. The time for issuing reassessments can be kept to a minimum by ensuring that claims contain sufficient detail and that supporting documentation is readily available for verification.

improductives, les frais de RSDE, la déduction pour amortissement au titre de frais antérieurs à la production, les frais d'exploitation préalables à la production et les frais généraux et administratifs.

[11] Au mois de septembre 1994, bien que les pourparlers entre l'industrie et Revenu Canada aient progressé au point où il était reconnu que Revenu Canada ferait des concessions sur les dépenses particulières en cause, les modalités d'une entente concernant le traitement de l'ensemble de ces dépenses n'avaient pas été établies.

[12] Le 9 décembre 1994, un protocole d'entente est intervenu entre l'industrie et Revenu Canada. Dans une lettre datée du même jour, M. R. M. Beith, sous-ministre adjoint par intérim, Appels, a écrit ceci à l'industrie⁹:

[TRADUCTION] La présente lettre fait suite à diverses réunions et discussions entre des représentants de l'Association canadienne des producteurs pétroliers (ACPP) et Revenu Canada quant aux implications de la décision rendue en 1992 par la Cour d'appel dans l'affaire *La Reine c. Gulf Canada Limited* concernant le traitement, entre autres, des frais généraux et administratifs (FGA) de la compagnie dans le calcul des bénéfices relatifs à des ressources et de la déduction relative à des ressources en vertu du *Règlement de l'impôt sur le revenu*.

En principe, Revenu Canada convient des principes de répartition des FGA décrits dans votre lettre du 16 septembre 1993. L'annexe ci-jointe décrit la base sur laquelle nous proposons de finaliser le traitement des FGA, le traitement des frais de recherche scientifique et de développement expérimental, le traitement de la déduction pour amortissement pour la période antérieure à l'année du début de la production et le traitement des frais préalables à la production. Après vérification des demandes, de nouvelles cotisations seront établies à l'égard des contribuables qui sont d'accord sur la proposition et qui ont soulevé ou qui auront le droit de soulever les questions dans un avis d'opposition valide ou un appel ou qui ont déposé une renonciation valide. La position de Revenu Canada est que le chiffre ainsi révisé concernant les bénéfices relatifs à des ressources sera également utilisé pour tout rajustement correspondant à apporter aux déclarations qui ont été produites en vertu de la LIRP et qui sont également susceptibles de faire l'objet d'une nouvelle cotisation. Une nouvelle cotisation ne sera pas établie pour une année d'imposition relativement à laquelle les droits d'opposition ou d'appel ont expiré. Le temps nécessaire pour l'établissement des nouvelles cotisations pourra être minimal si l'on veille à ce que les demandes contiennent suffisamment de détails et à ce que les

To avoid possible delays in providing refunds due to the required verification and processing, we intend to issue repayments of amounts in dispute under subsection 164(4.1) of the Act in advance of the actual reassessments in respect of these issues. To obtain repayments, taxpayers will be asked to indicate agreement in principle with the proposal and submit, on a year-by-year basis, an estimate of their claims for these issues, where they have not already done so, an estimate of their expected refund for taxes and interest and a statement as to the amount of tax that they have paid in respect of the year. If these figures agree with our estimates, repayments to the extent of 75% of the disputed amount will be issued as soon as possible without verification. Repayments can be issued under subsection 164(4.1), only if these issues are the subject of a valid objection or appeal.

Revenue Canada will not issue a refund or repayment for a particular year in respect of these issues to the extent that it has reason to believe that the adjustments may be required in respect of other issues that would have the effect of reducing any refund or repayment to which the taxpayer will ultimately be entitled.

If the terms of the proposal in the attached schedule are acceptable to CAPP, I would appreciate a letter indicating your agreement in principle as soon as possible. We will then begin the process of dealing with individual taxpayers.

[13] The actual Memorandum of Understanding reads as follows:¹⁰

Memorandum of Understanding
Calculation of Resource
Profits—Regulation 1204
Pre-July 23, 1992 Amendments

Agreement in principle has been concluded as to the manner in which certain expenditures are to be deducted for purposes of computing resource profits under Regulation 1204. The agreed upon method of deduction or allocation will be applicable up to the effective date of the amendments to Regulation 1204 which were issued in draft form on July 23, 1992.

Following verification, reassessments based on this memorandum will be made to all years open for reassessment under an objection, appeal or waiver or in respect of

documents d'appui soient facilement disponibles pour fins de vérification.

Pour éviter les retards possibles dans les remboursements vu la vérification et le traitement requis, nous entendons émettre les chèques relatifs aux remboursements des montants en litige en vertu du paragraphe 164(4.1) de la Loi avant l'établissement effectif des nouvelles cotisations concernant ces questions. Pour obtenir des remboursements, les contribuables devront faire savoir qu'ils sont d'accord en principe sur la proposition et devront présenter pour chaque année une estimation de leurs demandes relatives à ces questions, s'ils ne l'ont pas déjà fait, ainsi qu'une estimation du remboursement d'impôt et d'intérêts auquel ils s'attendent et un état quant au montant d'impôt qu'ils ont payé pour l'année. Si les chiffres présentés correspondent à nos évaluations, des chèques de remboursement représentant jusqu'à concurrence de 75 p. 100 du montant en litige seront émis le plus tôt possible, sans vérification. Des chèques de remboursement peuvent être émis en vertu du paragraphe 164(4.1) seulement si ces questions font l'objet d'une opposition ou d'un appel valide.

Revenu Canada n'accordera aucun remboursement pour une année donnée relativement à ces questions s'il a des raisons de croire qu'il pourrait être nécessaire relativement à d'autres questions de faire des rajustements ayant pour effet de réduire le remboursement auquel le contribuable aura droit au bout du compte.

Si les conditions de la proposition figurant dans l'annexe ci-jointe sont acceptables à la ACPP, je vous serais reconnaissant de bien vouloir nous envoyer le plus tôt possible une lettre indiquant que vous êtes d'accord en principe. Nous amorcerons alors le processus de traitement pour les contribuables pris individuellement.

[13] Le protocole d'entente se lit comme suit¹⁰:

[TRADUCTION]

Protocole d'entente
Calcul des bénéfices relatifs à des
ressources—Article 1204 du Règlement
Modifications antérieures au 23 juillet 1992

Un accord de principe a été conclu quant à la manière dont certaines dépenses doivent être déduites aux fins du calcul des bénéfices relatifs à des ressources en vertu de l'article 1204 du Règlement. Le mode de déduction ou de répartition dont il a été convenu s'appliquera pour la période allant jusqu'à la date de prise d'effet des modifications de l'article 1204 du Règlement publiées sous forme de projet le 23 juillet 1992.

Après vérification, de nouvelles cotisations fondées sur le présent protocole seront établies pour toutes les années susceptibles d'être l'objet d'une nouvelle cotisation en vertu

changed loss years for which a loss determination has not been issued.

1. Scientific Research and Experimental Developments (SR & ED)

SR & ED expenditures claimed by taxpayers, which have been accepted by the Department as so qualifying, are not to be deducted in the calculation of resource profits.

2. Pre-Production Capital Cost Allowance (CCA)

CCA for years prior to that in which production commences will not reduce resource profits.

3. Pre-Production Expenses

Pre-Production Expenses (i.e. environmental impact studies, marketing surveys, lease rentals in respect of non-producing properties) will not be deducted in calculating resource profits.

4. General & Administrative Expenses (G & A)

The allocation of G & A for purposes of computing resource profits is as set out in the September 16, 1993 letter from the Canada Association of Petroleum Producers, a copy of which is attached.

Reassessments to be issued pursuant to this memorandum will be conditional upon the Department's receipt of an agreement in writing to waive all objection and appeal rights with respect to the adjustments covered by this memorandum of understanding. [Emphasis in original.]

[14] The respondent was reassessed in conformity with the terms of the consent judgment on February 14, 1995. Two weeks later, notices of objection were filed challenging the correctness of the reassessments on the following grounds:

- (a) delay release rentals should not have capitalized as COGPE;
- (b) royalties on LPG's should be deductible in calculating income;
- (c) royalties paid on miscible flood injectants should be deductible in computing income until the product is recovered from the project; and

d'une opposition, d'un appel ou d'une renonciation ou pour des années de perte modifiées relativement auxquelles une détermination de pertes n'a pas été établie.

1. Recherche scientifique et développement expérimental (RSDE)

Les frais de RSDE qui ont été déclarés par des contribuables et acceptés par le Ministère comme étant admissibles à ce titre ne doivent pas être déduits dans le calcul des bénéfices relatifs à des ressources.

2. Déduction pour amortissement (DPA) au titre de frais antérieurs à la production

La DPA pour des années antérieures à l'année du début de la production ne réduira pas les bénéfices relatifs à des ressources.

3. Frais préalables à la production

Les frais engagés avant la production (soit les frais d'étude d'incidence environnementale, les frais d'enquête en matière de commercialisation et les redevances sur des biens improductifs) ne seront pas déduits dans le calcul des bénéfices relatifs à des ressources.

4. Frais généraux et administratifs (FGA)

La répartition des FGA aux fins du calcul des bénéfices relatifs à des ressources correspond à la répartition énoncée dans la lettre de l'Association canadienne des producteurs pétroliers en date du 16 septembre 1993, lettre dont copie figure en annexe.

Les nouvelles cotisations devant être établies conformément au présent protocole d'entente vaudront sous réserve que le Ministère reçoive un avis écrit indiquant que l'on est d'accord pour renoncer à tout droit d'opposition et d'appel concernant les rajustements visés par le présent protocole. [Souligné dans l'original.]

[14] L'intimée a été cotisée de nouveau conformément aux modalités du jugement sur consentement le 14 février 1995. Deux semaines plus tard, elle a produit des avis d'opposition contestant le bien-fondé des nouvelles cotisations pour les motifs suivants:

[TRADUCTION]

- a) les redevances d'ajournement n'auraient pas dû être capitalisées en tant que FBCPG;
- b) les redevances sur le GPL devraient être déductibles dans le calcul du revenu;
- c) les redevances payées sur les fluides miscibles à injecter devraient être déductibles dans le calcul du revenu jusqu'à ce que le produit soit récupéré du projet;

- (d) the calculation of resource profits and in particular the following expenses should not be deducted in the calculation of resource profits:
- (i) lease rentals on unproductive lands,
 - (ii) scientific research and experimental development costs,
 - (iii) pre-production capital cost allowance,
 - (iv) pre-production operating expenses, and
 - (v) general and administrative costs.
- d) le calcul des bénéfices relatifs à des ressources, notamment les dépenses suivantes ne devraient pas être déduites dans le calcul des bénéfices relatifs à des ressources:
- (i) les redevances sur des terres improductives,
 - (ii) les frais de recherche scientifique et de développement expérimental,
 - (iii) la déduction pour amortissement au titre des frais antérieurs à la production,
 - (iv) les frais d'exploitation préalables à la production,
 - (v) les frais généraux et administratifs.

[15] The Minister took issue with the respondent's right to file these notices of objection. In the Minister's view, subsection 165(1.1) [as enacted by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 138; Sch. VIII, s. 98] of the Act prevented the respondent from filing these objections as they raised issues unrelated to the reassessments and issues which had been conclusively determined by the consent judgment. The respondent took a different view and the parties agreed to have their dispute resolved by way of a reference to the Tax Court based on the question stated at the beginning of these reasons.

[15] Le ministre a contesté le droit de l'intimée de produire les présents avis d'opposition. Selon le ministre, le paragraphe 165(1.1) [édicte par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 138; ann VIII, art. 98] de la Loi empêchait l'intimée de produire ces avis d'opposition parce qu'ils soulevaient des questions non liées aux nouvelles cotisations et des questions qui avaient été tranchées définitivement par le jugement sur consentement. L'intimée étant d'avis contraire, les parties ont convenu de faire trancher leur litige au moyen d'un renvoi à la Cour de l'impôt fondé sur la question énoncée au début des présents motifs.

[16] On March 4, 1997, Bowman J. answered this question partially in the affirmative by holding that subsection 165(1.1) did not prevent the respondent from pursuing the issues raised in its objections other than the ones pertaining to the deductibility of royalties in respect of LPG's and the treatment of SR and ED costs and Crown lease rental payments in the computation of resource profits.¹¹ The Crown appeals from this decision in so far as it otherwise upholds the respondent's right to pursue its objections.

[16] Le 4 mars 1997, le juge Bowman a donné une réponse en partie affirmative à cette question en concluant que le paragraphe 165(1.1) n'empêchait pas l'intimée de présenter les questions soulevées dans ses avis d'opposition à l'exception de celles portant sur la déductibilité des redevances relatives au GPL, sur le traitement des frais de RSDE et sur les redevances sur les terres de la Couronne dans le calcul des bénéfices relatifs à des ressources¹¹. La Couronne interjette appel de cette décision au motif qu'elle confirme le droit de l'intimée de présenter ses avis d'opposition.

[17] The relevant statutory provisions read as follows [s. 165(1) (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 138; 1996, c. 21, s. 45)]:

[17] Les dispositions législatives pertinentes prévoient [art. 165(1) (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 138; 1996, ch. 21, art. 45)]:

165. (1) A taxpayer who objects to an assessment under this Part may serve on the Minister a notice of objection, in writing, setting out the reasons for the objection and all relevant facts,

165. (1) Le contribuable qui s'oppose à une cotisation prévue par la présente partie peut signifier au ministre, par écrit, un avis d'opposition exposant les motifs de son opposition et tous les faits pertinents, dans les délais suivants:

(a) where the assessment is in respect of the taxpayer for a taxation year and the taxpayer is an individual (other

a) lorsqu'il s'agit d'une cotisation relative à un contribuable qui est un particulier (sauf une fiducie) ou une fiducie

than a trust) or a testamentary trust, on or before the later of

(i) the day that is one year after the taxpayer's filing-date date for the year, and

(ii) the day that is 90 days after the day of mailing of the notice of assessment; and

(b) in any other case, on or before the day that is 90 days after the day of mailing of the notice of assessment.

(1.1) Notwithstanding subsection (1), where at any time the Minister assesses tax, interest or penalties payable under this Part by, or makes a determination in respect of, a taxpayer

(a) under subsection 67.5(2), subparagraph 152(4)(b)(i) or subsection 152(4.3) or (6) or 164(4.1), 220(3.4) or 245(8) or in accordance with an order of a court vacating, varying or restoring the assessment or referring the assessment back to the Minister for reconsideration and reassessment,

(b) under subsection (3) where the underlying objection relates to an assessment or a determination made under any of the provisions or circumstances referred to in paragraph (a), or

(c) under a provision of an Act of Parliament requiring an assessment to be made that, but for that provision, would not be made because of subsections 152(4) to (5),

the taxpayer may object to the assessment or determination within 90 days after the day of mailing of the notice of assessment or determination, but only to the extent that the reasons for the objection can reasonably be regarded as relating to a matter that gave rise to the assessment or determination and that was not conclusively determined by the court, and this subsection shall not be read or construed as limiting the right of the taxpayer to object to an assessment or a determination issued or made before that time.**

** In reading these provisions, as well as these reasons, it is important to bear in mind that the term "assessment" is defined under subsection 248(1) of the Act as including a "reassessment".

[18] At the onset, the respondent concedes that subsection 165(1.1) effectively prevents it from pursuing its objection with respect to the deductibility

testamentaire, pour une année d'imposition, au plus tard le dernier en date des jours suivants:

(i) le jour qui tombe un an après la date d'échéance de production qui est applicable au contribuable pour l'année,

(ii) le 90^e jour suivant la date de mise à la poste de l'avis de cotisation;

b) dans les autres cas, au plus tard le 90^e jour suivant la date de mise à la poste de l'avis de cotisation.

(1.1) Malgré le paragraphe (1), dans le cas où, à un moment donné, le ministre établit une cotisation concernant l'impôt, les intérêts ou les pénalités payables par un contribuable en vertu de la présente partie ou détermine un montant à l'égard d'un contribuable:

a) soit en application du paragraphe 67.5(2), du sous-alinéa 152(4)b(i) ou des paragraphes 152(4.3) ou (6), 164(4.1), 220(3.4) ou 245(8) ou en conformité avec l'ordonnance d'un tribunal qui annule, modifie ou rétablit la cotisation ou la renvoie au ministre pour nouvel examen et nouvelle cotisation;

b) soit en application du paragraphe (3), à la suite d'un avis d'opposition relatif à une cotisation établie ou un montant déterminé en application des dispositions visées à l'alinéa a) ou dans les circonstances qui y sont indiquées;

c) soit en application d'une disposition d'une loi fédérale exigeant l'établissement d'une cotisation qui sans cette disposition, ne serait pas établie en vertu des paragraphes 152(4) à (5).

le contribuable peut faire opposition à la cotisation ou au montant déterminé dans les 90 jours suivant la date de mise à la poste de l'avis de cotisation ou de l'avis portant qu'un montant a été déterminé seulement dans la mesure où il est raisonnable de considérer que les motifs d'opposition sont liés à une question qui a donné lieu à la cotisation ou au montant déterminé et que le tribunal n'a pas tranché définitivement; toutefois, le présent paragraphe n'a pas pour effet de limiter le droit du contribuable de s'opposer à quelque cotisation établie ou montant déterminé avant le moment donné.**

** Lors de la lecture de ces dispositions et des présents motifs, il est important de se souvenir que le terme «cotisation» est défini au paragraphe 248(1) de la Loi comme incluant une «nouvelle cotisation».

[18] Au départ, l'intimée admet que le paragraphe 165(1.1) l'empêche à toutes fins pratiques de présenter son avis d'opposition relativement à la

of delay rentals in the computation of income on the ground that this matter was conclusively determined by the consent judgment.¹² The respondent also concedes that its attempt to deduct royalties on miscible flood injectants in the computation of income raises a novel issue which cannot be reasonably regarded as relating to any of the matters that gave rise to the reassessments.¹³ Judgment should be given allowing the appeal in so far as these issues are concerned.

[19] This only leaves to be decided the question of whether the respondent is entitled to pursue the remaining changes which it wishes to bring to the computation of its resource allowance.¹⁴ According to the appellant, Bowman J. erred in holding that the question relating to the treatment of these expenditures in the computation of resource profits was reasonably related to the matter that gave rise to the reassessments and in failing to hold that all matters relating to this computation had been conclusively determined by the consent judgment.

[20] Before addressing these two grounds of appeal, it is useful to recall how Bowman J. approached the matter before him. He began by stating:

... one should endeavour to interpret subsection 165(1.1) in a manner that gives effect to its wording and to the purpose that it seeks to achieve in the overall scheme of the objection and appeal provisions of the *Income Tax Act*.¹⁵

[21] He then observed that when subsection 165(1.1) was added:

It seems apparent that Parliament must have assumed that without the addition of subsection 165(1.1), subsection 165(1) gave to a taxpayer an unlimited right to object to a reassessment whether it was issued following a notice of objection or pursuant to a judgment of a court or pursuant to any of the sections mentioned in the opening words of paragraph 165(1.1)(a).¹⁶

[22] Bowman J. then quoted from *Doyle v. R.* where Mahoney J., after stating that the right to correct an assessment which does not conform with a judgment by means of an objection has always existed, con-

déductibilité des redevances d'ajournement dans le calcul du revenu au motif que cette question a été tranchée définitivement par le jugement sur consentement¹². L'intimée admet également que sa demande de déduction des redevances sur les fluides miscibles à injecter soulève une nouvelle question qui ne peut raisonnablement être considérée comme liée à celles qui ont donné lieu aux nouvelles cotisations¹³. Je suis d'avis de rendre un jugement accueillant l'appel sur ces questions.

[19] Il ne reste donc à trancher que la question de savoir si l'intimée a le droit de chercher à obtenir les dernières modifications qu'elle souhaite apporter à l'égard du calcul de sa déduction relative à des ressources¹⁴. Selon l'appelante, le juge Bowman a commis une erreur en concluant que la question du traitement de ces dépenses à l'égard du calcul des bénéfices relatifs à des ressources était raisonnablement liée à l'affaire qui a donné lieu aux nouvelles cotisations et en ne concluant pas que l'ensemble des questions liées à ce calcul avaient été tranchées définitivement par le jugement sur consentement.

[20] Avant de se pencher sur ces deux motifs d'appel, il est utile de se rappeler la manière dont le juge Bowman a abordé l'affaire dont il était saisi. Il a commencé en disant:

[...] il convient de tenter d'interpréter le paragraphe 165(1.1) d'une manière qui donne effet au libellé de ce paragraphe et à l'objet qu'il cherche à réaliser dans le cadre global des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en matière d'opposition et d'appel¹⁵.

[21] Il a alors souligné qu'avec l'ajout du paragraphe 165(1.1):

Manifestement, le Parlement doit avoir présumé que, sans l'ajout du paragraphe 165(1.1), le paragraphe 165(1) donnait à un contribuable un droit illimité de s'opposer à une nouvelle cotisation, que celle-ci ait été établie après un avis d'opposition ou en vertu du jugement d'un tribunal ou encore aux termes de l'un quelconque des articles mentionnés au début de l'alinéa 165(1.1)a)¹⁶.

[22] Le juge Bowman a ensuite cité la décision *Doyle c. R.* où, après avoir dit que le droit de faire corriger un avis de cotisation non conforme à un jugement au moyen d'un avis d'opposition avait

firmed that the rule of *res judicata* applies in tax matters despite the seemingly unlimited right of objection provided for under section 165(1) of the Act.¹⁷ In the words of Mahoney J. [at page 116]:

The right to appeal a reassessment ensuing upon a judgment is not a right to have the issues, decided by that judgment, re-tried.¹⁸

[23] Bowman J. then asked himself:

What, then, does subsection 165(1.1) do? I do not accept that insofar as it deals with assessments following a judgment it does no more than confirm the rule of *res judicata*. That rule was well established and was in no danger that inroads would be made upon it. Its purpose is obviously broader than that Second, it appears, from its opening words “notwithstanding subsection (1)” (which gives an unqualified right to object to an assessment (subject only to considerations of *res judicata*)) to be intended to operate as a restriction on, or derogation from, subsection 165(1). Third, it permits the filing of a notice of objection to an assessment, and it contemplates doing so even though the assessment is issued pursuant to a court order. It must contemplate a broader range of objection than that discussed by Mahoney J. in the first principle stated by him The right to object to an assessment that does not conform to a judgment of a court has always existed. It needed no amendment to confirm or to confer that right.¹⁹

[24] Bowman J. then reasoned that since subsection 165(1.1) is intended as a restriction on the right to object, construing the word “matter” as referring to all the elements relevant to the computation of income would defeat the purpose of the provision.²⁰ On the other hand, he noted that restricting the word “matter” to the very issue that gave rise to the reassessments would only allow for the correction of assessments which do not conform with a judgment, a right which already exists. In any event, he noted that this last interpretation is excluded by the wording of subsection 165(1.1) which is premised on the assessment being “in accordance” with an order of the Court. This analysis compelled Bowman J. to conclude that the proper construction of the word “matter” was to be found somewhere in between these two extremes.²¹

toujours existé, le juge Mahoney a réaffirmé que le principe de la chose jugée s’appliquait en matière fiscale malgré le droit apparemment illimité de s’opposer prévu au paragraphe 165(1) de la Loi¹⁷. Comme l’exprime le juge Mahoney [à la page 116]:

Le droit d’interjeter appel d’une nouvelle cotisation faite à la suite d’un jugement n’est pas le droit de remettre en cause les litiges déjà jugés¹⁸.

[23] Le juge Bowman s’est demandé par la suite:

Que fait alors le paragraphe 165(1.1)? Je ne suis pas d’accord pour dire que, dans la mesure où il traite de cotisations établies à la suite d’un jugement, il ne fait rien de plus que de confirmer la règle de la chose jugée. Cette règle était bien établie et ne risquait pas d’être l’objet d’empiètements. L’objet de ce paragraphe est manifestement plus vaste que cela [. . .] De plus, les termes «[m]algré le paragraphe (1)» figurant au début (lequel paragraphe accorde un droit absolu d’opposition à une cotisation sous réserve de l’application de la règle de la chose jugée), semblent indiquer que le paragraphe 165(1.1) se voulait un moyen de limiter le paragraphe 165(1) ou de permettre de déroger au paragraphe 165(1). Enfin, il permet de déposer un avis d’opposition à une cotisation même dans le cas où la cotisation est établie en conformité avec l’ordonnance d’un tribunal. Il doit envisager une gamme d’oppositions plus vaste que celle dont le juge Mahoney faisait état dans le premier principe [. . .] Le droit de faire opposition à une cotisation non conforme au jugement d’un tribunal a toujours existé. Il n’était pas nécessaire d’apporter une modification législative pour conférer ce droit ou pour le confirmer¹⁹.

[24] Le juge Bowman a alors conclu qu’étant donné que le paragraphe 165(1.1) est conçu pour limiter le droit de s’opposer, interpréter le mot «question» comme englobant l’ensemble des éléments pertinents au calcul du revenu irait à l’encontre de cette disposition²⁰. D’un autre côté, il a souligné que restreindre la portée de ce mot à la question qui a donné lieu aux nouvelles cotisations ne permettrait que la correction des cotisations non conformes à un jugement, ce qui est un droit déjà existant. De toute manière, il a fait remarquer que cette dernière interprétation était exclue par la formulation du paragraphe 165(1.1), qui vise les cas où la cotisation a été établie «en conformité» avec une ordonnance de la Cour. Cette analyse a mené le juge Bowman à la conclusion que l’interprétation appropriée du mot «question» se situait à mi-chemin entre ces deux extrêmes²¹.

[25] That is the background against which Bowman J. came to the conclusion that the “matter” which gave rise to the reassessments following the consent judgment was, *inter alia*, the computation of the respondent’s resource allowance and that the issues raised by the objections in respect of this computation were reasonably related to that matter. I can find no fault with this particular conclusion nor with the reasoning which led to it.

[26] Subsection 165(1.1) significantly modifies the right to object as it existed prior to its enactment. As was noted by Bowman J., the extent to which one could object to an assessment issued further to a judgment on grounds not raised or dealt with by the Court had not been the subject of any judicial pronouncement when subsection 165(1.1) was enacted.²² This is so despite the fact that the rule of *res judicata* has long been known to apply not only to matters decided by earlier litigation but also to related matters which although undecided, could and should have been brought forward and disposed of at the time.²³

[27] Be that as it may, it seems clear that those responsible for the administration of the Act were not content to rely solely on the rule of *res judicata* as a means of circumscribing the right to object to an assessment issued further to a judgment of the Court. Whatever limitation this rule may have imposed on this right, it did not purport to prevent future litigation with respect to matters unrelated to a prior decision and that is precisely where the concern lay. When the enactment of subsection 165(1.1) was first announced in May of 1991, officials of the Department of Finance expressed this concern as follows:

Where the Minister issues a notice of assessment or a determination pursuant to subsection 67.5(2), subparagraph 152(4)(b)(i) or subsection 152(6), 164(4.1), 220(3.4) or 245(8) or in accordance with an order of a Court, pursuant to subsection 165(3) where the underlying objection relates to those provisions or circumstances or pursuant to other statutory provisions authorizing reassessments beyond the normal reassessment period, the taxpayer may, through the application of subsection 165(1), attempt to object with respect to issues other than those raised in the assessment or

[25] C’est dans ce contexte que le juge Bowman en est venu à la conclusion que la «question» qui a donné lieu aux cotisations subséquentes au jugement sur consentement était, notamment, le calcul de la déduction de l’intimée relativement à des ressources, et que les questions litigieuses soulevées par les avis d’opposition contre ce calcul étaient raisonnablement liées à cette question. Je ne peux trouver aucune erreur à l’égard de cette conclusion particulière et du raisonnement dont elle découle.

[26] Le paragraphe 165(1.1) modifie de façon importante le droit de s’opposer qui existait auparavant. Comme l’a souligné le juge Bowman, la portée du droit de s’opposer à une cotisation émise à la suite d’un jugement pour des motifs qui n’ont pas été soulevés ou sur lesquels le tribunal ne s’est pas prononcé n’avait été l’objet d’aucune décision lorsque le paragraphe 165(1.1) a été édicté²², et ce, malgré le fait qu’il soit connu depuis longtemps que le principe de la chose jugée s’applique non seulement aux questions tranchées dans le cadre de litiges précédents mais également aux questions liées qui, bien qu’elles n’aient pas été tranchées, auraient pu et auraient dû être soulevées et décidées à l’époque²³.

[27] De toute manière, il apparaît évident que les responsables de l’administration de la Loi ne se sont pas fiés uniquement sur le principe de la chose jugée comme moyen de circonscrire le droit de s’opposer à une cotisation émise à la suite d’un jugement. Nonobstant les limites que le principe peut avoir imposé à ce droit, il ne visait pas à empêcher l’existence de litiges sur des questions non liées à une décision antérieure, ce qui constitue précisément le nœud du problème. À la première annonce de la mise en vigueur du paragraphe 165(1.1) en mai 1991, des fonctionnaires du ministère des Finances ont exprimé le problème ainsi:

[TRADUCTION] Lorsque le ministre émet un avis de cotisation ou une détermination conformément au paragraphe 67.5(2), à l’alinéa 152(4)b)(i) ou aux paragraphes 152(6), 164(4.1), 220(3.4) ou 245(8) ou en conformité avec une ordonnance d’un tribunal, conformément au paragraphe 165(3) dans les cas où le motif d’opposition est lié à ces dispositions ou aux faits de l’espèce, ou conformément à d’autres dispositions législatives qui autorisent les nouvelles cotisations au-delà du délai normal prescrit, le contribuable peut, au moyen de l’application du paragra-

determination. New subsection 165(1.1) restricts the matters to which the taxpayer may object in such cases to those which gave rise to the assessment or determination.²⁴ [My emphasis.]

[28] Subsection 165(1.1) requires that henceforth, a notice of objection may only be filed if it relates to a matter that gave rise to the assessment which has not been conclusively determined by the Court. With respect to the first requirement,²⁵ the words used suggest that Parliament was mindful of the complexities of the Act and the variety of ways in which issues can interrelate. Parliament did not prescribe any specific type or manner of relationship²⁶ but left it to the Court to ascertain on the facts of each case whether the reasons for objection when considered in the light of the matter that gave rise to the assessment, were sufficiently related to justify a right to pursue the matter further.

[29] On the evidence before him, Bowman J. found as a fact that the matter that gave rise to the reassessments included the computation of resource allowance and that the additional expenditures claimed by the notices of objection were reasonably related to that computation. It was open to Bowman J. to so characterize the matter since resource allowance is the product of a relatively precise and narrow computation under the Act and since elements of this computation formed the object of the initial reassessments as well as the reassessments which resulted from the consent judgment.

[30] In so far as the relationship between this computation and the reasons advanced in the notices of objection is concerned, it is apparent that what is sought by these objections is a modification of this same computation. Furthermore, these modifications are sought by reference to expenditures which by September of 1994, together with the expenditures recognized by the consent judgment giving rise to the reassessments under objection,²⁷ had been specifically acknowledged by Revenue Canada as coming within the class of expenditures governed by the *Gulf Canada* decision.²⁸ A relationship therefore existed not only in

phe 165(1), tenter de s'opposer relativement à des questions autres que celles soulevées dans la cotisation ou dans la détermination. Le nouveau paragraphe 165(1.1) limite les questions sur lesquelles le contribuable peut s'opposer dans de tels cas à celles qui ont donné lieu à la cotisation ou à la détermination²⁴. [Non souligné dans l'original.]

[28] Le paragraphe 165(1.1) exige désormais qu'un avis d'opposition ne soit déposé que s'il est lié à une question qui a donné lieu à la cotisation et qui n'a pas été tranchée définitivement par le tribunal. Concernant la première exigence²⁵, les termes utilisés laissent voir que le Parlement était conscient des complexités de la Loi et des diverses façons dont les questions pouvaient être liées les unes aux autres. Le Parlement n'a prescrit aucune forme particulière de lien²⁶, laissant au tribunal le soin de déterminer, selon les faits de chaque affaire, si les motifs d'opposition, examinés à la lumière de la question ayant donné lieu à la cotisation, sont suffisamment liés pour donner le droit de poursuivre l'affaire.

[29] La preuve dont il était saisi a mené le juge Bowman à conclure en fait que la question ayant donné lieu aux nouvelles cotisations incluait le calcul de la déduction relative à des ressources et que les dépenses supplémentaires réclamées dans le cadre des avis d'opposition étaient raisonnablement liées à ce calcul. Le juge Bowman pouvait caractériser ainsi la question vu que la déduction relative à des ressources découle d'un calcul relativement précis et restreint en vertu de la Loi et vu que des éléments de ce calcul faisaient l'objet des nouvelles cotisations initiales de même que des nouvelles cotisations résultant du jugement sur consentement.

[30] Pour ce qui est du lien entre ce calcul et les motifs soulevés dans les avis d'opposition, il est clair que ces derniers visent la modification de ce même calcul. De plus, ces modifications sont recherchées par le biais de dépenses que, à l'image de celles mentionnées dans le jugement sur consentement ayant donné lieu aux nouvelles cotisations visées par les oppositions²⁷, Revenu Canada avait expressément reconnues, en septembre 1994, comme tombant sous la catégorie des dépenses régies par la décision rendue dans *Gulf Canada*²⁸. Il y avait donc un lien non seulement parce que les dépenses en question étaient assujetties au

terms of the expenditures in question falling within the same narrow computation, but also because prior to the issuance of the consent judgment all these expenditures had been acknowledged by both Revenue Canada and the industry as being governed by the *Gulf Canada* decision and as presumably deserving of a similar treatment. It follows that it was open to Bowman J., on the facts before him, to hold that the reasons for the objections were reasonably related to the matter that gave rise to the reassessments. The appellant's first ground of appeal must therefore be dismissed.

[31] The other ground of appeal advanced by the appellant is that Bowman J. erred in failing to find that the rule of *res judicata* applied in this instance and in failing to hold that as a result of the application of this rule, the Tax Court, by its consent judgment, had "conclusively determined" all the matters which had given rise to the reassessments within the meaning of subsection 165(1.1).

[32] In advancing this argument, the appellant in effect turns the table on the respondent and submits that if the matter that gave rise to the reassessments is the computation of the respondent's resource allowance as was found by Bowman J., it must follow that this is the matter that was disposed of by the consent judgment.

[33] According to the appellant, the respondent chose to settle the issue pertaining to the computation of its resource allowance and neglected to take any steps to preserve its rights with respect to the other expenditures it now claims.²⁹ The result, according to the appellant, is that the computation of the respondent's resource allowance has been finally determined by the consent judgment and the respondent is barred from pursuing it any further.

[34] The respondent on the other hand takes the position that the consent judgment only disposes of the specific issues which it addresses and no more. As the only issue relevant to the computation of resource allowance which is specifically dealt with by the

même calcul restreint, mais aussi parce qu'avant le dépôt du jugement sur consentement, elles avaient été reconnues par Revenu Canada et par l'industrie comme étant régies par la décision rendue dans *Gulf Canada* et qu'elles devaient, en principe, se voir accorder le même traitement. En conséquence, les faits dont était saisi le juge Bowman lui permettaient de conclure que les motifs invoqués au soutien des oppositions étaient raisonnablement liés à la question qui avait donné lieu aux nouvelles cotisations. Le premier motif d'appel doit donc être rejeté.

[31] L'autre motif d'appel invoqué par l'appelante est que le juge Bowman a commis une erreur en ne concluant pas que le principe de la chose jugée s'appliquait en l'instance et en ne concluant pas qu'en raison de l'application de ce principe, la Cour de l'impôt avait, dans son jugement sur consentement, «tranché définitivement», au sens du paragraphe 165(1.1), l'ensemble des questions qui avaient donné lieu aux nouvelles cotisations.

[32] En faisant valoir cet argument, l'appelante tente, en fait, de prendre l'intimée à contrepied, et elle soutient que si la question qui a donné lieu aux nouvelles cotisations est le calcul de la déduction de l'intimée relativement à des ressources, comme l'a conclu le juge Bowman, il s'ensuit nécessairement que c'est la question qui a été tranchée par le jugement sur consentement.

[33] Selon l'appelante, l'intimée a choisi de régler la question du calcul de sa déduction relative à des ressources et négligé de prendre des mesures pour protéger ses droits concernant les autres dépenses qu'elle réclame maintenant²⁹. L'appelante est d'avis qu'en conséquence, le calcul de la déduction de l'intimée relativement à des ressources a été établi définitivement par le jugement sur consentement et que l'intimée ne peut plus soulever cette question.

[34] Pour sa part, l'intimée prétend que le jugement sur consentement tranche uniquement les questions particulières qu'il aborde. Étant donné que les seules questions pertinentes aux fins du calcul de la déduction relative à des ressources qui ont fait l'objet du

consent judgment is the treatment of lease rentals on unproductive lands and SR and ED costs, the respondent maintains that only the treatment of these expenditures is *res judicata*. The treatment of the other expenditures which it wishes to raise with respect to that computation therefore remain undecided.

[35] The reasons of Bowman J. on this point are of little assistance. He endorsed the position of the respondent without adding to his earlier comment that if the respondent's failure to protect its rights was no more than a "slip-up", he would be reluctant to hold this against it.³⁰

[36] In my view, the position of the respondent that the only issues that have been "conclusively determined" are those that have been specifically decided is untenable if the doctrine of *res judicata*, in so far as it bars further litigation with respect to undecided but related matters, applies. The law on this point is summarized by the decision of the Judicial Committee of the Privy Council in *Thomas v. Trinidad and Tobago (Attorney General)*:³¹

The principles applicable to a plea of *res judicata* are not in doubt and have been considered in detail in the judgment of the Court of Appeal. It is in the public interest that there should be finality to litigation and that no person should be subjected to action at the instance of the same individual more than once in relation to the same issue. The principle applies not only where the remedy sought and the grounds therefor are the same in the second action as in the first but also where, the subject matter of the two actions being the same, it is sought to raise in the second action matters of fact or law directly related to the subject matter which could have been but were not raised in the first action. The classic statement on the subject is contained in the following passage from the judgment of Wigram, V.C., in *Henderson v. Henderson* (1843), 3 Hare 100, at page 115:

"... where a given matter becomes the subject of litigation in, and of adjudication by, a court of competent jurisdiction, the Court requires the parties to that litigation to bring forward their whole case, and will not (except under special circumstances) permit the same parties to open the same subject of litigation in respect of matter which might have been brought forward as part of the subject in contest, but which was not brought forward,

jugement sur consentement sont le traitement des redevances d'ajournement sur les terres improductives et les frais de RSDE, l'intimée soutient que le principe de la chose jugée s'applique seulement au traitement de ces dépenses. Le traitement des autres dépenses, qu'elle désire soulever concernant ce calcul, demeure donc toujours en suspens.

[35] Les motifs prononcés par le juge Bowman sur cet élément ne sont que de peu d'utilité. Il a adopté la position de l'intimée en n'ajoutant rien à son commentaire précédent que si l'omission de l'intimée de protéger ses droits ne se résumait qu'à une «bêvue», il hésiterait à la priver de droits pour cette raison³⁰.

[36] J'estime que la position de l'intimée selon laquelle les seules questions ayant été «tranchées définitivement» sont celles qui ont été expressément décidées n'a aucun fondement si s'applique le principe de la chose jugée, qui empêche la poursuite d'un litige relativement aux questions qui n'ont pas été tranchées mais qui sont liées. L'état du droit sur ce point est résumé par la décision rendue par le Comité judiciaire du Conseil privé dans *Thomas v. Trinidad and Tobago (Attorney General)*³¹:

[TRADUCTION] Les principes applicables en matière de chose jugée ne sont pas contestés et ont été examinés en détail dans le jugement de la Cour d'appel. L'intérêt public exige qu'il y ait un terme aux litiges et que personne ne devrait faire l'objet d'une action intentée par la même personne plus d'une fois sur la même question. Ce principe ne s'applique pas seulement lorsque le redressement recherché et les motifs invoqués sont les mêmes dans la deuxième action que dans la première, mais aussi lorsque l'objet des deux actions est le même et que l'on cherche à invoquer dans le cadre de la deuxième action des questions de fait ou de droit directement liées qui auraient pu être soulevées dans le cadre de la première action mais qui ne l'ont pas été. L'énoncé classique sur le sujet se trouve dans l'extrait suivant du jugement rendu par le vice-chancelier Wigram dans *Henderson v. Henderson* (1843), 3 Hare 100, à la page 115:

«[...] lorsqu'une question donnée devient l'objet d'un litige devant être tranché par un tribunal compétent, la cour exige des parties à ce litige qu'elles fassent valoir l'ensemble des éléments de leur affaire et elle ne leur permettra pas (à moins de circonstances exceptionnelles) de revenir avec le même objet dans un autre litige relativement à des questions qui auraient pu être soulevées dans le cadre du premier litige mais qui ne l'ont pas été

only because they have, from negligence, inadvertence, or even accident, omitted part of their case. The plea of *res judicata* applies, except in special cases, not only to points upon which the court was actually required by the parties to form an opinion and pronounce a judgment, but to every point which properly belonged to the subject of litigation, and which the parties, exercising reasonable diligence, might have brought forward at the time.”

The principles enunciated in that dictum have been restated on numerous occasions of which it is sufficient to mention only three. In **Hoystead v. Commissioner of Taxation**, [1926] A.C. 155, Lord Shaw of Dunfermline, at page 165, in delivering the opinion of the Board said:

“Parties are not permitted to begin fresh litigations because of new versions which they present as to what should be a proper apprehension by the court of the legal result either of the construction of the documents or the weight of certain circumstances. If this were permitted litigation would have no end, except when legal ingenuity is exhausted.”

In **Greenhalgh v. Mallard**, [1947] 2 All E.R. 255, Somervell, L.J., at page 257 said:

“I think that on the authorities to which I will refer it would be accurate to say that *res judicata* for this purpose is not confined to the issues which the court is actually asked to decide, but that it covers issues or facts which are so clearly part of the subjectmatter [*sic*] of the litigation and so clearly could have been raised that it would be an abuse of process of the court to allow a new proceeding to be started in respect of them.”

In **Yat Tung Co. v. Dao Heng Bank**, [1975] A.C. 581, Lord Kilbrandon, at page 590, in delivering the opinion of the Board referred to the above quoted passage in the judgment of Wigram, V.C., and continued:

“The shutting out of a ‘subject of litigation’—a power which no court should exercise but after a scrupulous examination of all the circumstances—is limited to cases where reasonable diligence would have caused a matter to be earlier raised; moreover, although negligence, inadvertence or even accident will not suffice to excuse, nevertheless ‘special circumstances’ are reserved in case justice should be found to require the nonapplication of the rule.”

[37] Applying this principle, it seems clear that the issues which the respondent now attempts to raise formed a logical and, indeed, an integral part of the litigation that was before the Tax Court prior to the

uniquement parce que les parties ont, par négligence, par erreur ou même en raison d’un cas fortuit, omis de soulever certains éléments. Le principe de la chose jugée s’applique, à moins de circonstances exceptionnelles, non seulement aux éléments sur lesquels les parties ont expressément demandé à la cour de se prononcer, mais aussi à chacun des éléments qui font logiquement partie de l’objet du litige et que les parties auraient pu soulever à l’époque si elles avaient fait preuve de diligence raisonnable.»

Les principes énoncés dans cette remarque incidente ont été repris à de nombreuses occasions, dont il suffit d’en mentionner seulement trois. Dans **Hoystead v. Commissioner of Taxation**, [1926] A.C. 155, lord Shaw de Dunfermline, qui a rendu la décision du Comité a dit, à la page 165:

«Il n’est pas permis aux parties de commencer de nouveaux litiges fondés sur de nouveaux arguments relative-ment aux conclusions appropriées que devrait tirer la cour à l’égard des conséquences juridiques de l’interprétation des documents ou du poids à accorder à certains faits. Si cela était permis, les litiges ne prendraient fin qu’à l’épuisement de la créativité juridique.»

Dans **Greenhalgh v. Mallard**, [1947] 2 All E.R. 255, le lord juge Somervell a dit, à la page 257:

«Je pense que, selon la jurisprudence à laquelle je vais faire référence, il serait exact de dire que le principe de la chose jugée en cette matière n’est pas restreint aux questions que l’on demande à la cour de trancher, mais qu’il s’étend aux questions et aux faits dont il est tellement clair qu’ils font partie de l’objet du litige et qu’ils auraient pu être soulevés que la cour commettrait un abus de procédure en permettant le commencement d’une nouvelle instance portant sur ceux-ci.»

Dans **Yat Tung Co. v. Dao Heng Bank**, [1975] A.C. 581, lord Kilbrandon, qui a rendu la décision du Comité, a cité l’extrait susmentionné du jugement du vice-chancelier Wigram et a poursuivi, à la page 590:

«Le pouvoir d’interdire que l’«objet d’un litige» soit soulevé de nouveau—pouvoir qui ne devrait être exercé par les tribunaux qu’après une analyse exhaustive de l’ensemble des circonstances—est limité aux cas où une question aurait été soulevée plus tôt s’il y avait eu diligence raisonnable. De plus, bien que la négligence, l’erreur et même le cas fortuit ne constituent pas des excuses suffisantes, il existe néanmoins des «circonstances exceptionnelles» qui permettent la non-application de la règle dans les cas où l’intérêt de la justice l’exige.

[37] À la lumière de ce principe, il apparaît évident que les questions que l’intimée tente maintenant de soulever constituaient une suite logique, et même une partie intégrante, du litige dont était saisi la Cour de

consent judgment being entered and that these issues could and should have been raised at the time. The respondent was before the proper forum, the computation of its resource allowance clearly in issue and the additional contentions with respect to this computation known to it and capable of being raised; yet they were not brought forth for reasons that remain unexplained. The rule is that a party who, under these conditions omits to raise an issue is forever barred from raising it again. To the extent that this rule applies, the matter of the computation of the respondent's resource allowance must be held to have been conclusively determined by the consent judgment.

[38] The respondent contends, however, that the rule of *res judicata* in so far as it bars litigation with respect to matters not expressly decided is inconsistent with subsection 165(1.1). According to the respondent, the requirement in subsection 165(1.1) that the matter not have been "conclusively determined" must be read as adopting the rule of *res judicata* only in so far as it bars future litigation with respect to matters expressly or specifically decided.

[39] The argument in support of this contention is that Parliament could not at once have allowed the pursuit of litigation with respect to a previously litigated matter on the condition that the issue sought to be raised be related to the matter which had given rise to the prior litigation while adopting a rule which effectively bars such a pursuit to the extent that this relationship exists. Consistent with this reasoning, the extended rule of *res judicata* is said to have been ousted by necessary implication upon the enactment of subsection 165(1.1).

[40] However, the legislator is presumed to know the law,³² and must therefore be presumed to have been keenly aware of the public interest which led to the development of the rule of *res judicata*.³³ Considering that subsection 165(1.1) was itself intended to limit the scope of ongoing litigation, it would be extraordinary indeed if the legislator had, in the course of

l'impôt avant le dépôt du jugement sur consentement et que ces questions auraient pu et auraient dû être soulevées à l'époque. L'intimée se trouvait devant le bon tribunal, le calcul de sa déduction relative à des ressources était clairement en litige et elle connaissait ses prétentions supplémentaires à l'égard de ce calcul et aurait pu les soulever, ce qu'elle n'a pourtant pas fait pour des raisons qui demeurent inexpliquées. Ce principe prévoit que lorsqu'une partie se trouvant dans une telle situation omet de soulever une question, elle ne peut plus la soulever par la suite. Dans la mesure où ce principe s'applique, il faut conclure que la question du calcul de la déduction de l'intimée relativement à des ressources a été tranchée définitivement par le jugement sur consentement.

[38] Toutefois, l'intimée avance que dans la mesure où il interdit l'existence d'un litige sur des questions n'ayant pas été expressément décidées, le principe de la chose jugée est incompatible avec le paragraphe 165(1.1). Selon l'intimée, l'exigence posée par ce paragraphe, selon lequel la question ne doit pas avoir été «tranchée définitivement», doit être interprétée comme adoptant le principe de la chose jugée seulement dans la mesure où il interdit l'existence d'un litige relativement aux questions tranchées de façon expresse.

[39] L'argument invoqué à l'appui de cette prétention est que le Parlement ne peut pas avoir permis la poursuite d'un litige relativement à une question ayant fait l'objet d'un litige antérieur à la condition que la question que l'on veut soulever soit liée à celle qui avait donné lieu à ce litige, tout en adoptant une règle qui a pour effet d'interdire la poursuite du litige dans la mesure où ce lien existe. Conformément à ce raisonnement, le principe étendu de la chose jugée aurait été écarté par déduction nécessaire lors de l'entrée en vigueur du paragraphe 165(1.1).

[40] Cependant, le législateur étant censé connaître la loi³², il faut donc présumer qu'il est très au fait de l'intérêt public qui a conduit à la conception du principe de la chose jugée³³. Compte tenu du fait que le paragraphe 165(1.1) a lui-même été conçu pour limiter l'étendue des litiges récurrents, il serait en effet extraordinaire que, dans le cadre de la mise en vigueur

implementing this provision, ousted the application of this fundamental aspect of the rule of *res judicata*. The respondent would have to demonstrate that subsection 165(1.1) is wholly inconsistent with this rule before I could conclude that it has been ousted by necessary implication.

[41] There is no such inconsistency. For instance, it is apparent that an issue may “reasonably be regarded as relating to a matter that gave rise to the assessment” within the meaning of subsection 165(1.1) in ways that have no relevance to the application of the rule of *res judicata*.³⁴ It is also apparent that, consistent with both the rule of *res judicata* and the intent of subsection 165(1.1), this provision would permit a further objection with respect to issues related to the matter that gave rise to an assessment, but which were not available at the time of the earlier litigation. These are but two instances which demonstrate that subsection 165(1.1) can co-exist in harmony with the rule of *res judicata*.

[42] It therefore cannot be said that subsection 165(1.1) ousts the rule of *res judicata* by necessary implication or that it adopts this rule only in so far as it applies to matters specifically decided by the Court.

[43] If the rule of *res judicata* should be wholly applicable, the respondent argues that the Court retains the discretion to overlook the application of this rule in special circumstances or where the interests of justice so require. The respondent maintains that Bowman J., without so stating, exercised this discretion and submits that this exercise of discretion should not be interfered with.

[44] Bowman J. did make the following comment in the course of his reasons:

Before reproducing the memorandum of understanding attached to Mr. Beith’s letter there is one point that deserves mention and that leads me to question why this matter is before the court at all. Mr. Beith stated that reassessments would be issued for those taxpayers who agree with the proposal and who have, *inter alia*, “filed a valid waiver”. In

de cette disposition, le législateur ait écarté l’application de cet aspect fondamental du principe de la chose jugée. Il faudrait que l’intimée démontre que le paragraphe 165(1.1) est entièrement incompatible avec ce principe pour que j’en vienne à la conclusion que ce dernier a été écarté par déduction nécessaire.

[41] Il n’existe pas d’incompatibilité de ce genre. Par exemple, il est clair qu’il peut être «raisonnable de considérer [qu’une question en litige est] lié[e] à une question qui a donné lieu à la cotisation» au sens du paragraphe 165(1.1) sans que cela ne soit pertinent à l’égard de l’application du principe de la chose jugée³⁴. Il est également clair que, conformément au principe de la chose jugée et à l’intention visée par le paragraphe 165(1.1), cette disposition permettrait une opposition subséquente relativement à des questions litigieuses liées à la question qui a donné lieu à une cotisation mais dont l’existence n’était pas connue au moment du litige antérieur. Il s’agit de deux exemples qui démontrent que le paragraphe 165(1.1) et le principe de la chose jugée peuvent coexister en harmonie.

[42] On ne peut donc pas dire que le paragraphe 165(1.1) écarte le principe de la chose jugée par déduction nécessaire ou qu’il l’adopte seulement dans la mesure où ce principe s’applique à des questions expressément tranchées par le tribunal.

[43] L’intimée avance que dans l’hypothèse où le principe de la chose jugée devait s’appliquer dans son intégralité, la Cour jouit du pouvoir discrétionnaire de passer outre à son application en présence de circonstances exceptionnelles ou lorsque les intérêts de la justice l’exigent. L’intimée soutient que le juge Bowman a, sans l’exprimer, exercé ce pouvoir discrétionnaire et que cet exercice ne devrait faire l’objet d’aucune intervention.

[44] Le juge Bowman a émis les commentaires suivants dans le cadre de ses motifs:

Avant de reproduire le protocole d’entente annexé à la lettre de M. Beith, il y a un point que je tiens à mentionner et qui me porte à m’interroger quant à savoir pourquoi cette affaire est en fait soumise à notre cour. M. Beith disait que de nouvelles cotisations seraient établies pour les contribuables qui étaient d’accord sur la proposition et qui avaient,

fact, Chevron did file a valid waiver for 1985 and 1986. According to Sarchuk J. in *Loukras v. Minister of National Revenue*. [1990] 2 C.T.C. 2044 (T.C.C.) once a taxpayer has filed a waiver for a taxation year the Minister can assess as often as he sees fit. Thus I fail to see how Chevron falls outside the administrative guidelines outlined by Mr. Beith. My function is, however, not to decide whether the Department of National Revenue is adhering to its own rules, but rather to decide whether Chevron is entitled, as a matter of law, to file new notices of objection for 1985 and 1986.³⁵ [Footnote omitted.]

[45] It seems clear from the last sentence of this passage that Bowman J. did not consider that the behaviour of the Minister was relevant to the determination of the matter before him. But assuming for the moment that Bowman J. was troubled by the behaviour of the Minister to the point that he was willing to decide that the rule of *res judicata* ought to be overlooked, he would then have acted on wrong principle.

[46] I say this because, if Bowman J. had considered the matter in light of the evidence before him, he would have been compelled to conclude that irrespective of the Minister's treatment of the matter, the respondent had the uninhibited opportunity to protect its rights with respect to all the concessions which the Minister extended to the industry. For reasons that remain unexplained, the respondent did not avail itself of this right. On the record here and below, it is clear that the respondent finds itself in the present predicament not because of any ministerial action or inaction but as a result of its own failure to pursue its rights.

[47] If the respondent was of the view that this omission was the result of special circumstances such that the rule of *res judicata* should be overlooked, it was incumbent upon it to place some evidence before the Court tending to establish these special circumstances. As the matter was presented before Bowman J., no attempt was made to explain why the respondent did not assert its rights at the appropriate time and hence there was no basis upon which Bowman J. could have exercised his discretion in favour of the respondent.

entre autres, «déposé une renonciation valide». En fait, Chevron a bel et bien déposé une renonciation valide pour 1985 et 1986. Selon le juge Sarchuk dans *C. Loukras v. M.N.R.* [1990] 2 C.T.C. 2044, une fois qu'un contribuable a déposé une renonciation pour une année d'imposition, le ministre peut établir une cotisation aussi souvent qu'il le juge opportun. Ainsi, je ne vois pas en quoi Chevron déborde le cadre des lignes directrices administratives décrites par M. Beith. Mon rôle consiste toutefois à déterminer non pas si le ministère du Revenu national adhère à ses propres règles, mais plutôt si Chevron peut, du point de vue du droit, déposer de nouveaux avis d'opposition pour 1985 et 1986³⁵. [Note de bas de page omise.]

[45] Il apparaît clairement de la dernière phrase de cet extrait que le juge Bowman n'a pas considéré que le comportement du ministre était pertinent aux fins de la décision qu'il avait à prendre sur la question dont il était saisi. Mais si, pour l'instant, on tient pour acquis que le juge Bowman a été troublé par le comportement du ministre au point d'être prêt à décider de passer outre au principe de la chose jugée, il se serait alors fondé sur le mauvais principe.

[46] Je dis cela parce que si le juge Bowman avait examiné la question à la lumière de la preuve dont il était saisi, il n'aurait eu d'autre choix que de conclure que nonobstant le traitement de la question par le ministre, rien n'empêchait l'intimée de protéger ses droits relativement à l'ensemble des concessions auxquelles le ministre avait consenti envers l'industrie. Pour des raisons toujours inexpliquées, l'intimée ne s'est pas prévalu de ce droit. Il ressort clairement tant du dossier de la Cour que de celui du tribunal de première instance que l'intimée se trouve dans cette situation difficile non pas en raison d'une action ou du défaut d'agir du Ministère, mais en raison de sa propre omission de faire valoir ses droits.

[47] Si l'intimée estimait que cette omission était due à des circonstances exceptionnelles justifiant la mise de côté du principe de la chose jugée, il lui incombait de produire des éléments de preuve susceptibles de les établir. Lorsque la question a été présentée au juge Bowman, l'intimée n'a pas tenté d'expliquer pourquoi elle n'avait pas exercé ses droits au moment approprié, de sorte qu'il n'y avait aucun fondement sur lequel le juge Bowman pouvait s'appuyer pour exercer son pouvoir discrétionnaire au bénéfice de l'intimée.

[48] For these reasons, I would allow the appeal and answer the stated question as follows: the taxpayer's entitlement to file notices of objection against the reassessments is precluded by subsection 165(1.1) of the Act. As costs were not sought, I would refrain from making any order in that regard.

DESJARDINS J.A.: I concur.

DÉCARY J.A.: I agree.

¹ *Chevron Canada Resources Ltd. v. R.*, [1997] 2 C.T.C. 2624 (T.C.C.) (hereinafter *Chevron*).

² These facts are gathered from the agreed statement of facts filed before Bowman J., which constitutes the sole evidentiary basis upon which the stated question was answered. Appeal Book, at p. 4.

³ Waivers had been filed by the respondent with respect to the computation of resource allowance on October 3, 1988 and April 16, 1990 respectively. Appeal Book, at pp. 21-22.

⁴ Appeal Book, at p. 53.

⁵ Appeal Book, at p. 58.

⁶ Appeal Book, at p. 60.

⁷ [1992] 1 C.T.C. 183 (F.C.A.) (leave to appeal denied July 2, 1992, [1992] 2 S.C.R. ix) (hereinafter *Gulf Canada*).

⁸ Taxable production profits are a predecessor of resource profits. A taxpayer's resource allowance is equal to 25% of such profits with the result that a taxpayer has an interest in maximizing this account. (See s. 20(1)(v.1) of the Act and Regulations [*Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945] made thereunder.)

⁹ Appeal Book, at pp. 61-62.

¹⁰ Appeal Book, at p. 63.

¹¹ Bowman J. excluded the first of these issues because it had been formally withdrawn as a result of the settlement of the Federal Court action and the second on the ground that the treatment of these expenditures had been specifically dealt with by the consent judgment.

¹² As this matter had been raised in the notice of appeal that led to the consent judgment, and as this judgment provides that "the appellant is not entitled to any further relief", it seems clear to me that this issue has been conclusively determined.

¹³ In so doing, the respondent recognizes, properly in my view, that the deduction of this expense in the overall computation of income is not connected to any of the matters which gave rise to the reassessments.

[48] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel et de répondre à la question posée de la façon suivante: le droit du contribuable de produire des avis d'opposition contre les nouvelles cotisations est éteint par le paragraphe 165(1.1) de la Loi. Des dépens n'ayant pas été demandés, je suis d'avis de ne rendre aucune ordonnance à cet égard.

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

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Je suis en accord avec les présents motifs.

¹ *Chevron Canada Resources Ltd. c. R.*, [1997] 2 C.T.C. 2624 (C.C.I.) (ci-après *Chevron*).

² Ces faits sont tirés de la déclaration conjointe déposée auprès du juge Bowman, laquelle constitue le seul élément de preuve fondant la réponse à la question posée. Dossier d'appel, à la p. 4.

³ Des renoncations concernant le calcul de la déduction relative à des ressources avaient été produites par l'intimée les 3 octobre 1988 et 16 avril 1990, respectivement. Dossier d'appel, aux p. 21 et 22.

⁴ Dossier d'appel, à la p. 53.

⁵ Dossier d'appel, à la p. 58.

⁶ Dossier d'appel, à la p. 60.

⁷ [1992] 1 C.T.C. 183 (C.A.F.) (autorisation d'appeler refusée le 2 juillet 1992, [1992] 2 R.C.S. ix) (ci-après *Gulf Canada*).

⁸ Les bénéfices de production imposables sont le prédécesseur des bénéfices de production. La déduction relative à des ressources d'un contribuable est égale à 25 % de ces bénéfices, de sorte que le contribuable a intérêt à maximiser ce compte. (Voir l'art. 20(1)(v.1) de la Loi et les règlements en découlant [*Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945].)

⁹ Dossier d'appel, aux p. 61 et 62.

¹⁰ Dossier d'appel, à la p. 63.

¹¹ Le juge Bowman a écarté la première question car elle avait été officiellement retirée en raison du règlement de l'action intentée en Cour fédérale, et la deuxième au motif que le sort de ces dépenses avait été expressément réglé par le jugement sur consentement.

¹² Comme cette question avait été soulevée dans l'avis d'appel ayant donné lieu au jugement sur consentement et que ce jugement prévoit que «l'appelante n'a droit à aucune autre mesure de redressement», il me semble évident qu'elle a été tranchée définitivement.

¹³ Ce faisant, l'intimée reconnaît à juste titre, selon moi, que la déduction de cette dépense dans le cadre du calcul du revenu total n'est pas liée aux questions ayant donné lieu aux nouvelles cotisations.

¹⁴ Namely the inclusion of pre-production capital cost allowance, pre-production operating expenses and general/administrative costs in the computation of resource profits and the resulting increase in resource allowance.

¹⁵ *Chevron, supra*, note 1, at p. 2635.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ [1981] 2 F.C. 114 (T.D.), at pp. 115 and 116.

¹⁸ This principle as well as the first one enunciated by Mahoney J. have long been established. See for instance, *Pothitos v. M.N.R.* (1960), 60 DTC 636 (T.A.B.), at p. 637 as to the first principle, *Bilson (J.) v. M.N.R.* (1960), 60 DTC 599 (T.A.B.), at p. 601 as to the second and *Payette (P) v The Queen*, [1977] CTC 551 (F.C.T.D.), at pp. 551-552 as to both.

¹⁹ *Chevron, supra*, Note 1, at p. 2637.

²⁰ This reasoning, which is undoubtedly correct, confirms that s. 165(1.1) was intended to narrow the scope of an assessment and the ensuing right to object as it was believed to exist under prior law. Arguably, under prior law, the “matter” giving rise to an assessment for purposes of ascertaining the right to object was not only the adjustment giving rise to it but was comprised of all the factors relevant to the determination of the amount assessed. See *Okalta Oils v. Minister of National Revenue*, [1955] S.C.R. 824, at p. 825 and *Harris v. Minister of National Revenue*, [1965] 2 Ex. C.R. 653, at p. 662. This can no longer be the case with respect to assessments which come within the ambit of s. 165(1.1).

²¹ *Chevron, supra*, note 1, at p. 2638.

²² The parties remained unable to cite any authority on this point when the appeal was heard.

²³ See para. 36 of these reasons and the authorities cited therein. It is difficult to explain why this extended form of the rule of *res judicata* has had no known application in tax matters. No legal restriction, statutory or other, stood in the way. I can only surmise that the conditions precedent to the application of this rule may have made the possibility of invoking it difficult to the point that it never gave rise to decisions or at least to reported decisions.

²⁴ Technical notes issued in May of 1991 [*Income Tax Act and Regulations, Department of Finance Technical Notes: A Consolidation of Technical Notes and other Income Tax Commentary from the Department of Finance*, 6th ed.]. It is common ground that the erosion of the limitation period for the issuance of assessments was at the heart of this amendment.

²⁵ i.e. the requirement “that the reasons for the objection can reasonably be regarded as relating to a matter that gave rise to the assessment”.

²⁶ Causal or other.

²⁷ Lease rentals on unproductive lands and SR & ED costs.

¹⁴ Soit l’inclusion de la déduction relative à l’amortissement au titre de frais antérieurs à la production, aux frais d’exploitation préalables à la production et aux frais d’administration dans le calcul des bénéfices relatifs à des ressources et de l’augmentation correspondante de la déduction relative à des ressources.

¹⁵ *Chevron, supra*, note 1, à la p. 2635.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ [1981] 2 C.F. 114 (1^{re} inst.), aux p. 115 et 116.

¹⁸ Ce principe ainsi que le premier énoncé par le juge Mahoney sont établis depuis longtemps. Voir par exemple *Pothitos v. M.N.R.* (1960), 60 DTC 635 (C.A.I.), à la p. 637, quant au premier principe, *Bilson (J.) v. M.N.R.* (1960), 60 DTC 599 (C.A.I.), à la p. 601, quant au deuxième et *Payette (P) c La Reine*, [1977] CTC 551 (C.F. 1^{re} inst.), aux p. 551 et 552 quant aux deux.

¹⁹ *Chevron, supra*, note 1, à la p. 2637.

²⁰ Ce raisonnement, qui est manifestement juste, confirme que l’art. 165(1.1) a été conçu de façon à réduire la portée présumée d’une cotisation et du droit subséquent de s’opposer en vertu du droit antérieur. En vertu des anciennes dispositions, il était possible de prétendre que la «question» ayant donné lieu à une cotisation aux fins de circonscrire le droit de s’opposer n’était pas seulement l’ajustement dont elle découlait mais bien l’ensemble des facteurs pertinents à la détermination du montant cotisé. Voir *Okalta Oils v. Minister of National Revenue*, [1955] R.C.S. 824, à la p. 825 et *Harris v. Minister of National Revenue*, [1965] 2 R.C.É. 653, à la p. 662. Cela ne peut plus être le cas relativement les cotisations assujetties à l’art. 165(1.1).

²¹ *Chevron, supra*, note 1, à la p. 2638.

²² Les parties n’ont pu citer aucune décision sur cet élément à l’audition de l’appel.

²³ Voir le par. 36 des présents motifs ainsi que les décisions citées. Il est difficile d’expliquer pourquoi cette forme étendue du principe de la chose jugée n’a pas fait l’objet d’applications connues en matière fiscale. Aucune restriction juridique, législative ou autre ne l’empêchait. Je peux uniquement supposer que les conditions préalables à l’application de ce principe peuvent avoir fait en sorte qu’il soit difficile de l’invoquer au point où elle n’ait jamais été l’objet de décisions ou, du moins, de décisions publiées.

²⁴ Notes techniques émises en mai 1991 [*Income Tax Act and Regulations, Department of Finance Technical Notes: A Consolidation of Technical Notes and other Income Tax Commentary from the Department of Finance*, 6^e éd.]. Il est bien connu que la réduction du délai de prescription pour la délivrance d’avis de cotisation était au cœur de cette modification.

²⁵ C.-à-d. l’exigence selon laquelle «il est raisonnable de considérer que les motifs d’opposition sont liés à une question qui a donné lieu à la cotisation».

²⁶ Le lien de causalité ou autre.

²⁷ Les redevances sur des terres improductives et les frais de RSDE.

²⁸ Para. 15 of the agreed statement of facts indicates that prior to the filing of the consent judgment, negotiations were engaged between Revenue Canada and the industry to determine whether an agreement could be reached on the impact of the *Gulf Canada* decision on the computation of resource allowance. Para. 16 indicates in turn that “the types of expenses under discussion between the industry and the Crown in the context of the calculation of a taxpayer’s resource allowance included lease rentals on unproductive lands, scientific research and experimental development costs, pre-production capital cost allowance, pre-production operating expenses and general and administrative costs”. Finally, para. 19 specifies that at the time when the consent judgment was entered, “discussions had advanced to the point where it was acknowledged that concessions would be made by Revenue Canada in respect of the expenses set forth in para. 15.” (Presumably a reference to para. 16 rather than para. 15 is meant as no expenses are “set forth” in para. 15.) Agreed statement of fact, Appeal Book, at pp. 9-11.

²⁹ The appellant suggests that various means were available to the respondent to preserve its rights including a request for an adjournment, amending the notice of appeal or seeking a *pro tanto* judgment.

³⁰ *Chevron*, *supra*, note 1, at p. 2637. This cannot dispose of the issue as there is no evidence on the record with respect to what led to the omission and in any event, an innocent omission, if one should assume its existence, is not a bar to the application of the rule of *res judicata*.

³¹ (1990), 115 N.R. 313 (P.C.), at pp. 316-317.

³² “The legislature is presumed to know all that is necessary to produce rational and effective legislation. This presumption is very far-reaching . . . The legislature is presumed to have a mastery of existing law, both common law and statute law, as well as the case law interpreting statutes. It is also presumed to have an understanding of practical affairs.” Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. (Toronto: Butterworths, 1994), at pp. 156-157.

³³ That is, the need to bring litigation to a definite end.

³⁴ An adjustment that is consequential to an assessment such as a claim for an optional deduction in the face of an increased assessment of income would appear to come within that class.

³⁵ *Chevron*, *supra*, note 1, at p. 2631.

²⁸ Le par. 15 de l’exposé conjoint des faits mentionne qu’avant le dépôt du jugement sur consentement, des négociations avaient été entamées entre Revenu Canada et l’industrie pour voir s’il y avait une possibilité d’entente sur les conséquences de la décision rendue dans *Gulf Canada* sur le calcul de la déduction relative à des ressources. Le par. 16, pour sa part, indique que [TRADUCTION] «les dépenses faisant l’objet des pourparlers entre l’industrie et la Couronne sur le calcul de la déduction relative à des ressources d’un contribuable comprenaient les redevances sur des terres improductives, les frais de recherche scientifique et de développement expérimental, la déduction pour amortissement au titre de frais antérieurs à la production, les frais d’exploitation préalables à la production et les frais administratifs». Enfin, le par. 19 précise qu’à l’époque où le jugement sur consentement a été déposé, [TRADUCTION] «des pourparlers étaient avancés au point où il était établi que Revenu Canada ferait des concessions relativement aux dépenses énumérées au par 15» (il y a lieu de présumer que la référence vise le par. 16 plutôt que le par. 15 puisqu’aucune dépense n’est «énumérée» au par. 15). Exposé conjoint des faits, dossier d’appel, aux p. 9 à 11.

²⁹ L’appelante avance que l’intimée pouvait se prévaloir de différents moyens pour protéger ses droits, notamment en présentant une demande d’ajournement, en modifiant l’avis d’appel ou en tentant d’obtenir un jugement *pro tanto*.

³⁰ *Chevron*, *supra*, note 1, à la p. 2637. Cela ne peut pas régler le sort du litige vu l’absence de preuve au dossier relativement à ce qui a mené à l’omission, et, de toute manière, une omission involontaire, dans l’hypothèse où elle existe, n’empêche pas l’application du principe de la chose jugée.

³¹ (1990), 115 N.R. 313 (C.P.), aux p. 316 et 317.

³² [TRADUCTION] «Le législateur est présumé connaître tout ce qui est nécessaire pour donner lieu à de la législation rationnelle et efficace. Cette présomption a une très grande portée [. . .] Le législateur est présumé connaître en profondeur le droit existant, tant la common law que les lois et la jurisprudence les interprétant. Il est aussi présumé avoir une connaissance des choses pratiques». Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd. (Toronto: Butterworths, 1994), aux p. 156 et 157.

³³ C’est-à-dire du besoin de mettre un terme définitif au litige.

³⁴ Un ajustement qui fait suite à une cotisation, comme une réclamation relative à une déduction optionnelle face à une évaluation plus élevée du revenu, semble tomber sous cette catégorie.

³⁵ *Chevron*, *supra*, note 1, à la p. 2631.

A-657-97

A-657-97

The Minister of National Revenue (Appellant)**Le ministre du Revenu national (appelant)**

v.

c.

Grand Chief Michael Mitchell, also known as Kanantakeron (Respondent)**Le grand chef Michael Mitchell alias Kanantakeron (intimé)**

and

et

The Mohawk Council of Kahnawake, in its own right and on behalf of the Mohawk People of Kahnawake (Intervener)**Le Conseil des Mohawks de Kahnawake, en son nom propre et au nom du peuple mohawk de Kahnawake (intervenant)****INDEXED AS: MITCHELL v. M.N.R (C.A.)****RÉPERTORIÉ: MITCHELL c. M.R.N. (C.A.)**

Court of Appeal, Isaac C.J., Létourneau and Sexton J.J.A.—Ottawa, September 14, 15, 16, 17 and November 2, 1998.

Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Létourneau et Sexton, J.C.A.—Ottawa, 14, 15, 16, 17 septembre et 2 novembre 1998.

Native peoples — Respondent registered Mohawk of Akwesasne residing on Cornwall Island — Entered Canada from New York State with various goods — Declared goods at customs office but refused to pay customs duties alleging Aboriginal right, treaty rights — Aboriginal right claimed right to be exempted from payment of customs duties when entering Canada from U.S.A. — Trial Judge failing to determine geographical scope of right — Right limited to non-commercial trade of goods acquired in New York State with other First Nation communities in Quebec, Ontario.

Peuples autochtones — L'intimé est un Mohawk inscrit d'Akwesasne habitant l'île de Cornwall — Il a rapporté au Canada divers articles provenant de l'État de New York — Il les a déclarés à la douane mais a invoqué ses droits ancestraux et droits issus de traités pour refuser d'en acquitter les droits de douane — Le droit ancestral revendiqué est celui de rapporter en franchise des marchandises des États-Unis — Le juge de première instance n'a pas assigné une limite géographique à ce droit — Ce droit est limité au commerce à petite échelle de marchandises rapportées de l'État de New York avec d'autres Premières nations au Québec et en Ontario.

Customs and Excise — Customs Act — Respondent, Mohawk resident of Akwesasne, allegedly evading payment of duties on goods contrary to Customs Act, s. 153(c) — Claiming right to be exempt from payment of customs duties when crossing Canadian border for goods bought in U.S.A. — Customs Act, 1970, s. 22(1) governing provision for payment of duty — Ability to regulate application of duties integral part of Act — Aboriginal right not extinguished prior to 1982 by Customs Act.

Douanes et accise — Loi sur les douanes — Il est reproché à l'intimé, qui est un Mohawk d'Akwesasne, de s'être soustrait au paiement de droits de douane sur diverses marchandises, en contravention à l'art. 153c) de la Loi sur les douanes — Il invoque le droit de rapporter en franchise au Canada des marchandises achetées aux États-Unis — L'art. 22(1) de la Loi sur les douanes de 1970 régit le paiement des droits de douane — La possibilité de réglementer l'application des droits de douane fait partie intégrante de la Loi — Le droit ancestral n'avait pas été éteint avant 1982 par la Loi sur les douanes.

Constitutional law — Aboriginal and Treaty Rights — Respondent, as Mohawk of Akwesasne, granted Aboriginal right to cross Canada-United States border, including right to bring goods for personal, community use, without having to pay customs duties — Right protected under Constitution Act, 1982, ss. 35, 52 — Trial Judge failing to impose geographical restrictions upon Aboriginal right — Respondent's Aboriginal right including right to duty-free trade with other First Nation Communities on non-commercial

Droit constitutionnel — Droits ancestraux ou issus de traités — L'intimé, qui est un Mohawk d'Akwesasne, s'est vu reconnaître le droit ancestral de passer librement la frontière entre le Canada et les États-Unis, et de rapporter en franchise des marchandises destinées à l'usage personnel ou communautaire — Droit protégé par les art. 35 et 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 — Le juge de première instance n'a pas assigné une limite géographique à ce droit ancestral — Le droit ancestral de l'intimé recouvre celui de

scale — Jay Treaty not limiting scope of Aboriginal right — Right protected by Constitution unless extinguished — Aboriginal right not extinguished by Customs Act.

These were an appeal and a cross-appeal from a Trial Division decision declaring *inter alia* that the respondent, as a Mohawk of Akwesasne resident in Canada, had an existing Aboriginal right to cross the Canada-United States border, including the right to bring goods from United States into Canada for personal and community use, without having to pay customs duties on those goods. On March 22, 1988, the respondent entered Canada from the State of New York at Cornwall Island with various goods. He declared the goods at the Cornwall customs office but refused to pay the customs duties alleging an existing Aboriginal right as well as treaty rights to an exemption from such duties. The goods were not seized by the customs officers, but it was alleged that the respondent had failed to pay the duties on the goods as required by paragraph 153(c) of the *Customs Act*. The Trial Judge found, among other things, that the Aboriginal right claimed by the respondent included the right to bring goods for personal and community use from the United States into Canada for non-commercial scale trade with the First Nations. He also ruled that any Mohawk of Akwesasne entering Canada from the United States with goods will be subject to search and declaration procedures at Canadian customs, and finally declared any provisions of the *Customs Act* which are inconsistent with the Aboriginal right to be of no force or effect to the extent of the inconsistency. Two main issues were addressed on appeal: (1) the nature, scope and extent of the Aboriginal right recognized by the Trial Judge and (2) whether the Trial Judge erred in concluding that the respondent's right had not been extinguished by the *Customs Act* prior to 1982 (when treaty rights were accorded constitutional protection).

Held, the appeal should be allowed in part; the cross-appeal should be dismissed.

Per Létourneau J.A.: (1) The right claimed by the respondent is the right to be exempt from the payment of customs duties when crossing the Canadian border in respect of goods purchased in the United States. The Trial Judge inadvertently transformed the Aboriginal right to be exempt from customs duties claimed by the respondent into an international mobility right, that is a right to travel freely across the Canada-United States border, including the right to be exempted from the payment of customs duties. The international mobility right thus granted to the respondent is much broader in scope than the right he had originally claimed as it may relate to the existence and exercise of litigious personal, economic and commercial mobility rights. The legislative ramifications of such rights are not limited to the *Customs Act*; they extend to the *Citizenship Act*, the

se livrer au commerce hors douane à petite échelle avec d'autres Premières nations — Le Traité Jay n'en limite pas la portée — Ce droit est protégé par la Constitution sauf extinction antérieure — Il n'a pas été éteint par la Loi sur les douanes.

Il y a appel et appel incident de la décision de la Section de première instance déclarant entre autres que l'intimé jouit, en tant que Mohawk d'Akwesasne résidant au Canada, du droit ancestral existant de passer librement la frontière Canada-États-Unis, y compris le droit d'introduire en franchise au Canada, à partir des États-Unis, des marchandises pour usage personnel ou communautaire. Le 22 mars 1988, celui-ci est entré au Canada par l'île de Cornwall, avec divers articles en provenance de l'État de New York. Il les a déclarés au poste de douane de Cornwall mais a refusé d'en payer les droits, en invoquant l'exemption tenant à un droit ancestral existant ainsi qu'à des droits issus de traités. Les agents de douane n'ont pas saisi ces articles, mais lui ont signifié qu'il s'était soustrait au paiement des droits de douane y afférents, en contravention à l'alinéa 153c) de la *Loi sur les douanes*. Le juge de première instance a conclu entre autres que le droit ancestral en question recouvrait celui de rapporter des marchandises pour usage personnel ou communautaire des États-Unis au Canada, aux fins de commerce à petite échelle avec les Premières nations. Il a aussi posé pour règle que tout Mohawk d'Akwesasne rapportant au Canada des marchandises des États-Unis sera soumis aux modalités de fouille et de déclaration en douane, puis a conclu que toute disposition de la *Loi sur les douanes* qui est incompatible avec ce droit ancestral est nulle et non avenue dans les limites de cette incompatibilité. Deux points principaux ont été examinés en appel: 1) la nature, la portée et l'étendue du droit ancestral reconnu par le juge de première instance, et 2) l'argument que celui-ci a commis une erreur en concluant que le droit de l'intimé n'avait pas été éteint par la *Loi sur les douanes* avant 1982 (année où fut consacrée la protection constitutionnelle des droits issus des traités).

Arrêt: il faut faire droit en partie à l'appel, et rejeter l'appel incident.

Le juge Létourneau, J.C.A.: 1) Le droit revendiqué par l'intimé est celui de rapporter en franchise au Canada des marchandises achetées aux États-Unis. Le juge de première instance a transformé par inadvertance le droit ancestral d'exemption des droits de douane, que revendique l'intimé, en droit de libre circulation internationale, savoir celui de traverser librement la frontière entre le Canada et les États-Unis, lequel recouvrirait aussi celui d'être exempté des droits de douane. Le droit de libre circulation internationale reconnu de ce fait à l'intimé est d'une portée bien plus large que le droit revendiqué à l'origine puisqu'il peut impliquer l'existence et l'exercice de droits litigieux de libre circulation personnelle, économique et commerciale. Les ramifications légales d'un tel droit ne se limitent pas à la *Loi sur les douanes*; elles s'étendent à la *Loi sur la citoyenneté*, à la *Loi*

Immigration Act, the *Extradition Act* and the various provincial laws regulating the right to reside in a province and gain a livelihood. The declaration issued by the Trial Judge failed to determine the geographical scope of the respondent's Aboriginal right. The Canadian government has a legitimate and pressing interest in effectively protecting its borders and the existing Aboriginal rights, when recognized and protected by section 35 of the *Constitution Act, 1982*, must be reconciled with the sovereignty of the Crown. The modern acknowledgment and recognition of the respondent's Aboriginal right required first that it be exercised by his reporting at the Cornwall customs office and, second, that it be claimed only in relation to goods bought in the State of New York. The evidence did not support the Trial Judge's conclusion that the respondent's Aboriginal right entitled him to bring goods from the United States to engage in non-commercial trading with all First Nations' members. Such conclusion overstated the scope of the Aboriginal right at issue.

The respondent was, in fact, claiming a right to an exemption whose content is the same whether it finds its source in the Mohawks' practices and traditions or the terms of the Jay Treaty which is said to embody such practices and traditions. The first paragraph of Article III that Treaty indicates no intention on the part of the parties to the Treaty to exempt from the payment of customs duties the trade and commerce that would be resumed between the two states. The second paragraph clearly establishes, as a rule, an obligation to pay customs duties on all goods whose importation is not prohibited. The purpose of Article III of the Treaty was to guarantee freedom of trade, rather than free trade, to everyone. The respondent's Aboriginal right is the right, when crossing the international border at Cornwall Island, to bring with himself into Canada, for personal use or consumption, or for collective use or consumption by the members of the community of Akwesasne, goods bought in the State of New York without having to pay any duties or taxes to the Canadian government. Paragraph 1 of the declaration issued by the Trial Judge should be amended accordingly.

(2) The appellant has not satisfied the onus of demonstrating that the *Customs Act* exhibits the "clear and plain intention" necessary to extinguish the Aboriginal right. The adoption of section 35 of the *Constitution Act, 1982* makes clear that if the right was extinguished it would have had to be before 1982. Thus the current Act is not relevant to the question of extinguishment. Sections 9 and 18 of the 1970 *Customs Act*, relied on by the appellant, do not address the question of duties and therefore cannot extinguish the Aboriginal right to bring in personal and community goods duty free. The fact that the Governor in Council may regulate the application of duties in the *Customs Act* is inconsistent with the appellant's assertion that the Act is an

sur l'immigration, à la *Loi sur l'extradition* et aux diverses lois respectives des provinces sur le droit d'y résider et d'y gagner sa vie. Le jugement déclaratoire de première instance pêche par défaut de fixer la portée géographique du droit ancestral de l'intimé. L'État canadien a un intérêt légitime et urgent à protéger ses frontières, et les droits ancestraux existants, dans les cas où ils sont reconnus et protégés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, doivent être subordonnés à la souveraineté de la Couronne. La reconnaissance de nos jours du droit ancestral de l'intimé est subordonnée à la condition en premier lieu qu'il l'exerce par la déclaration des marchandises au poste de douane de Cornwall et, en second lieu, qu'il le revendique seulement pour les marchandises achetées dans l'État de New York. Les preuves produites ne justifient pas la conclusion tirée par le juge de première instance que le droit ancestral dont jouit l'intimé lui permet de rapporter des États-Unis des marchandises destinées au commerce à petite échelle avec tous les membres des Premières nations. Par cette conclusion, le juge de première instance a surestimé la portée du droit ancestral en question.

L'intimé revendique en fait le droit à l'exemption, dont le contenu est le même, que la source en soit les usages et traditions des Mohawks ou les termes du Traité Jay, lequel est considéré comme consacrant ces usages et traditions. Rien dans le premier paragraphe de l'article III de ce traité ne prouve la volonté des signataires d'exempter des droits de douane le commerce et les échanges qui reprendraient entre les deux États. Le deuxième paragraphe pose clairement pour règle l'obligation de payer les droits de douane sur toutes les marchandises dont l'importation n'est pas interdite. L'article III du Traité Jay avait pour but de garantir la liberté de commerce à tout un chacun, et non le commerce sans droits ni taxes. Le droit ancestral que revendique l'intimé est celui de rapporter, au passage de la frontière internationale sur l'île de Cornwall et sans en payer les droits de douane ou taxes au gouvernement ou aux autorités canadiennes, des marchandises achetées dans l'État de New York pour son usage ou consommation personnelle, ou pour l'usage ou la consommation des membres de la communauté d'Akwesasne. Il y a lieu de réformer en conséquence le premier paragraphe de la décision de première instance.

2) L'appelant ne s'est pas acquitté de la charge de prouver que la *Loi sur les douanes* exprime la volonté «claire et expresse» nécessaire pour l'extinction du droit ancestral. À la suite de l'adoption de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il est clair que si ce droit avait été éteint, il faut qu'il l'ait été avant 1982. Le texte actuellement en vigueur n'a donc pas application à l'égard de la question de l'extinction. Les articles 9 et 18 de la *Loi sur les douanes* de 1970, qu'invoque l'appelant, ne portent pas sur la question des droits de douane et ne peuvent donc avoir pour effet d'éteindre le droit ancestral d'importer en franchise des articles pour usage personnel ou communautaire. Le fait que le gouverneur en conseil peut réglementer l'application des

absolute bar to duty-free entry. The ability to regulate the application of duties is not merely a passing feature of the legislation but an integral part of the Act and has been retained in the current Act. The evidence revealed no clear intention on the part of those charged with enforcing the *Customs Act* to extinguish the respondent's Aboriginal right.

Per Sexton J.A.: The Trial Judge did not err in finding that the respondent's Aboriginal right includes the right to bring in goods intended for non-commercial scale trade (right to duty-free trade) with other First Nation communities. This finding was not dependent on his conclusion that Article III of the Jay Treaty grants the identical right. Consequently, the Trial Judge did not commit a palpable or overriding error in making his finding that would warrant the intervention of the Court. He properly considered the totality of the evidence of pre-contact trade before coming to his conclusion. Such evidence supported the Trial Judge's finding that the respondent's Aboriginal right included the right to duty-free trade with other First Nation communities on a non-commercial scale. The Trial Judge's interpretation of the Jay Treaty supported his finding that the Aboriginal right included the right to duty-free trade. The Jay Treaty could not be employed to limit the scope of the Aboriginal right. Once it has been determined that the test for the existence of an Aboriginal right has been satisfied, this right is protected by the Constitution unless it has been extinguished. The fact that Aboriginals may have been granted a more limited form of the Aboriginal right in an international treaty cannot serve to restrict the right which is protected by section 35 of the *Constitution Act, 1982*. The Trial Judge made no error in relying on the Jay Treaty as support for the Aboriginal right to duty-free trade. However, he failed to impose any geographical restrictions on the Aboriginal right. The modern form of the Aboriginal right is the right to purchase goods anywhere in the State of New York and to bring these goods duty-free across the New York-Quebec or New York-Ontario border. Trading was historically limited to members of the First Nations in Quebec, Ontario and the State of New York. Consequently, the respondent's right is further restricted to goods intended for personal or community use or for non-commercial trade with other First Nation communities living in Ontario or Quebec.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29.
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 35, 52.
Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, ss. 9, 18, 22(1),(3).

droits prévus par la *Loi sur les douanes* ne s'accorde pas avec l'assertion par l'appelant que celle-ci exclut absolument toute importation en franchise. La possibilité de réglementer l'application des droits de douane n'est pas seulement une disposition incidente mais fait partie intégrante de la Loi; elle figure toujours dans le texte actuellement en vigueur. Les preuves produites ne révèlent pas chez les autorités responsables d'appliquer la *Loi sur les douanes* une intention claire d'éteindre le droit ancestral de l'intimé.

Le juge Sexton, J.C.A.: Le juge de première instance n'a pas commis une erreur en jugeant que le droit ancestral de l'intimé s'entend également du droit de rapporter des marchandises destinées au petit négoce (droit au commerce hors douane) avec d'autres Premières nations. Cette décision n'est pas subordonnée à sa conclusion que l'article III du Traité Jay confère exactement le même droit. Il n'a donc pas commis une erreur tangible et dirimante qui justifie l'intervention de la Cour. Avant de parvenir à cette conclusion, il a dûment examiné toutes les preuves produites au sujet du commerce qui se faisait avant l'arrivée des Européens. Ces preuves fondent sa conclusion que le droit ancestral de l'intimé recouvrait le droit au commerce hors douane et à petite échelle avec d'autres Premières nations. Son interprétation du Traité Jay justifiait sa conclusion que le droit ancestral en cause recouvrait celui au commerce hors douane. Ce traité ne pourrait jamais être invoqué pour limiter la portée des droits ancestraux. Une fois jugé que la condition de l'existence d'un droit ancestral est remplie, ce droit est protégé par la Constitution sauf extinction antérieure. Le fait que des Autochtones ont pu se voir reconnaître une forme plus limitée du droit ancestral dans un traité international ne peut servir à limiter le droit qui est protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le juge de première instance n'a commis aucune erreur en se fondant sur le Traité Jay pour conclure à l'existence du droit ancestral au commerce hors douane. Il n'a cependant assigné aucune limite géographique au droit ancestral en question. La manifestation contemporaine de ce droit est le droit d'acheter des marchandises en n'importe quel lieu de l'État de New York et de les rapporter en franchise à travers la frontière entre cet État et le Québec ou l'Ontario. Ce commerce était limité aux membres des Premières nations du Québec, de l'Ontario et de l'État de New York. En conséquence, le droit de l'intimé est encore limité aux marchandises destinées à l'usage personnel ou communautaire, ou au commerce à petite échelle avec d'autres Premières nations en Ontario ou au Québec.

LOIS ET RÈGLEMENTS

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. 35, 52.
Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29.

Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, ss. 32(6) (as am. by S.C. 1992, c. 28, s. 5), 131 (as am. by S.C. 1993, c. 25, s. 84), 153(c).
Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2.
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5.
 Jay Treaty (1794).
 Treaty of Ghent (1814).
 Treaty of Utrecht (1713).

Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1, art. 32(6) (mod. par L.C. 1992, ch. 28, art. 5), 131 (mod. par L.C. 1993, ch. 25, art. 84), 153c).
Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, ch. C-40, art. 9, 18, 22(1),(3).
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5.
Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663.
 Traité de Ghent (1814).
 Traité d'Utrecht (1713).
 Traité Jay (1794).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. v. Adams, [1996] 3 S.C.R. 101; (1996), 138 D.L.R. (4th) 657; 110 C.C.C. (3d) 97; [1996] 4 C.N.L.R. 1; 202 N.R. 89.

REFERRED TO:

Watt v. Liebelt and Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (1994), 82 F.T.R. 57 (F.C.T.D.); *Ekiu v. United States*, 142 U.S. 651 (1892); *Attorney-General for Canada v. Cain*, [1906] A.C. 542 (P.C.); *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312; (1996), 110 C.C.C. (3d) 1; 202 N.R. 49; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 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; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; (1996), 80 B.C.A.C. 81; 200 N.R. 1; 130 W.A.C. 81; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; (1996), 137 D.L.R. (4th) 648; [1996] 9 W.W.R. 149; 79 B.C.A.C. 161; 23 B.C.L.R. (3d) 155; 109 C.C.C. (3d) 193; [1996] 4 C.N.L.R. 65; 50 C.R. (4th) 111; 200 N.R. 189; 129 W.A.C. 161; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010.

AUTHORS CITED

Beaudoin, Gérald A. and Errol P. Mendes, eds. *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1996.
 Brun, Henri et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 3e éd. Cowansville (Qué.): Éditions Yvon Blais, 1997.
 Richter, Daniel, "Ordeal of the Longhouse: The Five Nations in Early American History" in D. K. Richter and J. H. Merrel eds., *Beyond the Covenant Chain: The Iroquois and their Neighbors in Indian North America 1600-1800*, Syracuse, N.Y.: Syracuse University Press, 1987.
 van den Bogaert, Harmen Meyndertsz. *A Journey into Mohawk and Oneida Country, 1634-1635*, Syracuse, N.Y.: Syracuse University Press, 1988.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

R. c. Adams, [1996] 3 R.C.S. 101; (1996), 138 D.L.R. (4th) 657; 110 C.C.C. (3d) 97; [1996] 4 C.N.L.R. 1; 202 N.R. 89.

DÉCISIONS CITÉES:

Watt c. Liebelt et Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1994), 82 F.T.R. 57 (C.F. 1^{re} inst.); *Ekiu v. United States*, 142 U.S. 651 (1892); *Attorney-General for Canada v. Cain*, [1906] A.C. 542 (P.C.); *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312; (1996), 110 C.C.C. (3d) 1; 202 N.R. 49; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 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; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; (1996), 80 B.C.A.C. 81; 200 N.R. 1; 130 W.A.C. 81; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; (1996), 137 D.L.R. (4th) 648; [1996] 9 W.W.R. 149; 79 B.C.A.C. 161; 23 B.C.L.R. (3d) 155; 109 C.C.C. (3d) 193; [1996] 4 C.N.L.R. 65; 50 C.R. (4th) 111; 200 N.R. 189; 129 W.A.C. 161; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.

DOCTRINE

Beaudoin, Gérald A. et Errol P. Mendes, eds. *Charte canadienne des droits et libertés*, 3^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1996.
 Brun, Henri et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 3^e éd. Cowansville (Qué.): Éditions Yvon Blais, 1997.
 Richter, Daniel, «Ordeal of the Longhouse: The Five Nations in Early American History» in D. K. Richter and J. H. Merrel eds., *Beyond the Covenant Chain: The Iroquois and their Neighbors in Indian North America 1600-1800*, Syracuse, N.Y.: Syracuse University Press, 1987.
 van den Bogaert, Harmen Meyndertsz. *A Journey into Mohawk and Oneida Country, 1634-1635*, Syracuse, N.Y.: Syracuse University Press, 1988.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a Trial Division decision ((1997), 134 F.T.R. 1) declaring that the respondent had, as a Mohawk of Akwesasne resident in Canada, an existing Aboriginal right protected by sections 35 and 52 of the *Constitution Act, 1982* to cross the Canada-United States border, including the right to bring goods from United States into Canada for personal and community use, without having to pay customs duties on those goods. Appeal allowed in part, cross-appeal dismissed.

APPEARANCES:

Graham R. Garton, Q.C., and *Sandra E. Phillips* for appellant.
Peter W. Hutchins, Anjali Choksi and *Paul Williams* for respondent.
François Dandonneau for intervener.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Hutchins, Soroka & Dionne, Montréal, for respondent.
Mohawk Council of Kahnawake, Legal Services, Kahnawake, Quebec, for intervener.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] LÉTOURNEAU J.A.: This is an appeal from a well articulated decision of McKeown J. of the Trial Division, rendered on June 27, 1997 [(1997), 134 F.T.R. 1], by which he granted to the respondent, Grand Chief Mitchell, a declaration that the said respondent had, *inter alia* [at page 75], “as a Mohawk of Akwesasne resident in Canada . . . an existing aboriginal right which is constitutionally protected by ss. 35 and 52 of the **Constitution Act, 1982** to pass and repass freely across what is now the Canada-United States boundary including the right to bring goods from the United States into Canada for personal and community use without having to pay customs duties on those goods”.

APPEL et APPEL INCIDENT relatifs au jugement de la Section de première instance ((1997), 134 F.T.R. 1) déclarant que l’intimé jouit, en tant que Mohawk d’Akwesasne résidant au Canada, d’un droit ancestral existant que protègent les articles 35 et 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, pour passer librement la frontière Canada-États-Unis, lequel droit s’entend également de celui d’introduire en franchise au Canada, à partir des États-Unis, des marchandises pour usage personnel ou communautaire. Appel accueilli en partie, appel incident rejeté.

ONT COMPARU:

Graham R. Garton, c.r., et *Sandra E. Phillips* pour l’appelant.
Peter W. Hutchins, Anjali Choksi et *Paul Williams* pour l’intimé.
François Dandonneau pour l’intervenant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour l’appelant.
Hutchins, Soroka & Dionne, Montréal, pour l’intimé.
Conseil des Mohawks de Kahnawake, Services juridiques, Kahnawake (Québec), pour l’intervenant.

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

[1] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Il y a en l’espèce appel contre une décision fort méthodique du juge McKeown, de la Section de première instance, rendue le 27 juin 1997 [(1997), 134 F.T.R. 1] par laquelle ce dernier a prononcé en faveur de l’intimé, le grand chef Mitchell, un jugement déclarant notamment que celui-ci [à la page 75] «en tant que Mohawk d’Akwesasne résidant au Canada, a, en raison d’un droit ancestral existant constitutionnellement protégé par les articles 35 et 52 de la **Loi constitutionnelle de 1982**, le droit de passer et de repasser librement l’actuelle frontière Canada-États-Unis, y compris le droit d’introduire au Canada, à partir des États-Unis, des marchandises destinées à un usage personnel et communautaire, sans acquitter de droits de douane».

[2] In the said declaration, the Trial Judge stated that goods for personal and community use include goods used for sustenance, household goods and goods used for First Nations' custom. He also concluded that the Aboriginal right included the right to bring these goods from the United States into Canada for non-commercial scale trade with the First Nations.

[3] In terms of limitations, he excluded from the Aboriginal right the right to bring into Canada any form of firearm, restricted or prohibited drug, alcohol, plants and the like. He ruled, as a further limitation to the exercise of the Aboriginal right, that any Mohawk of Akwesasne entering in Canada with goods from the United States will be subject to search and declaration procedures at Canadian customs.

[4] Finally, he declared any provisions of the *Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp), c. 1, which are inconsistent with the Aboriginal right to be of no force or effect to the extent of the inconsistency.

[5] However, in the process of coming to this conclusion, the Trial Judge dismissed two other claims made by the respondent. One was that his right to be exempt from customs duties was also guaranteed or protected by Article XV of the Treaty of Utrecht [1713], Article III of the Jay Treaty [1794] and Article IX of the Treaty of Ghent [1814]. As for the other, the respondent submitted that a series of five Councils or Meetings¹ held pursuant to the Treaty of Ghent between representatives of the British Crown and various groups of Aboriginal people to explain the Treaty to them and reassure them resulted in Treaties and created treaty rights protected by sections 35 and 52 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. As for the Aboriginal right, the respondent submitted that these treaty rights had not been extinguished by the *Customs Act*.

[6] The respondent has launched a cross-appeal against the dismissal of these two claims and the Trial Judge's findings associated with it.

[2] Dans son jugement déclaratoire, le juge de première instance a conclu que les marchandises destinées à l'usage personnel et communautaire s'entendaient des denrées alimentaires, des biens domestiques et des articles utilisés dans le cadre des coutumes des Premières nations, et que le droit ancestral en question recouvrait celui de rapporter ces articles des États-Unis au Canada aux fins d'échanges non commerciaux avec les Premières nations.

[3] Pour ce qui est des limitations, il a exclu de ce droit ancestral l'importation au Canada des armes à feu quelles qu'elles soient, des drogues prohibées ou à usage restreint, de l'alcool, des plantes, etc. Il en a encore limité l'exercice en posant pour règle que tout Mohawk d'Akwesasne rapportant au Canada des marchandises des États-Unis sera soumis aux modalités de fouille et de déclaration en douane.

[4] Enfin, il a déclaré que toute disposition de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1, qui est incompatible avec le droit ancestral en cause est nulle et non avenue dans les limites de cette incompatibilité.

[5] Cependant, pour parvenir à cette conclusion, il a rejeté deux autres prétentions de l'intimé. La première était que son droit à l'exemption des douanes était aussi garanti ou protégé par l'article XV du Traité d'Utrecht [1713], l'article III du Traité Jay [1794] et l'article IX du Traité de Ghent [1814]. La seconde était que les cinq conseils ou rencontres¹ tenus par les représentants de la Couronne britannique pour expliquer le Traité de Ghent à divers groupes autochtones et pour les rassurer à ce sujet équivalaient à des traités et créaient de ce fait des droits protégés par les articles 35 et 52 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]]. Pour ce qui est du droit ancestral en cause, l'intimé soutenait que ces droits issus de traités n'avaient pas été éteints par la *Loi sur les douanes*.

[6] L'intimé a formé appel incident contre le rejet de ces deux prétentions et contre les motifs pris à cet effet par le juge de première instance.

[7] I intend to dispose immediately of the cross-appeal. The Court heard the submissions of the cross-appellant on these issues and called upon counsel for the Minister of National Revenue (Minister), to answer only these two questions: whether the five Meetings or Councils resulted in Treaties or gave rise to treaty rights under section 35 of the *Constitution Act, 1982* between the British Crown and the Mohawks of Akwesasne and, if so, whether these rights have been extinguished prior to 1982.

[8] After a careful review of the Trial Judge's decision and the submissions of the parties and the intervener, I see no merit in the cross-appeal. I agree with the conclusions of the Trial Judge substantially for the reasons that he gave. Therefore, I would dismiss the cross-appeal with costs.

[9] The appellant raises a number of issues on appeal but, in my view, only two need be addressed: the nature, scope and extent of the Aboriginal right recognized by the Trial Judge and the submission that the Trial Judge erred in concluding that the respondent's right had not been extinguished prior to 1982 by the *Customs Act*.

Facts and Procedure

[10] However, before I do, a short summary of the facts is necessary for a better understanding of the right claimed in this case. The respondent is a registered Mohawk of Akwesasne under the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5. He resides on Cornwall Island which is part of the Akwesasne Indian Reserve in the Province of Ontario.

[11] He entered Canada from the State of New York on March 22, 1988 at Cornwall Island with various goods (i.e., a washing machine, 20 bibles, 10 blankets, used clothing, 10 loaves of bread, 2 pounds of butter, 4 gallons of milk, 6 bags of cookies, 12 cans of soup and a case of motor oil) that he had bought in the United States. The goods were destined as gifts to the residents of the Tyendinaga Indian Reserve near Belleville, Ontario, with the exception of the motor oil

[7] Je me propose de me prononcer en premier lieu sur l'appel incident. La Cour a entendu les conclusions de l'appelant à l'incident sur les points ci-dessus et a demandé à l'avocat du ministre du Revenu national (le ministre) de répondre uniquement aux deux questions suivantes: savoir si les cinq rencontres ou conseils équivalaient à des traités ou créaient des droits issus de traités, que garantit l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, entre la Couronne britannique et les Mohawks d'Akwesasne et, dans l'affirmative, si ces droits ont été éteints avant 1982.

[8] Après examen attentif de la décision de première instance et des conclusions des parties ainsi que de l'intervenant, je juge que l'appel incident n'est pas fondé. Je partage les conclusions du juge de première instance essentiellement pour les mêmes motifs. Je me prononce donc pour le rejet de l'appel incident avec dépens.

[9] L'appelant soulève plusieurs points mais, à mon avis, il suffit d'examiner deux d'entre eux: la nature, la portée et l'étendue du droit ancestral reconnu par le juge de première instance et l'argument que celui-ci a commis une erreur en concluant que le droit de l'intimé n'avait pas été éteint par la *Loi sur les douanes* avant 1982.

Les faits de la cause et la procédure

[10] Il convient cependant de faire un bref rappel des faits de la cause, qui permettra de mieux saisir la nature du droit revendiqué en l'espèce. L'intimé est un Mohawk d'Akwesasne, inscrit sous le régime de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5. Il habite l'île de Cornwall, laquelle fait partie de la réserve indienne d'Akwesasne, en Ontario.

[11] Il est entré au Canada en provenance de l'État de New York le 22 mars 1988 par l'île de Cornwall, avec divers articles (une machine à laver, 20 bibles, 10 couvertures, des articles vestimentaires usagés, 10 pains, deux livres de beurre, quatre gallons de lait, six sacs de biscuits, 12 boîtes de soupe en conserve et une caisse d'huile à moteur) qu'il avait achetés aux États-Unis. Ces articles étaient des cadeaux destinés aux résidents de la réserve indienne de Tyendinaga près de

which the respondent intended to deliver to Jock's Store on Cornwall Island for resale to the residents of the reserve living there.

[12] The respondent declared the goods at the Cornwall customs office but refused to pay the customs duties alleging an existing Aboriginal right as well as treaty rights to an exemption from such duties. The goods were not seized by the customs officers and the respondent was allowed to proceed to the Tyendinaga reserve. On September 15, 1989, he was served with a Notice of Ascertained Forfeiture under the *Customs Act* and it was alleged that he had evaded payment of the duties on the goods contrary to paragraph 153(c) of the said Act. As a result, the Minister demanded payment of a sum of \$361.64 consisting of \$142.88 unpaid duty, \$98.21 unpaid sales tax and a penalty of \$120.55 corresponding to one-half of the revenue evaded.

[13] The respondent requested on the issue a decision of the Minister pursuant to section 131 [as am. by S.C. 1993, c. 25, s. 84] of the *Customs Act*. Unhappy with the decision, he challenged it by way of an action in the Trial Division.

The Nature, Scope and Extent of the Aboriginal Right in Issue

[14] In his statement of claim (A.B., vol. 1, paragraph 42(a), at page 7) the respondent sought a declaration that, "as a Mohawk of Akwesasne resident in Canada he has an existing aboriginal right which is constitutionally protected by sections 35 and 52 of the *Constitution Act, 1982* to pass and repass freely across what is now the Canada-United States boundary with his goods without having to pay any duty or taxes whatsoever to any Canadian government or authority".

[15] It is clear that the right claimed by the respondent is the right to be exempt from the payment of

Belleville (Ontario), sauf l'huile à moteur que l'intimé se proposait de livrer au magasin Jock's Store dans l'île de Cornwall pour la revente aux résidents de la réserve qui s'y trouvent.

[12] L'intimé a déclaré ces articles au poste de douane de Cornwall mais a refusé d'en payer les droits de douane, en invoquant l'exemption tenant à un droit ancestral existant ainsi qu'à des droits issus de traités. Les agents des douanes n'ont pas saisi ces articles et ont laissé l'intimé partir pour la réserve de Tyendinaga. Le 15 septembre 1989, l'intimé s'est vu signifier un avis de confiscation compensatoire en application de la *Loi sur les douanes*, lequel avis indiquait qu'il s'était soustrait au paiement des droits de douane sur les articles en question, en contravention à l'alinéa 153c) de cette Loi. Par la suite, le ministre a exigé le paiement de 361,64 \$, dont 142,88 \$ de droits non acquittés, 98,21 \$ de taxe de vente non acquittée et une pénalité de 120,55 \$ correspondant à la moitié des droits et taxes non acquittés.

[13] L'intimé a demandé que le ministre rende une décision à ce sujet en application de l'article 131 [mod. par L.C. 1993, ch. 25, art. 84] de la *Loi sur les douanes*. Celle-ci ne l'ayant pas satisfait, il l'a contestée par voie d'action intentée devant la Section de première instance.

La nature, la portée et l'étendue du droit ancestral en cause

[14] Dans sa déclaration (Dossier d'appel, vol. 1, paragraphe 42(a), de la page 7), l'intimé demandait un jugement déclarant que «le demandeur, en tant que Mohawk d'Akwesasne résidant au Canada, est titulaire d'un droit ancestral existant, constitutionnellement protégé par les articles 35 et 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, lui permettant de passer et de repasser librement ce qui est maintenant la frontière Canada-États-Unis avec ses marchandises sans avoir à acquitter à un gouvernement ou autre autorité canadienne des taxes ou des droits de douane».

[15] Il est clair que le droit revendiqué par l'intimé est celui de rapporter en franchise au Canada des

customs duties when crossing the Canadian border for goods that he would have bought in the United States. The whole debate at the hearing before the Trial Judge turned on and was related solely to the scope and impact of the *Customs Act* on the respondent's right not to pay duties. However, in his written submissions to the Trial Judge, the respondent changed the text of the declaration he was seeking and, in so doing, altered the very nature and contents of the right that he was claiming. No amendment to the statement of claim was sought and obtained in accordance with the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663]. The Trial Judge issued the declaration on the basis of the wording found in these submissions. Paragraph 1 of the declaration reads [at page 75]:

1. the plaintiff as a Mohawk of Akwesasne resident in Canada has an existing aboriginal right which is constitutionally protected by ss. 35 and 52 of the **Constitution Act, 1982** to pass and repass freely across what is now the Canada-United States boundary including the right to bring goods from the United States into Canada for personal and community use without having to pay customs duties on those goods. [Emphasis added.]

[16] In effect, the Trial Judge inadvertently transformed the Aboriginal right to be exempt from customs duties claimed by the respondent into an international mobility right, that is to say a right to travel freely across the Canada-United States border, back and forth, which would also include, amongst other undefined rights, the right to be exempted from the payment of customs duties.

[17] The international mobility right granted to the respondent is not notionally of the same nature and magnitude as the right he had originally claimed. It is much broader in scope as it may relate to the existence and exercise of litigious personal, economic and commercial mobility rights such as the right to reside and benefit from the other implied rights associated with the notion of residence, the right to own a passport and the right to work or pursue the gaining of a livelihood.² The legislative ramifications of such rights are not limited to the *Customs Act*. They extend to the *Citizenship Act*, [R.S.C., 1985, c. C-29] the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2], the *Extradition Act* [R.S.C., 1985, c. E-23] and the various provincial

marchandises achetées aux États-Unis. Les débats en première instance portaient exclusivement sur la portée et les effets de la *Loi sur les douanes* sur le droit de l'intimé à l'exemption de droits de douane. Cependant, dans ses conclusions écrites en première instance, l'intimé a modifié le texte du jugement déclaratoire recherché et, de ce fait, a changé la nature et le contenu mêmes du droit qu'il revendiquait. Il n'avait demandé ni obtenu une autorisation de modifier la déclaration conformément aux *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663]. Le juge de première instance a rendu le jugement déclaratoire selon la formulation contenue dans ces conclusions. Le premier paragraphe de ce jugement déclaratoire porte [à la page 75]:

1. Le demandeur, en tant que Mohawk d'Akwesasne résidant au Canada, a, en raison d'un droit ancestral existant constitutionnellement protégé par les articles 35 et 52 de la **Loi constitutionnelle de 1982**, le droit de passer et de repasser librement l'actuelle frontière Canada-États-Unis, y compris le droit d'introduire au Canada, à partir des États-Unis, des marchandises destinées à un usage personnel et communautaire, sans acquitter de droits de douane. [Non souligné dans l'original.]

[16] De fait, le juge de première instance a transformé par inadvertance le droit ancestral d'exemption des droits de douane, que revendique l'intimé, en droit de libre circulation internationale, savoir celui de traverser librement la frontière entre le Canada et les États-Unis, lequel recouvrirait aussi, entre autres droits non définis, celui d'être exempté des droits de douane.

[17] Le droit de libre circulation internationale, reconnu à l'intimé, n'est pas, ne serait-ce qu'en théorie, de la même nature ni de la même importance que le droit revendiqué à l'origine. Il est d'une portée bien plus large puisqu'il peut impliquer l'existence et l'exercice de droits litigieux de libre circulation personnelle, économique et commerciale, comme le droit de résidence et le bénéfice des autres droits implicites découlant de la résidence, le droit de posséder un passeport et celui de travailler ou de gagner sa vie². Les ramifications légales d'un tel droit ne se limitent pas à la *Loi sur les douanes*. Elles s'étendent à la *Loi sur la citoyenneté* [L.R.C. (1985), ch. C-29], à la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985),

laws regulating the right to reside in a province and gain a livelihood. Yet, none of these issues were addressed by the parties and the Trial Judge as the debate focussed on customs duties exemptions and the *Customs Act*.

[18] The respondent claims his international mobility right as a citizen of the Mohawk nation. I would be inclined to agree with counsel for the appellant that an aboriginal right to enter a sovereign state that is not based on citizenship of that state cannot be reconciled with that state's right to self-preservation by effecting an appropriate control of its borders. As early as 1892, the Supreme Court of the United States asserted the link between sovereignty and the control of a state's border:

It is an accepted maxim of international law, that every sovereign nation has the power, as inherent in sovereignty, and essential to self-preservation, to forbid the entrance of foreigners within its dominions, or to admit them only in such cases and upon such conditions as it may see fit to prescribe.³

[19] I shall, therefore, examine the Aboriginal right claimed as the right to be exempted from the payment of customs duties when entering Canada from the United States. In this respect, the declaration issued by the Trial Judge fails to determine the geographical scope of this Aboriginal right. As it stands, the respondent can cross the Canadian border in British Columbia and claim customs duties exemptions for goods bought in California. Yet, the evidence adduced before the Trial Judge, whether it is in the form of oral history, expert or documentary evidence of past practices customs and traditions, does not support the existence nor warrant the granting of an Aboriginal right free of clear specific geographical limitations.

[20] Indeed, when pressed on this issue by the Court, counsel for the respondent responsibly admitted that evidence of the Mohawks' travelling and trading prior to and during their contacts with the Europeans involved crossing between what is now the State of New York and the provinces of Quebec and Ontario. The historical evidence reveals a Montréal-Albany

ch. I-2], à la *Loi sur l'extradition* [L.R.C. (1985), ch. E-23] et aux diverses lois respectives des provinces sur le droit d'y résider et d'y gagner sa vie. Cependant, aucune de ces questions n'a été débattue par les parties ni abordée par le juge de première instance puisque les débats étaient focalisés sur l'exemption des droits de douane et la *Loi sur les douanes*.

[18] L'intimé revendique son droit de libre circulation internationale en sa qualité de citoyen de la nation Mohawk. Je serais enclin à convenir avec l'avocat de l'appelant qu'un droit ancestral d'entrée dans un État souverain, droit qui ne serait pas fondé sur la citoyenneté, ne peut se concilier avec le droit de cet État de se protéger par le contrôle nécessaire de ses frontières. Dès 1892, la Cour suprême des États-Unis a confirmé le lien entre la souveraineté et le contrôle de la frontière de l'État:

[TRADUCTION] C'est une maxime de droit international que toute nation souveraine a le pouvoir, inhérent à sa souveraineté, et essentiel à sa propre protection, d'interdire l'entrée des étrangers sur son territoire ou de ne les admettre que dans les cas ou dans les conditions qu'elle juge bon de prescrire.³

[19] J'examinerai donc le droit ancestral revendiqué sous l'angle de l'exemption des droits de douane à l'entrée au Canada en provenance des États-Unis. À cet égard, le jugement déclaratoire de première instance pêche par défaut d'en fixer la portée géographique. Tel quel, il signifie que l'intimé peut passer la frontière canadienne en Colombie-Britannique et se prévaloir de l'exemption des droits de douane sur des marchandises achetées en Californie. Or, les preuves produites devant le juge de première instance, qu'il s'agisse de tradition orale, de témoignages d'expert ou de preuves documentaires, sur les usages, coutumes et traditions du passé, ni n'établissent l'existence ni ne justifient la reconnaissance d'un droit ancestral sans aucune limitation géographique claire et spécifique.

[20] En effet, l'avocat de l'intimé, pressé par la Cour à ce sujet, a reconnu en toute responsabilité que les preuves relatives aux déplacements et au commerce des Mohawks avant et durant le contact avec les Européens se rapportent aux passages de la frontière entre ce qui est maintenant l'État de New York et les provinces de Québec et d'Ontario. Les preuves histori-

(New York) travelling route to and from the Mohawk village in the Mohawk valley located in the State of New York, northwest of present-day Albany, stretching to the upper St-Lawrence valley and including, by 1747 at the earliest, the actual site of the reserve of Akwesasne. Such site is unique in that the reserve is located partly in Quebec, Ontario and the State of New York and members of the Mohawk community living on the reserve regularly have to cross the U.S.-Canada boundary to visit each other.

[21] According to the teachings of the Supreme Court of Canada with respect to the proper exercise of sovereignty by the Canadian government and the appropriate interpretation of existing Aboriginal rights (see *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312, at page 322; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at page 1093; and *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at page 539), the Canadian State has a legitimate and pressing interest in effectively protecting its borders, existing Aboriginal rights have to be “affirmed in a contemporary form rather than in their primeval simplicity and vigour” and these rights, when recognized and protected by section 35 of the *Constitution Act, 1982*, must be reconciled with the sovereignty of the Crown. In addition, as Lamer C.J. stated in *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101, at page 119:

Even where an aboriginal right exists on a tract of land to which the aboriginal people in question do not have title, that right may well be site specific, with the result that it can be exercised only upon that specific tract of land A site-specific hunting or fishing right does not, simply because it is independent of aboriginal title to the land on which it took place, become an abstract fishing or hunting right exercisable anywhere; it continues to be a right to hunt or fish on the tract of land in question.

[22] Pursuant to these principles and in view of the evidence before the Trial Judge that, in the present case, the alleged practice, for the Mohawk residents of Akwesasne, of bringing goods into Canada from the United States, without the usual payment of customs duties, was site-specific to the State of New York and the reserve of Akwesasne, it appears to me that the modern acknowledgement and recognizance of the

ques font état d’une voie de communication Montréal-Albany (État de New York), partant du village mohawk de la vallée des Mohawks dans l’État de New York au nord-ouest du site actuel de la ville d’Albany pour rejoindre le nord de la vallée du Saint-Laurent et comprenant, vers 1747 au plus tôt, le site de l’actuelle réserve d’Akwesasne. Ce site a ceci d’unique qu’il se trouve à la fois au Québec, en Ontario et dans l’État de New York, et les membres de la communauté mohawk qui vivent dans la réserve doivent traverser régulièrement la frontière entre le Canada et les États-Unis pour se rendre visite.

[21] Selon la jurisprudence de la Cour suprême du Canada sur l’exercice légitime de la souveraineté du gouvernement du Canada et sur l’interprétation correcte des droits ancestraux existants (voir *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312, à la page 322; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, à la page 1093; et *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, à la page 539), l’État canadien a un intérêt légitime et urgent à protéger ses frontières, et les droits ancestraux existants doivent être «confirmés dans leur état actuel plutôt que dans leurs simplicité et vigueur primitives», et dans les cas où ces droits sont reconnus et protégés par l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ils doivent être réconciliés avec la souveraineté de la Couronne. En outre, comme l’a fait observer le juge en chef Lamer dans *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, en page 119:

En effet, même si un droit ancestral s’attache à une parcelle de terrain dont le titre n’appartient pas au peuple autochtone concerné, ce droit peut fort bien être spécifique à un site et, en conséquence, ne pouvoir être exercé que sur cette parcelle de terrain spécifique [. . .] Un droit de chasse ou de pêche spécifique à un site ne devient pas, du seul fait qu’il existe indépendamment du titre aborigène sur le territoire où il a été exercé, un droit de chasse ou de pêche abstrait, pouvant être exercé n’importe où; il demeure un droit de chasse ou de pêche sur la parcelle de terrain en question.

[22] Conformément à ces principes et étant donné la preuve, administrée en première instance, qu’en l’espèce, le soi-disant usage chez les résidents mohawks, d’Akwesasne de rapporter au Canada des marchandises en provenance des États-Unis, sans en payer les droits de douane, se limitait spécifiquement à l’État de New York et à la réserve d’Akwesasne, je conclus que la reconnaissance de nos jours du droit

respondent's Aboriginal right require first that it be exercised by his reporting at the Cornwall customs office and, second, that it be claimed only in relation to goods bought in the State of New York. This requirement provides a reasonable measure of conciliation for a modern exercise of both the State right to sovereignty and the respondent's Aboriginal right to be exempted from the general obligation to pay customs duties.

[23] Furthermore, in my view, the evidence does not support the Trial Judge's conclusion at page 72 of his decision that the respondent's Aboriginal right entitles him to bring goods from the United States to engage in non-commercial trading with all the members of First Nations. Again, and counsel has admitted as much at the hearing, trading would have historically been limited geographically to members of the First Nations in Quebec, Ontario and the State of New York. Therefore, assuming that the Aboriginal right extends to non-commercial trading, the exercise of such right would, at best, have to be further circumscribed and limited accordingly to members of First Nations living in these two provinces. However, I believe that, in this respect as well as in respect of the definition of the goods that could be imported free of customs duties, the Trial Judge overstated the scope of the Aboriginal right in issue.

[24] In his decision at page 71, after having referred to the respondent's assertion that the wording of the Jay Treaty is indicative of the content of the Aboriginal right claimed in this case, he concluded that such wording "reinforces the characterization of the aboriginal right as one that is exercised on a noncommercial scale". Then, he proceeded to find that the goods described in Article III of the Treaty are goods for "personal and community use", and further concluded, at page 72, that the wording of the Treaty supports the characterization of the right as a right to trade these goods on a non-commercial scale with other First Nations. It need be repeated that the respondent is, in fact, claiming a right to an exemption whose content is the same whether it finds its source in the Mohawks' practices and traditions or the terms of the Jay Treaty which is said to embody such practices and traditions.

ancestral de l'intimé est subordonnée à la condition en premier lieu qu'il l'exerce par la déclaration des marchandises au poste de douane de Cornwall et, en second lieu, qu'il le revendique seulement pour les marchandises achetées dans l'État de New York. Cette condition représente la conciliation raisonnable de l'exercice de la souveraineté actuelle de l'État et du droit ancestral de l'intimé à l'exemption de l'obligation générale de payer les droits de douane.

[23] D'ailleurs, les preuves produites ne justifient pas la conclusion tirée par le juge de première instance en page 72 de sa décision que le droit ancestral dont jouit l'intimé lui permet de rapporter des États-Unis des marchandises destinées à des échanges non commerciaux avec tous les membres des Premières nations. À ce propos encore, et l'avocat de ce dernier l'a reconnu à l'audience, le troc aurait été, par le passé, limité géographiquement aux membres des Premières nations au Québec, en Ontario et dans l'État de New York. Ainsi donc, à supposer que le droit ancestral s'étende aux échanges non commerciaux, l'exercice en a été, au mieux, plus restreint et, en conséquence, limité aux membres des Premières nations vivant dans ces deux provinces. Je pense qu'à cet égard, tout comme dans l'énumération des marchandises qui pourraient être importées en franchise, le juge de première instance a surestimé la portée du droit ancestral en question.

[24] Après avoir rappelé l'assertion faite par l'intimé que les termes du Traité Jay expriment le contenu du droit ancestral revendiqué en l'espèce, il a conclu en page 71 de sa décision que ce libellé «renforce l'idée que le droit ancestral en question est le droit de se livrer à un commerce à petite échelle». Il a décidé ensuite [à la page 72] que les marchandises visées à l'article III du Traité Jay sont les marchandises destinées à un «usage personnel ou communautaire» et, à la même page, que les termes de ce traité confirment que ce droit englobe celui de se livrer au troc avec d'autres Premières nations. Il faut rappeler que l'intimé revendique en fait un droit à l'exemption, dont le contenu est le même, que la source en soit les usages et traditions des Mohawk ou les termes du Traité Jay, lequel est considéré comme consacrant ces usages et traditions.

[25] Article III of the Treaty reads in part:

It is agreed that it shall at all Times be free to His Majesty's Subjects, and to the Citizens of the United States, and also to the Indians dwelling on either side of the said Boundary Line freely to pass and repass by Land, or Inland Navigation, into the respective Territories and Countries of the Two Parties on the Continent of America (the Country within the Limits of the Hudson's Bay Company only excepted) and to navigate all the Lakes, Rivers, and waters thereof, and freely to carry on trade and commerce with each other.

All Goods and Merchandize whose Importation into His Majesty's said Territories in America shall not be entirely prohibited, may freely, for the purposes of commerce, be carried into the same in the manner aforesaid, by the Citizens of the United States, and such Goods and Merchandize shall be subject to no higher or other Duties than would be payable by His Majesty's Subjects on the Importation of the same from Europe into the said Territories. And in like manner, all Goods and Merchandize whose importation into the United States shall not be wholly prohibited, may freely, for the purposes of Commerce, be carried into the same, in the manner aforesaid, by His Majesty's Subjects, and such Goods and Merchandize shall be subject to no higher or other Duties than would be payable by the Citizens of the United States on the Importation of the same in American Vessels into the Atlantic Ports of the said States. And all Goods not prohibited to be exported from the said Territories respectively, may in like manner be carried out of the same by the Two Parties respectively, paying Duty as aforesaid.

No Duty of Entry shall ever be levied by either Party on Peltries brought by Land, or Inland Navigation into the said Territories respectively, nor shall the Indians passing or repassing with their own proper Goods and Effects of whatever nature, pay for the same any Impost or Duty whatever. But Goods in Bales, or other large Packages unusual among Indians shall not be considered Goods belonging bona fide to Indians.⁴

[26] The first of these three paragraphs merely states that all the belligerents in the war, i.e., the British subjects, the citizens of the United States as well as the Indians who had fought on either side of the Boundary Line, would be free to use the land routes, inland waters, rivers and lakes on both sides of the border and to resume among themselves the trade and commerce that had been in all likelihood interrupted by the war. The signatories to the Treaty undertook to allow for the common use of land and water routes on

[25] L'article III de ce traité porte notamment:

[TRADUCTION] Il est convenu qu'il sera en tout temps libre aux sujets de Sa Majesté et aux citoyens des États-Unis, ainsi qu'aux Indiens résidant sur l'un ou l'autre côté des frontières, de passer et repasser librement par terre ou par la navigation intérieure dans les territoires et pays des deux parties respectivement, sur le continent de l'Amérique (le pays en dedans des limites de la Compagnie de la Baie d'Hudson seulement excepté) et de naviguer sur tous les lacs et rivières d'iceux et d'avoir un commerce libre les uns avec les autres.

Tous les biens et marchandises, dont l'importation dans lesdits territoires de Sa Majesté en Amérique, ne sera pas entièrement interdite, pourront librement, aux fins du commerce, être transportés dans lesdits territoires de la manière prévue, par les citoyens des États-Unis, et ces biens et marchandises ne seront pas soumis à des droits de douane plus élevés que ceux auxquels sont tenus les sujets de Sa Majesté pour l'importation de ces mêmes marchandises d'Europe dans lesdits territoires. De même manière, tous les biens et marchandises dont l'importation aux États-Unis ne sera pas entièrement interdite, pourront librement, aux fins du commerce, être importés aux États-Unis, de la manière prévue, par les sujets de Sa Majesté, et ces biens et marchandises ne seront pas assujettis à des droits de douane plus élevés que ceux auxquels seraient tenus les citoyens des États-Unis dans le cadre de l'importation de ces mêmes marchandises à bord de vaisseaux américains dans les ports atlantiques desdits États-Unis. Et tous les biens dont l'exportation n'est pas interdite à partir desdits territoires, pourront de même manière être transportés de ces territoires par les deux parties respectivement, sur paiement des droits prévus.

Il ne sera levé par aucune des parties aucun droit d'entrée sur les pelleteries apportées par terre ou par la navigation intérieure dans lesdits territoires respectivement, et les Indiens passant ou repassant avec leurs propres effets et marchandises, de quelque nature qu'ils soient, ne seront sujets pour iceux à aucun droit ou impôt quelconque. Mais les marchandises en balles, ou autres gros paquets, qui ne sont pas communs parmi les Indiens, ne seront point considérés comme des marchandises appartenant bona fide aux Indiens⁴.

[26] Le premier de ces trois paragraphes ne fait qu'énoncer que tous les belligérants, savoir les sujets britanniques, les citoyens des États-Unis et les Indiens, qui avaient combattu pour l'une ou l'autre partie de part et d'autre de la frontière, seraient libres d'utiliser les routes, les voies de navigation intérieure, les rivières et les lacs des deux côtés de la frontière, et de reprendre entre eux le commerce qui avait été, en toute probabilité, interrompu par la guerre. Les signataires du traité s'engageaient à permettre l'usage

either side of the border. It is worth noting that the freedom hereby given is not specific to the Indians. It is granted to everyone and, therefore, of little assistance in establishing the existence and defining the content of the Aboriginal right to customs duties exemptions claimed by the respondent.

[27] In addition, nothing in this paragraph, especially when read in context with the second and third paragraphs, evidences an intent on the part of the parties to the Treaty to exempt from the payment of customs duties the trade and commerce that would be resumed between the two states. On the contrary, the right given to everyone is to freely carry on trade and commerce with each other, not to carry on free trade with each other (emphasis added). To put it in another way, the purpose of Article III of the Treaty, after a disruptive period of hatred and enmity engendered by war, was to guarantee freedom of trade to everyone, not free trade to everyone.

[28] Indeed, the second paragraph clearly establishes, as a rule, an obligation to pay customs duties on all goods whose importation is not prohibited. The third paragraph provides a specific exemption of duties to everyone on Peltries only and a limited exemption to Indians on their own proper goods and effects.

[29] The limited exception to the payment of customs duties given to Indians travelling with their own proper goods and effects, in my view, refers to goods for their personal use as well as goods belonging to their own community for collective or common use by the members of that community. It does not grant them a right to import, for trading purposes on a non-commercial scale, other goods duty-free. I am comforted in this view by the following limitation to the exception found in the last sentence of the paragraph:

But Goods in Bales, or other large Packages unusual among Indians shall not be considered Goods belonging bona fide to Indians.

commun des voies de communication par terre et par eau des deux côtés de la frontière. Il y a lieu de noter que cette liberté n'était pas réservée aux Indiens. Elle est reconnue à tout un chacun et, de ce fait, n'est pas d'un grand secours pour ce qui est de prouver l'existence et de définir le contenu du droit ancestral à l'exemption des droits de douane, tel que le revendique l'intimé.

[27] Qui plus est, il n'y a rien dans ce paragraphe, en particulier lorsqu'il est examiné à la lumière des deux paragraphes suivants, qui prouve la volonté des signataires d'exempter des droits de douane le commerce et les échanges qui reprendraient entre les deux États. Au contraire, le droit reconnu à tout un chacun est d'avoir un commerce libre les uns avec les autres, et non d'avoir un commerce hors douane les uns avec les autres (c'est moi qui souligne). En d'autres termes, l'article III du Traité Jay avait, après une période perturbatrice de haine et d'hostilité engendrées par la guerre, pour but de garantir la liberté de commerce à tout un chacun, et non le commerce sans droits ni taxes.

[28] De fait, le deuxième paragraphe pose clairement pour règle l'obligation de payer les droits de douane sur toutes les marchandises dont l'importation n'est pas interdite. Le troisième paragraphe prévoit expressément l'exemption des droits de douane pour les seules pelleteries et, en faveur des Indiens, pour leurs propres effets et marchandises.

[29] L'exemption limitée de droits de douane accordée aux Indiens accompagnés de leurs propres effets et marchandises s'applique, à mon avis, aux articles destinés à leur usage personnel ainsi qu'aux articles appartenant à leur communauté et destinés à l'usage communautaire ou collectif des membres de cette dernière. Elle ne leur permet pas d'importer en franchise d'autres marchandises aux fins d'échanges non commerciaux. À preuve la limitation suivante de l'exception, qui figure dans la dernière phrase du paragraphe:

Mais les marchandises en balles, ou autres gros paquets, qui ne sont pas communs parmi les Indiens, ne seront point considérés comme des marchandises appartenant bona fide aux Indiens.

[30] This limitation indicates that goods transported in large quantities or quantities larger than what usually corresponds to personal and community belongings and effects cannot be reasonably considered as “own proper goods or effects” exempt from taxation. They are considered to be goods for trade and, therefore, subject to customs duties.

[31] To sum up on the scope and content of the respondent’s Aboriginal right, I am of the view that the Aboriginal right of the respondent is the right, when crossing the international border at Cornwall Island, to bring with himself in Canada, for personal use or consumption, or for collective use or consumption by the members of the community of Akwesasne, goods bought in the State of New York without having to pay any duties or taxes to the Canadian government or authority. Consequently, paragraph 1 of the declaration issued by the Trial Judge should be amended accordingly.

Whether the Aboriginal Right has been Extinguished prior to 1982 by the *Customs Act*

[32] In his submissions on appeal, the Minister pressed the argument that the Aboriginal right had been extinguished by the *Customs Act* provisions which he says impose a blanket obligation on all persons to report at customs when entering Canada all goods sought to be imported.

[33] In my view it is not necessary to engage in a detailed assessment of the appellant’s argument. I agree with the Trial Judge’s conclusion that the appellant has not satisfied the onus of demonstrating that the *Customs Act* exhibits the “clear and plain intention” necessary to extinguish the Aboriginal right.

[34] In addition to the reasons provided by the Trial Judge, I find support for my view in that the *Customs Act* provides for exemptions from duty by regulation and from the fact that its application to the Mohawks of Akwesasne during the late nineteenth and twentieth century was sporadic and inconsistent.

[30] Cette limitation signifie que les marchandises transportées en grande quantité ou en quantité excédant ce qui correspond habituellement aux effets personnels ou communautaires ne sauraient raisonnablement être considérées comme des «propres effets et marchandises» exemptés de droits et taxes. Elles sont considérées comme marchandises destinées au commerce et, de ce fait, sont assujetties aux droits de douane.

[31] Pour récapituler la portée et le contenu du droit ancestral revendiqué par l’intimé, je suis d’avis que ce droit est celui de rapporter, au passage de la frontière internationale sur l’île de Cornwall et sans en payer les droits de douane ou taxes au gouvernement ou aux autorités canadiennes, des marchandises achetées dans l’État de New York pour son usage ou consommation personnelle, ou pour l’usage ou consommation des membres de la communauté d’Akwesasne. Il y a donc lieu de réformer en conséquence le premier paragraphe de la décision de première instance.

Le droit ancestral a-t-il été éteint par la *Loi sur les douanes* avant 1982?

[32] En appel, le ministre soutient que le droit ancestral en question avait été éteint par les dispositions de la *Loi sur les douanes*, lesquelles, dit-il, imposent à chacun l’obligation générale de déclarer à l’entrée au Canada toutes les marchandises qu’il se propose d’importer.

[33] Il n’est pas nécessaire d’approfondir cet argument. Je partage la conclusion du juge de première instance que l’appelant ne s’est pas acquitté de la charge de prouver que la *Loi sur les douanes* exprime la volonté «claire et expresse» nécessaire pour l’extinction de ce droit ancestral.

[34] Outre les motifs prononcés à ce sujet en première instance, il y a lieu de rappeler que la *Loi sur les douanes* prévoit l’exemption des droits par voie de réglementation, et que son application aux Mohawks d’Akwesasne au XIX^e et au XX^e siècle a été sporadique et changeante.

[35] The appellant has relied solely on the reporting requirements of the *Customs Act, 1985* and its predecessors to argue that the Aboriginal right has been extinguished. With the adoption of section 35 of the *Constitution Act, 1982*, it is clear that if the right was extinguished it would have had to be done so before 1982. Thus the current Act is not relevant to the question of extinguishment. Rather, the appellant is left with relying on the *Customs Act* (R.S.C. 1970, c. C-40) and its predecessors. The appellant relies on sections 9 and 18 of the 1970 Act which the appellant emphasizes have been consistently in force in Canada since 1906. The sections state:

9. All goods imported into Canada, whether by sea, land, coastwise, or by inland navigation, whether dutiable or not, shall be brought in at a port of entry where a custom-house is lawfully established.

...

18. Every person in charge of a vehicle arriving in Canada, other than a railway carriage, and every person arriving in Canada on foot or otherwise, shall

(a) come to the custom-house nearest to the point at which he arrived in Canada, or to the station of the officer nearest to such point if that station is nearer thereto than a custom-house;

(b) before unloading or in any manner disposing thereof, make a report in writing to the collector or proper officer at such custom-house or station of all goods in his charge or custody or in the vehicle and of the fittings, furnishings and appurtenances of the vehicle and any animals drawing it and their harness and tackle, and of the quantities and values of such goods, fittings, furnishings, appurtenances, harness and tackle; and

(c) then and there truly answer all such questions respecting the articles mentioned in paragraph (b) as the collector or proper officer requires of him and make due entry thereof as required by law.

[36] It is immediately seen that the sections relied on by the appellant do not address the question of duty and therefore cannot extinguish the Aboriginal right to bring in personal and community goods duty free. While the appellant did not raise the provisions which relate specifically to duty, an analysis indicates that even these provisions do not evince a clear and plain

[35] L'appellant cite uniquement l'obligation de déclarer les marchandises à l'entrée, que prévoient la *Loi sur les douanes* de 1985 et ses prédécesseurs, pour soutenir que le droit ancestral en cause avait été éteint. À la suite de l'adoption de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il est clair que si ce droit avait été éteint, il faut qu'il l'ait été avant 1982. Le texte actuellement en vigueur n'a donc pas application à l'égard de la question de l'extinction. L'appellant ne peut donc invoquer que la *Loi sur les douanes* de 1970 (S.R.C. 1970, ch. C-40) et ses prédécesseurs. Il s'appuie sur les articles 9 et 18 de la Loi de 1970, lesquels, dit-il, ont été continuellement en vigueur au Canada depuis 1906. Les voici:

9. Tous effets importés au Canada, soit par mer, soit par terre, par voie de cabotage ou de navigation intérieure, qu'ils soient imposables ou non, doivent être apportés dans un port ou lieu d'entrée où un bureau de douane est légalement établi.

[. . .]

18. Toute personne ayant la charge d'un véhicule, autre qu'une voiture de chemin de fer, arrivant au Canada, comme toute personne arrivant au Canada à pied ou autrement, doit

a) se rendre au bureau de douane le plus rapproché de l'endroit où elle est arrivée au Canada, ou au poste du préposé le plus rapproché de cet endroit si ce poste en est plus rapproché qu'un bureau de douane;

b) avant d'en effectuer le déchargement ou d'en disposer de quelque façon, faire connaître par écrit au receveur ou préposé compétent, à ce bureau de douane ou à ce poste, tous les effets dont elle a la charge ou garde ou dans le véhicule, et les garnitures, équipements et accessoires du véhicule, et tous animaux qui le traînent ainsi que leurs harnais et attelages, de même que les quantités et les valeurs des effets, équipements, accessoires, harnais et attelages en question; et

c) sur-le-champ répondre véridiquement à telles questions, relatives aux articles mentionnés dans l'alinéa b), que lui pose le receveur ou préposé compétent et faire à ce sujet une déclaration en bonne forme ainsi que l'exige la loi.

[36] On peut voir immédiatement que les dispositions invoquées par l'appellant ne portent pas sur la question des droits de douane et ne peuvent donc avoir pour effet d'éteindre le droit ancestral d'importer en franchise des articles d'usage personnel ou communautaire. L'appellant n'a pas invoqué les dispositions se rapportant expressément aux droits de douane, mais

intention to extinguish the right. Subsection 22(1) of the *Customs Act*, 1970 is the governing provision for the payment of duty. It states:

22. (1) Unless the goods are to be warehoused in the manner provided by this Act, the importer shall, at the time of entry,

(a) pay or cause to be so paid, all duties upon all goods entered inwards;

. . .

and the collector or other proper officer shall, immediately thereupon, grant his warrant for the unloading [*sic*] of such goods, and grant a permit for the conveyance of such goods further into Canada, if so required by the importer.

[37] Subsection 22(1) imposes the general rule that duty must be paid on all goods. However subsection 22(3) allows the government to exempt certain goods from duties through the enactment of regulations. It states:

22. . . .

(3) The Governor General in Council may make regulations prescribing

(a) the terms and conditions upon which goods may be entered into Canada free of any requirement that the importer shall, at the time of entry, pay or cause to be so paid all duties on the goods so entered inwards;

[38] The fact that the Governor in Council may regulate the application of duties in the *Customs Act* is inconsistent with the appellant's assertion that the Act is an absolute bar to duty-free entry and supports the Trial Judge's view that it is of a more regulatory nature, akin to the legislation found in *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723 and *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. I note that the ability to regulate the application of duties is not merely a passing feature of the legislation but an integral part of the Act and has been retained in the current Act.⁵

[39] With regard to the application of the *Customs Act*, the evidence reveals that there was no clear

à l'analyse on voit que même celles-ci n'expriment pas la volonté claire et expresse d'éteindre le droit en question. Le paragraphe 22(1) de la *Loi sur les douanes* de 1970, qui régit le paiement des droits de douane, prévoit ce qui suit:

22. (1) À moins que les effets ne soient destinés à l'entreposage de la manière prescrite par la présente loi, l'importateur doit, lors de la déclaration d'entrée,

a) payer ou faire payer tous les droits dus sur tous les effets déclarés à l'entrée;

[. . .]

et le receveur ou autre préposé compétent doit immédiatement, dès lors, accorder son autorisation pour le débarquement de ces effets et accorder un laissez-passer ou permis de les transporter plus loin au Canada, si l'importateur le demande.

[37] Le paragraphe 22(1) pose la règle générale du paiement des droits de douane sur toutes marchandises. Le paragraphe 22(3) habilite cependant le gouvernement à en exempter par règlement certaines marchandises:

22. [. . .]

(3) Le gouverneur en conseil peut établir des règlements prescrivant

a) les conditions auxquelles des effets peuvent être entrés au Canada sans que l'exportateur soit tenu, lors de l'entrée, de payer ou de faire ainsi payer tous les droits visant les effets ainsi déclarés à l'entrée; [. . .]

[38] Le fait que le gouverneur en conseil peut réglementer l'application des droits prévus par la *Loi sur les douanes* ne s'accorde pas avec l'assertion par l'appelant que celle-ci exclut absolument toute importation en franchise. Il conforte la conclusion tirée en première instance que cette Loi est plutôt de nature réglementaire, tout comme la législation applicable dans les causes *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, et *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. Je note que la possibilité de réglementer l'application des droits de douane n'est pas seulement une disposition incidente mais fait partie intégrante de la Loi; elle figure toujours dans le texte actuellement en vigueur⁵.

[39] En ce qui concerne l'application de la *Loi sur les douanes*, les preuves produites ne révèlent pas chez

intention on the part of people charged with enforcing the Act to extinguish the right. Indeed for extensive periods of time in the period from 1900 to the 1950's, Aboriginals were not assessed duty on their personal goods. In allowing this practice, local customs officials were not acting alone, but were following the instructions of high ranking officials. The evidence demonstrates that different levels of officials condoned and encouraged such treatment of the Aboriginals with respect to the paying of duties. As late as 1951, the Deputy Minister of Justice believed that Aboriginals had the right to bring in personal goods duty free. This is evident from a letter written by the Deputy Minister of Citizenship to the Deputy Minister of Customs & Excise in which the Deputy Minister of Justice is quoted as saying:

With reference to the importation of goods into Canada from the United States free of duty, I am of the opinion that it will depend on the particular facts of each case as it arises. In view of Article III, . . . Indians passing or repassing with their own proper goods and effects of whatever nature . . . need pay no duty." Consequently, it will depend in each instance whether the article in question is the Indian's own proper goods and effects. When the goods are in bales . . . or other large packages, unusual among Indians . . . they would be liable for duty.

[40] Finally, I note that an analogy can be drawn between the preferential treatment given to Aboriginals at the border and the government behaviour cited in *Gladstone, supra*, at page 754, where the fact that the government had given preference to Aboriginal commercial fishing by providing greatly reduced licensing fees and encouraging Aboriginal participation in the fisheries was support for the finding that the Crown had not intended to extinguish the Aboriginal right to fish.

[41] I would not want to conclude my analysis of the Trial Judge's decision without underlining the substantial effort required from him in reviewing the voluminous, and often conflicting, evidence adduced before him. Our intervention should not obscure the fact that his decision contains numerous factual and

les autorités responsables de l'appliquer une intention claire d'éteindre le droit en question. De fait, pendant de longs intervalles durant la période allant de 1900 aux années 1950, les Autochtones n'étaient pas tenus au paiement de droits de douane sur leurs effets personnels. En accordant cette franchise, les agents de douane n'agissaient pas de leur propre chef, mais suivaient les instructions des hautes autorités. Il ressort de ces preuves que différents niveaux d'autorité toléraient et encourageaient ce traitement à l'égard des Autochtones en matière de droits de douane. En 1951 encore, le sous-ministre de la Justice pensait que les Autochtones avaient le droit de rapporter des effets personnels en franchise des droits de douane. C'est ce qui ressort d'une lettre du sous-ministre de la Citoyenneté au sous-ministre du Revenu national, Douanes et Accise, et dans laquelle se trouve cet avis du sous-ministre de la Justice:

[TRADUCTION] En ce qui concerne l'importation en franchise au Canada de marchandises en provenance des États-Unis, j'estime qu'elle dépendra des circonstances de chaque cas d'espèce. Aux termes de l'article III, «les Indiens passant ou repassant avec leurs propres effets et marchandises, de quelque nature qu'ils soient, ne seront sujets pour iceux à aucun droit ou impôt quelconque». En conséquence, la réponse dépendra dans chaque cas du point de savoir si l'article en question fait partie des propres effets et marchandises de l'Indien. Mais les marchandises en balles, ou autres gros paquets, qui ne sont pas communs parmi les Indiens, seront assujettis aux droits de douane.

[40] Enfin, on peut rapprocher le traitement préférentiel réservé aux Indiens à la frontière de l'attitude manifestée par les autorités gouvernementales dans la cause *Gladstone, supra*, en page 754, où le fait que le gouvernement avait accordé un traitement préférentiel aux pêcheurs commerciaux autochtones par une réduction considérable des droits de licence et par l'encouragement donné aux Autochtones de participer à la pêche permettait de conclure que la Couronne n'avait pas entendu éteindre le droit de pêche des Autochtones.

[41] En concluant mon analyse de la décision du juge de première instance, je dois souligner l'effort considérable qu'il a dû consentir pour examiner la grande quantité de preuves et de témoignages, souvent contradictoires, qui a été produite. Notre intervention ne doit pas faire oublier que sa décision renferme un

legal findings that we endorse.

[42] For these reasons, the cross-appeal will be dismissed with costs. The appeal will be allowed, but success being divided, there will be no costs. There will also be no cost for or against the intervenor. The first paragraph of the declaration issued by the Trial Judge will be replaced by the following:

1. the plaintiff as a Mohawk of Akwesasne resident in Canada has an existing aboriginal right which is constitutionally protected by sections 35 and 52 of the *Constitution Act, 1982*, when crossing the international border at Cornwall Island, to bring with himself in Canada, for personal use or consumption, or for collective use or consumption by the members of the community of Akwesasne, goods bought in the State of New York without having to pay any duty or taxes to the Canadian government or authority.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[43] SEXTON J.A.: I have read the reasons of my learned colleague and I agree with his disposition of the cross-appeal. Regarding the appeal, while I adopt his reasons in the other issues in this case, I find it necessary to add these remarks as I have concluded that the Trial Judge did not err in finding that the respondent's Aboriginal right includes the right to bring in goods that are intended for non-commercial scale trade (right to duty-free trade) with other First Nation communities. As is made clear below, I find that the right is limited geographically to goods intended for trade with other First Nation communities in Quebec or Ontario.

[44] In this regard I differ in two aspects from my learned colleague. First, I do not find that the Trial Judge committed an error in his findings of fact that mandates the intervention of this Court. Second, I do not believe that the interpretation of the Jay Treaty is

grand nombre de conclusions sur les faits et sur les points de droit auxquelles nous souscrivons.

[42] Par ces motifs, l'appel incident sera rejeté avec dépens. L'appel principal sera accueilli en partie mais, l'appelant et l'intimé ayant eu partiellement gain de cause, aucuns dépens ne seront adjugés. Il n'y aura aucune adjudication de dépens pour ou contre l'intervenant. Le premier paragraphe de la déclaration émise par le juge de première instance sera remplacé par ce qui suit:

1. Le demandeur, en sa qualité de Mohawk d'Akwesasne résidant au Canada, jouit d'un droit ancestral existant que protègent les articles 35 et 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, savoir celui de rapporter au Canada, lorsqu'il traverse la frontière internationale sur l'île de Cornwall, des marchandises achetées dans l'État de New York pour son usage ou sa consommation personnelle, ou pour l'usage ou la consommation collective des membres de la communauté d'Akwesasne, sans en payer les droits ou taxes au gouvernement ou aux autorités canadiennes.

* * *

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

[43] LE JUGE SEXTON, J.C.A.: J'ai lu les motifs rédigés en l'espèce par mon estimé collègue et souscrit à la suite qu'il réserve à l'appel incident. Pour ce qui est de l'appel principal, je souscris aux motifs qu'il prononce au sujet des autres points litigieux, mais j'estime nécessaire d'y ajouter les observations qui suivent, après avoir conclu que le juge de première instance n'a pas commis une erreur en jugeant que le droit ancestral de l'intimé s'entend également du droit de rapporter des marchandises destinées à des échanges non commerciaux (droit aux échanges hors douane) avec d'autres Premières nations. Pour les motifs qui suivent, je conclus que ce droit est géographiquement limité aux marchandises destinées aux échanges avec d'autres Premières nations au Québec et en Ontario.

[44] À cet égard, il est deux points sur lesquels je ne partage pas les conclusions de mon estimé collègue. Je ne pense pas, en premier lieu, que le juge de première instance ait, dans ses conclusions sur les faits, commis une erreur telle qu'elle appelle l'intervention de la

relevant to determining the scope of the respondent's Aboriginal right.

[45] It is clear that an appellate court should not intervene in the findings of fact of the Trial Judge unless faced with a "palpable and overriding error". In this case, I cannot agree that the evidence does not support the finding that the Mohawks of Akwesasne engaged in trade across what is now the Canada-United States border in pre-contact times. Furthermore, I believe it is important to emphasize that the finding that the Aboriginal right includes the right to duty-free trade is not dependent on his conclusion that Article III of the Jay Treaty grants the identical right. Consequently, in my view, the Trial Judge did not commit a palpable or overriding error in making his finding that would warrant the intervention of this Court.

[46] The Trial Judge's conclusion on the issue of duty-free trade is found at page 44 of his reasons, where he states:

I am satisfied that the Mohawks travelled across the boundary from their homeland in the United States into Canadian territory for trade related purposes prior to the arrival of the Europeans. The Mohawks crossed the boundary with their goods for personal and community use without having to pay duty or taxes on those goods. Whatever goods they obtained either by raiding or by hunting and fishing could be freely brought back across the border. There is little direct evidence that the Mohawks, prior to the arrival of the Europeans, brought goods from their homeland and traded with other First Nations on the Canadian side of the boundary, however, I am satisfied that Mohawk society is distinctive, that trade was an integral part of Mohawk tradition and that the Mohawks travelled freely across the border to expand trading territory and to obtain goods for the purposes of trade . . . I find that the plaintiff and the Mohawks of Akwesasne have established an aboriginal right to pass and repass freely what is now the Canada-United States boundary with goods for personal and community use and for trade with other First Nations.

Cour et, en second lieu, que l'interprétation du Traité Jay ait quelque rapport que ce soit avec la détermination de la portée du droit ancestral de l'intimé.

[45] Il est clair que la juridiction d'appel ne doit toucher aux conclusions sur les faits du juge de première instance que s'il y a eu «erreur manifeste et dominante». En l'espèce, je ne peux convenir que les preuves produites ne permettent pas de conclure qu'avant le contact avec les Européens, les Mohawks d'Akwesasne se livraient au commerce à travers ce qui est maintenant la frontière séparant le Canada et les États-Unis. En outre, il faut souligner que la conclusion tirée par le juge de première instance que le droit ancestral en cause englobe le droit aux échanges hors douane n'est pas subordonnée à sa conclusion que l'article III du Traité Jay confère exactement le même droit. À mon avis donc, le juge de première instance n'a pas commis par cette conclusion une erreur manifeste et dominante qui justifie l'intervention de la Cour.

[46] La conclusion du juge de première instance sur la question des échanges hors douane se trouve en page 44 de ses motifs, comme suit:

En ce qui concerne l'utilisation du territoire d'Akwesasne et des environs aux fins de leur commerce, je considère que les Mohawks franchissaient la frontière pour se rendre de leur territoire national aux États-Unis en territoire canadien afin de s'y livrer au commerce, et cela avant l'arrivée des Européens. Les Mohawks franchissaient la frontière avec des marchandises destinées à un usage personnel et communautaire sans avoir à payer de droits de douane ou de taxes sur ces marchandises. Les articles qu'ils se procuraient, soit lors de leurs expéditions guerrières, soit par la chasse ou la pêche, pouvaient librement être ramenés de l'autre côté. On ne possède guère de preuves directes que, avant l'arrivée des Européens, les Mohawks amenaient, de leur territoire national, des marchandises afin de les échanger avec d'autres Premières nations habitant du côté canadien, mais j'estime que les Mohawks constituent une société distincte, que le commerce faisait partie intégrante de leur tradition et qu'ils franchissaient librement la frontière afin d'élargir leur territoire commercial et afin de se procurer des marchandises qu'ils pourraient échanger [. . .] J'estime que le demandeur et les Mohawks d'Akwesasne ont établi l'existence d'un droit ancestral en vertu duquel ils peuvent passer et repasser librement l'actuelle frontière entre le Canada et les États-Unis avec des marchandises destinées à un usage personnel et communautaire ainsi qu'à des échanges avec d'autres Premières nations.

[47] This passage illustrates that the Trial Judge properly considered the totality of the evidence of pre-contact trade before coming to his conclusion. Despite his finding that there was little direct evidence, he found, after applying the evidentiary principles established by the Supreme Court for Aboriginal cases, that the evidence supported the right to duty-free trade. In *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507 and *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, the Supreme Court recognized that it would be exceedingly difficult to produce conclusive evidence from pre-contact times of traditional practices of the community. Thus, the Trial Judge was entitled to rely on post-contact evidence that was directed at demonstrating that the Mohawks engaged in the pre-contact practice of trade across what is now the Canada-United States border.

[48] In my view, the evidence relied on by the Trial Judge is sufficient to ground his finding of pre-contact trade. It should be emphasized that at trial, the issue contested between the expert witnesses was the geographical extent of the trading (whether trading was North-South) rather than the existence of trading itself. The fact that trading was an important part of the Iroquois Nation is well documented. I note in particular, the Trial Judge's reliance on the early entry in the diary of Dutch explorer Dr. van den Bogaert in 1634 published in Harmen Meyndertsz van den Bogaert, *A Journey into Mohawk and Oneida Country 1634-1635*, (Syracuse, New York: Syracuse University Press, 1988) which describes the trading of dried fish and tobacco by a number of Iroquois women. The significance of this type of early evidence has already been recognized by the Supreme Court of Canada (see *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, at page 747). Justice McKeown also noted that the 1645 Treaty which opened trade between the French, Iroquois and other First Nations was further evidence of the importance of trade to the Iroquois.

[47] Ce passage montre qu'avant de parvenir à la conclusion susmentionnée, il a dûment examiné toutes les preuves produites au sujet des échanges qui se faisaient avant l'arrivée des Européens. Tout en notant qu'il n'y avait guère de preuves directes à ce sujet, il a conclu, par application des règles de preuve définies par la Cour suprême pour les affaires touchant les Autochtones, que les preuves produites établissaient l'existence du droit aux échanges hors douane. Dans *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, et *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, la Cour suprême reconnaît qu'il serait excessivement difficile de produire des preuves concluantes remontant à l'époque antérieure à l'arrivée des Européens, sur les pratiques traditionnelles des communautés autochtones. Le juge de première instance était donc justifié de se fonder sur les preuves postérieures à ce contact, tendant à démontrer qu'avant l'arrivée des Européens, les Mohawks faisaient des échanges à travers ce qui est maintenant la frontière entre le Canada et les États-Unis.

[48] J'estime que les preuves sur lesquelles s'est fondé le juge de première instance sont suffisantes pour appuyer sa conclusion à l'existence d'échanges avant l'arrivée des Européens. Il y a lieu de souligner qu'en première instance, le débat entre les experts portait sur l'étendue géographique des échanges (savoir s'il se faisait dans l'axe nord-sud) et non sur l'existence même de ce commerce. Que les échanges aient été une activité importante de la nation des Iroquois est un fait bien établi. Je note en particulier que le juge de première instance a cité les premières observations en la matière, consignées en 1634 dans le journal de l'explorateur hollandais D' van den Bogaert (Harmen Meyndertsz van den Bogaert, *A Journey into Mohawk and Oneida Country 1634-1635* (Syracuse, New York: Syracuse University Press, 1988)), qui décrivent le troc de poisson séché et de tabac, auquel se livraient un certain nombre d'Iroquoises. L'importance des preuves anciennes de ce genre a été reconnue par la Cour suprême du Canada (voir *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, en page 747). Le juge McKeown a également noté que le Traité de 1645 qui ouvrait les échanges entre les Français, les Iroquois et d'autres Premières nations est une autre preuve de l'importance que représentaient les échanges pour les Iroquois.

[49] In my view, the Trial Judge made a full appraisal of the submissions of both parties on the existence of North-South trade before reaching his conclusion. The respondent's experts testified that the geographic position of the Mohawks enabled them to gain easy access to the St. Lawrence valley and the lower Great Lakes region for purposes of trade and diplomacy. This view was supported by the evidence of experts from both sides who testified that the Iroquois frequently travelled north into what is now Canada to engage in commercially motivated warfare. In the respondent's expert's view this was to further their control over trade. The Trial Judge accepted this position and specifically rejected the view of the appellant's expert, Dr. von Gernet, on the basis that he concentrated "too much on the raiding activities" of the Mohawks and because it was inconsistent with archaeological evidence from Daniel Richter's article entitled "Ordeal of the Longhouse: The Five Nations in Early American History" in *Beyond the Covenant Chain: the Iroquois and their Neighbors in Indian North America 1600-1800*, D. K. Richter and J. H. Merrel eds. (Syracuse N.Y.: Syracuse University Press, 1987).

[50] This article, which was submitted by the appellant's expert witness, demonstrated that the Iroquois living in what is now the State of New York traded in copper which originated from the north shore of Lake Superior. Justice McKeown recognized that this was clear archaeological evidence of North-South trade across what is now the Canada-United States border. He concluded that the Richter article confirmed that trade was of vital importance to the Iroquois and that it was evidence of long distance trade.

[51] In my view, the evidence of pre-contact trade supported the finding of the Trial Judge that the respondent's Aboriginal right included the right to duty-free trade with other First Nation Communities on a non-commercial scale. I turn now to the second issue: the significance of the Trial Judge's interpretation of the Jay Treaty.

[49] Je vois qu'il a pleinement pris en considération les observations de l'une et l'autre parties sur l'existence d'échanges nord-sud avant de tirer ses propres conclusions. Selon les experts cités par l'intimé, la position géographique des Mohawks facilitait leurs entreprises commerciales et diplomatiques dans la vallée du Saint-Laurent et le sud de la région des Grands Lacs. Cette opinion est renforcée par le fait que, selon les experts cités par l'une et l'autre parties, les Iroquois allaient souvent vers le nord, en territoire canadien actuel, pour y faire la guerre pour des raisons commerciales. Selon l'expert cité par l'intimé, cette activité avait pour but d'étendre leur contrôle sur les échanges. Le juge de première instance a accepté cette opinion et expressément rejeté l'opinion de l'expert cité par l'appelant, M. von Gernet, pour le motif que celui-ci «accorde trop d'importance aux excursions guerrières» des Mohawks et que son avis était incompatible avec la preuve archéologique tirée de l'article de Daniel Richter, «Ordeal of the Longhouse: The Five Nations in Early American History» dans *Beyond the Covenant Chain: the Iroquois and their Neighbors in Indian North America 1600-1800*, D. K. Richter et J. H. Merrel, édés. (Syracuse, N.Y.: Syracuse University Press, 1987).

[50] Cet article, qu'a produit l'expert cité par l'appelant, démontre que les Iroquois vivant sur le territoire qui est maintenant l'État de New York faisaient le troc du cuivre provenant de la rive nord du lac Supérieur. Le juge McKeown y voit la preuve archéologique concluante du commerce nord-sud à travers ce qui est maintenant la frontière entre le Canada et les États-Unis. Il conclut que l'article de Richter confirme l'importance vitale des échanges pour les Iroquois en même temps qu'il constitue la preuve d'échanges avec des peuples lointains.

[51] À mon avis, la preuve d'échanges avant l'arrivée des Européens fonde la conclusion du juge de première instance que le droit ancestral de l'intimé englobait le droit de faire des échanges hors douane à un niveau non commercial avec d'autres Premières nations. J'en viens maintenant au second point litigieux, savoir la signification de l'interprétation faite par le juge de première instance du Traité Jay.

[52] With respect, I cannot agree that the Trial Judge improperly relied on his interpretation of the Jay Treaty to support his finding that the Aboriginal right included the right to duty-free trade. As seen above, the Jay Treaty is not addressed in his initial analysis of the Aboriginal right. After finding that the respondent's Aboriginal right included the right to duty-free trade, the Trial Judge turned his mind to the issue of treaty rights. It is not until after this discussion, at page 71, that he concluded that the wording of the Jay Treaty reinforced his characterization of the Aboriginal right. It should be noted that these comments were made *in obiter* while addressing the relationship between Aboriginal rights and treaty rights. As has been illustrated above, at this point in his judgment the Trial Judge has already recognized the existence of the Aboriginal right to duty-free trade.

[53] In my view, the Jay Treaty could not possibly be employed to limit the scope of the Aboriginal right. As the Trial Judge rightly points out at page 71, the Jay Treaty "cannot serve as a limitation on a constitutionally protected Aboriginal right". Once it has been determined that the test for the existence of an aboriginal right established in *Van der Peet, supra*, has been satisfied, this right is protected by the Constitution unless the right has been extinguished. In these proceedings, the appellant has not argued that the Jay Treaty or its implementing legislation extinguished the Aboriginal right. In any event, it is clear that this argument would have failed: the fact that Aboriginals may have been granted a more limited form of the Aboriginal right in an international treaty cannot serve to restrict the right which is protected by section 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[54] In sum, I have concluded that the Trial Judge did not err in finding that the respondent's Aboriginal right includes the right to trade on a non-commercial scale with other First Nations. It is my opinion that the Trial Judge made no error in relying on the Jay Treaty as support for the Aboriginal right to duty-free trade. However, even if the Jay Treaty did not include the right to trade duty-free, this error is immaterial to the content of the Aboriginal right that he has found is supported by the breadth of evidence in this case. The sole remaining issue to be considered is the

[52] Je ne peux convenir qu'il se soit fondé à tort sur son interprétation du Traité Jay pour conclure que le droit ancestral en cause englobait celui de faire des échanges hors douane. Comme déjà noté, il n'a pas pris ce Traité en compte dans son analyse initiale du droit ancestral. Ce n'est qu'après avoir conclu que le droit ancestral comprenait celui de faire des échanges hors douane qu'il s'est penché sur la question des droits issus des traités. Ce n'est qu'après cette analyse en page 71, qu'il conclut que les termes du Traité Jay renforcent son interprétation du droit ancestral. Il y a lieu de noter que cette conclusion était une observation incidente dans le cours de l'analyse des rapports entre droits ancestraux et droits issus des traités. Comme noté *supra*, à ce stade de son jugement, le juge de première instance avait déjà reconnu l'existence du droit ancestral de faire des échanges hors douane.

[53] À mon avis, le Traité Jay ne pourrait jamais être invoqué pour limiter la portée des droits ancestraux. Ainsi que le juge de première instance l'a fait observer à juste titre en page 71, le Traité Jay «ne saurait venir restreindre un droit ancestral constitutionnellement protégé». Une fois jugé que la condition de l'existence d'un droit ancestral, telle que la définit l'arrêt *Van der Peet*, précité, est remplie, ce droit est protégé par la Constitution sauf extinction antérieure. En l'espèce, l'appelant ne soutient pas que le Traité Jay ou la loi portant sa mise en vigueur a éteint le droit ancestral en cause. De toute façon, il est clair que cet argument aurait été rejeté: le fait que des Autochtones ont pu se voir reconnaître une forme plus limitée du droit ancestral dans un traité international ne peut servir à limiter le droit qui est protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[54] Pour récapituler, le juge de première instance n'a pas commis une erreur en concluant que le droit ancestral de l'intimé comprend celui de faire des échanges non commerciaux avec d'autres Premières nations. Il n'a commis aucune erreur en se fondant sur le Traité Jay pour conclure à l'existence du droit ancestral de faire des échanges hors douane. À supposer cependant que le Traité Jay ne prévoit pas ce droit, pareille erreur n'aurait rien à voir avec le contenu du droit ancestral dont il a trouvé le fondement dans le grand nombre de preuves administrées à

geographical scope of this right.

[55] The Trial Judge did not impose any geographical restrictions on the Aboriginal right. It is clear that his declaration must be clarified in order to address the potentially broad ramifications of his order which are discussed by my colleague at paragraph 19 of his reasons. In my view, the modern form of the Aboriginal right is the right to purchase goods anywhere in the State of New York and to bring these goods duty-free across what is now the New York-Quebec or New York-Ontario border. As my colleague has pointed out, counsel admitted at the hearing of this case that trading was historically limited to members of the First Nations in Quebec, Ontario and the State of New York. Consequently, the right is further restricted to goods that are intended for personal or community use or for non-commercial trade with other First Nation communities living in Ontario or Quebec.

[56] Finally, I agree with my colleague on his disposition of the costs in the case. In the result, the appeal should be allowed in part and paragraph 1 of the judgment below should be varied to read:

1. the plaintiff as a Mohawk of Akwesasne resident in Canada has an existing aboriginal right which is constitutionally protected by sections 35 and 52 of the *Constitution Act, 1982*, when crossing the international border from New York to Ontario or Quebec, to bring with him to Canada, for personal use or consumption, or for collective use or consumption by the members of the community of Akwesasne, or for non-commercial scale trade with First Nation communities in Ontario or Quebec, goods bought in the State of New York without having to pay any duty or taxes to the government of Canada.

ISAAC C.J.: I agree.

¹ Lord Dorchester's (The Governor-in-Chief of Quebec) speech on August 15, 1791 to the Chiefs and Warriors, Deputed by the Confederated Indian Nations of the Ottawas, Chippewas, Potawatamies, Hurons, Shawanese, Delawares, Turturs and the Six Nations, the Meeting at Fort Erie on

cet effet. La seule question qu'il reste à examiner est l'étendue géographique de ce droit.

[55] Le juge de première instance n'a assigné aucune limite géographique au droit ancestral en question. Il est clair que le jugement de première instance doit être clarifié pour qu'on puisse en saisir les ramifications potentiellement étendues, qu'analyse mon collègue au paragraphe 19 de ses motifs de jugement. À mon avis, la manifestation contemporaine du droit ancestral en cause est le droit d'acheter des marchandises en n'importe quel lieu de l'État de New York et de les rapporter en franchise à travers ce qui est maintenant la frontière entre cet État et le Québec ou l'Ontario. Comme l'a fait observer mon collègue, l'avocat de l'intimé reconnaît que ces échanges étaient limités aux membres des Premières nations du Québec, de l'Ontario et de l'État de New York. En conséquence, ce droit est, au surplus, limité aux marchandises destinées à l'usage personnel ou communautaire, ou encore aux échanges non commerciaux avec d'autres Premières nations en Ontario ou au Québec.

[56] Enfin, je suis d'accord avec la décision de mon collègue sur la question des dépens. Par ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel en partie et de modifier le premier paragraphe du jugement de première instance, qui se lira:

1. Le demandeur, en sa qualité de Mohawk d'Akwesasne résidant au Canada, jouit d'un droit ancestral existant que protègent les articles 35 et 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, savoir celui de rapporter en franchise des droits de douane et taxes du Canada, lorsqu'il traverse la frontière internationale pour aller de l'État de New York en Ontario ou au Québec, des marchandises achetées dans cet État pour son usage ou sa consommation personnelle, ou pour l'usage ou la consommation collective des membres de la communauté d'Akwesasne, ou encore à des fins d'échanges non commerciaux avec d'autres Premières nations en Ontario ou au Québec.

LE JUGE EN CHEF ISAAC: Je souscris aux motifs cidessus.

¹ L'allocation faite le 15 août 1791 par lord Dorchester (gouverneur du Bas-Canada) aux chefs et guerriers, délégués par les nations indiennes confédérées des Outaouais, des Chippewas, des Potawatamies, des Hurons, des Shawanese, des Delawares, des Turturs et des Six Nations; la rencontre

August 28, 1795 at which the British were represented by Lieutenant Governor John Graves Simcoe of Upper Canada and the Six Nations by Joseph Brant, the Meeting of August 1796 at Chenail Écarté, near Lake St Claire, between the Deputy Superintendent General of Indian Affairs and Chiefs of the Chippewas and the Ottawas, the Meeting of April 24, 1815 at Burlington Heights between the Deputy Superintendent General of Indian Affairs and various Chiefs and Warriors including a Huron Chief and an Onondaga War Chief from the Grand River territory, and finally the Meeting of August/September 1815 at Niagara where the Deputy Superintendent General reiterated to members of the First Nations what he had said at the Burlington Height Meeting earlier in April.

² See for example *Watt v. Liebelt and Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 82 F.T.R. 57 (F.C.T.D.) on appeal before this Court where an American citizen, member of the Arrow Lake tribe, is claiming, as included in his Aboriginal mobility right, the right to remain in Canada. See also by analogy the discussion as to the scope and nature of mobility rights under the Charter in G.-A. Beaudoin and E. Mendes in *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3rd ed., Toronto: Carswell, 1996, at pp. 389-413; H. Brun and G. Tremblay, *Droit constitutionnel*, 3rd ed., Les Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1997, at pp. 174-185.

³ *Nishimura Ekiu v. United States*, 142 U.S. 651 (1892), at p. 659. See also *Attorney-General for Canada v. Cain*, [1906] A.C. 542 (P.C.), at p. 546 per Lord Atkinson; *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312.

⁴ Treaty of Amity, Commerce and Navigation, 12 Bevans 13 (1794) [Jay Treaty (1794)].

⁵ See s. 32(6) [as am. by S.C. 1992, c. 28, s. 5] of the *Customs Act* 1985.

du 28 août 1795 à Fort Erie, où la Couronne britannique était représentée par le lieutenant-gouverneur John Graves Simcoe du Haut-Canada, et les Six Nations, par Joseph Brant; la rencontre en août 1796 à Chenail Écarté, près du lac St. Claire, entre le surintendant général adjoint des Affaires indiennes et les chefs des Chippewas et des Outaouais; la rencontre du 24 avril 1815 à Burlington Heights entre le surintendant général adjoint des Affaires indiennes et divers chefs et guerriers, y compris un chef huron et un chef de guerre onondaga du territoire de la rivière Grand; et enfin la rencontre d'août-septembre 1815 à Niagara, où le surintendant général adjoint réitéra aux Premières nations ce qu'il avait dit à la rencontre de Burlington Heights en avril de la même année.

² Voir par exemple *Watt c. Liebelt et Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1994), 82 F.T.R. 57 (C.F. 1^{re} inst.), en appel devant la Cour, affaire dans laquelle un citoyen américain, membre de la tribu d'Arrow Lake, revendique, au titre de son droit ancestral de libre circulation, celui de demeurer au Canada. Voir aussi, par analogie, l'analyse de la portée et de la nature des droits de libre circulation garantis par la Charte dans l'ouvrage de G.-A. Beaudoin et E. Mendes, *Charte canadienne des droits et libertés*, 3^e éd., Wilson & Lafleur Ltée, Montréal, 1996, aux p. 389-413; H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel*, 3^e éd., Les Éditions Yvon Blais, Cowansville, 1997, aux p. 174-185.

³ *Nishimura Ekiu v. United States*, 142 U.S. 651 (1892), à la p. 659. Voir aussi *Attorney-General for Canada v. Cain*, [1906] A.C. 542 (P.C.), en p. 546, motifs prononcés par lord Atkinson; *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312.

⁴ Traité d'amitié, de commerce et de navigation, 12 Bevans 13 (1794) [Traité Jay (1794)].

⁵ Voir l'art. 32(6) [mod. par L.C. 1992, ch. 28, art. 5] de la *Loi sur les douanes* de 1985.

A-269-95

A-269-95

Shirley (Starrs) McKenna (*Appellant*)**Shirley (Starrs) McKenna** (*appelante*)

v.

c.

Attorney General of Canada and Canadian Human Rights Commission (*Respondents*)**Le procureur général du Canada et la Commission canadienne des droits de la personne** (*intimés*)

and

et

Adoption Council of Canada (*Intervener*)**L'Adoption Council of Canada** (*intervenant*)**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. MCKENNA (C.A.)****RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. MCKENNA (C.A.)**

Court of Appeal, Strayer, Linden and Robertson JJ.A.—Toronto, May 19, 20; Ottawa, October 19, 1998.

Cour d'appel, juges Strayer, Linden et Robertson, J.C.A.—Toronto, 19 et 20 mai; Ottawa, 19 octobre 1998.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Citizenship of foreign-born children adopted abroad by Canadian citizens resident in foreign country — Added requirements for citizenship pursuant to Citizenship Act, ss. 3(1)(e), 5(2)(a) discrimination prohibited by Canadian Human Rights Act (CHRA), ss. 3, 5 — Prima facie discrimination — Appellant qualifying as victim under CHRA — Tribunal erred in ruling on whether permanent residency requirements justified by CHRA, s. 15(g) — Breach of natural justice as Minister not on notice Citizenship Act, s. 5(2)(a) at issue until end of argument in reply — In dissenting opinion, Linden J.A. considering issue whether necessary to discriminate against foreign-born adopted children to achieve policy objective of legislation: prevent abuse of immigration system by phony adoptions.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Citoyenneté d'enfants nés à l'étranger adoptés à l'étranger par des citoyens canadiens résidant à l'étranger — Les exigences additionnelles relatives à l'attribution de la citoyenneté prévues aux art. 3(1)e) et 5(2)a) de la Loi sur la citoyenneté constituent une distinction illicite prohibée par les art. 3 et 5 de la Loi canadienne sur les droits de la personne (LCDP) — Il y a à première vue discrimination — L'appelante était une victime en vertu de la LCDP — Le Tribunal a commis une erreur en statuant sur la question de savoir si les exigences relatives à la résidence permanente étaient justifiées par l'art. 15g) de la LCDP — Il y a eu violation des règles de justice naturelle étant donné que le ministre n'a appris que l'art. 5(2)a) de la Loi sur la citoyenneté était en litige qu'à la fin des plaidoyers présentés en réponse — Dans son opinion dissidente, le juge Linden, J.C.A., a examiné la question de savoir s'il était nécessaire de faire une distinction à l'égard des enfants adoptés nés à l'étranger en vue d'atteindre l'objectif visé par la législation, soit empêcher que l'on contourne le système de l'immigration au moyen d'adoptions frauduleuses.

Human rights — Citizenship — Adoption — Requirements for citizenship imposed on foreign-born children adopted abroad by Canadian citizens resident in foreign country pursuant to Citizenship Act, ss. 3(1)(e), 5(2)(a) discrimination prohibited by CHRA, ss. 3, 5 — Prima facie discrimination — Adoptive mother qualifying as victim under CHRA — Breach of natural justice as issues not adequately identified or defined — Tribunal's conclusion granting of citizenship service customarily available to general public within CHRA disagreed with — Such conclusion not supported by F.C.A. decision in Druken.

Droits de la personne — Citoyenneté — Adoption — Les exigences relatives à l'attribution de la citoyenneté imposées aux enfants nés à l'étranger et adoptés à l'étranger par des citoyens canadiens résidant à l'étranger en vertu des art. 3(1)e) et 5(2)a) de la Loi sur la citoyenneté constituent une distinction illicite prohibée par les art. 3 et 5 de la LCDP — Il y a à première vue discrimination — La mère adoptive était une victime en vertu de la LCDP — Il y a eu violation de la justice naturelle étant donné que les questions en litige n'avaient pas été définies de façon adéquate — La conclusion du Tribunal selon laquelle l'attribution de la citoyenneté constitue un service destiné au public au sens

The appellant had three sons who were born in Canada and who received Canadian citizenship as of right when she and her husband, Canadian citizens and permanent residents of Ireland, adopted two daughters in accordance with the laws of that country. Both children were born in Ireland in 1974 and 1975 and were citizens thereof. Whereas children born abroad to Canadian citizens obtain "automatic" citizenship, the appellant's adopted daughters must gain admission to Canada as permanent residents, as mandated by paragraph 5(2)(a) of the *Citizenship Act*, which incorporates by reference the requirements imposed by the *Immigration Act* pertaining to permanent resident status. Because of the differential treatment accorded birth and adopted children born abroad, and the refusal of the Canadian government to issue passports to her two adopted children, the appellant lodged a complaint with the Canadian Human Rights Commission, alleging discrimination on the basis of family status contrary to sections 3 and 5 of the *Canadian Human Rights Act* (CHRA).

The Human Rights Tribunal took jurisdiction on the ground that the granting of citizenship constitutes a "service" customarily available to the "general public" within the meaning of section 5 of the CHRA. The Tribunal also concluded that the appellant qualified as a "victim" under paragraph 40(5)(c) of the CHRA, enabling relief to be extended to her two adopted children, who lacked standing to lodge a complaint with the Commission. In addition, the Tribunal held that the differential treatment accorded adopted and birth children born abroad constituted *prima facie* discrimination. Holding that the requirements were not reasonably justified, the Tribunal ordered that the appellant's two children be granted citizenship, and that the Minister cease the discriminatory practice of requiring compliance with paragraph 5(2)(a) of the *Citizenship Act*.

Upon judicial review, the Motions Judge allowed that application and set aside the Tribunal's decision on the ground that the appellant had failed to establish a *prima facie* case of discrimination. With respect to the justification issue, the Motions Judge held that there was a breach of natural justice because, the issues raised in the complaint not having been adequately defined, the Attorney General had no notice that she was required to justify all of the requirements pertaining to the immigration process for obtaining status as a permanent resident as contemplated in the *Citizenship Act*. The Motions Judge also concluded that the Tribunal lacked jurisdiction to make an order in favour of the appellant's two adopted children because they lacked the requisite standing as "victims" as defined in the CHRA and, therefore, were not entitled to a remedy.

de la LCDP est rejetée — Cette conclusion n'est pas étayée par la décision rendue par la C.A.F. dans l'arrêt Druken.

L'appelante avait trois fils qui étaient nés au Canada et qui avaient obtenu la citoyenneté canadienne de plein droit lorsque son mari et elle, qui étaient citoyens canadiens et résidents permanents de l'Irlande, ont adopté deux filles conformément aux lois de ce pays. Les deux enfants étaient nées en Irlande en 1974 et 1975 et étaient citoyennes de ce pays. Les enfants nés à l'étranger de parents qui sont citoyens du Canada obtiennent «automatiquement» la citoyenneté, mais les filles adoptives de l'appelante doivent être admises au Canada à titre de résidentes permanentes, comme l'exige l'alinéa 5(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*, qui incorpore par renvoi les exigences imposées par la *Loi sur l'immigration* en ce qui concerne le statut de résident permanent. À cause du traitement différent dont font l'objet les enfants biologiques et les enfants adoptés nés à l'étranger ainsi que du refus du gouvernement canadien de délivrer des passeports à ses deux filles adoptives, l'appelante a déposé devant la Commission canadienne des droits de la personne une plainte dans laquelle elle alléguait avoir fait l'objet de discrimination pour un motif fondé sur sa situation de famille, en violation des articles 3 et 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (LCDP).

Le Tribunal des droits de la personne s'est dit compétent pour le motif que l'attribution de la citoyenneté constitue un «service [. . .] destiné [. . .] au public» au sens de l'article 5 de la LCDP. Le Tribunal a également conclu que l'appelante était une «victime» au sens de l'alinéa 40(5)c) de la LCDP, de sorte qu'une réparation pouvait être accordée aux deux filles adoptives, qui n'avaient pas qualité pour déposer une plainte devant la Commission. De plus, le Tribunal a conclu que le traitement différent dont faisaient l'objet les enfants adoptés et les enfants biologiques nés à l'étranger constituait à première vue de la discrimination. Le Tribunal a statué que les exigences n'étaient pas raisonnablement justifiées et a ordonné que les deux enfants de l'appelante se voient attribuer la citoyenneté et que le ministre cesse la pratique discriminatoire que constitue le fait d'exiger l'observation de l'alinéa 5(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*.

Dans le cadre d'un contrôle judiciaire, le juge des requêtes a accueilli la demande et a infirmé la décision du Tribunal pour le motif que l'appelante n'avait pas fait la preuve *prima facie* de l'existence d'une distinction. En ce qui concerne la question du motif justifiable, le juge des requêtes a statué qu'il y avait eu violation de la justice naturelle parce que les questions soulevées dans la plainte n'avaient pas été définies de façon adéquate, parce que le procureur général ne savait pas qu'il était tenu de justifier toutes les exigences relatives à la procédure d'immigration en ce qui concerne la reconnaissance du statut de résident permanent comme le prévoit la *Loi sur la citoyenneté*. Le juge des requêtes a également conclu que le Tribunal n'avait pas compétence pour rendre une ordonnance en faveur des deux filles adoptives de l'appelante parce que ces dernières

Held (Linden J.A. dissenting), the appeal should be dismissed.

Per Robertson J.A.: The Motions Judge erred in concluding that the appellant had failed to establish a *prima facie* case of discrimination. Furthermore, the appellant qualified as a "victim" under the CHRA in that the discrimination suffered by the two children was "unjustly visited" upon their adoptive mother.

The Tribunal did not err in recognizing the relevance of paragraph 5(2)(a) of the *Citizenship Act*. The word "adopted", as used in paragraph 3(1)(b) of the *Citizenship Act*, cannot be deemed to imply "legitimate" adoptions thereby rendering paragraph 5(2)(a) inapplicable and by necessity the provisions of the *Immigration Act*. Furthermore, it was not paragraph 3(1)(b) of the *Citizenship Act* which was relevant herein, but rather paragraph 3(1)(e) together with paragraph 5(2)(a). It erred in ruling on whether the requirements relating to permanent residency imposed by that provision were justified by paragraph 15(g) of the CHRA. The Minister was given no notice that paragraph 5(2)(a) was in issue and that he would be required to adduce evidence to justify each of its requirements. The Tribunal's conclusion, that the granting of citizenship constitutes a service customarily available to the general public within the meaning of the CHRA and, therefore, that the Tribunal has jurisdiction to negotiate with the responsible Minister the manner in which the provisions of the *Citizenship Act* are to be applied in the future could not be agreed with.

The Court's decision in *Canada (Attorney General) v. Druken*, [1989] 2 F.C. 24 (C.A.) did not stand for the proposition that the denial of unemployment insurance (or citizenship herein) constituted a denial of service within the meaning of the CHRA, but only that the Attorney General therein conceded as much. The Court was not thereby estopped from considering the issue in subsequent cases.

Paragraph 3(1)(e) of the new Act provided that children born outside Canada prior to the new Act coming into force (February 15, 1977) (which included the appellant's two adopted children) were entitled to automatic citizenship, if they came within paragraph 5(1)(b) of the old Act, that is, if they could establish that their biological father was a Canadian citizen or that their mother was a Canadian citizen if they were born out of wedlock. Thus, the only way the appellant's adopted children could attain Canadian citizenship was through paragraph 5(2)(a) of the new Act, which incorporates by reference the permanent residency requirement under the *Immigration Act*. Discrimination arose under

n'étaient pas des «victimes» au sens de la LCDP et qu'elles n'avaient donc pas droit à une réparation.

Arrêt (le juge Linden, J.C.A., étant dissident): l'appel est rejeté.

Le juge Robertson, J.C.A.: Le juge des requêtes a commis une erreur en concluant que l'appelante n'avait pas fait la preuve *prima facie* de l'existence d'une distinction. En outre, l'appelante était une «victime» en vertu de la LCDP en ce sens que la discrimination contre ses deux filles adoptives a «injustement été portée» sur elle.

Le Tribunal n'a pas commis d'erreur en reconnaissant la pertinence de l'alinéa 5(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*. Le mot «adopted» (adopté), tel qu'il est employé dans la version anglaise de l'alinéa 3(1)b) de la *Loi sur la citoyenneté*, n'est pas réputé se rapporter implicitement aux adoptions «légitimes», de sorte que l'alinéa 5(2)a), et nécessairement les dispositions de la *Loi sur l'immigration*, ne s'appliquent pas. Enfin, ce n'était pas l'alinéa 3(1)b) de la *Loi sur la citoyenneté* qui était pertinent en l'espèce, mais l'alinéa 3(1)e) ainsi que l'alinéa 5(2)a). Le Tribunal a commis une erreur en statuant sur la question de savoir si l'alinéa 15g) de la LCDP justifiait les exigences relatives à la résidence permanente imposées par cette disposition. Le ministre n'a pas été avisé que l'alinéa 5(2)a) était en litige et qu'il devait présenter une preuve en vue de justifier chacune de ses exigences. Il était impossible de souscrire à la conclusion du Tribunal, à savoir que l'attribution de la citoyenneté constitue un service destiné au public au sens de la LCDP, et que le Tribunal a donc compétence pour négocier avec le ministre responsable la façon dont les dispositions de la *Loi sur la citoyenneté* doivent s'appliquer dans l'avenir.

La décision rendue par la Cour dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989] 2 C.F. 24 (C.A.) n'était pas la thèse selon laquelle le refus d'accorder des prestations d'assurance-chômage (ou la citoyenneté en l'espèce) avait pour effet de priver une personne d'un service au sens de la LCDP, mais montrait uniquement que le procureur général avait concédé la chose. La Cour n'était pas empêchée d'examiner la question dans des affaires subséquentes.

L'alinéa 3(1)e) de la nouvelle Loi prévoyait que les enfants nés à l'étranger avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi (15 février 1977) (ce qui comprenait les deux filles adoptives de l'appelante) avaient automatiquement droit à la citoyenneté s'ils étaient visés par les dispositions de l'alinéa 5(1)b) de l'ancienne Loi, c'est-à-dire s'ils pouvaient établir qu'ils étaient nés d'un père ayant qualité de citoyen, ou encore d'une mère ayant qualité de citoyenne s'ils étaient nés «en dehors du mariage». Par conséquent, les filles adoptives de l'appelante pouvaient uniquement obtenir la citoyenneté canadienne au moyen de l'application de l'alinéa 5(2)a) de la nouvelle Loi, qui incorpore par renvoi

paragraph 3(1)(e) because it denied the appellant's adopted children the right to automatic citizenship, which is accorded birth children born abroad to Canadian citizens. Discrimination arose under paragraph 5(2)(a) because it imposed on adopted children the burden of gaining admission to Canada as permanent residents, in accordance with all the relevant criteria set out in the *Immigration Act*. It was not the provisions of the *Immigration Act* which were discriminatory; it was the fact that paragraph 5(2)(a) of the *Citizenship Act* incorporated by reference the requirements pertaining to permanent residency imposed under the *Immigration Act*.

Once the appellant established a *prima facie* case of discrimination, the onus was on the Minister to establish a *bona fide* justification for the discriminatory practice pursuant to paragraph 15(g) of the *Canadian Human Rights Act*. Specifically, the Minister was under an obligation to establish that each of the requirements was "reasonably necessary" in that no reasonable alternatives were available which were less burdensome on adopted children born abroad and which would permit the Minister to achieve Parliament's objectives. Unfortunately, the Minister did not do so because both parties focused on whether the differential treatment giving rise to the discriminatory practice was justified in terms of the need to curtail adoptions of convenience. However, it was not until the end of argument in reply that the Commission suggested, for the first time, that paragraph 5(2)(a) of the *Citizenship Act* was in issue. It was then too late to pursue this line of attack without reopening the hearing.

The Motions Judge did not err in fact in concluding that there was a breach of natural justice in this case.

Per Strayer J.A.: Robertson J.A. should be concurred with as to the disposition of the appeal. This was not a Charter case and the application of the Act was a matter for the expert Tribunal. This was not a case such as *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358, relied on by the appellant and by Linden J.A., where the basis for distinction (between children of male Canadians and those of female Canadians) could patently not be justified under section 1 of the Charter. If this were ordinary litigation, the issue of paragraph 5(2)(a) not having been pleaded, the appeal could be dismissed, putting an end to the matter. But, in the interests of justice, the matter should be remitted to the Tribunal for reconsideration so that the parties will be afforded natural justice.

Per Linden J.A. (dissenting): the appeal should be allowed.

l'exigence relative à la résidence permanente prévue par la *Loi sur l'immigration*. La discrimination découlait de l'alinéa 3(1)e) parce qu'elle privait les filles adoptives de l'appelante du droit d'obtenir automatiquement la citoyenneté, droit qui est reconnu aux enfants nés à l'étranger de parents ayant qualité de citoyen. La discrimination découlait de l'alinéa 5(2)a) parce qu'elle imposait aux enfants adoptés l'obligation d'être admis au Canada à titre de résidents permanents conformément à tous les critères pertinents énoncés dans la *Loi sur l'immigration*. Ce n'étaient pas les dispositions de la *Loi sur l'immigration* qui étaient discriminatoires, mais le fait que l'alinéa 5(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté* incorporait par renvoi les exigences relatives à la résidence permanente imposées par la *Loi sur l'immigration*.

Une fois que l'appelante avait fait la preuve *prima facie* de l'existence d'une discrimination, il incombait au ministre d'établir l'existence d'un motif justifiable à l'égard de l'acte discriminatoire visé à l'alinéa 15g) de la LCDP. Plus précisément, le ministre était tenu d'établir que chacune des exigences était «raisonnablement nécessaire» en ce sens qu'il n'existait aucune solution de rechange raisonnable qui serait moins contraignante pour les enfants adoptés nés à l'étranger et qui permettrait au ministre d'atteindre les objectifs visés par le législateur. Malheureusement, le ministre ne l'a pas fait, parce que les deux parties ont mis l'accent sur la question de savoir si le traitement différent donnant lieu à l'acte discriminatoire était justifié pour le motif qu'il était nécessaire d'empêcher les adoptions de convenance. Toutefois, ce n'est qu'à la fin des plaidoyers présentés en réponse que la Commission a soutenu pour la première fois que l'alinéa 5(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté* était en cause. Il était alors trop tard pour poursuivre cet argument sans rouvrir l'audience.

Le juge des requêtes n'a pas commis d'erreur de fait en concluant qu'il y avait eu violation de la justice naturelle dans la présente espèce.

Le juge Strayer, J.C.A.: Il faut souscrire à l'avis du juge Robertson en ce qui concerne le règlement de l'appel. Il ne s'agissait pas d'une affaire fondée sur la Charte; l'application de la Loi relevait du tribunal spécialisé. Il ne s'agissait pas d'un cas tel que celui qui existait dans *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358, sur lequel l'appelante et le juge Linden s'appuyaient, où le fondement de la distinction (entre les enfants nés d'un père canadien et ceux nés d'une mère canadienne) ne pourrait manifestement pas être justifié en vertu de l'article premier de la Charte. S'il s'agissait ici d'un litige ordinaire, il serait possible de rejeter l'appel et de clore le dossier parce que la question relative à l'alinéa 5(2)a) n'a pas été plaidée. Mais la justice exige que l'affaire soit renvoyée au Tribunal pour réexamen de façon que les parties bénéficient des règles de justice naturelle.

Le juge Linden, J.C.A. (*dissentant*): l'appel devrait être accueilli.

The main issue was whether children adopted abroad by Canadian citizens were being discriminated against in that they were denied the same “automatic” citizenship that was granted to children born abroad to Canadian citizens. The Minister’s argument would require the Court to accept that because there was a problem with fraudulent adoptions, therefore the provisions of paragraph 5(2)(a) were appropriate measures to deal with that problem, and therefore it was the practice of applying the provisions of that paragraph to adopted children that was the discriminatory practice in question. The discriminatory practice was the diverting of adopted children away from section 3, where they would be granted automatic citizenship. The comparison group was “children whose parents are Canadian citizens”.

The main issue, then, was whether section 3 of the *Citizenship Act* discriminated against adopted children and their parents and, if so, whether a *bona fide* justification for that discrimination existed in accordance with paragraph 15(g) of the CHRA.

In the past, adopted children and their parents have met with great difficulty in the effort to obtain the same rights available to non-adopted children. Nowadays, as soon as the law recognizes that a person has been legally adopted, there can thereafter be no distinction between that person and one who was not adopted.

Section 3 of the *Citizenship Act* is expressly discriminatory because children adopted by Canadian citizens do not automatically acquire Canadian citizenship. The differentiation is not based solely on birth place. The differentiation is founded on different status—adopted children as compared with birth children.

There was no *bona fide* justification for not granting automatic citizenship to adopted children. The policy objective of the legislation in this case was the prevention of the potential abuse that would occur when people improperly attempt to bypass the immigration system by using adoption as a means of gaining admission of persons to Canada without their qualifying as immigrants. However, the need to keep the Canadian immigration system honest could be accomplished without discriminating against adopted children. Once it is established that the adoption has been performed according to local law and has created a true parent-child relationship, no more was necessary. For an adoption to be a real adoption, it must by necessity be in accordance with the law and done in good faith; it is no adoption if it is a phony adoption done merely for the purpose of circumventing the law. The verification process undertaken for adopted children as well as children born to citizens of Canada would allow the Minister, who has the power to inquire into the *bona fides* of an adoption, to weed out adoptions of convenience. It is also open to the

Il s’agissait principalement de savoir si les enfants adoptés à l’étranger par des citoyens canadiens faisaient l’objet de discrimination en ce sens qu’ils se voyaient refuser l’attribution «automatique» de la citoyenneté, contrairement aux enfants nés à l’étranger de parents ayant qualité de citoyen. L’argument du ministre exigerait que la Cour reconnaisse que, parce que les adoptions frauduleuses posaient un problème, les dispositions de l’alinéa 5(2)a) constituaient des mesures appropriées en vue de régler ce problème, et que c’était donc l’habitude d’appliquer aux enfants adoptés les dispositions de cet alinéa qui donnait lieu à «l’acte discriminatoire» en question. L’acte discriminatoire consistait à empêcher les enfants adoptés de se prévaloir de l’article 3, en vertu duquel la citoyenneté leur serait attribuée automatiquement. Le groupe de référence était composé des «enfants dont les parents sont citoyens canadiens».

Il s’agissait donc principalement de savoir si l’article 3 de la *Loi sur la citoyenneté* créait une distinction illicite à l’égard des enfants adoptés et de leurs parents et, dans l’affirmative, s’il existait un motif justifiable conformément à l’alinéa 15g) de la LCDP.

Par le passé, les enfants adoptés et leurs parents avaient énormément de difficulté à obtenir les mêmes droits que les enfants non adoptés. De nos jours, dès que le droit reconnaît qu’une personne a été légalement adoptée, aucune distinction ne peut plus être faite entre cette personne et la personne qui n’a pas été adoptée.

L’article 3 de la *Loi sur la citoyenneté* est expressément discriminatoire, parce que les enfants adoptés par des citoyens canadiens n’acquièrent pas automatiquement la citoyenneté canadienne. La distinction n’est pas uniquement fondée sur le lieu de naissance. La distinction est fondée sur le statut différent—celui d’enfant adopté et celui d’enfant biologique.

Il n’existait pas de motif justifiable de ne pas attribuer automatiquement la citoyenneté aux enfants adoptés. En l’espèce, la législation visait à empêcher les abus qui pourraient être commis si les gens essayaient sans motif légitime de contourner le système de l’immigration en utilisant l’adoption comme moyen d’être admis au Canada sans être pour autant admissibles à titre d’immigrants. Toutefois, il était possible d’assurer l’intégrité du système canadien d’immigration sans faire de distinction illicite à l’égard des enfants adoptés. Il suffisait d’établir que l’adoption avait été effectuée conformément au droit local et qu’elle avait créé un véritable lien de filiation. Pour qu’une adoption soit véritable, elle doit nécessairement être conforme au droit et être effectuée de bonne foi; l’adoption fictive qui vise simplement à contourner la loi n’est pas une adoption. La vérification effectuée à l’égard des enfants adoptés ainsi qu’à l’égard des enfants nés d’un parent canadien permettrait au ministre, qui a le pouvoir d’enquêter sur le caractère véritable d’une adoption, d’éliminer les adoptions de convenance. Il est également loisible au

Governor in Council to nullify a fraudulent scheme to gain citizenship.

As long as citizenship is granted as of right to children of citizens, in the belief that their status as children of citizens gives them sufficient connection to Canada, then that right must be granted without discriminating between adopted children and non-adopted children.

Both the respondents and the Motions Judge laboured under the mistaken impression that section 3 of the *Citizenship Act* was not discriminatory, as it treated all foreign-born nationals in a similar fashion. But, it was the very fact that section 3 specifically excluded the appellant's daughters that constituted the discrimination in this case. Paragraph 5(2)(a) of the Act was irrelevant to the resolution of the issues raised in this case. It was section 3 of the *Citizenship Act*, which deals with citizenship as of right, that was on trial. The appellant had no interest in the provisions relating to the naturalization process in paragraph 5(2)(a), as she had no intention of having her daughters naturalized in the regular way. Therefore, it could not be said that there had been a denial of natural justice in the way this case was presented and dealt with.

The Tribunal was correct in coming to the conclusion that the effect of the discriminatory provisions of the *Citizenship Act* upon Mrs. McKenna's daughters was sufficiently direct to qualify appellant herself as a victim under the CHRA and to order that the Minister grant citizenship to the two daughters forthwith.

The other remedial orders, that the Minister to cease applying the law in a discriminatory fashion, and that the Minister consult the Human Rights Commission with respect to the measures ordered, were in conformity with *Canada (Attorney General) v. Druken*. However, the order that the Minister cease applying paragraph 5(2)(a) in a discriminatory fashion could not be endorsed as it was not in issue in this proceeding and no finding could be made with respect to it.

This was not a constitutional decision declaring any law to be invalid. It was merely an individual case of discrimination in the unfair application of one particular provision against two legally adopted children and their parents. There was nothing in this case that would prevent the government from trying to establish *bona fide* justifications in any future cases.

gouverneur en conseil d'annuler un stratagème frauduleux destiné à permettre l'acquisition de la citoyenneté.

Dans la mesure où nous attribuons la citoyenneté de plein droit aux enfants de citoyens, en croyant que le fait qu'ils sont les enfants de citoyens crée un lien suffisant avec le Canada, ce droit doit être accordé sans qu'il soit fait de distinction entre les enfants adoptés et les autres enfants.

Les intimés et le juge des requêtes avaient l'impression erronée que l'article 3 de la *Loi sur la citoyenneté* n'était pas discriminatoire, étant donné qu'il traitait tous les ressortissants étrangers de la même façon. Toutefois, c'était le fait même que l'article 3 excluait expressément les filles de l'appelante qui constituait de la discrimination dans ce cas-ci. L'alinéa 5(2)a) de la Loi n'avait rien à voir avec le règlement des questions qui se posaient en l'espèce. C'était l'article 3 de la *Loi sur la citoyenneté*, qui traite de la citoyenneté de plein droit, qui était en litige. Les dispositions relatives à la procédure de naturalisation figurant à l'alinéa 5(2)a) n'intéressaient pas l'appelante, étant donné qu'elle n'avait pas l'intention de faire naturaliser ses filles de la façon régulière. On ne saurait donc pas dire qu'il y a eu violation de la justice naturelle en ce qui concerne la façon dont cette cause a été présentée et traitée.

Le Tribunal a eu raison de conclure que l'effet que les dispositions discriminatoires de la *Loi sur la citoyenneté* avaient sur les filles de M^{me} McKenna était suffisamment direct pour que l'appelante soit considérée comme une victime au sens de la LCDP et pour qu'il soit enjoint au ministre d'attribuer immédiatement la citoyenneté aux deux filles.

Les autres ordonnances réparatrices, à savoir l'ordonnance selon laquelle le ministre devait cesser d'appliquer la loi d'une façon qui fait une distinction illicite et consulter la Commission canadienne des droits de la personne au sujet des mesures à prendre, étaient conformes à l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Druken*. Toutefois, il était impossible de souscrire à l'ordonnance portant que le ministre cesse d'appliquer l'alinéa 5(2)a) d'une façon discriminatoire étant donné que cette disposition n'était pas en litige en l'espèce et qu'aucune conclusion ne pouvait être tirée à ce sujet.

Cette décision n'était pas une décision constitutionnelle dans laquelle une règle de droit était déclarée invalide. Il s'agissait simplement d'une affaire individuelle de discrimination résultant de l'application inéquitable d'une disposition particulière à deux enfants légalement adoptés et à leurs parents. Rien n'empêcherait le gouvernement en l'espèce de tenter dans l'avenir d'établir l'existence de motifs justifiables.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Adoption Act, R.S.B.C. 1936, c. 6, s. 10(1).
Adoption Act, R.S.B.C. 1996, c. 5, ss. 37, 47.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Adoption Act, R.S.B.C. 1936, ch. 6, art. 10(1).
Adoption Act, R.S.B.C. 1996, ch. 5, art. 37, 47.

- Adoption Act*, R.S.N.B. 1952, c. 3, s. 30(2).
- Adoption Act*, R.S.N.B. 1973, c. A-3, ss. 30, 35.
- Adoption Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. A-4, ss. 18(1), 26.
- Adoption Act, 1976*, Acts of the Oireachtas, Vol. II, No. 29, s. 7.
- Adoption of Children Act*, R.S.N. 1990, c. A-3, ss. 20, 24.
- British Nationality Act 1981* (U.K.), 1981, c. 61, s. 3(1).
- 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.
- Canadian Citizenship Act*, R.S.C. 1970, c. C-19, s. 5(1)(b).
- Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1995, c. H-6, ss. 3, 5, 15(g), 40(5), 53(2)(a).
- Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33, s. 5.
- Child and Family Services Act*, R.S.O. 1990, c. C.11, s. 158(2).
- Child and Family Services Act (The)*, S.M. 1985-86, c. 8, ss. 57, 61(1).
- Child Welfare Act*, S.A. 1984, c. C-8.1, ss. 65, 70.
- Child Welfare Act (The)*, R.S.A. 1955, c. 39, ss. 83, 84(1).
- Children's Services Act*, R.S.N.S. 1989, c. 68, ss. 23, 29.
- Citizenship Act*, R.S.C. 1985, c. C-29, ss. 3(1)(b),(e), 5(2)(a), 10.
- Citizenship Act*, S.C. 1974-75-76, c. 108.
- Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, Arts. 569, 574.
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 155 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 27, s. 21).
- Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption*, The Hague, May 29, 1993.
- Convention on the Rights of the Child*, November 20, 1989, [1992] Can. T.S. No. 3, Art. 21.
- Family Services Act (The)*, R.S.S. 1978, c. F-7, ss. 60(2)(b), 66.
- Immigration and Nationality Act*, 8 U.S.C. § 1433 (1994).
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Suppl.), c. 30, s. 3; S.C. 1992, c. 47, s. 77; c. 49, s. 11; 1995, c. 15, s. 2; 1996, c. 19, s. 83), 24 (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 4), 27 (as am. by R.S.C., 1985, (3rd Suppl.), c. 30, s. 4; S.C. 1992, c. 47, s. 78; c. 49, s. 16; 1995, c. 15, s. 5).
- Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, s. 2(1) "adopted" (as am. by SOR/93-44, s. 1).
- Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1980, c. 340.
- Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48, ss. 3(2)(c), 4(3)(d) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 80, s. 2).
- Adoption Act*, R.S.N.B. 1952, ch. 3, art. 30(2).
- Adoption Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. A-4, art. 18(1), 26.
- Adoption Act, 1976*, Acts of the Oireachtas, vol. II, n° 29, art. 7.
- Adoption of Children Act*, R.S.N. 1990, ch. A-3, art. 20, 24.
- British Nationality Act 1981* (U.K.), 1981, ch. 61, art. 3(1).
- 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.
- Child Welfare Act*, S.A. 1984, ch. C-8.1, art. 65, 70.
- Child Welfare Act (The)*, R.S.A. 1955, ch. 39, art. 83, 84(1).
- Children's Services Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 68, art. 23, 29.
- Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 569, 574.
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 155 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 21).
- Code ontarien des droits de la personne*, L.R.O. 1980, ch. 340.
- Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, [1992] R.T. Can. n° 3, Art. 21.
- Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, La Haye, 29 mai 1993.
- Family Services Act (The)*, R.S.S. 1978, ch. F-7, art. 60(2)b), 66.
- Immigration and Nationality Act*, 8 U.S.C. § 1433 (1994).
- Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 3, 5, 15g), 40(5), 53(2)a).
- Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33, art. 5.
- Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48, art. 3(2)c), 4(3)d) (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 80, art. 2).
- Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 3(1)b),e), 5(2)a), 10.
- Loi sur la citoyenneté*, S.C. 1974-75-76, ch. 108.
- Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.R.C. 1970, ch. C-19, art. 5(1)b).
- Loi sur l'adoption*, L.R.N.-B. 1973, ch. A-3, art. 30, 35.
- Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, L.M. 1985-86, ch. 8, art. 57, 61(1).
- Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, ch. C.11, art. 158(2).
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 3; L.C. 1992, ch. 47, art. 77; ch. 49, art. 11; 1995, ch. 15, art. 2; 1996, ch. 19, art. 83), 24 (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 4), 27 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 4; L.C. 1992, ch. 47, art. 78; ch. 49, art. 16; 1995, ch. 15, art. 5).
- Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, art. 2(1) «adopté» (mod. par DORS/93-44, art. 1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission), [1992] 2 S.C.R. 321; (1992), 9 O.R. (3d) 224; 93 D.L.R. (4th) 346; 138 N.R. 1; 55 O.A.C. 81; *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; (1988), 53 D.L.R. (4th) 609; 10 C.H.R.R. D/5515; 88 CLLC 17,031.

CONSIDERED:

Canada (Attorney General) v. Druken, [1989] 2 F.C. 24; (1988), 53 D.L.R. (4th) 29; 23 C.C.E.L. 15; 9 C.H.R.R. D/5359; 88 CLLC 17,024; 88 N.R. 150 (C.A.).

REFERRED TO:

Gill (B.S.) v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (1996), 122 F.T.R. 251; 36 Imm. L.R. (2d) 67 (F.C.T.D.); affd (1998), 229 N.R. 267 (F.C.A.); *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; (1997), 143 D.L.R. (4th) 577; 42 C.R.R. (2d) 1; 37 Imm. L.R. (2d) 195; 208 N.R. 81; *Clement Estate, Re*, [1962] S.C.R. 235; *Schafer v. Canada (Attorney General)* (1996), 29 O.R. (3d) 496; 135 D.L.R. (4th) 707; 24 C.C.E.L. (2d) 1; 39 C.C.L.I. (2d) 33; 4 O.T.C. 20 (Gen. Div.); revd (1997), 35 O.R. (3d) 1; 149 D.L.R. (4th) 705; 102 O.A.C. 321; 33 O.T.C. 240 (C.A.); *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 92 CLLC 14,036; 10 C.R.R. (2d) 1; 139 N.R. 1; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; (1987), 40 D.L.R. (4th) 193; 27 Admin. L.R. 172; 87 CLLC 17,022; 76 N.R. 161; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 7 C.H.R.R. D/3102; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103; (1992), 127 A.R. 241; 95 D.L.R. (4th) 439; [1992] 6 W.W.R. 385; 4 Alta. L.R. (3d) 193; 17 C.H.R.R. D/387; 92 CLLC 17,033; 11 C.R.R. (2d) 1; 141 N.R. 1; 20 W.A.C. 241; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *Bell v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1996), 136 D.L.R. (4th) 286; 33 Imm. L.R. (2d) 305; 197 N.R. 315 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Rosin*, [1991] 1 F.C. 391; (1990), 34 C.C.E.L. 179; 91 CLLC 17,011 (C.A.); *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; (1982), 132 D.L.R.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne), [1992] 2 R.C.S. 321; (1992), 9 O.R. (3d) 224; 93 D.L.R. (4th) 346; 138 N.R. 1; 55 O.A.C. 81; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; (1988), 53 D.L.R. (4th) 609; 10 C.H.R.R. D/5515; 88 CLLC 17,031.

DÉCISION EXAMINÉE:

Canada (Procureur général) c. Druken, [1989] 2 C.F. 24; (1988), 53 D.L.R. (4th) 29; 23 C.C.E.L. 15; 9 C.H.R.R. D/5359; 88 CLLC 17,024; 88 N.R. 150 (C.A.).

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

Gill (B.S.) c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1996), 122 F.T.R. 251; 36 Imm. L.R. (2d) 67 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (1998), 229 N.R. 267 (C.A.F.); *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; (1997), 143 D.L.R. (4th) 577; 42 C.R.R. (2d) 1; 37 Imm. L.R. (2d) 195; 208 N.R. 81; *Clement Estate, Re*, [1962] R.C.S. 235; *Schafer v. Canada (Attorney General)* (1996), 29 O.R. (3d) 496; 135 D.L.R. (4th) 707; 24 C.C.E.L. (2d) 1; 39 C.C.L.I. (2d) 33; 4 O.T.C. 20 (Div. gén.); inf. par (1997), 35 O.R. (3d) 1; 149 D.L.R. (4th) 705; 102 O.A.C. 321; 33 O.T.C. 240 (C.A.); *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 92 CLLC 14,036; 10 C.R.R. (2d) 1; 139 N.R. 1; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; (1987), 40 D.L.R. (4th) 193; 27 Admin. L.R. 172; 87 CLLC 17,022; 76 N.R. 161; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 7 C.H.R.R. D/3102; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103; (1992), 127 A.R. 241; 95 D.L.R. (4th) 439; [1992] 6 W.W.R. 385; 4 Alta. L.R. (3d) 193; 17 C.H.R.R. D/387; 92 CLLC 17,033; 11 C.R.R. (2d) 1; 141 N.R. 1; 20 W.A.C. 241; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *Bell c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1996), 136 D.L.R. (4th) 286; 33 Imm. L.R. (2d) 305; 197 N.R. 315 (C.A.F.); *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391; (1990), 34 C.C.E.L. 179; 91 CLLC 17,011 (C.A.); *Commission ontarienne des droits de la per-*

(3d) 14; 82 CLLC 17,005; 40 N.R. 159; *Pabo v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1996), 34 Imm. L.R. (2d) 53 (I.R.B. (App. Div.)); *Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 37; (1990), 11 Imm. L.R. (2d) 1 (C.A.); *Glynos v. Canada*, [1992] 3 F.C. 691; (1992), 96 D.L.R. (4th) 95; 148 N.R. 66 (C.A.); *Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 F.C. 314; (1993), 19 Imm. L.R. (2d) 81 (C.A.); *Singh (Re)*, [1989] 1 F.C. 430; (1988), 51 D.L.R. (4th) 673; 86 N.R. 69 (C.A.).

APPEAL from a Trial Division decision (*Canada (Attorney General) v. McKenna*, [1995] 1 F.C. 694; (1994), 88 F.T.R. 202 (T.D.)) allowing an application for judicial review of a Human Rights Tribunal decision (*McKenna v. Canada (Department of Secretary of State)*, [1993] C.H.R.D. No. 18 (QL)) holding that the differential treatment accorded adopted and birth children born abroad constituted *prima facie* discrimination. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Mary Eberts and *Margaret Manktelow* for appellant.

Brian Saunders for respondent Attorney General of Canada.

Margaret R. Jamieson for respondent Canadian Human Rights Commission.

Willa Marcus and *John A. Myers* for intervener Adoption Council of Canada.

SOLICITORS OF RECORD:

Eberts Symes Street & Corbett, Toronto, for appellant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent Attorney General of Canada.

Canadian Human Rights Commission, Ottawa, for respondent Canadian Human Rights Commission.

Willa Marcus, Toronto, and *Taylor, McCaffrey*, Winnipeg, for intervener Adoption Council of Canada.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

sonne et autres c. Municipalité d'Etobicoke, [1982] 1 R.C.S. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 CLLC 17,005; 40 N.R. 159; *Pabo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 34 Imm. L.R. (2d) 53 (C.I.S.R. (SAI)); *Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 37; (1990), 11 Imm. L.R. (2d) 1 (C.A.); *Glynos c. Canada*, [1992] 3 C.F. 691; (1992), 96 D.L.R. (4th) 95; 148 N.R. 66 (C.A.); *Cheung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 2 C.F. 314; (1993), 19 Imm. L.R. (2d) 81 (C.A.); *Singh (Re)*, [1989] 1 C.F. 430; (1988), 51 D.L.R. (4th) 673; 86 N.R. 69 (C.A.).

APPEL d'une décision de la Section de première instance (*Canada (Procureur général) c. McKenna*, [1995] 1 C.F. 694; (1994), 88 F.T.R. 202 (1^{re} inst.)) accueillant une demande de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal des droits de la personne (*McKenna c. Canada (Ministère du Secrétariat d'État)*, [1993] D.C.P.D. n° 18 (QL)) dans laquelle il avait été statué que le traitement différent dont faisaient l'objet les enfants adoptés et les enfants biologiques nés à l'étranger constituait à première vue de la discrimination. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

Mary Eberts et *Margaret Manktelow* pour l'appelante.

Brian Saunders pour le procureur général du Canada, intimé.

Margaret R. Jamieson pour la Commission canadienne des droits de la personne, intimée.

Willa Marcus et *John A. Myers* pour l'Adoption Council of Canada, intervenant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Eberts Symes Street & Corbett, Toronto, pour l'appelante.

Le sous-procureur général du Canada pour le procureur général du Canada, intimé.

La Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa, pour la Commission canadienne des droits de la personne, intimée.

Willa Marcus, Toronto, et *Taylor, McCaffrey*, Winnipeg, pour l'Adoption Council of Canada, intervenant.

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

[1] STRAYER J.A.: I have read the separate reasons of my colleagues and I have concluded that I must concur with Robertson J.A. as to the disposition of this appeal.

[2] I agree with both my colleagues that the Motions Judge [[1995] 1 F.C. 694] erred in not finding that subsection 3(1) of the *Citizenship Act* [R.S.C., 1985, c. C-29] *prima facie* discriminates against children born abroad and adopted by Canadian citizens in comparison to children born abroad of Canadian citizens. I am prepared to accept that this is a form of discrimination prohibited by section 5 of the *Canadian Human Rights Act* [R.S.C., 1985, c. H-6] as discrimination in the provision of service, although I share the concerns of Robertson J.A. as to whether the grant of citizenship to a foreign born person can properly be regarded as a "service . . . customarily available to the general public". However, this issue was not argued before us.

[3] I also concur with my colleagues that the appellant Shirley McKenna, as the adoptive mother of two Irish-born females, can be considered to be a "victim", within the meaning of the *Canadian Human Rights Act*.

[4] I concur with Robertson J.A. in confirming the alternative finding of the Motions Judge that there had been a denial of natural justice by the Tribunal [*McKenna v. Canada (Department of Secretary of State)*, [1993] C.H.R.D. No. 18 (QL)]. This denial arose by the Tribunal finding unjustifiable the requirements of paragraph 5(2)(a) of the *Citizenship Act*, which provides a means for all foreign children born abroad and adopted by Canadian citizens to become Canadian citizens: namely, by meeting the requirements for permanent residence in Canada imposed on all other non-Canadian entrants. I agree that the record shows that this matter was not properly before the Tribunal. As a result of being advised by officials that section 3 of the *Citizenship Act* would not entitle her adopted daughters to Canadian citizenship, the appel-

[1] LE JUGE STRAYER, J.C.A.: J'ai lu les motifs de mes collègues et j'ai conclu que je dois souscrire à l'avis du juge Robertson, J.C.A., en ce qui concerne le règlement du présent appel.

[2] Je suis d'accord avec mes deux collègues pour dire que le juge des requêtes [[1995] 1 C.F. 694] a commis une erreur en omettant de conclure que le paragraphe 3(1) de la *Loi sur la citoyenneté* [L.R.C. (1985), ch. C-29] crée à première vue une distinction à l'égard des enfants nés à l'étranger et adoptés par des citoyens canadiens, contrairement à ce qui se produit dans le cas des enfants nés à l'étranger de parents qui sont citoyens canadiens. Je suis prêt à reconnaître qu'il s'agit d'une forme de discrimination prohibée par l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [L.R.C. (1985), ch. H-6] en ce qui concerne la fourniture d'un service, mais comme le juge Robertson, je me demande si l'attribution de la citoyenneté à une personne née à l'étranger peut à juste titre être considérée comme un «service [. . .] destiné [. . .] au public». Toutefois, cette question n'a pas été débattue devant nous.

[3] Je suis également d'accord avec mes collègues pour dire que l'appelante Shirley McKenna, en sa qualité de mère adoptive de deux filles nées en Irlande, peut être considérée comme une «victime», au sens de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[4] Je souscris à l'avis du juge Robertson, lorsqu'il confirme la conclusion subsidiaire tirée par le juge des requêtes, à savoir que le Tribunal avait violé les règles de justice naturelle [*McKenna c. Canada (Ministère du Secrétariat d'État)*, [1993] D.C.D.P. n° 18 (QL)]. Cette violation découlait du fait que le Tribunal avait conclu au caractère injustifiable des exigences de l'alinéa 5(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*, qui prévoit la façon dont les enfants étrangers nés à l'étranger et adoptés par des citoyens canadiens peuvent devenir citoyens canadiens, à savoir en satisfaisant aux exigences relatives à la résidence permanente imposées à tous les autres ressortissants non canadiens. Je conviens que, selon le dossier, le Tribunal n'a pas été saisi de l'affaire de la façon appropriée. Ayant été informée par des fonctionnaires que l'article 3 de la

lant filed a complaint with the Commission that she had been discriminated against because her daughters were “not entitled to automatic Canadian citizenship”. Her complaint did not suggest, in the alternative, that if the automatic grant of citizenship was not required by the *Canadian Human Rights Act* then other means available under the *Citizenship Act* for obtaining citizenship were nevertheless unacceptable as involving unjustified conditions. In dealing with this complaint, the Tribunal itself held that a grant as of right of citizenship to adopted children would “create an avenue for the circumvention of the Canadian immigration process” and therefore it was reasonable to impose further conditions beyond those of section 3. But it then proceeded gratuitously to decide whether the conditions imposed in section 5 were reasonable, a matter which, it is clear from the record, was not previously before it in the evidence.

[5] In concluding that this matter must go back to the Tribunal as suggested by Robertson J.A. I have in mind two fundamental considerations.

[6] First, this is a matter of judicial review and the reviewing Court, and this Court on appeal from the reviewing Court, cannot simply substitute its views of the facts and the law for those of the Tribunal and render what it considers the right conclusion. We must proceed on the record as we have it, confining ourselves to the criteria for judicial review, and remembering at all times that a denial of natural justice cannot readily be cured on such review. While we must ensure that the Tribunal conducts itself in a lawful way, it is for the Tribunal to render a decision on the facts once those facts are properly litigated before it. On the facts as actually litigated before it the Tribunal found that it was “reasonable and justifiable” to require more than the “automatic” grant of citizenship under section 3 of the *Citizenship Act*. I am not persuaded that we should now in effect direct that as a matter of law the Tribunal should have interpreted

Loi sur la citoyenneté ne rendait pas ses filles adoptives habiles à devenir citoyennes canadiennes, l’appelante a déposé devant la Commission une plainte dans laquelle elle alléguait avoir fait l’objet de discrimination parce que ses filles [TRADUCTION] «n’avaient pas automatiquement droit à la citoyenneté canadienne». Elle ne soutenait pas subsidiairement que si la *Loi canadienne sur les droits de la personne* n’exigeait pas l’attribution automatique de la citoyenneté, d’autres modalités d’obtention de la citoyenneté prévues par la *Loi sur la citoyenneté* étaient néanmoins inacceptables parce qu’elles comportaient des conditions injustifiées. En examinant cette plainte, le Tribunal a lui-même statué que le fait d’attribuer automatiquement la citoyenneté aux enfants adoptés «permettrait à certaines personnes de contourner les exigences de la législation canadienne en matière d’immigration» et qu’il était donc raisonnable d’imposer d’autres conditions en plus de celles prévues à l’article 3. Cependant, le Tribunal a ensuite statué, sans motif, sur la question de savoir si les conditions imposées à l’article 5 étaient raisonnables, question dont il n’avait pas été saisi dans le cadre de la présentation de la preuve, comme le montre clairement le dossier.

[5] En concluant que l’affaire doit être renvoyée au Tribunal, comme l’a proposé le juge Robertson, je songe à deux considérations fondamentales.

[6] En premier lieu, il s’agit ici d’un contrôle judiciaire; la Cour appelée à exercer ce contrôle, et cette Cour en appel, ne peuvent pas simplement substituer leurs opinions sur les faits et le droit à celles du tribunal et tirer la conclusion qu’elles estiment exacte. Nous devons nous fonder sur le dossier tel qu’il nous a été présenté et nous limiter aux critères applicables au contrôle judiciaire, tout en nous rappelant à tout moment qu’il ne peut pas facilement être remédié à une violation des règles de justice naturelle dans le cadre de pareil contrôle. Nous devons nous assurer que le Tribunal agit d’une façon légitime, mais il appartient au Tribunal de rendre une décision sur les faits, une fois que ces faits ont été débattus devant lui de la façon appropriée. Compte tenu des faits tels qu’ils ont été débattus devant lui, le Tribunal a conclu qu’il était «raisonnable et justifiable» d’exiger plus que l’attribution «automatique» de la citoyen-

section 3 to apply to adopted children, whenever and wherever born, and then to limit the meaning of “adoption” as proposed by Linden J.A. This would among other things ignore the fact that the *Citizenship Act* elsewhere makes provision for the grant of citizenship to adopted children. Yet only in this way could we direct a finding by the Tribunal that would not involve section 5 but have the effect of requiring the grant of citizenship to the persons in question.

[7] Secondly, this is not a Charter case [*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]] and the application of the Act, when performed in a lawful manner, is initially a matter for the expert Tribunal howsoever reviewable its findings of law may ultimately be. This is not a case such as *Benner v. Canada (Secretary of State)*,¹ relied on by the appellant and by Linden J.A., where the basis for distinction—that between children of male Canadians and those of female Canadians—could patently not be justified under section 1 of the Charter. I believe that in the present case the Tribunal, having decided that an automatic grant of citizenship under section 3 was not required, should, on fair notice to the respondent, have considered on the basis of evidence produced with respect to paragraph 5(2)(a) of the *Citizenship Act* whether the requirements imposed by that paragraph are reasonably justified within the meaning of the *Canadian Human Rights Act*. While, if this were ordinary litigation, it might strictly speaking be open to us simply to dismiss the appeal and put an end to the matter because the issue of paragraph 5(2)(a) was never pleaded, it appears to me to be in the interests of justice for the Tribunal to have the opportunity, if the appellant so wishes, to reconsider the case taking into account all relevant matters while affording the parties natural justice. One must avoid importing all the strictness of civil procedure into such hearings, provided the requirements of fairness are met.

neté en vertu de l'article 3 de la *Loi sur la citoyenneté*. Je ne suis pas convaincu que nous devrions maintenant statuer que le Tribunal aurait dû interpréter l'article 3 comme s'appliquant aux enfants adoptés, quels que soient le moment et le lieu où ils sont nés, puis limiter le sens du mot «adoption» comme l'a proposé le juge Linden, J.C.A. Entre autres choses, on omettrait ainsi de tenir compte du fait que d'autres dispositions de la *Loi sur la citoyenneté* prévoient l'attribution de la citoyenneté dans le cas des enfants adoptés. Pourtant, ce n'est que de cette façon que nous pourrions enjoindre au Tribunal de tirer une conclusion non fondée sur l'article 5, mais ayant pour effet d'exiger que la citoyenneté soit attribuée aux personnes en question.

[7] En second lieu, il ne s'agit pas ici d'une affaire 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]]; or, l'application de la Loi, lorsque réalisée d'une manière légitime, relève initialement du tribunal spécialisé, et ce, même si en fin de compte les conclusions de droit que celui-ci tire sont susceptibles de révision. Il ne s'agit pas ici d'un cas tel que celui qui existait dans l'arrêt *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*¹, sur lequel l'appelante et le juge Linden s'appuient, où le fondement de la distinction—à savoir, la distinction entre les enfants nés d'un père canadien et ceux nés d'une mère canadienne—ne pourrait manifestement pas être justifié en vertu de l'article premier de la Charte. Je crois qu'en l'espèce, le Tribunal, qui a décidé que l'attribution automatique de la citoyenneté selon l'article 3 n'était pas exigée, aurait dû, en avisant l'intimé d'une façon appropriée, se demander si, compte tenu de la preuve présentée à l'égard de l'alinéa 5(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*, les exigences imposées par cette disposition sont raisonnablement justifiées au sens où l'entend la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. S'il s'agissait ici d'un litige ordinaire, il nous serait loisible, à proprement parler, de rejeter simplement l'appel et de clore le dossier parce que la question relative à l'alinéa 5(2)a) n'a jamais été plaidée, mais la justice me paraît exiger que le Tribunal ait la possibilité, si l'appelante le désire, d'examiner de nouveau l'affaire

[8] I would therefore dispose of the appeal on the basis indicated by Robertson J.A.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[9] LINDEN J.A. (*dissenting*): The main issue in this case is whether children adopted abroad by Canadian citizens are being discriminated against in that they are denied the same "automatic" citizenship that is granted to children born abroad to Canadian citizens. Looking at the issue another way, are Canadian parents being discriminated against because they cannot transmit their citizenship to their children adopted abroad as they can to children that are theirs by birth?

The Facts

[10] Mrs. McKenna, the appellant, is a Canadian citizen who lives in Ireland. She has three sons who were born in Canada and who received Canadian citizenship as of right. She and her husband also adopted two daughters in Ireland, Mary Caragh and Siobhan Maria. The daughters were both born in Ireland and adopted according to Irish law. Mary Caragh was born on May 24, 1974 and adopted on May 20, 1975. Siobhan Maria was born on January 21, 1975 and adopted on February 19, 1976. Mrs. McKenna has been struggling for nearly 20 years to obtain for her two adopted daughters the citizenship that was so easily granted to their sons.

[11] In 1979, Mrs. McKenna, the family having decided to visit Canada, applied to the Canadian Embassy in Dublin, Ireland to obtain Canadian passports for her daughters. That application was not

en tenant compte de toutes les questions pertinentes tout en respectant les règles de justice naturelle. Il faut éviter de faire preuve d'autant de rigueur qu'en matière de procédure civile dans des audiences telles que celle-ci, à condition que les exigences relatives à l'équité soient satisfaites.

[8] Par conséquent, je suis d'avis de régler l'appel de la façon dont le juge Robertson, J.C.A. propose de le faire.

* * *

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

[9] LE JUGE LINDEN, J.C.A.: (*dissident*): En l'espèce, il s'agit principalement de savoir si les enfants adoptés à l'étranger par des citoyens canadiens font l'objet de discrimination en ce sens qu'ils se voient refuser l'attribution «automatique» de la citoyenneté, contrairement aux enfants nés à l'étranger de parents ayant qualité de citoyen. Ou encore, les parents canadiens, qui ne peuvent pas transmettre leur citoyenneté aux enfants qu'ils ont adoptés à l'étranger comme ils peuvent le faire à l'égard des enfants à qui ils ont donné naissance, font-ils l'objet de discrimination?

Les faits

[10] L'appelante, M^{me} McKenna, est une citoyenne canadienne qui habite en Irlande. Elle a trois fils qui sont nés au Canada et qui ont obtenu la citoyenneté canadienne de plein droit. Son mari et elle ont également adopté, en Irlande, deux filles, Mary Caragh et Siobhan Maria. Les deux filles sont nées en Irlande et ont été adoptées conformément au droit irlandais. Mary Caragh est née le 24 mai 1974 et a été adoptée le 20 mai 1975. Siobhan Maria est née le 21 janvier 1975 et a été adoptée le 19 février 1976. M^{me} McKenna se débat depuis près de 20 ans pour obtenir pour ses deux filles adoptives la citoyenneté qui a été si facilement attribuée à ses fils.

[11] En 1979, la famille a décidé de faire un séjour au Canada et M^{me} McKenna a présenté une demande à l'ambassade du Canada à Dublin, en Irlande, en vue d'obtenir des passeports canadiens pour ses filles. Il

granted because, she was advised, the daughters, having been born in Ireland to biological Irish parents, were not Canadian by birth, and because she was unable to pass on her citizenship to them. Embassy officials confirmed that, had her daughters been her biological children born in Ireland, they would have received Canadian citizenship as of right. In April of 1986, after the coming into force of the *Canadian Human Rights Act* and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, she wrote to the Department of Justice in Ottawa advising them of the 1979 advice of the Canadian Embassy in Dublin and inquiring as to whether the policy had changed. The Department of Justice responded by letter dated May 12, 1986 in which Catherine Lane, Registrar of Citizenship, explained that derivative nationality could be acquired in two basic ways: by *jus soli* (derived from the soil) or by *jus sanguinis* (derived from blood). Ms. Lane noted that, “[a]t no time in Canadian nationality legislation has the law viewed the natural and adopted child in the same way.”² She added that the adopted children could, if they wished, apply for citizenship by way of naturalization.

[12] To speak of “automatic” citizenship by *jus soli* or *jus sanguinis*, is a short-handed way to describe the rather easy way that children born abroad to Canadian parents may obtain Canadian citizenship. Actually, it is not truly “automatic”, but the conditions are very easy to meet—essentially they are merely the requirements of verification, i.e., proving that the parent was a citizen and that the child was born to that parent abroad. For children adopted abroad, a more onerous set of requirements are demanded. This is so because of paragraph 3(1)(b) of the *Citizenship Act*, which specifically excludes adopted children from the definition of those who automatically acquire Canadian citizenship:

3. (1) Subject to this Act, a person is a citizen if

n’a pas été fait droit à cette demande parce que, comme on l’a fait savoir à l’appelante, les filles, puisqu’elles étaient nées en Irlande de parents irlandais, n’étaient pas canadiennes de naissance, et parce que l’appelante ne pouvait pas leur transmettre sa citoyenneté. Les fonctionnaires de l’ambassade ont confirmé que si les filles avaient été les enfants biologiques de l’appelante nées en Irlande, elles auraient obtenu la citoyenneté canadienne de plein droit. En avril 1986, après l’entrée en vigueur de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et de la *Charte canadienne des droits et libertés*, l’appelante a écrit au ministère de la Justice, à Ottawa, pour l’informer de ce que l’ambassade du Canada, à Dublin, lui avait dit en 1979, et pour demander si la politique avait changé. Le ministère de la Justice a répondu par une lettre datée du 12 mai 1986, dans laquelle Catherine Lane, greffière de la citoyenneté, a expliqué qu’il était fondamentalement possible d’acquérir la nationalité dérivée de deux façons: selon le *jus soli* (droit du sol) ou selon le *jus sanguinis* (droit du sang). M^{me} Lane a fait remarquer que [TRADUCTION] «[l]’enfant biologique et l’enfant adopté n’ont jamais été traités de la même façon par la loi canadienne en matière de nationalité»². Elle a ajouté que les enfants adoptés pouvaient, s’ils le désiraient, demander la citoyenneté au moyen de la naturalisation.

[12] Parler de l’attribution «automatique» de la citoyenneté selon le principe du *jus soli* ou du *jus sanguinis* est une façon sommaire de décrire les modalités plutôt simples par lesquelles les enfants nés à l’étranger de parents canadiens peuvent obtenir la citoyenneté canadienne. En fait, la citoyenneté n’est pas attribuée «automatiquement», mais il est très facile de remplir les conditions nécessaires—essentiellement, il s’agit tout simplement de confirmer certains faits, c’est-à-dire qu’il faut prouver que le parent est citoyen canadien et que l’enfant est né de ce parent à l’étranger. En ce qui concerne les enfants adoptés à l’étranger, des conditions plus rigoureuses doivent être remplies, et ce, à cause de l’alinéa 3(1)(b) de la *Loi sur la citoyenneté*, qui exclut expressément les enfants adoptés de la définition des personnes qui acquièrent automatiquement la citoyenneté canadienne:

3. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, a qualité de citoyen toute personne:

. . .

(b) the person was born outside Canada after February 14, 1977 and at the time of his birth one of his parents, other than a parent who adopted him, was a citizen. [Underlining added.]

[13] To fall within the category of paragraph 3(1)(b) it suffices to show that the person was born outside Canada and that one parent was a citizen at the time of the birth. However, in the case of an adopted child the requirements of subsection 5(2) of the Act become relevant:

5. . . .

(2) The Minister shall grant citizenship to any person who

(a) has been lawfully admitted to Canada for permanent residence, has not ceased since that admission to be a permanent resident pursuant to section 24 of the *Immigration Act*, and is the minor child of a citizen if an application for citizenship is made to the Minister by a person authorized by regulation to make the application on behalf of the minor child;

This subsection requires of the adopted child, along with all other foreign nationals, to fulfil the requirements of admission for permanent residency pursuant to the *Immigration Act*. This means that, over and above simply establishing that the adopted child was properly adopted by a Canadian citizen, an adopted child must also establish a permanent residence in Canada and an intention to permanently reside in Canada, as well as submitting to health, security and criminality checks.³ Consequently, a distinction is made between biological children and children who have been adopted. The former are automatically citizens while the latter must qualify as immigrants, become permanent residents and undergo naturalization, a considerably more onerous process.

[14] Following the response from Ms. Lane in 1986, Mrs. McKenna filed a complaint on her own behalf, dated March 30, 1987, with the respondent Canadian Human Rights Commission against the Department of the Secretary of State of Canada.⁴ The basis of the complaint was discrimination on the ground of family status contrary to the *Canadian Human Rights Act*,⁵ as her daughters were not granted Canadian citizenship

[. . .]

b) née à l'étranger après le 14 février 1977 d'un père ou d'une mère ayant qualité de citoyen au moment de la naissance;

[13] Pour respecter les exigences de l'alinéa 3(1)b), il suffit de démontrer que la personne en cause est née à l'étranger et que le père ou la mère était citoyen canadien au moment de la naissance. Toutefois, dans le cas d'un enfant adopté, ce sont les exigences du paragraphe 5(2) de la Loi qui s'appliquent:

5. [. . .]

(2) Le ministre attribue en outre la citoyenneté:

a) sur demande qui lui est présentée par la personne autorisée par règlement à représenter celui-ci, à l'enfant mineur d'un citoyen, légalement admis au Canada à titre de résident permanent et n'ayant pas depuis perdu ce titre en application de l'article 24 de la *Loi sur l'immigration*;

Cette disposition exige que l'enfant adopté, comme tous les autres ressortissants étrangers, remplisse les conditions d'admission aux fins de la résidence permanente prévues par la *Loi sur l'immigration*. Cela veut dire qu'en plus d'établir simplement que l'enfant en question a légitimement été adopté par un citoyen canadien, il faut prouver qu'il a établi une résidence permanente au Canada et qu'il a l'intention de résider en permanence au Canada, et soumettre des attestations concernant la santé, la sécurité et la criminalité³. Une distinction est donc faite entre les enfants biologiques et les enfants adoptés. Les premiers sont automatiquement citoyens canadiens alors que les derniers doivent être admissibles à titre d'immigrants, devenir résidents permanents et se faire naturaliser, soit une procédure beaucoup plus rigoureuse.

[14] À la suite de la réponse donnée par M^{me} Lane en 1986, M^{me} McKenna a déposé une plainte pour son propre compte, le 30 mars 1987, devant l'intimée, soit la Commission canadienne des droits de la personne, contre le Secrétariat d'État du Canada⁴. La plainte était fondée sur un motif de distinction illicite prévu par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*⁵, soit la situation de famille, étant donné que les filles de

because the McKennas were not their biological parents. The relevant sections of the *Canadian Human Rights Act* state:

3. (1) For all purposes of this Act, race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, family status, disability and conviction for which a pardon has been granted are prohibited grounds of discrimination.

...

5. It is a discriminatory practice in the provision of goods, services, facilities or accommodation customarily available to the general public

(a) to deny, or to deny access to, any such good, service, facility or accommodation to any individual, or

(b) to differentiate adversely in relation to any individual, on a prohibited ground of discrimination.

...

15. It is not discriminatory practice if

...

(g) in the circumstances described in section 5 or 6, an individual is denied any goods, services, facilities or accommodation or access thereto or occupancy of any commercial premises or residential accommodation or is a victim of any adverse differentiation and there is *bona fide* justification for that denial or differentiation.

[15] The Human Rights Tribunal, in a decision dated October 8, 1993, found that there had been discrimination and that there was no *bona fide* justification for imposing the burden of the naturalization process on adopted children. The only requirements that could be justified, according to the Tribunal, were those of ensuring that the adoption was properly completed according to local laws and that the adoption created a true parent-child relationship. According to Ms. Mactavish of the Tribunal, there was no evidence led to support the naturalization requirements of paragraph 5(2)(a) of the Act as a *bona fide* justification for discriminating between adopted children and natural born children. As she put it, "no evidence was adduced by the Respondent to explain or justify why adopted children should be subjected for screening for citizenship purposes on the basis of health, criminality,

l'appelante n'avaient pas obtenu la citoyenneté canadienne parce que les McKenna n'étaient pas leurs parents biologiques. Les dispositions pertinentes de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* prévoient ce qui suit:

3. (1) Pour l'application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont ceux qui sont fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience.

[. . .]

5. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, pour le fournisseur de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement destinés au public:

a) d'en priver un individu;

b) de le défavoriser à l'occasion de leur fourniture.

[. . .]

15. Ne constituent pas des actes discriminatoires:

[. . .]

g) le fait qu'un fournisseur de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement destinés au public, ou de locaux commerciaux ou de logements en prive un individu ou le défavorise lors de leur fourniture pour un motif de distinction illicite, s'il a un motif justifiable de le faire.

[15] Dans une décision datée du 8 octobre 1993, le Tribunal des droits de la personne a conclu qu'il y avait eu discrimination et qu'il n'existait aucun motif justifiable d'imposer aux enfants adoptés l'obligation de se faire naturaliser. Selon le Tribunal, les seules exigences justifiables étaient: qu'il fallait s'assurer que l'adoption avait été effectuée de la façon appropriée conformément aux lois locales et que l'adoption créait un véritable lien de filiation entre le parent et l'enfant. Selon M^{me} Mactavish, qui constituait le Tribunal, on n'avait présenté aucun élément de preuve à l'appui des exigences prévues à l'alinéa 5(2)a) de la Loi relative à la naturalisation, à titre de motif justifiable permettant de faire une distinction entre les enfants adoptés et les enfants biologiques. Comme le Tribunal l'a dit, «[l']intimé n'a présenté aucune preuve permettant d'expliquer pourquoi les enfants adoptés devraient

or security, whereas biological children need not.”⁶ The Tribunal found that Mrs. McKenna herself was sufficiently affected by the practice to qualify as a “victim” under the legislation and granted citizenship to her daughters as a remedy for that discrimination. As well, it was ordered that the respondent cease the discriminatory practice of applying the sections of the Act, including paragraph 5(2)(a) thereof, so as to discriminate against children adopted by Canadian citizens. Finally, the respondent was ordered to consult with the Human Rights Commission with respect to the measures ordered.

[16] In an application for judicial review to the Federal Court Trial Division, the decision of the Tribunal was overturned. The Motions Judge, in a decision dated December 8, 1994, found, *inter alia*, that there was no discrimination because all children born outside Canada to non-citizens were treated identically. She also found, in *obiter*, that there was a breach of natural justice in that the respondent did not have sufficient notice that the requirements of paragraph 5(2)(a) of the *Citizenship Act* were to come under the scrutiny of the Tribunal. The Motions Judge stated:

I have determined that there was a failure of natural justice which appears to have occurred because the issues were never adequately identified or defined. The complainant did not refer to a section of the *Citizenship Act* in her complaint. The text of the complaint focuses on automatic citizenship and the daughters’ ineligibility for citizenship as of right.⁷

Finally, the Motions Judge found that the Tribunal had erred in granting a remedy in favour of the daughters, as they did not qualify as victims under paragraph 40(5)(c) of the *Canadian Human Rights Act*.

[17] In my view the appeal must be allowed. I agree with the result reached by the Tribunal, however, I am not in accord with certain reasons offered by Ms.

faire l’objet d’un examen préliminaire aux fins de la citoyenneté pour des raisons liées à la santé, à la criminalité ou à la sécurité, tandis que les enfants biologiques ne seraient pas astreints à des exigences de cette nature»⁶. Le Tribunal a conclu que M^{me} McKenna elle-même était suffisamment touchée par l’acte discriminatoire pour être considérée comme une «victime» en vertu de la loi et il a attribué la citoyenneté aux filles en tant que réparation. De plus, il a ordonné à l’intimé de cesser la pratique discriminatoire que constitue l’application des dispositions de la Loi, notamment l’alinéa 5(2)a), de façon à faire une distinction à l’égard des enfants adoptés par les citoyens canadiens. Enfin, il a été ordonné à l’intimé de consulter la Commission des droits de la personne au sujet des mesures ordonnées.

[16] À la suite d’une demande de contrôle judiciaire présentée devant la Section de première instance de la Cour fédérale, la décision du Tribunal a été infirmée. Dans une décision datée du 8 décembre 1994, le juge des requêtes a entre autres conclu à l’absence de discrimination parce que tous les enfants nés à l’étranger de parents qui ne sont pas des citoyens canadiens sont traités de la même façon. Le juge des requêtes a également conclu, dans le cadre d’une opinion incidente, qu’il y avait eu violation de la justice naturelle en ce sens que l’intimé n’avait pas été avisé d’une façon adéquate que les exigences de l’alinéa 5(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté* devaient être examinées par le Tribunal. Voici ce que le juge des requêtes a dit:

J’ai conclu qu’il y a eu violation de la justice naturelle qui paraît être survenue parce que les questions litigieuses n’ont jamais été identifiées ou définies de façon adéquate. Dans sa plainte, la plaignante n’a mentionné aucun article de la *Loi sur la citoyenneté*. Le texte de la plainte met l’accent sur la citoyenneté automatique et l’inéligibilité des filles à la citoyenneté de plein droit⁷.

Enfin, le juge des requêtes a conclu que le Tribunal avait commis une erreur en accordant une réparation aux filles, étant donné que celles-ci n’étaient pas des victimes en vertu de l’alinéa 40(5)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[17] À mon avis, l’appel doit être accueilli. Je souscris au résultat auquel le Tribunal est arrivé, mais je ne souscris pas à certains motifs énoncés par

Mactavish. There was much confusion before the Tribunal as to what section of the Act was under consideration. Section 3 of the Act separates adopted children from natural born children and has the effect of forcing them into the naturalization stream in order to obtain citizenship. Paragraph 5(2)(a) of the Act then imposes the extra requirements on those children in the way of qualification for permanent residency under the *Immigration Act*. Ms. Mactavish made findings that the requirements of paragraph 5(2)(a) lacked a *bona fide* justification save for the condition of proving the legitimacy of the adoption. However, it is not paragraph 5(2)(a) that is really in issue here. The complaint made by Mrs. McKenna was that section 3 discriminated against her because it had the effect of differentiating between her adopted children and her natural children. It was an error on the part of the Tribunal to make any finding with respect to paragraph 5(2)(a), and indeed if that section were relevant to this proceeding it might be necessary to send it back to the Tribunal for a redetermination. This is because the Minister was not given notice that that section was on trial. The confusion on this matter seems to arise in great part through the somewhat confused manner in which the case was presented, both before the Tribunal and in the Trial Division, but not in this Court. For that we are indebted to the fine submissions of counsel for all parties as well as the intervenor, the Adoption Council of Canada.

[18] As will be seen, the Minister's argument requires us to accept that because there is a problem with fraudulent adoptions, therefore the provisions of paragraph 5(2)(a) are appropriate measures to deal with that problem, and therefore it is the practice of applying the provisions of paragraph 5(2)(a) to adopted children that is the "discriminatory practice" in question. However, the discriminatory practice in question is not in applying the provisions of paragraph 5(2)(a), but in diverting the adopted children away from section 3, where they would be granted automatic citizenship.

M^{me} Mactavish. Il y avait énormément de confusion devant le Tribunal en ce qui concerne la disposition de la Loi qui était examinée. L'article 3 de la Loi fait une distinction entre les enfants biologiques et les enfants naturels et a pour effet d'obliger les enfants adoptés à se faire naturaliser afin d'obtenir la citoyenneté. L'alinéa 5(2)a) de la Loi impose ensuite des exigences additionnelles aux enfants adoptés en ce sens qu'ils doivent être admis à titre de résidents permanents en vertu de la *Loi sur l'immigration*. M^{me} Mactavish a conclu que les exigences prévues à l'alinéa 5(2)a) n'étaient pas fondées sur un motif justifiable sauf en ce qui concerne la condition selon laquelle il fallait prouver que l'adoption avait légitimement eu lieu. Toutefois, ce n'est pas l'alinéa 5(2)a) qui est en cause dans ce cas-ci. La plainte de M^{me} McKenna était fondée sur ce que l'article 3 faisait une distinction illicite à son égard parce qu'il avait pour effet de défavoriser ses filles adoptives par rapport à ses enfants biologiques. Le Tribunal a commis une erreur en tirant une conclusion à l'égard de l'alinéa 5(2)a) et de fait si cette disposition était pertinente aux fins qui nous occupent, il serait peut-être nécessaire de renvoyer l'affaire au Tribunal pour nouvelle décision étant donné que le ministre n'a pas été avisé que cette disposition était en cause. La confusion qui régnait sur ce point semble être en bonne partie attribuable à la façon dont la preuve a été présentée tant devant le Tribunal que devant la Section de première instance. Le problème ne s'est pas posé devant cette Cour, et ce, grâce aux arguments forts valables que les avocats des parties ainsi que l'intervenant, soit l'Adoption Council of Canada, ont présentés.

[18] Comme nous le verrons, l'argument du ministre exige que nous reconnaissons que, parce que les adoptions frauduleuses posent un problème, les dispositions de l'alinéa 5(2)a) constituent des mesures appropriées en vue de régler ce problème, et que c'est donc l'habitude d'appliquer aux enfants adoptés les dispositions de l'alinéa 5(2)a) qui donne lieu à «l'acte discriminatoire» en question. Toutefois, cet acte discriminatoire ne consiste pas à appliquer les dispositions de l'alinéa 5(2)a), mais à empêcher les enfants adoptés de se prévaloir de l'article 3, en vertu duquel la citoyenneté leur serait attribuée automatiquement.

[19] This confusion stems in part from an ambiguity in determining the comparison groups in this case. The Minister is assuming for the sake of his argument that the comparison group is “children born to non-citizens”. The McKennas assume that the comparison group is “children whose parents are Canadian citizens”. The difference is crucial. In the first case paragraph 5(2)(a) applies to all those children born to non-citizens, and therefore there is no discrimination. In the second case one group of children is subjected to a more onerous process, and therefore there is discrimination. If the Minister’s position were correct then no justification would need to be given, for there would be nothing which constituted a discriminatory practice. Therefore, even in that case the provisions of paragraph 5(2)(a) would not be in issue. However, if the relevant comparison group is that suggested by the McKennas—a position I agree with—then there is a discriminatory practice which must be justified to be allowed to stand. In that case again, the provisions of paragraph 5(2)(a) are not relevant, because the question is not “why are these children subject to naturalization” but rather “why are these children not automatically citizens?” This reasoning mirrors that of Iacobucci J. in *Benner v. Canada (Secretary of State)*⁸ where, in the context of a section 1 constitutional argument, he wrote:

The respondent submitted that requiring an oath and a security check are perfectly rational ways of ensuring that those who become citizens share our commitment to Canada and that they do not pose a threat to national security. Linden J.A. accepted this argument in the Federal Court of Appeal. With respect, I must disagree. The relevant question is whether the discrimination is rationally connected to the legislative objectives. We must therefore ask not whether it is reasonable to demand that prospective citizens swear an oath and undergo a security check before being granted citizenship, but whether it is reasonable to make these demands only of children of Canadian mothers, as opposed to those of Canadian fathers. There is clearly no inherent connection between this distinction and the desired legislative objectives: children of Canadian mothers are not in and of themselves less committed or more dangerous than those of Canadian fathers.⁹

[19] La confusion est en partie attribuable à la façon ambiguë dont les groupes de référence ont été définis dans ce cas-ci. Aux fins de son plaidoyer, le ministre suppose que le groupe de référence est composé des «enfants nés de parents qui ne sont pas citoyens canadiens». Les McKenna présument que le groupe de référence est composé des «enfants dont les parents sont citoyens canadiens». Il s’agit d’une différence cruciale. Dans le premier cas, l’alinéa 5(2)a) s’applique à tous les enfants nés de parents qui ne sont pas citoyens canadiens et, par conséquent, il n’y a pas de discrimination. Dans le second cas, un groupe d’enfants est assujéti à une procédure beaucoup plus rigoureuse, de sorte qu’il y a discrimination. Si la position prise par le ministre était exacte, il ne serait pas nécessaire de fournir une justification, car il n’y aurait rien qui soit susceptible de constituer un acte discriminatoire. Par conséquent, même dans ce cas-là, les dispositions de l’alinéa 5(2)a) ne seraient pas en litige. Toutefois, si le groupe de référence pertinent est celui que les McKenna ont proposé—position à laquelle je souscris—il existe un acte discriminatoire qui, afin de pouvoir être maintenu, doit être justifié. En pareil cas, les dispositions de l’alinéa 5(2)a) ne sont pas pertinentes, parce qu’il ne s’agit pas de savoir «pourquoi ces enfants doivent se faire naturaliser», mais plutôt «pourquoi ces enfants ne sont pas automatiquement citoyens canadiens». Ce raisonnement est conforme aux remarques que le juge Iacobucci a faites dans l’arrêt *Benner c. Canada (Secrétaire d’État)*⁸ où, dans le contexte de l’article premier de la Charte, il a dit ceci:

L’intimé a soutenu que l’obligation de prêter serment et celle de se soumettre à une enquête de sécurité sont des moyens parfaitement rationnels de s’assurer que les personnes qui deviennent citoyens canadiens partagent notre engagement envers le Canada et qu’elles ne constituent pas une menace pour la sécurité nationale. Le juge Linden de la Cour d’appel fédérale a retenu cet argument. En toute déférence, je dois exprimer mon désaccord. La question pertinente est celle de savoir si la discrimination a un lien rationnel avec les objectifs législatifs. Nous devons donc nous demander non pas s’il est raisonnable de demander aux éventuels citoyens de prêter serment et de se soumettre à une enquête de sécurité avant de leur attribuer la citoyenneté, mais plutôt s’il est raisonnable de l’exiger uniquement des enfants nés d’une mère canadienne, et non de ceux nés d’un père canadien. Il n’y a manifestement aucun lien inhérent entre cette distinction et les objectifs législatifs poursuivis: les enfants nés d’une mère canadienne ne sont

[20] The main issue, then, is whether section 3 of the *Citizenship Act* discriminates against adopted children and their parents and, if so, whether a *bona fide* justification for that discrimination exists in accordance with paragraph 15(g) of the *Canadian Human Rights Act*. In my opinion there is clearly discrimination and there is no *bona fide* justification for that discrimination. It will be seen that, once this main issue is decided, the other issues can be resolved without difficulty.¹⁰

Adoption in Context

[21] In the past, adopted children and their parents have met with great difficulty in the effort to obtain the same rights available to non-adopted children. In many areas it has taken the law, and society, a long time to realize that adopted children are as legitimate as natural born children. In many contexts adopted children have often been stigmatized as not being “real” children, either explicitly or by the denial of rights that accrue naturally to those who are not adopted.

[22] These problems are clearly seen in the law of succession and estates. The right of a person to inherit the property of their relatives is fundamental in our culture. Originally, despite legislation which promised that adopted children were to be for all legal purposes the same as children born naturally to their parents, adopted children were barred from intestate succession from all adoptive kin other than their parents. Parents automatically passed on to their biological children inheritance rights which did not pass on automatically to their adopted children. For example, *The Child Welfare Act*, R.S.A. 1955, c. 39, section 83 provided that an adopted child was “for all intents and purposes the child of the adopter”, but subsection 84(1) restricted the right of inheritance upon intestacy to the adoptive parent only and to no other kin. This provision was typical of the adoption legislation of the time.¹¹

pas, par nature, moins engagés envers le pays ou plus dangereux que ceux nés d’un père canadien⁹.

[20] Il s’agit donc principalement de savoir si l’article 3 de la *Loi sur la citoyenneté* crée une distinction illicite à l’égard des enfants adoptés et de leurs parents et, dans l’affirmative, s’il existe un motif justifiable conformément à l’alinéa 15g) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. À mon avis, il y a clairement discrimination, et ce, sans motif justifiable. Comme nous le verrons, une fois que la question principale est réglée, les autres questions peuvent également l’être facilement¹⁰.

Le contexte dans lequel s’inscrit l’adoption

[21] Par le passé, les enfants adoptés et leurs parents avaient énormément de difficulté à obtenir les mêmes droits que les enfants non adoptés. Dans de nombreux domaines, il a fallu au droit, et à la société, énormément de temps pour se rendre compte que les enfants adoptés sont aussi légitimes que les enfants biologiques. On stigmatisait bien souvent les enfants adoptés parce qu’ils n’étaient pas de «véritables» enfants, que ce soit expressément ou en leur déniaient des droits que les enfants non adoptés acquièrent naturellement.

[22] Ces problèmes se manifestent d’une manière évidente dans le domaine du droit des successions. Le droit que possède une personne d’hériter des biens de membres de sa famille est un droit fondamental dans notre culture. Initialement, la législation prévoyait que les enfants adoptés devaient pour l’application de la loi être considérés comme des enfants biologiques, mais ces enfants ne pouvaient pas hériter *ab intestat* des biens de membres de la famille adoptive autres que leurs parents. Les parents transmettaient automatiquement à leurs enfants biologiques des droits de succession qui n’étaient pas transmis automatiquement à leurs enfants adoptifs. Ainsi, *The Child Welfare Act*, R.S.A. 1955, ch. 39, article 83, prévoyait que l’enfant adopté était [TRADUCTION] «à toutes fins utiles, l’enfant du parent adoptif», mais en vertu du paragraphe 84(1), cet enfant pouvait uniquement hériter *ab intestat* des biens du parent adoptif et non de ceux des autres membres de la famille. Il s’agissait d’une disposition typique, en ce qui concerne la législation de l’époque¹¹.

[23] Typical of the earlier prejudiced view against adopted children was also *Clement Estate, Re*.¹² In that case the provisions of a will directed that the estate be left to the "issue" of the testator's sister upon the death of the sister, though contingent on a number of conditions. The plaintiffs were the children of the testator's sister's adopted child. The adopted child died in 1936, at a time when the law in Ontario only allowed adopted children to take under the will of their adoptive parent. Judson J., for the majority, found that the law in effect on January 1, 1960 (the date of the life tenant's death (the sister)) could not have the effect of giving the sister's adopted child rights under her brother's will. Locke J. (concurring), was more direct. He found that the will spoke of "issue" of the sister. Therefore:

There were no such children. The adopted daughter, Margaret Jukes Gordon, was not born of the body of Edith Maud Gordon and, accordingly, she, if living, could have no claim and her children have none.¹³

The law at that time unfairly viewed the adopted child as somehow different from children who had been born to their parents.

[24] Similarly, other areas of the law have been slow to acknowledge the equal stature of adopted children as full and real children of their adoptive parents. Likewise, the law has been slow to see the adoptive parent as a full and real parent to the child. For example, section 155 of the *Criminal Code*¹⁴ deals with the crime of incest, an element of which is that the victim must be related by blood. This is so despite the fact that what repulses us about the act is not so much the consanguinity of the relationship (indeed, it is not an offence if the blood relationship is unknown), but the violation of the trust position that a parent has in relation to the child. Thus, it may surprise one to learn that, by the terms of section 155, it is not incest to engage in a sexual relationship with an adopted child.

[25] This same legal blindness has existed until recently in the area of labour law. For many years

[23] L'arrêt *Clement Estate, Re*¹² montre également d'une façon caractéristique les préjugés dont étaient victimes les enfants adoptifs par le passé. Dans cette affaire-là, le testament stipulait que les biens devaient être légués à certaines conditions à la «postérité» de la sœur du testateur au moment du décès de cette dernière. Les demandeurs étaient les enfants de la fille adoptive de la sœur du testateur. Cette fille adoptive était décédée en 1936, à une époque où la législation de l'Ontario ne conférait un droit de succession aux enfants adoptés qu'en vertu du testament de leur parent adoptif. Le juge Judson, au nom de la majorité, a conclu que le droit, tel qu'il était en vigueur le 1^{er} janvier 1960 (soit à la date du décès de la titulaire de domaine viager (la sœur)), ne pouvait pas avoir pour effet de conférer des droits à la fille adoptive en vertu du testament du frère de cette dernière. Le juge Locke (qui a prononcé des motifs concourants) a été plus direct. Il a conclu que le testament parlait de la «postérité»:

[TRADUCTION] Il n'y avait pas de tels enfants. La fille adoptive, Margaret Jukes Gordon, n'était pas l'enfant biologique d'Edith Maud Gordon et, si elle avait été vivante, elle n'aurait eu aucun droit et ses enfants n'en ont aucun eux non plus¹³.

À ce moment-là, l'enfant adopté était d'une façon inéquitable considéré en droit comme étant d'une certaine façon différent des enfants biologiques.

[24] De même, dans d'autres branches du droit, on a tardé à mettre sur le même pied les enfants adoptés et les enfants nés des parents qui avaient effectué l'adoption. On a également tardé à considérer le parent adoptif comme étant le véritable parent de l'enfant adopté. Ainsi, l'article 155 du *Code criminel*¹⁴ traite de l'inceste, dont un élément est que la victime doit être liée par les liens du sang à l'infraction, et ce, bien que l'inceste soit dégoûtant non pas tant à cause de la relation consanguine (de fait, aucune infraction n'est commise si l'existence des liens du sang n'est pas connue), mais parce que le parent trahit la confiance de son enfant. Il peut donc être surprenant d'apprendre qu'aux termes de l'article 155, le fait d'avoir des rapports sexuels avec un enfant adopté ne constitue pas de l'inceste.

[25] En droit du travail, cette attitude aveugle a existé jusqu'à récemment. Pendant bien des années,

after provincial labour law standards accommodated biological mothers with leave from work during pregnancy and childbirth, adoptive mothers received no leave on account of an adoptive placement. In *Schafer v. Canada (Attorney General)*¹⁵ Cameron J. at trial discussed the history of labour standards:

Prior to 1984 only two jurisdictions provided adoptive parents with parental leave and job protection under employment standards legislation. In 1984 the *Canada Labour Code* was amended to give both non-adoptive and adoptive parents 24 weeks of unpaid leave. Biological mothers always received 17 weeks of maternity leave. By 1986 most Canadian jurisdictions still lacked parental leave for adoptive parents in their labour standards legislation. Ontario did not grant parental leave to adoptive parents until 1990.¹⁶

This situation persisted even though provincial authorities often demanded that new parents remain home for at least six months after a placement.

[26] The general tenor of this history is that in the past adopted children have been regarded as “second best”, and adoptive parents have not been seen as “real” parents. But in recent years there has been a great deal of momentum toward a more sensitive and humane attitude. In many areas, the law has begun to treat adoptive parents and children with much the same respect accorded to their non-adoptive peers. In the area of labour law, many of the benefits that were once available only to birth parents are now given to adoptive parents as well.¹⁷ We now treat adopted children, it will be seen, in much the same way as birth children. Any social stigma that still exists is a carryover from older days and older attitudes.

[27] The Canadian treatment of adopted children in the context of citizenship is one of these carryovers. It is interesting to note that in other jurisdictions, the rights of adopted children have taken a similar step forward. American and British law both provide citizen parents residing abroad with an expedited way

les normes de travail provinciales accordaient aux mères biologiques un congé pendant leur grossesse et après la naissance de leur enfant, mais les mères adoptives ne se voyaient accorder aucun congé par suite de l’adoption. Dans la décision *Schafer v. Canada (Attorney General)*¹⁵, le juge Cameron, en première instance, a examiné l’historique des normes de travail:

[TRADUCTION] Avant 1984, la législation sur les normes d’emploi n’accordait aux parents adoptifs un congé parental et ne protégeait leur emploi que dans deux ressorts. En 1984, le *Code canadien du travail* a été modifié de façon à accorder aux parents biologiques et aux parents adoptifs 24 semaines de congé non payé. Les mères biologiques obtenaient toujours un congé de maternité de 17 semaines. En 1986, dans la plupart des provinces et territoires du Canada, la législation sur les normes de travail n’accordait toujours pas de congé parental aux parents adoptifs. L’Ontario n’a accordé pareil congé aux parents adoptifs qu’en 1990¹⁶.

Cette situation s’est maintenue même si les autorités provinciales exigeaient souvent que les nouveaux parents restent chez eux pendant au moins six mois, après l’adoption.

[26] D’une façon générale, l’historique montre que par le passé, on estimait que les enfants adoptés étaient un «second choix», et que les parents adoptifs n’étaient pas de «véritables» parents. Cependant, au cours des dernières années, il y a eu une évolution marquée et une attitude plus sensible et plus humaine a été adoptée. Dans de nombreux domaines, le droit a commencé à traiter les parents adoptifs et les enfants adoptés avec autant de respect que leurs homologues non adoptés. En droit du travail, un grand nombre des avantages qui étaient autrefois accordés uniquement aux parents biologiques sont maintenant également reconnus aux parents adoptifs¹⁷. Comme nous le verrons, les enfants adoptés sont maintenant traités à peu près de la même façon que les enfants biologiques. Tout stigmate social qui existe encore nous vient du passé et des anciennes attitudes.

[27] La façon dont les enfants adoptés sont traités au Canada dans le contexte de la citoyenneté nous vient également du passé. Il est intéressant de noter qu’ailleurs, les droits des enfants adoptés ont également évolué en faveur de ceux-ci. Selon le droit américain et le droit britannique, les citoyens qui résident à

to seek citizenship for their foreign-born adopted children. None of these regimes requires the adopted child to be established as a qualified immigrant and go through the full process of naturalization. British law permits citizen parents to register their foreign-born minor adopted children as citizens without a medical or residency requirement.¹⁸ Where the British provisions are discretionary, in the United States citizenship must be granted to the adopted child where the parent or grandparent meet the residency requirement.¹⁹ Each country has its limitations, but each is less strict than Canadian law. Canada insists that a child adopted by a citizen abroad submit to the same stringent requirements as other foreign nationals.

l'étranger peuvent utiliser une procédure accélérée en vue de demander la citoyenneté pour leurs enfants adoptés nés à l'étranger. Aucun de ces régimes n'exige que l'enfant adopté soit admis à titre d'immigrant et se fasse naturaliser. Le droit britannique permet aux citoyens du pays d'inscrire à titre de citoyens leurs enfants adoptés mineurs nés à l'étranger sans aucune exigence médicale et sans aucune exigence relative à la résidence¹⁸. Les dispositions du droit britannique sont de nature discrétionnaire, mais aux États-Unis, la citoyenneté doit être attribuée à l'enfant adopté si le parent ou le grand-parent satisfait aux exigences relatives à la résidence¹⁹. Chaque pays impose ses propres restrictions, mais dans tous les cas, celles-ci sont moins strictes qu'en droit canadien. Le Canada insiste pour que l'enfant adopté à l'étranger par un citoyen satisfasse aux mêmes exigences rigoureuses que les autres ressortissants étrangers.

[28] International treaties also recognize the rights of adopted children and make provisions for their equal treatment. For example, Article 21 of the *Convention on the Rights of the Child* [November 20, 1989, [1992] Can. T.S. No. 3] provides:

Article 21

States Parties that recognize and/or permit the system of adoption shall ensure that the best interests of the child shall be the paramount consideration and they shall:

(a) Ensure that the adoption of a child is authorized only by competent authorities who determine, in accordance with applicable law and procedures and on the basis of all pertinent and reliable information, that the adoption is permissible in view of the child's status concerning parents, relatives and legal guardians and that, if required, the persons concerned have given their informed consent to the adoption on the basis of such counselling as may be necessary;

(b) Recognize that inter-country adoption may be considered as an alternative means of child's care, if the child cannot be placed in a foster or an adoptive family or cannot in any suitable manner be cared for in the child's country of origin;

(c) Ensure that the child concerned by inter-country adoption enjoys safeguards and standards equivalent to those existing in the case of national adoption;

[28] Les traités internationaux reconnaissent également les droits des enfants adoptés et renferment des dispositions prévoyant un traitement égal. Ainsi, l'article 21 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* [20 novembre 1989, [1992] R.T. Can n° 3] prévoit ceci:

Article 21

Les États parties qui admettent et/ou autorisent l'adoption s'assurent que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale en la matière, et:

a) Veillent à ce que l'adoption d'un enfant ne soit autorisée que par les autorités compétentes, qui vérifient, conformément à la loi et aux procédures applicables et sur la base de tous les renseignements fiables relatifs au cas considéré, que l'adoption peut avoir lieu eu égard à la situation de l'enfant par rapport à ses père et mère, parents et représentants légaux et que, le cas échéant, les personnes intéressées ont donné leur consentement à l'adoption en connaissance de cause, après s'être entourées des avis nécessaires;

b) Reconnassent que l'adoption à l'étranger peut être envisagée comme un autre moyen d'assurer les soins nécessaires à l'enfant, si celui-ci ne peut, dans son pays d'origine, être placé dans une famille nourricière ou adoptive ou être convenablement élevé;

c) Veillent, en cas d'adoption à l'étranger, à ce que l'enfant ait le bénéfice de garanties et de normes équivalant à celles existant en cas d'adoption nationale;

(d) Take all appropriate measure to ensure that, in inter-country adoption, the placement does not result in improper financial gain for those involved in it;

(e) Promote, where appropriate, the objectives of the present article by concluding bilateral or multilateral arrangements or agreements, and endeavour, within this framework, to ensure that the placement of the child in another country is carried out by competent authorities or organs.²⁰

The attention paid to the problems encountered by the adopted child underscores the advances made in recent years towards creating a world where the adopted child is treated equally to the non-adopted child.

Adoption Law Today

[29] Nowadays, reflective of the developments around the world, as soon as the law recognizes that a person has been legally adopted, there can thereafter be no distinction between that person and one who was not adopted. Where a child has lawfully become the child of another person through adoption, the rights of that child are indistinguishable from the rights of any other child. As well, a person who has adopted a child, now has rights and obligations *vis-à-vis* that child that are indistinguishable from the rights and obligations of any other parent. The legal relationship between the adoptive parent and the adopted child is identical to that which exists between a parent and a biological child.

[30] Today, and at the time that Mrs. McKenna applied for citizenship for her daughters, both Irish and Canadian provincial laws required that adopted children be treated as though they were the biological children of their parents. For example, the Ontario *Child and Family Services Act*,²¹ states:

158. . . .

(2) For all purposes of law, as of the date of the making of an adoption order,

- (a) the adopted child becomes the child of the adoptive parent and the adoptive parent becomes the parent of the adopted child; and

(d) Prennent toutes les mesures appropriées pour veiller à ce que, en cas d'adoption à l'étranger, le placement de l'enfant ne se traduise pas par un profit matériel indu pour les personnes qui en sont responsables;

(e) Poursuivent les objectifs du présent article en concluant des arrangements ou des accords bilatéraux ou multilatéraux, selon le cas, et s'efforcent dans ce cadre de veiller à ce que les placements d'enfants à l'étranger soient effectués par des autorités ou des organes compétents²⁰.

L'attention qui est portée aux problèmes auxquels fait face l'enfant adopté montre les progrès réalisés au cours des dernières années lorsqu'il s'est agi de créer un monde dans lequel l'enfant adopté est traité de la même façon que l'enfant biologique.

Le droit contemporain de l'adoption

[29] De nos jours, par suite des progrès accomplis partout au monde, dès que le droit reconnaît qu'une personne a été légalement adoptée, aucune distinction ne peut plus être faite entre cette personne et la personne qui n'a pas été adoptée. Lorsqu'un enfant est légalement devenu l'enfant d'une autre personne au moyen de l'adoption, ses droits sont les mêmes que ceux de tout autre enfant. De plus, la personne qui adopte un enfant a maintenant les mêmes droits et les mêmes obligations à l'égard de celui-ci que ceux d'un autre parent. Le rapport juridique existant entre le parent adoptif et l'enfant adopté est identique à celui qui existe entre le parent et l'enfant biologique.

[30] À l'heure actuelle, et au moment où M^{me} McKenna a demandé la citoyenneté pour ses filles, la législation irlandaise et les lois provinciales canadiennes exigeaient que les enfants adoptés soient traités comme s'ils étaient des enfants biologiques. Ainsi, la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*²¹ de l'Ontario prévoit ce qui suit:

158. [. . .]

(2) À compter de la date à laquelle est rendue une ordonnance d'adoption et à toutes les fins de la loi:

- a) l'enfant adopté devient l'enfant du père adoptif ou de la mère adoptive et cette personne devient le père ou la mère de l'enfant;

- (b) the adopted child ceases to be the child of the person who was his or her parent before the adoption order was made and that person ceases to be the parent of the adopted child, except where the person is the spouse of the adoptive parent,

as if the adopted child had been born to the adoptive parent.

[31] Some of the provincial legislative provisions proclaim even more strongly that the adopted child is in every way identical to a child born naturally to his or her parents. In Saskatchewan, for example, *The Family Services Act*,²² provides for the effect of the adoption order:

60. . . .

(2) Except as provided in clause (a) of subsection (3), the order shall:

. . .

- (b) make the child for all purposes the child of the adopting parent as though the child were a child born to the adopting parent in lawful wedlock.

For all purposes, therefore, an adopted child is legally identical to a child born to his or her parents. The law in each of the other provinces is equally unequivocal.²³ An adoption creates the legal fiction that a child was born to his or her adoptive parents.

[32] This language is unmistakable and perfectly logical. If the rights of the adopted child are not identical to those of the biological child then a legal vacuum would be created. What legal regime would govern the rights of the adopted child? What would the relationship between the parent and the child consist of in legal terms? These questions would require legislative answers, as adoption is unknown to the common law. The simple and logical legislative answer is that there can be no legal differentiation between the two groups. The law in all the provinces and territories of Canada is very simple, straightforward and humane: adopted children are identical to birth children in the eyes of the law.

[33] As well, Irish law provides that a reference to a child under any Act of the Oireachtas includes an

- b) l'enfant adopté cesse d'être l'enfant de la personne qui était son père ou sa mère avant l'ordonnance d'adoption, et cette personne cesse d'être son père ou sa mère, sauf si cette personne est le conjoint du père adoptif ou de la mère adoptive,

comme si l'enfant adopté était né du père adoptif ou de la mère adoptive.

[31] Certaines dispositions législatives provinciales proclament d'une façon encore plus ferme l'égalité entre l'enfant adopté et l'enfant biologique. Ainsi, en Saskatchewan, *The Family Services Act*²² énonce les effets de l'ordonnance d'adoption:

[TRADUCTION]

60. [. . .]

(2) Sauf indication contraire à l'alinéa (3)a), l'ordonnance:

[. . .]

- b) fait à toutes fins utiles de l'enfant l'enfant du parent adoptif comme s'il était un enfant issu du mariage légitime du parent adoptif.

À toutes fins utiles, l'enfant adopté est donc l'égal de l'enfant biologique sur le plan juridique. La législation de chacune des autres provinces est tout aussi claire²³. L'adoption crée une présomption de droit voulant que l'enfant soit né de ses parents adoptifs.

[32] La législation est tout à fait claire et parfaitement logique. Si les droits de l'enfant adopté n'étaient pas identiques à ceux de l'enfant biologique, un vide juridique serait créé. Quel régime légal s'appliquerait aux droits de l'enfant adopté? Quelle serait la relation entre le parent et l'enfant sur le plan juridique? Ces questions devraient être réglées par la voie législative, puisque l'adoption n'existe pas en common law. La solution législative simple et logique est qu'il ne peut y avoir aucune distinction juridique entre les deux groupes. La législation des provinces et territoires du Canada est fort simple et humaine: au regard de la loi, les enfants adoptés sont les égaux des enfants biologiques.

[33] De plus, la législation irlandaise prévoit que la notion d'enfant dans toute loi du parlement (Oireach-

adopted child.²⁴ I also note that most provincial legislation provides that where a child has been adopted in another jurisdiction (whether it be another province or another country) that child is deemed to have been adopted according to the laws of the province so long as the adoption has taken place according to local laws.²⁵ The only exceptions are Manitoba, British Columbia and Quebec, each of which require that the extra-jurisdictional adoption has taken place according to laws that are substantially the same as their own provincial law.²⁶ If we are to give effect to the language and the philosophy of the legislation of every province of Canada, then any distinctions between adopted children and non-adopted children have to be recognized as unacceptable.

The Approach to Human Rights Legislation

[34] In the past, as we have seen, adopted children have been treated as some sort of legal anomaly, with their rights given less respect than the rights of biological children, but all that has now changed by provincial laws which recognize their equal status. Human rights legislation must have an impact on the treatment of adopted children. In the same way, the spirit of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, though it is not being invoked in this case, cannot be ignored. We should allow its light to illuminate our thinking in this as well as all other areas of the law.

[35] In determining whether discrimination has occurred in this case, one must begin with the words of Chief Justice Dickson in *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)* [hereinafter] *Action Travail des Femmes*:²⁷

Human rights legislation is intended to give rise, amongst other things, to individual rights of vital importance, rights capable of enforcement, in the final analysis, in a court of law. I recognize that in the construction of such legislation the words of the Act must be given their plain meaning, but it is equally important that the rights enunciated be given their full recognition and effect. We should not search for ways and means to minimize those rights and to enfeeble

tas) comprend l'enfant adopté²⁴. Je remarque également que dans la plupart des lois provinciales, l'enfant adopté dans un autre ressort (qu'il s'agisse d'une autre province ou d'un autre pays) est réputé avoir été adopté conformément aux lois de la province dans la mesure où l'adoption a été effectuée conformément à la législation locale²⁵. Les seules exceptions sont le Manitoba, la Colombie-Britannique et le Québec, où l'adoption doit avoir été effectuée conformément à des lois à peu près identiques à celles qui existent dans la province en cause²⁶. Pour donner effet au libellé et à la philosophie de la législation de chaque province canadienne, il faut reconnaître que toute distinction entre les enfants adoptés et les autres enfants n'est pas tenable.

L'approche adoptée en matière de droits de la personne

[34] Comme nous l'avons vu, l'adoption a par le passé été considérée comme un genre d'anomalie sur le plan juridique, et les droits des enfants adoptés étaient moins respectés que ceux des enfants biologiques, mais la situation a maintenant entièrement changé grâce aux lois provinciales qui reconnaissent un statut égal aux enfants adoptés. La législation sur les droits de la personne doit avoir un effet sur la façon de traiter les enfants adoptés. De la même façon, bien que la *Charte canadienne des droits et libertés* n'ait pas été invoquée en l'espèce, on ne saurait omettre de tenir compte de son esprit. Il faut laisser la Charte nous éclairer dans ce domaine ainsi que dans toutes les autres branches du droit.

[35] Pour déterminer s'il y a eu discrimination dans ce cas-ci, il faut commencer par les remarques que le juge en chef Dickson a faites dans l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* [ci-après appelée] *Action Travail des Femmes*²⁷:

La législation sur les droits de la personne vise notamment à favoriser l'essor des droits individuels d'importance vitale, lesquels sont susceptibles d'être mis à exécution, en dernière analyse, devant une cour de justice. Je reconnais qu'en interprétant la Loi, les termes qu'elle utilise doivent recevoir leur sens ordinaire, mais il est tout aussi important de reconnaître et de donner effet pleinement aux droits qui y sont énoncés. On ne devrait pas chercher par toutes sortes

their proper impact. Although it may seem commonplace, it may be wise to remind ourselves of the statutory guidance given by the federal *Interpretation Act* which asserts that the statutes are deemed to be remedial and are thus to be given such fair, large and liberal interpretation as will best ensure that their objects are attained.²⁸

[36] This attitude is consistent with the words of McIntyre J. in *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*²⁹ where he discussed human rights legislation in general and the *Ontario Human Rights Code* [R.S.O. 1980, c. 340] in particular:

Legislation of this type is of a special nature, not quite constitutional but certainly more than the ordinary—and it is for the courts to seek out its purpose and give it effect.³⁰

Similarly in *Dickason v. University of Alberta*,³¹ L'Heureux-Dubé J. commented that “Once in place, laws which seek to protect individuals from discrimination acquire a quasi-constitutional status, which gives them preeminence over ordinary legislation”.³² These *dicta* urge us to approach the application of the *Canadian Human Rights Act* with its purpose in mind. The quasi-constitutional nature of this type of legislation implies that it has a sort of supervisory role which should not be eclipsed without good reason.

Discrimination

[37] The classic definition of discrimination comes from the decision of McIntyre J. in *Andrews v. Law Society of British Columbia*,³³ the first case decided under section 15 of the Charter. McIntyre J. defined discrimination in these words:

I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal charac-

de façons à les minimiser ou à diminuer leur effet. Bien que cela puisse sembler banal, il peut être sage de se rappeler ce guide qu'offre la *Loi d'interprétation* fédérale lorsqu'elle précise que les textes de loi sont censés être réparateurs et doivent ainsi s'interpréter de la façon juste, large et libérale la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets²⁸.

[36] Cette attitude est conforme aux remarques que le juge McIntyre a faites dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpson-Sears Ltd. et autres*²⁹, où il était question de la législation sur les droits de la personne en général et du *Code ontarien des droits de la personne* [L.R.O. 1980, ch. 340] en particulier:

Une loi de ce genre est d'une nature spéciale. Elle n'est pas vraiment de nature constitutionnelle, mais elle est certainement d'une nature qui sort de l'ordinaire. Il appartient aux tribunaux d'en rechercher l'objet et de le mettre en application³⁰.

De même, dans l'arrêt *Dickason c. Université de l'Alberta*³¹, le juge L'Heureux-Dubé a fait remarquer que «[d]ès qu'elles entrent en vigueur, les lois visant à protéger les personnes contre toute discrimination acquièrent un statut quasi constitutionnel, qui leur donne préséance sur les lois ordinaires»³². Ces opinions incidentes nous incitent à examiner l'application de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* en tenant compte de son but. La nature quasi constitutionnelle de ce genre de législation donne à entendre qu'elle vise à permettre un certain genre de contrôle qu'il ne faudrait pas éliminer sans motif valable.

La discrimination

[37] La définition classique de la discrimination nous vient de la décision que le juge McIntyre a rendue dans l'affaire *Andrews c. Law Society of British Columbia*³³, qui était la première affaire à être tranchée en vertu de l'article 15 de la Charte. Le juge McIntyre a défini la discrimination comme suit:

J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la

teristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.³⁴

[38] A preliminary question is what part of the *Citizenship Act* discriminates against the appellants. It is argued by the Crown that the *Canadian Citizenship Act*, R.S.C. 1970, c. C-19 (the old *Citizenship Act*) is not relevant to the appellant's case because it was replaced in 1977 with the coming into force of the current *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29 (the new *Citizenship Act*). Only the new *Citizenship Act* is relevant to the appellant's claim, it is said, and this Act only provides automatic citizenship to children born abroad to Canadian parents after February 14, 1977. As both children were born before that date, they go on to argue, they cannot possibly obtain citizenship by resorting to that provision. Therefore, they conclude that it is impossible to say that paragraph 3(1)(b) of the new *Citizenship Act* discriminates against them on the ground of family status, as it would not even grant them citizenship had they been born naturally to the McKennas. In my view this argument is not persuasive.³⁵

[39] The relevant point is that it is section 3 of the new *Citizenship Act* which is expressly discriminatory. It is discriminatory because children adopted by Canadian citizens do not automatically acquire Canadian citizenship. This is so because adopted persons are explicitly excluded from the provisions of paragraph 3(1)(b). They are implicitly excluded through paragraph 3(1)(e) of the new *Citizenship Act*, which states that a person is automatically a citizen if that person "was entitled, immediately before February 15, 1977 [the coming into force of this Act], to become a citizen under paragraph 5(1)(b) of the former Act". That paragraph in the old *Citizenship Act*, which has been incorporated into the new *Citizenship Act*, reads:

5. (1) A person born after the 31st day of December 1946 is a natural-born Canadian citizen,

...

(b) if he is born outside of Canada . . . and

société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement³⁴.

[38] Une question préliminaire est de savoir quelle partie de la *Loi sur la citoyenneté* crée une distinction illicite à l'égard des appelantes. Sa Majesté soutient que la *Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.R.C. 1970, ch. C-19 (l'ancienne Loi), n'est pas ici pertinente parce qu'elle a été remplacée, en 1977, lorsque la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29 (la nouvelle Loi), qui s'applique à l'heure actuelle, est entrée en vigueur. Seule la nouvelle Loi est pertinente, est-il allégué, et cette Loi n'attribue automatiquement la citoyenneté qu'aux enfants nés de parents canadiens à l'étranger après le 14 février 1977. Étant donné que les deux enfants sont nées avant cette date, soutiennent, elles ne peuvent pas se prévaloir de cette disposition pour obtenir la citoyenneté. Il est conclu qu'il est donc impossible de dire que l'alinéa 3(1)(b) de la nouvelle Loi crée à leur égard une distinction illicite fondée sur la situation de famille, étant donné qu'elles n'auraient même pas obtenu la citoyenneté si elles avaient été les enfants biologiques des McKenna. À mon avis, cet argument n'est pas convaincant³⁵.

[39] En fait, c'est l'article 3 de la nouvelle Loi qui est expressément discriminatoire, et ce, parce que les enfants adoptés par des citoyens canadiens n'acquerraient pas automatiquement la citoyenneté canadienne. En effet, les personnes adoptées sont expressément exclues de l'application des dispositions de l'alinéa 3(1)(b). Elles sont implicitement exclues au moyen de l'alinéa 3(1)(e) de la nouvelle Loi, qui prévoit qu'une personne est automatiquement citoyenne canadienne si elle était «habile au 14 février 1977, à devenir citoyen aux termes de l'alinéa 5(1)(b) de l'ancienne loi». La disposition en question de l'ancienne Loi, qui a été incorporée dans la nouvelle Loi, se lit comme suit:

5. (1) Une personne née après le 31 décembre 1946 est un citoyen canadien de naissance,

[. . .]

b) si elle est née hors du Canada [. . .] et si

(i) his father, or in the case of a child born out of wedlock, his mother, at the time of that person's birth, is a Canadian citizen

(i) son père ou, dans le cas d'un enfant né hors du mariage, sa mère, au moment de la naissance de cette personne, était un citoyen canadien, [. . .]

Both Acts, therefore, treat adopted children differently than children born to Canadian parents. Under both Acts, a person who is adopted by a Canadian parent is not automatically a Canadian citizen. It is, therefore, section 3 of the new *Citizenship Act* which discriminates, either by the explicit provisions of paragraph 3(1)(b) or by the implicit incorporation of the old *Citizenship Act* by virtue of paragraph 3(1)(e).

Les deux Lois traitent donc les enfants adoptés d'une façon différente des enfants nés de parents canadiens. En vertu des deux Lois, l'enfant adopté par un parent canadien n'est pas automatiquement citoyen canadien. C'est donc l'article 3 de la nouvelle Loi qui crée une distinction, que ce soit au moyen des dispositions expresses de l'alinéa 3(1)b) ou de l'incorporation implicite de l'ancienne Loi en vertu de l'alinéa 3(1)e).

[40] The Trial Judge decided that the "differentiation" between the appellant's sons and daughters in the McKenna family stemmed "from their respective birth places", their adoptions being "beside the point".³⁶ I respectfully disagree. The differentiation between the appellant's sons and daughters is not based only on their birth place; had the sons been born in Ireland they nevertheless would still be Canadian citizens. The differentiation is founded on their different status—birth children as compared with adopted children. As among themselves, this is the only real difference in their situation. The Tribunal correctly identified and resolved the main issue in these words:

[40] Le juge de première instance a décidé que la «distinction» entre les fils et les filles de l'appelante tirait son origine de «leurs lieux de naissance respectifs» et que leur adoption «n'[était] pas pertinente»³⁶. En toute déférence, je ne suis pas d'accord. La distinction entre les fils et les filles de l'appelante n'est pas fondée sur leur lieu de naissance; si les fils étaient nés en Irlande, ils seraient néanmoins citoyens canadiens. La distinction est fondée sur leur statut différent—celui d'enfant biologique et celui d'enfant adopté. Entre eux, c'est la seule distinction réelle qui existe. Le Tribunal a correctement identifié et réglé la question principale comme suit:

. . . children adopted abroad by Canadians are required to go through the naturalization process in order to acquire Canadian citizenship whereas the biological children of Canadians who are born abroad acquire Canadian citizenship as of right. The differential treatment is based solely upon the child's family status as an adopted child.³⁷

[. . .] les enfants adoptés à l'étranger par des Canadiens doivent suivre la démarche de naturalisation pour obtenir la citoyenneté canadienne, tandis que les enfants biologiques nés à l'étranger de Canadiens obtiennent automatiquement la citoyenneté canadienne. Cette différence de traitement découle uniquement de la situation de famille de l'enfant, soit du fait qu'il est un enfant adopté³⁷.

[41] In *Benner*³⁸ the Supreme Court of Canada dealt with the former provisions of the *Citizenship Act* [S.C. 1974-75-76, c. 108] which allowed a married Canadian father to pass on his citizenship to a child born abroad but did not allow a Canadian mother that same right. Iacobucci J. discussed that status of being the birth child of a Canadian mother:

[41] Dans l'arrêt *Benner*³⁸, la Cour suprême du Canada a examiné les anciennes dispositions de la *Loi sur la citoyenneté* [S.C. 1974-75-76, ch. 108], qui permettaient au père canadien marié de transmettre sa citoyenneté à l'enfant né à l'étranger, mais qui ne conféraient pas ce droit aux mères canadiennes. Le juge Iacobucci a examiné la question du statut de l'enfant né d'une mère canadienne:

This is no less a "status" than being of a particular skin colour or ethnic or religious background: it is an ongoing state of affairs. People in the appellant's condition continue to this day to be denied the automatic right to citizenship granted to children of Canadian fathers.³⁹

Il s'agit tout autant d'un «statut» que le sont le fait d'avoir la peau d'une certaine couleur ou celui d'appartenir à une origine ethnique ou religieuse donnée: c'est un état de fait en cours. Les personnes dans la situation de l'appelant continuent aujourd'hui d'être privées du droit à la citoyenneté qui est conféré d'office aux enfants nés d'un père canadien³⁹.

This statement could just as easily refer to adopted children as birth children. Let us assume, as Mr. Justice Iacobucci does, that it was black children, born to Canadian parents abroad, not adopted children, who were denied the same rights as other children under the *Citizenship Act*. Would the Court deny them equal rights? If it were female children or illegitimate children born abroad being treated differently, would any Court tell them that they were denied equivalent rights as other children? Clearly not. It is, therefore, only a prejudiced view against adopted children, that they are somehow different or inferior, that leads anyone to treat them differently than children born to their parents. This case provides an opportunity for this Court to rectify this intolerable situation in the area of Canadian citizenship law.

[42] I realize that by saying that adopted children are identical to natural-born children I may be overlooking some obvious factual differences. An adopted child was not born to his or her parents. An adopted child has been deliberately selected by his or her parents. Adopted children might be distinguishable from natural children when looked at in a sociological, psychological, or a demographic context. These things might be fact or myth or both, but I believe that they are precisely those things which the law requires us to overlook. By deeming adopted children to be identical to natural-born children the law is saying that whatever distinguishes the adopted child from the natural-born child is henceforth irrelevant. Only in this way can equality between the two groups be achieved.

[43] In my view, the effect of section 3 of the Act is discrimination and it is, therefore, prohibited by the *Canadian Human Rights Act* on the ground of family status. By expressly excluding adopted children from accessing the same rights and privileges as non-adopted children, that section echoes the old laws and the old cases. The law across Canada, however, now mandates that adopted children be treated identically to non-adopted children. Because under section 3 they are not, it is discrimination, pure and simple.

Cette remarque pourrait s'appliquer tout aussi bien aux enfants adoptés qu'aux enfants biologiques. Supposons, comme M. le juge Iacobucci le fait, que des enfants noirs, nés à l'étranger de parents canadiens, se voient refuser les droits reconnus aux autres enfants par la *Loi sur la citoyenneté*. La Cour leur refuserait-elle l'égalité des droits? S'il s'agissait d'enfants de sexe féminin ou d'enfants illégitimes nés à l'étranger, qui étaient traités différemment, la Cour refuserait-elle de leur conférer des droits analogues à ceux des autres enfants? Certainement pas. Les enfants adoptés sont donc traités d'une façon différente des enfants biologiques uniquement à cause de préjugés voulant qu'ils soient d'une certaine façon différents ou inférieurs. La Cour a ici l'occasion de remédier à cette situation intolérable dans le domaine du droit canadien de la citoyenneté.

[42] Je me rends bien compte qu'en disant que les enfants adoptés sont les égaux des enfants biologiques, j'ometts peut-être de tenir compte de certaines différences factuelles évidentes. L'enfant adopté n'est pas né de ses parents adoptifs. Ses parents l'ont délibérément choisi. Il serait possible de distinguer les enfants adoptés des enfants biologiques sur les plans sociologique, psychologique ou démographique. Il pourrait bien s'agir de faits ou de mythes ou des deux, mais je crois que ce sont précisément ces choses dont le droit nous oblige à ne pas tenir compte. En présumant que les enfants adoptés sont les égaux des enfants biologiques, le droit dit que ce qui distingue l'enfant adopté de l'enfant biologique n'est donc pas pertinent. Ce n'est que de cette façon qu'il est possible d'assurer l'égalité entre les deux groupes.

[43] À mon avis, l'article 3 de la Loi a pour effet de créer de la discrimination, ce qui constitue, en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, une distinction illicite fondée sur la situation de famille. En refusant expressément aux enfants adoptés les droits et privilèges accordés aux autres enfants, cette disposition reprend les anciennes lois et les anciens arrêts. Toutefois, partout au Canada, le droit exige maintenant que les enfants adoptés soient traités de la même façon que les autres enfants. Étant donné qu'en vertu de l'article 3, les enfants adoptés ne sont pas traités de la même façon, il y a purement et simplement discrimination.

[44] I understand that there is a strong inclination to restrict automatic citizenship to those who were born in this country or to those born naturally to Canadian citizens. In both those circumstances there is indeed a powerful intuitive connection between the person and this country, that is not so obvious with respect to adopted children. Similarly, we do not grant citizenship automatically to those people who marry Canadian citizens. They must undergo the naturalization process like other foreign-born nationals. In those cases too, there is a concern with respect to fraud and also other characteristics of the spouse that might mitigate against granting citizenship. However, I do not think that our treatment of marriage is a proper model to judge our treatment of adopted persons. There is a difference between the two groups. The connection one has with this country by virtue of marriage is wholly different than the one that is characteristic of a parent and child relationship. Where a child is born to a Canadian or adopted by a Canadian there is equally a sense that that person's heritage is Canadian, that there is an ancestral link to this country. This is not a sense that is engendered through marriage.

[45] The differential treatment in this case fits quite squarely within the words of McIntyre J. in *Andrews, supra*. Adopted children are treated differently than non-adopted children "based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group". It is differential treatment based solely on the fact that a person is a member of that group of people who have been adopted or who have adopted children. The practice of requiring adopted children to be naturalized where their non-adopted counterparts receive citizenship automatically is not due to any difference in the merits or qualities of the two groups, but exclusively on their status as adopted children.

Bona Fide Justification

[46] The Minister's argument that there is no discrimination because the adopted child is treated the

[44] Je me rends bien compte qu'on a fortement tendance à n'attribuer automatiquement la citoyenneté qu'aux personnes qui sont nées au Canada ou à celles qui sont nées de citoyens canadiens. Dans les deux cas, il existe de fait un lien intuitif étroit entre la personne en cause et le Canada, ce qui n'est pas aussi évident dans le cas des enfants adoptés. De même, nous n'attribuons pas automatiquement la citoyenneté aux personnes qui épousent des citoyens canadiens. Elles doivent suivre la procédure de naturalisation comme tous les autres ressortissants étrangers. Dans ce cas également, on s'inquiète de la possibilité d'une fraude ainsi que d'autres caractéristiques du conjoint qui pourraient militer contre l'attribution de la citoyenneté. Toutefois, je ne crois pas que la façon dont nous traitons le mariage constitue un modèle approprié pour juger la façon dont nous traitons les personnes adoptées. Il y a une différence entre les deux groupes. Les liens qui existent entre une personne et le Canada par suite du mariage sont tout à fait différents de ceux qui existent entre un parent et son enfant. Lorsqu'un enfant est né d'un Canadien ou qu'il est adopté par un Canadien, on estime également qu'il a un patrimoine canadien, qu'il existe un lien ancestral entre l'enfant et le Canada. Le mariage n'engendre pas pareil sentiment.

[45] En l'espèce, les remarques que le juge McIntyre a faites dans l'arrêt *Andrews, supra*, s'appliquent tout à fait à la façon différente dont les filles adoptives ont été traitées. Le traitement différent réservé aux enfants adoptés par rapport aux autres enfants est «fondé sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe». Ce traitement différent est uniquement fondé sur le fait que la personne en cause appartient au groupe des gens qui ont été adoptés ou qui ont adopté des enfants. La pratique voulant qu'on exige que les enfants adoptés soient naturalisés alors que leurs homologues non adoptés obtiennent automatiquement la citoyenneté ne découle pas d'une différence entre les deux groupes, en ce qui concerne le mérite ou les qualités, mais exclusivement du statut des enfants adoptés.

L'existence d'un motif justifiable

[46] Le ministre se trompe lorsqu'il soutient qu'il n'y a pas discrimination parce que l'enfant adopté est

same as all other foreign-born nationals and can simply avail him or herself of the provisions of paragraph 5(2)(a) of the *Citizenship Act* is misguided. It merely begs the question of what is the justification for the discrimination in the first place. The question is not whether the naturalization provisions are justified with respect to all foreign nationals, including adopted children of Canadian citizens. The question is whether there is any *bona fide* justification for differentiating between adopted children of Canadian citizens and non-adopted children of Canadian citizens with respect to obtaining Canadian citizenship.

[47] The Tribunal found that there was a *bona fide* justification for not granting automatic citizenship to adopted children, and the problem of fraudulent adoptions was rightly addressed by the provisions of the *Immigration Regulations, 1978* incorporated in paragraph 5(2)(a) of the Act. But the Tribunal found that only the provisions with respect to the legitimacy of the adoptions could be upheld. This is somewhat of an incoherent approach to the problem. If “adopted” as it appears in section 3 of the Act implies a legitimate adoption, as I think it does, then paragraph 5(2)(a) of the Act has no application here. As will be seen, this reading of the term “adopted” is consistent with the law of Canada, and therefore renders the finding of the Tribunal, in relation to paragraph 5(2)(a), unnecessary.

[48] The test for determining whether there is a *bona fide* justification has been set out by this Court in *Canada (Attorney General) v. Rosin*.⁴⁰ It has been established that the criteria for it are equivalent and coextensive with the test for *bona fide* occupational requirement set out in section 15 of the *Canadian Human Rights Act*. In *Rosin* the Court stated:

Similarly, it might be concluded that the two phrases—“*bona fide* occupational requirement” (as in paragraph 15(a)) and “*bona fide* justification” (as in paragraph 15(g)) convey the same meaning, except that the former is applicable to employment situations, whereas the latter is used in other contexts. The choice of these different words used to justify *prima facie* discrimination, therefore, are matters of style

traité de la même façon que tous les ressortissants étrangers et qu’il peut simplement se prévaloir des dispositions de l’alinéa 5(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*. Cela nous amène simplement à nous demander quelle est la justification de cette discrimination. Il ne s’agit pas de savoir si les dispositions relatives à la naturalisation sont justifiées à l’égard de tous les ressortissants étrangers, y compris les enfants adoptés par des citoyens canadiens. Il s’agit de savoir s’il existe un motif justifiable de faire une distinction entre les enfants adoptés par des citoyens canadiens et les enfants nés de citoyens canadiens, en ce qui concerne l’obtention de la citoyenneté canadienne.

[47] Le Tribunal a conclu qu’il existe un motif justifiable de ne pas attribuer automatiquement la citoyenneté aux enfants adoptés et que le problème que posent les adoptions frauduleuses a été à juste titre traité au moyen de dispositions du *Règlement sur l’immigration de 1978* qui ont été incorporées à l’alinéa 5(2)a) de la Loi. Cependant, le Tribunal a conclu que seules les dispositions relatives à la légitimité des adoptions pourraient être maintenues. Cette façon d’aborder le problème est plutôt incohérente. Si le mot «adopté» (adopté) tel qu’il figure dans la version anglaise de l’article 3 de la Loi, laisse entendre une adoption légitime, comme je crois qu’il le fait, l’alinéa 5(2)a) de la Loi ne s’applique pas dans ce cas-ci. Comme nous le verrons, cette interprétation du mot «adopté» est conforme au droit canadien, et la conclusion que le Tribunal a tirée au sujet de l’alinéa 5(2)a) est donc inutile.

[48] Le critère permettant de déterminer s’il existe un motif justifiable a été énoncé par la Cour dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Rosin*⁴⁰. Il a été établi que les critères applicables correspondent au critère relatif à l’exigence professionnelle justifiée énoncé à l’article 15 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et sont aussi étendus que ce critère. Dans l’arrêt *Rosin*, la Cour a dit ceci:

De la même manière, on pourrait conclure que les deux expressions—«exigences professionnelles justifiées» (alinéa 15a)) et «motif justifiable» (alinéa 15g))—ont la même signification, sauf que la première expression est applicable aux situations d’emploi, alors que la deuxième est utilisée dans d’autres contextes. Le choix de ces différents termes pour justifier une discrimination à première vue ne constitue

rather than of substance.⁴¹

Once a *prima facie* case of discrimination is made out the onus remains throughout upon the party which is attempting to establish a *bona fide* justification. The test that must be satisfied is that the discriminatory practice must have been implemented in good faith and it must have been reasonably necessary to accomplish the objective of the policy in question.⁴²

[49] The policy objective of the legislation in this case is the prevention of the potential abuse that would occur when people improperly attempt to bypass the immigration system by using adoption as a means of gaining admission to Canada without qualifying as an immigrant. The problem of adoptions of convenience came to prominence in the 1970s, and in response to this the *Immigration Act* was amended. Visa officers were given the power to determine whether or not an adoption is *bona fide*. *Immigration Regulations, 1978*, subsection 2(1) [as am. by SOR/93-44, s. 1] defines “adopted” as:

“adopted” means a person who is adopted in accordance with the laws of a province or of a country other than Canada or any political subdivision thereof, where the adoption creates a genuine relationship of parent and child, but does not include a person who is adopted for the purpose of gaining admission to Canada or gaining the admission to Canada of any of the person’s relatives.

These regulations have been effectively used to prevent abuse. For example, in *Pabo v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)*,⁴³ a woman adopted her nephew and niece in the Philippines. She sought to sponsor them for admission to Canada as her dependents, but visas were denied on the ground that the adoption had not created a true parent-child relationship. This was certainly understandable in the context of those facts.

[50] As well, the application of the provisions of the *Immigration Regulations, 1978* is a matter of domestic law. It is concerned with whether those adopted according to the laws of other jurisdictions are

donc qu’une question de forme plutôt qu’une question de fond⁴¹.

Une fois qu’une preuve *prima facie* de discrimination est faite, la charge de la preuve incombe toujours à la partie qui tente d’établir l’existence d’un motif justifiable. Il faut satisfaire au critère voulant que l’acte discriminatoire ait été commis de bonne foi et qu’il ait été raisonnablement nécessaire pour permettre d’atteindre l’objectif visé par la politique en question⁴².

[49] En l’espèce, la législation vise à empêcher les abus qui pourraient être commis si les gens essayaient sans motif légitime de contourner le système de l’immigration en utilisant l’adoption comme moyen d’être admis au Canada sans être pour autant admissibles à titre d’immigrants. Le problème des adoptions de convenance est apparu au cours des années 1970; en réponse, la *Loi sur l’immigration* a été modifiée. Les agents des visas se sont vu conférer le pouvoir de déterminer si une véritable adoption avait été effectuée. Le paragraphe 2(1) [mod. par DORS/93-44, art. 1] du *Règlement sur l’immigration de 1978* définit le mot «adopté» comme suit:

«adopté» Personne adoptée conformément aux lois d’une province ou d’un pays étranger ou de toute subdivision politique de celui-ci, dont l’adoption crée avec l’adoptant un véritable lien de filiation. La présente définition exclut la personne adoptée dans le but d’obtenir son admission au Canada ou celle d’une personne apparentée.

Ce règlement a effectivement été utilisé en vue d’empêcher les abus. Ainsi, dans l’affaire *Pabo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*⁴³, une femme avait adopté son neveu et sa nièce aux Philippines. Elle avait cherché à parrainer leur admission au Canada à titre de personnes à charge, mais on avait refusé de délivrer des visas pour le motif que l’adoption n’avait pas créé un véritable lien de filiation. La chose était certainement compréhensible compte tenu des faits.

[50] De plus, l’application des dispositions du *Règlement sur l’immigration de 1978* relève du droit interne. Il s’agit de savoir si les enfants adoptés conformément aux lois d’autres ressorts sont «adop-

“adopted” as that term is understood in this country. In *Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*⁴⁴ Hugessen J.A. made the following comment with regard to adoptions in other jurisdictions:

The question thus, for the visa officer and the Immigration Appeal Board in each of these cases, was not to know whether the persons sought to be sponsored by the respective appellants had the status in India of being their adopted sons, a question to which the presumption created by section 16 of *The Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956* would be relevant if it were applicable. Rather, the question in each case was to know whether there had been, prior to the child’s thirteenth birthday, an adoption “in accordance with the laws of” India which created a relationship of parent and child so as to make the adoptee the sponsor’s “son”. This is an issue of Canadian law.⁴⁵

The important point is not whether the adoption was legal in the foreign jurisdiction, but whether the effect of that legal adoption was such that it created a parent-child relationship in the eyes of Canadian law.

[51] It is argued that this power to control the problem of adoptions of convenience would be short-circuited if an adoption automatically endowed an adopted child with citizenship. Therefore, it is said that it is reasonable for those who are adopted to go through the naturalization process, which incorporates the provisions of the *Immigration Regulations, 1978* and gives the Minister the power to inquire into the *bona fides* of the adoption. This, the Minister submits, is a reasonable and *bona fide* justification for the discrimination.

[52] All parties agree that there is a need to keep the Canadian immigration system honest, but this can be accomplished without discriminating against adopted children. This can also be achieved without going beyond what is necessary in order to ensure that the citizenship rules are not being used to circumvent the immigration process. Once it is established that the adoption has been performed according to local law and has created a true parent-child relationship no more is necessary. If the policy we are trying to further is the prevention of adoptions of convenience for immigration purposes, there is no natural connection between that objective and the requirements of the

tés» au sens attribué à ce terme au Canada. Dans l’arrêt *Singh c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*⁴⁴, le juge Hugessen, J.C.A., a fait remarquer ce qui suit au sujet des adoptions effectuées à l’étranger:

La question que l’agent de visas et la Commission d’appel de l’immigration devaient donc se poser dans ces deux cas n’était pas de savoir si les personnes que désiraient parrainer les deux appelants avaient effectivement le statut de fils adoptés en Inde; c’est une situation qui serait visée par la présomption créée par l’article 16 de *The Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956* si celle-ci était applicable. La question est plutôt de savoir s’il y a eu, avant le treizième anniversaire de naissance de chacun des enfants, une adoption «en conformité des lois» de l’Inde qui a créé un lien entre père et enfant faisant des enfants adoptés les «fils» de chacun des répondants. Cette question relève du droit canadien⁴⁵.

Il ne s’agit pas tant de savoir si l’adoption était légale dans le ressort étranger, mais si cette adoption légale avait pour effet de créer un lien de filiation entre le parent et l’enfant au regard du droit canadien.

[51] Il est soutenu qu’il serait porté atteinte au pouvoir de contrôler le problème des adoptions de convenance si l’adoption avait automatiquement pour effet de conférer la citoyenneté à l’enfant adopté. Il est soutenu qu’il est donc raisonnable pour les personnes adoptées de se faire naturaliser, procédure qui incorpore les dispositions du *Règlement sur l’immigration de 1978* et qui confère au ministre le pouvoir d’enquêter sur le caractère véritable de l’adoption. Le ministre affirme que cela est raisonnable et que cela constitue un motif justifiable.

[52] Toutes les parties conviennent qu’il faut assurer l’intégrité du système canadien d’immigration, mais cela peut être accompli sans faire de distinction illicite à l’égard des enfants adoptés. Il est également possible d’atteindre cet objectif sans faire plus que ce qui est nécessaire afin de veiller à ce qu’on n’utilise pas les règles relatives à la citoyenneté en vue de contourner la procédure d’immigration. Il suffit d’établir que l’adoption a été effectuée conformément au droit local et qu’elle a créé un véritable lien de filiation. Si la politique que nous essayons de promouvoir vise à empêcher les adoptions de convenance aux fins de l’immigration, il n’existe aucun lien naturel entre cet

Immigration Act and Regulations. All that matters for section 3 is the quality of the adoption. The concept of “adoption” does not need the help of the *Immigration Act* for its amplification. For an adoption to be a real adoption, it must by necessity be in accordance with the law and done in good faith; it is no adoption if it is a phony adoption done merely for the purpose of circumventing the law. And it is agreed by all parties that the McKenna adoptions are completely proper.

[53] As noted earlier, the “automatic” citizenship that we speak of in relation to children born to a Canadian parent is not in reality automatic. There is still a verification process that must be undertaken. It must be established, for example, that the person was truly born to a citizen of Canada. This is not an onerous burden, but it exists nonetheless. In the same way, a verification process with respect to adopted children is necessary. This would be equal treatment for both adopted and non-adopted children, both groups having to verify their situation to get citizenship. If someone is adopted in a way that has meaning in our society and according to our laws, this normally establishes that a true parent-child relationship has been established. If a true parent-child relationship has been created, as will be the case in the majority of adoptions, those children should then be treated as identical in every respect, including citizenship rights, to children who were born to their parents. It is, of course, always open to the Minister, in the appropriate case, to challenge a claim for citizenship on the ground that a true adoption has not been effected, that what is said to be a true adoption is merely an adoption of convenience.

[54] It is also open to the Governor in Council to nullify a fraudulent scheme to gain citizenship. Section 10 of the *Citizenship Act* grants that power explicitly:

10. (1) Subject to section 18 but notwithstanding any other section of this Act, where the Governor in Council, on

objectif et les exigences de la *Loi sur l'immigration* et de son règlement d'application. Ce qui importe, en ce qui concerne l'article 3, c'est l'adoption. Le concept d'«adoption» n'a pas besoin de la *Loi sur l'immigration* pour être amplifié. Pour qu'une adoption soit véritable, elle doit nécessairement être conforme au droit et être effectuée de bonne foi; l'adoption fictive qui vise simplement à contourner la loi n'est pas une adoption. Or, toutes les parties conviennent que les adoptions effectuées par les McKenna sont tout à fait légitimes.

[53] Comme il en a déjà été fait mention, la citoyenneté «automatique» dont nous parlons à l'égard des enfants nés d'un parent canadien n'est pas réellement automatique. Il faut néanmoins effectuer une vérification. Ainsi, il faut établir que la personne est réellement née d'un père ou d'une mère ayant qualité de citoyen. Cette obligation n'est pas rigoureuse, mais elle existe néanmoins. De la même façon, il faut effectuer une vérification à l'égard des enfants adoptés. Les enfants adoptés seraient donc traités de la même façon que les autres enfants, puisque dans les deux cas, il faudrait vérifier leur situation en vue de leur permettre d'obtenir la citoyenneté. Si l'adoption est effectuée d'une façon qui a un sens dans notre société et conformément à nos lois, cela montre normalement qu'un véritable lien de filiation entre le parent et l'enfant a été établi. S'il existe un véritable lien de filiation, comme c'est le cas pour la majorité des adoptions, les enfants adoptés devraient donc être traités de la même façon à tous les égards, notamment en ce qui concerne le droit à la citoyenneté, que les enfants biologiques. Bien sûr, il est toujours loisible au ministre, dans un cas approprié, de contester une demande de citoyenneté pour le motif qu'il n'y a pas eu une véritable adoption, que ce qui est allégué être une véritable adoption est simplement une adoption de convenance.

[54] Il est également loisible au gouverneur en conseil d'annuler un stratagème frauduleux destiné à permettre l'acquisition de la citoyenneté. L'article 10 de la *Loi sur la citoyenneté* confère expressément ce pouvoir:

10. (1) Sous réserve du seul article 18, le gouverneur en conseil peut, lorsqu'il est convaincu, sur rapport du ministre,

a report from the Minister, is satisfied that any person has obtained, retained, renounced or resumed citizenship under this Act by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances,

- (a) the person ceases to be a citizen, or
- (b) the renunciation of citizenship by the person shall be deemed to have had no effect,

as of such date as may be fixed by order of the Governor in Council with respect thereto.

Where a person has entered into a fake adoption for the purpose of fraudulently gaining citizenship for him or herself or a relative, therefore, it is open to the Minister to set it aside.

[55] The power given to the Minister includes the ability to inquire into the *bona fides* of an adoption. This is so because the word “adopted”, as it appears in paragraph 3(1)(b) of the *Citizenship Act*, must connote the creation of a genuine parent-child relationship. The word itself is not defined by the *Citizenship Act* and so we must go beyond the Act to give it meaning. That meaning must be in harmony with society’s conception of the relationship created by an adoption. That conception certainly does not include an unreal adoption that is done merely for the purpose of gaining Canadian citizenship.

[56] The law of Canada, as it is now expressed in provincial statutes, is that adopted children are just as truly the children of their adoptive parents as children born to their parents. The creation of this legal relationship entails the creation of a true parent-child relationship. The normal sense which we give to the word “adoption” does not entail a limited purpose adoption where such a relationship is not meant to be created. It requires that a person has gone through an often demanding process governed by a legal regime, whereby the family status of a person is completely altered. This process creates a legal fiction—that a person born to one person is the child of another, as if born to that other person.

que l’acquisition, la conservation ou la répudiation de la citoyenneté, ou la réintégration dans celle-ci, est intervenue sous le régime de la présente loi par fraude ou au moyen d’une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels, prendre un décret aux termes duquel l’intéressé, à compter de la date qui y est fixée:

- a) soit perd sa citoyenneté;
- b) soit est réputé ne pas avoir répudié sa citoyenneté.

Lorsqu’une personne a effectué une adoption fictive afin d’obtenir frauduleusement la citoyenneté ou en vue de permettre à un membre de la famille d’obtenir frauduleusement la citoyenneté, il est loisible au ministre d’annuler l’adoption.

[55] Le pouvoir conféré au ministre comprend la possibilité d’enquêter sur le caractère véritable d’une adoption, et ce, parce que le mot «*adopted*» tel qu’il figure dans la version anglaise de l’alinéa 3(1)b) de la *Loi sur la citoyenneté* doit sous-entendre la création d’un véritable lien de filiation. Le mot lui-même n’est pas défini dans la *Loi sur la citoyenneté* et nous devons donc nous fonder sur des sources autres que la Loi pour lui attribuer un sens. Ce sens doit s’harmoniser avec la façon dont la société conçoit la relation créée par une adoption. Cette conception n’inclut certainement pas une fausse adoption qui est effectuée simplement en vue de permettre à une personne d’obtenir la citoyenneté canadienne.

[56] Selon le droit canadien, tel qu’il est maintenant énoncé dans les lois provinciales, les enfants adoptés sont les enfants de leurs parents adoptifs au même titre que les enfants nés de ces mêmes parents. La création de ce rapport juridique laisse entendre la création d’un véritable lien de filiation. Le sens normal que nous attribuons au mot «*adoption*» ne laisse pas entendre une adoption effectuée à des fins restreintes, à la suite de laquelle pareil lien de filiation n’est pas destiné à être créé. La personne en cause doit s’être conformée à une procédure souvent exigeante qui est régie par un régime légal, entraînant un changement complet de la situation de famille de la personne concernée. Cette procédure crée une présomption de droit—à savoir, qu’une personne née

[57] The fundamental ingredient in acquiring citizenship by right is a connection to Canada. This connection is represented by blood or by soil. In either case, the connection is as much a legal fiction as is the relationship created by adoption. A child who is born to a Canadian citizen abroad has no more connection to Canada than someone who is adopted by a Canadian citizen abroad. A child who is born in Canada to a foreign national and then subsequently moves to another country is no more, and probably less, connected to Canada than is someone who is adopted by a Canadian citizen. In each case we are in the world of fictions, where citizenship is defined as something natural that is imprinted at birth. But the reality is that there is nothing natural about citizenship, and in fact an argument might conceivably be made that no person should automatically become a citizen of a country, regardless of parentage or place of birth. It might be possible for a nation to require from each potential citizen, at some point in their lives, evidence of a strong connection to the land or a willingness to declare that he or she will uphold the obligations of citizenship. But as long as we grant it as of right to children of citizens, in the belief that their status as children of citizens gives them a sufficient connection to Canada, then that right must be granted without discriminating between adopted children and non-adopted children. For the connection with Canada created by the birth of a child to a Canadian should be no different than the one created by the adoption of that child by a Canadian. Any further requirements imposed by the *Citizenship Act* cannot, in my view, be justified.

[58] The only evidence before the Tribunal was that fraudulent adoptions were a problem, and both parties agree that this is a serious issue. But it is only with respect to fraud that any discrimination has been justified. The onus was upon the Minister to show why adopted children should not be granted automatic citizenship, as are other children of Canadian citizens.

d'une personne donnée est l'enfant d'une autre personne, comme si elle était née de cette dernière.

[57] L'élément fondamental, en ce qui concerne l'acquisition de la citoyenneté de plein droit, est l'existence d'un lien avec le Canada. Ce lien résulte du droit du sang ou du droit du sol. Dans les deux cas, le lien découle autant d'une présomption de droit que la relation créée par l'adoption. L'enfant qui est né à l'étranger d'un parent qui est citoyen canadien n'est pas plus lié au Canada que celui qui est adopté à l'étranger par un citoyen canadien. L'enfant né au Canada d'un ressortissant étranger qui s'installe ensuite dans un autre pays n'est pas plus lié au Canada, et l'est peut-être encore moins, que celui qui est adopté par un citoyen canadien. Dans les deux cas, il s'agit de présomptions, la citoyenneté étant définie comme quelque chose de naturel qui est conféré à la naissance. Cependant, en réalité, la citoyenneté n'a rien de naturel, et en fait il serait probablement possible de soutenir que personne ne devrait automatiquement devenir citoyen d'un pays, indépendamment de sa filiation ou de son lieu de naissance. Il serait peut-être possible pour un pays d'exiger que chaque citoyen éventuel, à un moment donné, établisse l'existence de liens étroits avec le pays ou soit prêt à déclarer qu'il s'acquittera de ses obligations de citoyen. Cependant, dans la mesure où nous attribuons de plein droit la citoyenneté aux enfants de citoyens, en croyant que le fait qu'ils sont les enfants de citoyens canadiens crée un lien suffisant avec le Canada, ce droit doit être accordé sans qu'il soit fait de distinction entre les enfants adoptés et les autres enfants. En effet, le lien qui est créé avec le Canada du fait qu'un enfant est né d'un parent canadien ne devrait pas être différent de celui qui est créé par l'adoption d'un enfant par un Canadien. À mon avis, toute autre exigence imposée par la *Loi sur la citoyenneté* ne peut pas être justifiée.

[58] Le seul élément de preuve dont disposait le Tribunal était que les adoptions frauduleuses posaient un problème, et les deux parties conviennent qu'il s'agit d'un problème sérieux. Cependant, la discrimination n'a été justifiée qu'à l'égard de la fraude. Il incombait au ministre de démontrer pourquoi les enfants adoptés ne devraient pas se voir attribuer

The evidence for that differentiation in this case pertained to fraudulent adoptions. But given my view of the status created by adoption, and that only legitimate non-fraudulent adoptions are included in that term, no justification was made out for the differentiation in question.

Natural Justice

[59] The respondent argued, and it was accepted in *obiter dicta* by the Trial Judge, that there was a denial of natural justice in that there was no notice given to the respondent that the provisions of paragraph 5(2)(a) of the *Citizenship Act* were to come under the scrutiny of the Tribunal. Given the manner in which I have approached the main issue on this appeal, the respondent's argument must fail. Both the respondents and the Motions Judge laboured under the mistaken impression that section 3 of the *Citizenship Act* was not discriminatory, as it treated all foreign-born nationals in a similar fashion. Thus it was perfectly logical for them to say that it would not apply to the appellant's daughters. However, it is the very fact that section 3 specifically excludes the appellant's daughters that constitutes the discrimination in this case. As I see it, paragraph 5(2)(a) of the Act is irrelevant to the resolution of the issues raised in this case. Although it was referred to by both parties at different points in the hearings, it was not the real issue in the case. Had it been a key element in the case as it was argued, the natural justice argument may well have succeeded.

[60] The decision of the Motions Judge shows clearly that this conclusion must be so. She stated:

The text of the complaint focuses on automatic citizenship and the daughters' ineligibility for citizenship as of right.⁴⁶

Given this statement, it is clear that the respondent had notice that section 3 of the *Citizenship Act*, which deals with citizenship as of right, was on trial. The

automatiquement la citoyenneté, comme elle l'est aux autres enfants de citoyens canadiens. La preuve présentée en l'espèce à l'égard de cette distinction se rapportait aux adoptions frauduleuses. Cependant, étant donné la façon dont je considère le statut créé par l'adoption, et j'entends par là uniquement les adoptions légitimes non frauduleuses, aucune justification n'a été établie à l'égard de la distinction en question.

La justice naturelle

[59] L'intimé a soutenu, et le juge de première instance a reconnu la chose dans une opinion incidente, qu'il y a eu violation des règles de justice naturelle en ce sens qu'il n'avait pas été avisé que les dispositions de l'alinéa 5(2)a de la *Loi sur la citoyenneté* devaient être examinées par le Tribunal. Étant donné la façon dont j'ai abordé la principale question qui se pose dans cet appel, cet argument doit être rejeté. Les intimés et le juge des requêtes avaient l'impression erronée que l'article 3 de la *Loi sur la citoyenneté* n'était pas discriminatoire, étant donné qu'il traitait tous les ressortissants étrangers de la même façon. Selon les intimés, il est donc tout à fait logique de dire que cette disposition ne s'appliquerait pas aux filles de l'appelante. Toutefois, c'est le fait même que l'article 3 exclut expressément les filles de l'appelante qui constitue de la discrimination dans ce cas-ci. À mon avis, l'alinéa 5(2)a de la *Loi* n'a rien à voir avec le règlement des questions qui se posent en l'espèce. Les deux parties ont fait mention de cette disposition à différents moments au cours des audiences, mais il ne s'agissait pas de la véritable question en litige. Si cela avait été un élément crucial, comme on l'a soutenu, l'argument fondé sur la justice naturelle aurait bien pu être retenu.

[60] La décision du juge des requêtes montre clairement que pareille conclusion doit être tirée. Voici ce que le juge a dit:

Le texte de la plainte met l'accent sur la citoyenneté automatique et l'inéligibilité des filles à la citoyenneté de plein droit⁴⁶.

Compte tenu de cette remarque, il est clair que l'intimé savait que l'article 3 de la *Loi sur la citoyenneté*, qui traite de la citoyenneté de plein droit, était en

Motions Judge also recognized that Mrs. McKenna had no interest in the provisions relating to the naturalization process in paragraph 5(2)(a), as they had no intention of having their daughters naturalized in the regular way. Their position, which is the correct position, is that their daughters are entitled to citizenship pursuant to section 3 in the same way as any other children of Canadian citizens—as of right. No matter how much evidence the respondent might have produced to justify the provisions relating to naturalization, it would not have advanced their case at all with respect to the discrimination incorporated into section 3. Therefore, in my view, it cannot be said that there has been a denial of natural justice in the way this case was presented and dealt with.

Remedy for “Victim” of Discrimination

[61] The *Canadian Human Rights Act* provides the Tribunal with a wide power to grant remedies. That power is contained in subparagraph 53(2)(a):

53. . . .

(2) If, at the conclusion of its inquiry, a Tribunal finds that the complaint to which the inquiry relates is substantiated, it may, subject to subsection (4) and section 54, make an order against the person found to be engaging or to have engaged in the discriminatory practice and include in that order any of the following terms that it considers appropriate:

(a) that the person cease the discriminatory practice and, in order to prevent the same or a similar practice from occurring in the future, take measures, including

(i) adoption of a special program, plan or arrangement referred to in subsection 16(1), or

(ii) the making of an application for approval and the implementing of a plan pursuant to section 17,

in consultation with the Commission on the general purposes of those measures;

(b) that the person make available to the victim of the discriminatory practice, on the first reasonable occasion, such rights, opportunities or privileges as, in the opinion of the Tribunal, are being or were denied the victim as a result of the practice;

litige. Le juge des requêtes a également reconnu que les dispositions relatives à la procédure de naturalisation figurant à l’alinéa 5(2)a) n’intéressaient pas M^{me} McKenna, étant donné que les McKenna n’avaient pas l’intention de faire naturaliser leurs filles de la façon régulière. Leur position, qui est celle qu’il faut retenir, est que leurs filles ont droit à la citoyenneté conformément à l’article 3 de la même façon que tout autre enfant né de citoyens canadiens—de plein droit. Malgré tous les éléments de preuve que l’intimé aurait pu présenter pour justifier les dispositions relatives à la naturalisation, cela n’aurait pas avancé sa cause du tout en ce qui concerne la discrimination qui est créée à l’article 3. À mon avis, on ne saurait donc dire qu’il y a eu violation de la justice naturelle en ce qui concerne la façon dont cette cause a été présentée et traitée.

La réparation accordée à la «victime» de la discrimination

[61] La *Loi canadienne sur les droits de la personne* confère au Tribunal un large pouvoir en ce qui concerne l’octroi de réparations. Ce pouvoir est énoncé à l’alinéa 53(2)a):

53. [. . .]

(2) À l’issue de son enquête, le tribunal qui juge la plainte fondée peut, sous réserve du paragraphe (4) et de l’article 54, ordonner, selon les circonstances, à la personne trouvée coupable d’un acte discriminatoire:

a) de mettre fin à l’acte et de prendre, en consultation avec la Commission relativement à leurs objectifs généraux, des mesures destinées à prévenir des actes semblables, notamment:

(i) d’adopter un programme, plan ou arrangement visé au paragraphe 16(1),

(ii) de présenter une demande d’approbation et de mettre en œuvre un programme prévu à l’article 17;

b) d’accorder à la victime, dès que les circonstances le permettent, les droits, chances ou avantages dont, de l’avis du tribunal, l’acte l’a privée;

(c) that the person compensate the victim, as the Tribunal may consider proper, for any or all of the wages that the victim was deprived of and for any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice; and

(d) that the person compensate the victim, as the Tribunal may consider proper, for any or all additional cost of obtaining alternative goods, services, facilities or accommodation and for any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice.

[62] The statute grants the Tribunal the power to grant a remedy only to the “victim of the discrimination”. Counsel for the Crown suggests that the remedy of the grant of citizenship to the daughters is not permitted because they are not victims. In this case, it is argued that the adoptive mother is complaining that she cannot transmit her citizenship to her adopted children in the same way that she can to her other children. It is no different, however, to say that the adopted daughters are denied the equal right to inherit citizenship from their mother as their brothers can. Family status discrimination often affects not only individuals but also other members of the family. The mother and the children are all being harmed in this case. Here, the same action amounts to discrimination against both the mother and the daughters. By the terms of subsection 40(5) of the *Canadian Human Rights Act*, however, the daughters cannot qualify as “victims” as the discrimination took place outside Canada and they were not Canadian citizens at that time.⁴⁷ Hence, though mother and children are equally harmed by the practice, it is only the mother who is a “victim” under the legislation. Hence, she is entitled to a remedy under the Act, not the children. Mr. Justice Iacobucci, in *Benner*,⁴⁸ quoted this Court to the effect that “the discrimination against the mother is unfairly visited upon the child;” here it can be said that “the discrimination against the children was unfairly visited upon the mother”. Similarly, it was said in *Glynos v. Canada*,⁴⁹ a case in which a woman’s child was denied citizenship, that the woman “has an interest as a Canadian woman and mother in knowing whether her son can be declared a citizen by birth and in being part of a proceeding seeking a declaration to that effect.” The obverse is undoubtedly also true.

c) d’indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction qu’il juge indiquée, des pertes de salaire et des dépenses entraînées par l’acte;

d) d’indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction qu’il juge indiquée, des frais supplémentaires occasionnés par le recours à d’autres biens, services, installations ou moyens d’hébergement, et des dépenses entraînées par l’acte.

[62] La Loi confère au Tribunal le pouvoir d’accorder une réparation à la «victime» de la discrimination seulement. L’avocat de Sa Majesté soutient qu’il n’est pas possible d’attribuer la citoyenneté aux filles de l’appelante parce qu’elles ne sont pas des victimes. Dans ce cas-ci, il est soutenu que la mère adoptive se plaint de ce qu’elle ne peut pas transmettre sa citoyenneté à ses filles adoptives de la même façon qu’elle peut le faire pour ses autres enfants. Toutefois, cela revient à dire que les filles adoptives se voient dénier le droit d’obtenir la citoyenneté grâce à leur mère comme leurs frères peuvent le faire. La distinction illicite fondée sur la situation de famille touche souvent non seulement les personnes en cause, mais aussi d’autres membres de la famille. La mère et les enfants subissent tous un préjudice dans ce cas-ci. Dans ce cas-ci, l’acte qui a eu lieu équivaut à de la discrimination tant pour la mère que pour les filles. Toutefois, aux termes du paragraphe 40(5) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, les filles ne peuvent pas être des «victimes» étant donné qu’elles ont fait l’objet de discrimination à l’étranger et qu’elles n’étaient pas citoyennes canadiennes à ce moment-là⁴⁷. Par conséquent, tant la mère que les enfants subissent un préjudice par suite de l’acte discriminatoire, mais seule la mère est une «victime» en vertu de la loi. C’est donc la mère qui a droit à une réparation en vertu de la Loi, et non les enfants. Dans l’arrêt *Benner*⁴⁸, M. le juge Iacobucci a cité cette Cour lorsqu’elle a dit que «la discrimination contre la mère [était] injustement portée sur l’enfant»; dans ce cas-ci, on peut dire que «la discrimination contre les enfants était injustement portée sur la mère». De même, dans l’affaire *Glynos c. Canada*⁴⁹, où l’enfant d’une femme s’était vu refuser la citoyenneté, il a été dit que la femme «a néanmoins un intérêt, à titre de femme et de mère canadienne, à savoir si son fils peut être déclaré citoyen de naissance et à prendre part à une procédure

[63] This is consistent with this Court's decision in *Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*.⁵⁰ In that case a refugee claimant from China was the victim of that country's persecutory sterilization policy. The Court had to determine not only whether she was a refugee (which she was) but also whether her daughter, whom she bore in violation of the one-child policy, was also a refugee. It was determined that the persecution of the mother also amounted to persecution of the daughter. The obverse is also the case. In all of these cases, what is apparent to every parent and every child is taken note of by the Court. To harm one is to harm the other.

[64] The right to citizenship is fundamental to full participation in this society and to be a citizen by birth is, in the words of my colleague Mr. Justice Décaré, "a most cherished privilege".⁵¹ Citizens have an unconditional right to remain in Canada and cannot be deported. As well, citizens obtain certain rights protected under the Charter. If a person wants to participate in this society through any means, whether it be in politics, in business, or by living here and raising their children as Canadians, it is only as citizens can, that they can do so fully and unconditionally. Without the rock-bed of certainty which citizenship brings with it, full participation in Canadian life can never be achieved. The words of Chief Justice Dickson in *Action Travail des Femmes* are again apposite:

Human rights legislation is intended to give rise, amongst other things, to individual rights of vital importance, rights capable of enforcement, in the final analysis, in a court of law. I recognize that in the construction of such legislation the words of the Act must be given their plain meaning, but it is equally important that the rights enunciated be given their full recognition and effect. We should not search for ways and means to minimize those rights and to enfeeble their proper impact. Although it may seem commonplace, it may be wise to remind ourselves of the statutory guidance given by the federal *Interpretation Act* which assert that the statutes are deemed to be remedial and are thus to be given

visant l'obtention d'un jugement déclaratoire à cet effet». Le contraire est sans doute également vrai.

[63] Cela est conforme à la décision que la Cour a rendue dans l'affaire *Cheung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*.⁵⁰ Dans cette affaire-là, une demanderesse du statut de réfugié qui venait de la Chine était victime de la politique de stérilisation de ce pays. La Cour devait déterminer non seulement si la demanderesse était une réfugiée (et elle l'était), mais aussi si sa fille, à laquelle elle avait donné naissance en violation de la politique de l'enfant unique, était également une réfugiée. Il a été statué que la persécution de la mère constituait également de la persécution à l'égard de la fille. Le contraire est également vrai. Dans toutes ces affaires, la Cour prend note de ce qui est évident aux yeux de chaque parent et de chaque enfant. Causer un préjudice à l'un c'est également causer un préjudice à l'autre.

[64] Le droit à la citoyenneté est essentiel à la pleine participation à la vie de notre société; être un citoyen de naissance est, comme l'a dit mon collègue le juge Décaré, «un privilège hautement estimé»⁵¹. Les citoyens ont le droit inconditionnel de rester au Canada et ils ne peuvent pas être expulsés. De même, les citoyens se voient accorder certains droits protégés par la Charte. Si une personne veut participer à la vie de notre société de quelque façon que ce soit, en politique, en affaires, ou en vivant au Canada et en élevant ses enfants à titre de Canadiens, ce n'est qu'à titre de citoyenne qu'elle peut le faire pleinement et inconditionnellement. En l'absence de la certitude qu'assure la citoyenneté, la pleine participation ne peut jamais exister. Il est ici encore opportun de citer les remarques que le juge en chef Dickson a faites dans l'arrêt *Action Travail des Femmes*:

La législation sur les droits de la personne vise notamment à favoriser l'essor des droits individuels d'importance vitale, lesquels sont susceptibles d'être mis à exécution, en dernière analyse, devant une cour de justice. Je reconnais qu'en interprétant la Loi, les termes qu'elle utilise doivent recevoir leur sens ordinaire, mais il est tout aussi important de reconnaître et de donner effet pleinement aux droits qui y sont énoncés. On ne devrait pas chercher par toutes sortes de façons à les minimiser ou à diminuer leur effet. Bien que cela puisse sembler banal, il peut être sage de se rappeler ce guide qu'offre la *Loi d'interprétation* fédérale lorsqu'elle précise que les textes de loi sont censés être réparateurs et

such fair, large and liberal interpretation as will best ensure that their objects are attained.⁵²

[65] The question of who is the victim must be determined with this remedial approach in mind. In *Singh (Re)*⁵³ this Court stated:

The question as to who is the “victim” of an alleged discriminatory practice is almost wholly one of fact. Human rights legislation does not look so much to the intent of discriminatory practices as to their effect. That effect is by no means limited to the alleged “target” of the discrimination and it is entirely conceivable that a discriminatory practice may have consequences that are sufficiently direct and immediate to justify qualifying as a “victim” thereof persons who were never within the contemplation or intent of its author.⁵⁴

[66] I am of the view that the Tribunal was correct to come to the conclusion that the effect of the discriminatory provisions of the *Citizenship Act* upon Mrs. McKenna’s daughters was sufficiently direct to qualify Mrs. McKenna herself as a victim under the *Canadian Human Rights Act*. It is agreed by both parties that the adoptions in this case created a true parent-child relationship, so that no problems of verification have been raised. The only remedy that can achieve the full effect of the spirit of the human rights legislation for the victim is for her daughters to be granted the citizenship that their mother is entitled to pass on to them. The order of the Tribunal that the Minister grant citizenship to Siobhan and Caragh McKenna forthwith was proper.

Other Remedies

[67] The Tribunal made two other remedial orders. First, following the decision of this Court in *Canada (Attorney General) v. Druken*,⁵⁵ the Tribunal ordered that the respondent cease the discriminatory practice of applying the provisions of the *Citizenship Act* so as to discriminate against children adopted by Canadian citizens beyond the extent which the Tribunal found justified. The *Druken* case outlines quite clearly the power of the Tribunal to make this type of order. Mr. Justice Mahoney felt that a limitation preventing such an order would be inconsistent with the legislation. He stated:

doivent ainsi s’interpréter de la façon juste, large et libérale la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets⁵².

[65] La question de savoir qui est la victime doit être tranchée compte tenu de cette approche réparatrice. Dans l’arrêt *Singh (Re)*⁵³, la Cour a fait la remarque suivante:

La question de savoir qui est la «victime» de l’acte discriminatoire reproché est presque exclusivement une question de fait. La législation sur les droits de la personne ne tient pas tant compte de l’intention à l’origine des actes discriminatoires que de leur effet. L’effet n’est d’aucune façon limitée à la «cible» présumée de l’acte discriminatoire et il est tout à fait concevable qu’un acte discriminatoire puisse avoir des conséquences qui sont suffisamment directes et immédiates pour justifier qu’on qualifie de «victimes» des personnes qui n’ont jamais été visées par l’auteur des actes en question⁵⁴.

[66] J’estime que le Tribunal a eu raison de conclure que l’effet que les dispositions discriminatoires de la *Loi sur la citoyenneté* ont sur les filles de M^{me} McKenna est suffisamment direct pour que M^{me} McKenna soit elle-même une victime au sens de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Les deux parties conviennent que les adoptions, dans ce cas-ci, ont créé un véritable lien de filiation, de sorte qu’il ne se pose aucun problème de vérification. La seule réparation qui peut donner pleinement effet à l’esprit de la législation sur les droits de la personne pour la victime consiste à attribuer aux filles la citoyenneté que leur mère a le droit de leur transmettre. Il était approprié pour le Tribunal d’enjoindre au ministre d’attribuer immédiatement la citoyenneté à Siobhan et à Caragh McKenna.

Les autres réparations

[67] Le Tribunal a rendu deux autres ordonnances réparatrices. En premier lieu, à la suite de la décision que la Cour a rendue dans l’affaire *Canada (Procureur général) c. Druken*⁵⁵, le Tribunal a ordonné à l’intimé de cesser la pratique discriminatoire que constitue le fait d’appliquer les dispositions de la *Loi sur la citoyenneté* d’une façon qui fait une distinction illicite à l’égard des enfants adoptés par des citoyens canadiens, si ce n’est dans la mesure jugée justifiée. Dans l’arrêt *Druken*, la Cour a défini d’une façon tout à fait claire le pouvoir que possède le Tribunal de rendre ce genre d’ordonnance. M. le juge Mahoney

In my view, such a limitation on a tribunal's power to make an order is inconsistent with paragraph 41(2)(a) of the Human Rights Act which expressly authorizes the tribunal to order that measures be taken "in order to prevent the same or a similar practice from occurring in the future". That is not intended only to prevent repetition of the discriminatory practice *vis à vis* the particular complainant; it is intended to prevent its repetition at all by the person found to have engaged in it. Thus the order that the CEIC cease applying paragraphs 3(2)(c) and 4(3)(d) of the U.I. Act and 14(a) of the U.I. Regulations appears entirely apt.⁵⁶

The Tribunal's power to do this was not challenged by the counsel for the Crown.⁵⁷ I should mention that this case does not recognize any power in the Tribunal to order that section 3 be struck down or rewritten as a judge making a determination under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* may do. In my view, the Tribunal merely has the power to order the Minister to cease applying the law in a discriminatory fashion, but that is a different thing than saying that it has the power to order the Minister to cease applying the law. In this case, the Minister has simply failed to discharge the onus upon him under the *Canadian Human Rights Act* to justify the discriminatory practice. Therefore, the Minister cannot apply section 3 against these children, for to do so would be unjustified discrimination. If in a future case he can discharge that onus, then a discriminatory practice may be justified.

[68] Second, the only caveat placed upon this type of action by Justice Mahoney was that, if such an order were made, it was incumbent on the Tribunal to also order, pursuant to its mandate, consultations between the person responsible for the discriminatory practice and the Canadian Human Rights Commission. The Tribunal made this further order pursuant to paragraph 53(2)(a) of the *Canadian Human Rights Act* as well as suspending that order for a six-month period to allow for that consultation process. I find these remedial orders of the Tribunal to be appropri-

croyait qu'une restriction empêchant la délivrance de pareille ordonnance ne serait pas conforme à la loi. Voici ce qu'il a dit:

À mon avis, l'imposition d'une telle limitation au pouvoir d'un tribunal de rendre une ordonnance est incompatible avec l'alinéa 41(2)a) de la Loi sur les droits de la personne, qui autorise expressément un tribunal à ordonner que soient prises des mesures «destinées à prévenir les actes semblables». Cette disposition n'a pas seulement pour objet d'empêcher la répétition de la pratique discriminatoire concernée à l'égard d'un plaignant particulier: elle vise à prévenir toute répétition d'un tel acte par la personne qui est considérée l'avoir commis. Ainsi, l'ordonnance prescrivant que la CEIC interrompe l'application des alinéas 3(2)c) et 4(3)d) de la *Loi sur l'assurance-chômage* et de l'alinéa 14a) du *Règlement sur l'assurance-chômage* semble-t-elle tout à fait valide⁵⁶.

L'avocat de Sa Majesté n'a pas contesté le pouvoir que possède le Tribunal à cet égard⁵⁷. J'aimerais mentionner que dans cet arrêt, la Cour ne reconnaît pas que le Tribunal a le pouvoir d'ordonner que l'article 3 soit radié ou remanié, comme un juge qui rend une décision fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés* peut le faire. À mon avis, le Tribunal a simplement le pouvoir d'enjoindre au ministre de cesser d'appliquer la loi d'une façon discriminatoire, mais cela ne veut pas dire qu'il a le pouvoir de lui enjoindre de cesser d'appliquer la loi. Dans ce cas-ci, le ministre ne s'est tout simplement pas acquitté de l'obligation qui lui incombait en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* de justifier l'acte discriminatoire. Le ministre ne peut donc pas appliquer l'article 3 à ces enfants, car cela constituerait de la discrimination injustifiée. Si dans l'avenir, le ministre peut s'acquitter de cette obligation, l'acte discriminatoire sera peut-être justifié.

[68] En second lieu, le seul avertissement que le juge Mahoney a donné à l'égard de ce genre d'action était que, si pareille ordonnance était rendue, il incomberait au Tribunal d'enjoindre également à la personne responsable de l'acte discriminatoire, conformément à son mandat, de consulter la Commission canadienne des droits de la personne. Le Tribunal a rendu cette autre ordonnance conformément à l'alinéa 53(2)a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et a en outre suspendu l'exécution de l'ordonnance pour une période de six mois de façon à permettre la consulta-

ate, in the circumstances of this case, and would restore them.

[69] The Tribunal included in its order that the Minister cease applying paragraph 5(2)(a) in a discriminatory fashion. I cannot endorse this in so far as paragraph 5(2)(a) was not in issue in this proceeding and no finding could be made with respect to it.

Conclusion

[70] It must be noted that this decision is not a constitutional decision declaring any law to be invalid. It is merely an individual case of discrimination in the unfair application of one particular provision against two legally adopted children and their parents. The adoptions in this case were both *bona fide* and in conformity with Irish law. The Tribunal stated [at page 64]:

The Tribunal is satisfied, and indeed the Respondent has conceded that the adoption of Caragh and Siobhan McKenna was *bona fide*, and was not carried out for immigration purposes. The Tribunal is also satisfied that the adoptions created a genuine parent/child relationship. The Complainant testified as to the process she went through in the course of adopting the children. The Respondent has not disputed that the adoptions were carried out in accordance with Irish law.

There is nothing in this case that would prevent the government from trying to establish *bona fide* justifications in any future cases. Nothing in this case will enable Canadians to pretend to adopt children abroad, thereby granting them automatic citizenship, in circumvention of the regular channels. It merely rectifies an instance of unjust discrimination against legally adopted children who must now be viewed as equal in citizenship matters, as in all other respects, to children born to their parents.

[71] I would allow the appeal, set aside the decision of the Motions Judge and restore the order of the

tion. Je conclus que les ordonnances réparatrices que le Tribunal a rendues sont appropriées, eu égard aux circonstances de l'espèce, et je suis d'avis de les rétablir.

[69] Dans son ordonnance, le Tribunal a également enjoint au ministre de cesser d'appliquer l'alinéa 5(2)a d'une façon discriminatoire. Je ne puis souscrire à cette ordonnance étant donné que l'alinéa 5(2)a n'est pas en litige et qu'aucune conclusion ne peut être tirée à ce sujet.

Conclusion

[70] Il importe de noter que cette décision n'est pas une décision constitutionnelle dans laquelle une règle de droit est déclarée invalide. Il s'agit simplement d'une affaire individuelle de discrimination résultant de l'application inéquitable d'une disposition particulière à deux enfants légalement adoptés et à leurs parents. Dans ce cas-ci, il s'agissait de véritables adoptions effectuées conformément à la législation irlandaise. Voici ce que le Tribunal a dit [aux pages 68 et 69]:

Le Tribunal est convaincu que l'adoption de Caragh et de Siobhan McKenna a été faite de bonne foi et non pour des fins touchant à l'immigration, ce que l'intimé a d'ailleurs admis. Le Tribunal est également convaincu que l'adoption a créé un véritable lien de filiation entre les parents et les enfants. La plaignante a témoigné au sujet de la démarche qu'elle a suivie pour adopter les enfants. L'intimé n'a pas contesté le fait que les adoptions se sont déroulées conformément au droit irlandais.

Rien n'empêcherait le gouvernement en l'espèce de tenter dans l'avenir d'établir l'existence de motifs justifiables. Il n'y a ici rien qui permette à des Canadiens de faire semblant d'adopter des enfants à l'étranger, de sorte que la citoyenneté leur serait automatiquement attribuée sans passer par les voies régulières. La présente décision vise simplement à remédier à la discrimination injuste dont font l'objet des enfants adoptés légalement qui doivent maintenant être considérées comme les égales, sur le plan de la citoyenneté, et à tous les autres égards, des enfants biologiques.

[71] Je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'infirmier la décision du juge des requêtes et de rétablir l'ordon-

Tribunal, except in so far as it purported to apply to paragraph 5(2)(a).

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ROBERTSON J.A.:

The Issue

[72] The appellant and her husband are Canadian citizens and permanent residents of Ireland who adopted two children in accordance with the laws of that country. Both children were born in Ireland and are citizens thereof. Under Canadian law the appellant's adopted children do not obtain "automatic" citizenship as is true of children born abroad to Canadian citizens. Rather her adopted children must gain admission to Canada as permanent residents. This condition precedent to Canadian citizenship is mandated by paragraph 5(2)(a) of the *Citizenship Act*, which incorporates by reference the requirements imposed by the *Immigration Act* pertaining to permanent resident status. Because of the differential treatment accorded birth and adopted children born abroad, and the refusal of the Canadian government to issue passports to her two adopted children, the appellant lodged a complaint with the Canadian Human Rights Commission alleging discrimination on the basis of family status contrary to sections 3 and 5 of the *Canadian Human Rights Act*.

Decisions Below

[73] The Human Rights Tribunal, established to hear the complaint, took jurisdiction on the ground that the granting of citizenship constitutes a "service" customarily available to the "general public" within the meaning of section 5 of the *Canadian Human Rights Act*. The Tribunal also concluded that the appellant qualified as a "victim" under paragraph 40(5)(c) of the *Canadian Human Rights Act*, enabling relief to be extended to her two adopted children, who lacked

nance du Tribunal, sauf dans la mesure où elle prétend s'appliquer à l'alinéa 5(2)a).

* * *

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

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.:

La question en litige

[72] L'appelante et son mari sont des citoyens canadiens et des résidents permanents de l'Irlande qui ont adopté deux filles conformément aux lois de ce pays. Les deux enfants sont nées en Irlande et sont citoyennes de ce pays. En vertu de la législation canadienne, les filles adoptives de l'appelante n'obtiennent pas «automatiquement» la citoyenneté comme cela est le cas pour les enfants nés à l'étranger de parents qui sont citoyens du Canada. Les filles adoptives de l'appelante doivent plutôt être admises au Canada à titre de résidentes permanentes. Cette condition est prévue à l'alinéa 5(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*, qui incorpore par renvoi les exigences imposées par la *Loi sur l'immigration* en ce qui concerne le statut de résident permanent. À cause du traitement différent dont font l'objet les enfants biologiques et les enfants adoptés nés à l'étranger et du refus du gouvernement canadien de délivrer des passeports à ses deux filles adoptives, l'appelante a déposé une plainte devant la Commission canadienne des droits de la personne, alléguant avoir fait l'objet de discrimination pour un motif fondé sur sa situation de famille, en violation des articles 3 et 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

Décisions des instances inférieures

[73] Le Tribunal des droits de la personne établi en vue d'entendre la plainte s'est dit compétent pour le motif que l'attribution de la citoyenneté constitue un «service [. . .] destiné [. . .] au public» au sens de l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Le Tribunal a également conclu que l'appelante était une «victime» au sens de l'alinéa 40(5)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, de sorte qu'une réparation pouvait être accordée aux deux

standing to lodge a complaint with the Commission. In addition to these jurisdictional issues, the Tribunal held that the differential treatment accorded adopted and birth children born abroad constituted *prima facie* discrimination.

[74] With respect to whether the Minister established a *bona fide* justification for the discriminatory practice, as required pursuant to paragraph 15(g) of the *Canadian Human Rights Act*, the Tribunal held that the following requirements imposed by paragraph 5(2)(a) of the *Citizenship Act*, in conjunction with the *Immigration Act*, were not reasonably justified: (1) the need to establish an intent to reside in Canada; (2) the need to satisfy certain health, security and criminality requirements; (3) the need to obtain a letter of no objection from the child welfare agency in a province; and (4) the need to be adopted prior to age 19 (age 13 prior to February 1993). The Tribunal did, however, uphold the requirements that the adoption be carried out in accordance with the laws of the foreign country and that it create a genuine parent/child relationship, as opposed to one entered into for the purpose of circumventing Canada's immigration laws (the so-called "adoption of convenience"). The extent to which immigration authorities could block admission on the latter ground was in a state of flux until the *Immigration Act* was amended in 1992 to expressly provide that the adoption not be for the purpose of gaining admission to Canada: see the definition of "adopted" in subsection 2(1) of the *Immigration Regulations, 1978* and *Gill (B.S.) v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 229 N.R. 267 (F.C.A.).

[75] Pursuant to its findings, the Tribunal ordered that the appellant's two children be granted citizenship, and that the Minister cease the discriminatory practice of requiring compliance with paragraph 5(2)(a) of the *Citizenship Act*, subject to the two exceptions noted above. Finally, the Tribunal suspended its order for six months to allow for consulta-

tion. filles adoptives, qui n'avaient pas qualité pour déposer une plainte devant la Commission. En plus de ces questions de compétence, le Tribunal a conclu que le traitement différent dont faisaient l'objet les enfants adoptés et les enfants biologiques nés à l'étranger constituait à première vue de la discrimination.

[74] En ce qui concerne la question de savoir si le ministre a établi l'existence d'un motif justifiable à l'égard de l'acte discriminatoire, comme l'exige l'alinéa 15g) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, le Tribunal a statué que les exigences suivantes imposées par l'alinéa 5(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*, ainsi que par la *Loi sur l'immigration*, n'étaient pas raisonnablement justifiées: 1) la nécessité d'établir l'intention de résider au Canada; 2) la nécessité de satisfaire à certaines exigences relatives à la santé, à la sécurité et à la criminalité; 3) la nécessité d'obtenir une lettre de non-opposition du bureau de protection de l'enfance de la province; et 4) la nécessité pour l'enfant d'être adopté avant d'avoir atteint l'âge de 19 ans (ou de 13 ans avant le mois de février 1993). Toutefois, le Tribunal a confirmé les exigences voulant que l'adoption soit faite conformément aux lois du pays étranger et que cette adoption ait pour effet de créer un véritable lien de filiation entre le parent et l'enfant, par opposition à une relation visant à contourner les lois canadiennes en matière d'immigration (la soi-disant «adoption de convenance»). On ne savait pas trop dans quelle mesure les autorités de l'immigration pouvaient empêcher l'admission pour ce dernier motif tant que la *Loi sur l'immigration* n'a pas été modifiée en 1992 de façon à prévoir expressément que l'adoption ne devait pas viser à assurer l'admission au Canada: voir la définition du mot «adopté» au paragraphe 2(1) du *Règlement sur l'immigration de 1978* et *Gill (B.S.) c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 229 N.R. 267 (C.A.F.).

[75] Conformément aux conclusions qu'il avait tirées, le Tribunal a ordonné que les deux enfants de l'appelante se voient attribuer la citoyenneté et que le ministre cesse la pratique discriminatoire que constitue le fait d'exiger l'observation de l'alinéa 5(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*, sous réserve des deux exceptions susmentionnées. Enfin, le Tribunal, «reconnais-

tion between the Commission and the Minister with respect to the measures ordered because of the “admitted concern for the potential abuse of the immigration process.” The Attorney General then sought judicial review of the Tribunal’s decision.

[76] The Motions Judge allowed the application and set aside the decision of the Tribunal on the ground that the appellant had failed to establish a case of *prima facie* discrimination. With respect to the *bona fide* justification issue, the Motions Judge held that there was a breach of natural justice because the issues raised in the complaint had not been adequately defined. As a result, the Attorney General had no notice that she was required to justify all of the requirements pertaining to the immigration process for obtaining status as a permanent resident as contemplated by paragraph 5(2)(a) of the *Citizenship Act*. Finally, the Motions Judge concluded that the Tribunal lacked jurisdiction to make an order in favour of the appellant’s two adopted children because they lacked the requisite standing as “victims” as defined in the *Canadian Human Rights Act* and, therefore, were not entitled to a remedy.

Analysis

[77] The three issues identified above and decided by the Motions Judge were pursued on this appeal. My colleague, Justice Linden has circulated reasons which are comprehensive and, in my respectful opinion, persuasive as they pertain to two of those issues. I agree that the Motions Judge erred in concluding that the appellant failed to establish a case of *prima facie* discrimination and I adopt Justice Linden’s reasons on this issue in their entirety. I am also persuaded that, in the circumstances of this case, the appellant qualifies as a “victim” under the *Canadian Human Rights Act* in that the discrimination suffered by the two adopted children was “unjustly visited” upon their adoptive mother, the appellant. Once again, I need only turn to the reasons of Justice Linden in support of that conclusion. Where I disagree with my colleague is with respect to the alleged

sant le bien-fondé de la préoccupation relative à la possibilité que la procédure d’immigration fasse l’objet d’abus», a suspendu l’exécution de l’ordonnance pour six mois afin de permettre à la Commission et au ministre de se consulter au sujet des mesures ordonnées. Le procureur général a ensuite demandé le contrôle judiciaire de la décision du Tribunal.

[76] Le juge des requêtes a accueilli la demande et a infirmé la décision du Tribunal pour le motif que l’appelante n’avait pas fait la preuve *prima facie* de l’existence d’une distinction. En ce qui concerne la question du motif justifiable, le juge des requêtes a statué qu’il y avait eu violation de la justice naturelle parce que les questions soulevées dans la plainte n’avaient pas été définies de façon adéquate. Le procureur général ne savait donc pas qu’il était tenu de justifier toutes les exigences relatives à la procédure d’immigration en ce qui concerne la reconnaissance du statut de résident permanent comme le prévoit l’alinéa 5(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*. Enfin, le juge des requêtes a conclu que le Tribunal n’avait pas compétence pour rendre une ordonnance en faveur des deux filles adoptives de l’appelante parce que ces dernières n’étaient pas des «victimes» au sens de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et qu’elles n’avaient donc pas droit à une réparation.

Analyse

[77] Les trois questions susmentionnées sur lesquelles le juge des requêtes a statué ont été reprises dans le présent appel. Mon collègue le juge Linden a prononcé des motifs exhaustifs et, à mon avis, convaincants en ce qui concerne deux de ces questions. Je suis d’accord pour dire que le juge des requêtes a commis une erreur en concluant que l’appelante n’avait pas fait la preuve *prima facie* de l’existence d’une distinction et j’adopte les motifs du juge Linden en entier sur ce point. Je suis également convaincu qu’eu égard aux circonstances de la présente espèce, l’appelante est une «victime» en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* en ce sens que la discrimination contre ses deux filles adoptives a «injustement été portée» sur elle. Ici encore, je n’ai qu’à me reporter aux motifs du juge Linden à l’appui de cette conclusion. Je ne suis pas d’accord avec mon

breach of natural justice and his conclusion that paragraph 5(2)(a) of the *Citizenship Act* is not in issue. Specifically, I cannot accept that the word “adopted”, as it is used in paragraph 3(1)(b) of the *Citizenship Act*, should be deemed to imply “legitimate” adoptions thereby rendering paragraph 5(2)(a) inapplicable and by necessity the provisions of the *Immigration Act*. In my respectful view, it is inappropriate to imply such a term when the *Citizenship Act* expressly incorporates by reference the provisions of the *Immigration Act* which already deal with the issue of legitimate adoptions; that is to say adoptions of convenience. Moreover, I am not aware of any jurisprudence which supports the view that such adoptions can be blocked under an implied term of the *Citizenship Act*. Finally, and as will be explained below, paragraph 3(1)(b) of the *Citizenship Act* is not relevant to the case under appeal. Rather it is paragraph 3(1)(e) that requires our consideration together with paragraph 5(2)(a).

[78] In my respectful opinion, the Tribunal did not err in recognizing the relevance of paragraph 5(2)(a) of the *Citizenship Act*. It erred in ruling on whether the requirements relating to permanent residency imposed by that section were justified by paragraph 15(g) of the *Canadian Human Rights Act*. The Minister was given no notice that paragraph 5(2)(a) was in issue and that he would be required to adduce evidence to justify each of its requirements. While focusing on this particular issue, I do not wish to leave the impression that I agree with the Tribunal’s conclusion that the granting of citizenship constitutes a service customarily available to the general public within the meaning of the *Canadian Human Rights Act* and, therefore, that the Tribunal has the jurisdiction to negotiate with the responsible Minister the manner in which the provisions of the *Citizenship Act* are to be applied in future. As this particular issue was not pursued before either the Motions Judge or this Court, I do not propose to deal with it other than to lay to rest the mistaken view that this Court’s decision in *Canada (Attorney General) v. Druken*, [1989] 2 F.C. 24 (C.A.) somehow supports the proposition that

collègue en ce qui concerne la présumée violation de la justice naturelle et la conclusion selon laquelle l’alinéa 5(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté* n’est pas en cause. En particulier, je ne puis reconnaître que le mot «*adopted*» (adopté), tel qu’il est employé dans la version anglaise de l’alinéa 3(1)b) de la *Loi sur la citoyenneté*, est réputé se rapporter implicitement aux adoptions «*légitimes*», de sorte que l’alinéa 5(2)a), et nécessairement les dispositions de la *Loi sur l’immigration*, ne s’appliquent pas. À mon avis, il n’est pas approprié de sous-entendre l’existence de ce mot lorsque la *Loi sur la citoyenneté* incorpore expressément par renvoi les dispositions de la *Loi sur l’immigration* qui traitent déjà de la question des adoptions légitimes, par rapport aux adoptions de convenance. En outre, je ne connais aucun arrêt qui étaye l’idée selon laquelle ces adoptions peuvent être empêchées en vertu d’un mot qui est sous-entendu dans la *Loi sur la citoyenneté*. Enfin, et je reviendrai plus loin sur ce point, l’alinéa 3(1)b) de la *Loi sur la citoyenneté* n’est pas pertinent aux fins qui nous occupent. C’est plutôt l’alinéa 3(1)e) qui doit être examiné ainsi que l’alinéa 5(2)a).

[78] À mon avis, le Tribunal n’a pas commis d’erreur en reconnaissant la pertinence de l’alinéa 5(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*. Il a commis une erreur en statuant sur la question de savoir si l’alinéa 15g) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* justifie les exigences relatives à la résidence permanente imposées par cette disposition. Le ministre n’a pas été avisé que l’alinéa 5(2)a) était en litige et qu’il devait présenter une preuve en vue de justifier chacune de ses exigences. Bien que j’insiste sur ce point particulier, je ne veux pas donner l’impression que je sous-cris à la conclusion du Tribunal, à savoir que l’attribution de la citoyenneté constitue un service destiné au public au sens de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, et que le Tribunal a donc compétence pour négocier avec le ministre responsable la façon dont les dispositions de la *Loi sur la citoyenneté* doivent s’appliquer dans l’avenir. Étant donné que ce point particulier n’a pas été repris devant le juge des requêtes ou devant la Cour, je ne me propose pas de l’examiner si ce n’est pour écarter l’idée erronée selon laquelle la décision que la Cour a rendue dans l’affaire *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989]

the denial of citizenship constitutes the denial of a service.

a) *Druken*

[79] In *Druken*, a number of unemployment insurance claimants were denied benefits because they had been employed by their husbands as proscribed by paragraphs 3(2)(c) and 4(3)(d) [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 80, s. 2] of the *Unemployment Insurance Act, 1971* [S.C. 1970-71-72, c. 48]. A complaint was lodged with the Commission and the tribunal appointed to hear it held that the relevant provisions of that Act were discriminatory because they resulted in the denial of a service customarily available to the general public on the prohibited ground of marital status. The tribunal ordered the Unemployment Insurance Commission to cease enforcing the relevant provisions and to pay the complainants the benefits that they had been denied. In addition, it awarded \$1000 to each of the claimants for “hurt feelings”. While this Court refused to set aside the tribunal’s decision, it did not endorse the understanding that the availability of unemployment insurance benefits constitutes a “service” within the meaning of section 5 of the *Canadian Human Rights Act* [S.C. 1976-77, c. 33]. Justice Mahoney, writing for the Court, specifically noted that the Attorney General had raised in his factum the arguments that such benefits do not qualify as a “service” and that the denial of unemployment benefits did not constitute discrimination on the ground of marital status. Justice Mahoney further noted that both issues were abandoned at the hearing of the judicial review application. At page 28, he stated:

While they were raised in the Attorney General’s factum, arguments that the provision of unemployment insurance benefits is not a service customarily available to the general public and that its denial, by virtue of paragraphs 3(2)(c) of the U.I. Act and 14(a) of the U.I. Regulations, is based on marital and/or family status, were not pursued. The latter proposition seems so self-evident as not to call for comment. As to the former, the applicant appears to have found persuasive the dictum express in *Singh (Re)*, [1989] 1 F.C. 430 (C.A.)

2 C.F. 24 (C.A.) étaye de quelque façon la thèse voulant que le refus d’attribuer la citoyenneté ait pour effet de priver une personne d’un service.

a) L’affaire *Druken*

[79] Dans l’affaire *Druken*, un certain nombre de prestataires s’étaient vu refuser des prestations d’assurance-chômage en vertu des alinéas 3(2)c) et 4(3)d) [mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 80, art. 2] de la *Loi de 1971 sur l’assurance-chômage* [S.C. 1970-71-72, ch. 48] au motif qu’elles avaient été employées par leur mari. Une plainte a été déposée devant la Commission et le tribunal établi pour entendre la plainte a statué que les dispositions pertinentes de cette Loi étaient discriminatoires parce qu’elles entraînaient la privation d’un service destiné au public pour le motif de distinction illicite fondé sur l’état matrimonial. Le tribunal a ordonné à la Commission d’assurance-chômage de cesser d’appliquer les dispositions pertinentes et de payer aux plaignantes les prestations qu’on leur avait refusées. De plus, il a accordé la somme de 1 000 \$ à chacune des prestataires pour «préjudice moral». La Cour a refusé d’infirmier la décision du tribunal, mais elle n’a pas souscrit à la thèse selon laquelle la possibilité d’obtenir des prestations d’assurance-chômage constitue un «service» au sens de l’article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [S.C. 1976-77, ch. 33]. Le juge Mahoney, au nom de la Cour, a expressément fait remarquer que le procureur général avait soulevé dans son mémoire l’argument voulant que la fourniture de pareilles prestations ne soit pas un «service» et que sa privation ne constitue pas de la discrimination fondée sur l’état matrimonial. Le juge Mahoney a en outre fait remarquer que les deux questions avaient été abandonnées à l’audition de la demande de contrôle judiciaire. À la page 28, voici ce qu’il a dit:

Bien qu’ils fussent soulevés dans le mémoire du procureur général, n’ont pas été repris l’argument voulant que la fourniture de prestations d’assurance-chômage ne soit pas un service destiné au public et l’argument que sa privation en vertu de l’alinéa 3(2)c) de la Loi sur l’assurance-chômage et de l’alinéa 14a) [. . .] du *Règlement sur l’assurance-chômage* est fondée sur l’état matrimonial et/ou la situation de famille de la personne concernée. Cette dernière assertion semble si évidente en soi qu’elle n’a pas besoin d’être commentée. En ce qui concerne la proposition précédente, le requérant semble avoir trouvé convaincante l’opinion

incidente exprimée dans l'arrêt *Singh (Re)*, [1989] 1 C.F. 430 (C.A.) [. . .]

[. . .]

In any event, the tribunal's basic finding of fact that the respondents were victims of a proscribed discriminatory practice was not questioned.

Quoi qu'il en soit, la conclusion de fait fondamentale du tribunal que les intimées ont été victimes d'un acte discriminatoire illicite n'a pas été contestée.

[80] In my opinion, *Druken* does not stand for the proposition that denial of unemployment insurance benefits constitutes denial of a service within the meaning of the *Canadian Human Rights Act*, but only that the Attorney General conceded as much. Of course, that concession does not mean that the Attorney General or this Court is estopped from considering the issue in subsequent cases. As this case is to be remitted to the Tribunal for reconsideration, I refrain from further comment and return to my analysis.

[80] À mon avis, l'arrêt *Druken* n'étaye pas la thèse selon laquelle le refus d'accorder des prestations d'assurance-chômage a pour effet de priver une personne d'un service au sens de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*; elle montre uniquement que le procureur général a concédé la chose. Bien sûr, cela ne veut pas pour autant dire que le procureur général ou la Cour sont empêchés d'examiner la question dans des affaires subséquentes. Étant donné que la présente affaire doit être renvoyée au Tribunal pour nouvel examen, je m'abstiens de faire d'autres remarques et je reviens à mon analyse.

b) The Legal Framework

b) Le contexte juridique

[81] This case is somewhat complicated by the fact that the appellant's two adopted children were born and adopted when the *Canadian Citizenship Act*, 1970 was in force. That legislation was amended by the *Citizenship Act*, which came into force on February 15, 1977. For ease of explanation, I will refer to these two pieces of legislation as the "old Act" and "new Act", respectively. The appellant's request for Canadian passports for her adopted children was denied when the new Act was in force, in 1979. The complaint was lodged with the Commission in 1987.

[81] Cette affaire est d'autant plus complexe que les deux filles adoptives de l'appelante sont nées et ont été adoptées lorsque la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1970 était en vigueur. Cette loi a été modifiée par la *Loi sur la citoyenneté* de 1974-75-76, qui est entrée en vigueur le 15 février 1977. Pour plus de commodité, je parlerai de l'«ancienne Loi» et de la «nouvelle Loi» respectivement. La demande que l'appelante avait présentée en vue d'obtenir des passeports canadiens pour ses filles adoptives a été rejetée en 1979, lorsque la nouvelle Loi était en vigueur. La plainte a été déposée devant la Commission en 1987.

[82] Under the old Act, children adopted abroad by Canadian citizens did not acquire automatic citizenship on the date of their adoption. Citizenship had to be obtained through the process followed by all foreign nationals, commencing with the admission procedures under the *Immigration Act*. Automatic citizenship was only available to children born abroad whose biological fathers were Canadian citizens pursuant to paragraph 5(1)(b) of the old Act. Birth children did not automatically obtain the citizenship of their biological mothers, unless they were born out of "wedlock".

[82] En vertu de l'ancienne Loi, les enfants adoptés à l'étranger par des citoyens canadiens n'acquerraient pas automatiquement la citoyenneté à la date de leur adoption. Pour obtenir la citoyenneté, il fallait suivre la procédure qui s'appliquait à tous les ressortissants étrangers, à commencer par la procédure d'admission prévue par la *Loi sur l'immigration*. La citoyenneté n'était automatiquement attribuée qu'aux enfants nés à l'étranger d'un père ayant qualité de citoyen conformément à l'alinéa 5(1)(b) de l'ancienne Loi. Les enfants biologiques n'obtenaient pas automatiquement

(Paragraph 5(2)(b) of the new Act corrected the previous inability of Canadian mothers to pass on their citizenship to their birth children born abroad. As to the invalidity of the old provision, see *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358.)

[83] The new Act anticipated the problem of retroactivity by distinguishing between children born outside Canada prior to the new Act coming into force and those born afterwards. The distinction is found in paragraph 3(1)(b), which applies to children born after February 14, 1977, and paragraph 3(1)(e), which applies to children born prior to that date. Those sections read as follows:

3. (1) Subject to this Act, a person is a citizen if

...

(b) the person was born outside Canada after February 14, 1977 and at the time of his birth one of his parents, other than a parent who adopted him, was a citizen;

...

(e) the person was entitled, immediately before February 15, 1977, to become a citizen under paragraph 5(1)(b) of the former Act.

[84] As is clearly stated in paragraph 3(1)(e), children born outside Canada prior to the new Act coming into force (which includes the appellant's two adopted children) are entitled to automatic citizenship, if they come within paragraph 5(1)(b) of the old Act. But, as discussed above, that provision only extended automatic citizenship to those children who could either establish that their biological father was a Canadian citizen or that their biological mother was a Canadian citizen if they were born out of "wedlock". Thus, the only way the appellant's two adopted children can attain Canadian citizenship is through paragraph 5(2)(a) of the new Act, which incorporates by reference the permanent residency requirement under the *Immigration Act*. That provision reads:

la citoyenneté grâce à leur mère, à moins d'être nés «en dehors du mariage». (L'alinéa 5(2)(b) de la nouvelle Loi vise à corriger le fait qu'auparavant, les mères canadiennes ne pouvaient pas transmettre leur citoyenneté à leurs enfants biologiques nés à l'étranger. En ce qui concerne la validité de l'ancienne disposition, voir *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358.)

[83] La nouvelle Loi tenait compte du problème de la rétroactivité en faisant une distinction entre les enfants nés à l'étranger avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi et ceux qui étaient nés après son entrée en vigueur. La distinction est faite à l'alinéa 3(1)(b), qui s'applique aux enfants nés après le 14 février 1977, et à l'alinéa 3(1)(e), qui s'applique aux enfants nés avant cette date. Ces dispositions se lisent comme suit:

3. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, a qualité de citoyen toute personne:

[. . .]

b) née à l'étranger après le 14 février 1977 d'un père ou d'une mère ayant qualité de citoyen au moment de la naissance;

[. . .]

e) habile, au 14 février 1977, à devenir citoyen aux termes de l'alinéa 5(1)(b) de l'ancienne loi.

[84] Comme il en est clairement fait mention à l'alinéa 3(1)(e), les enfants nés à l'étranger avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi (ce qui comprend les deux filles adoptives de l'appelante) ont automatiquement droit à la citoyenneté s'ils sont visés par les dispositions de l'alinéa 5(1)(b) de l'ancienne Loi. Cependant, comme il en a été fait mention ci-dessus, cette disposition n'attribuait automatiquement la citoyenneté qu'aux enfants qui pouvaient établir qu'ils étaient nés d'un père ayant qualité de citoyen, ou encore d'une mère ayant qualité de citoyenne, s'ils étaient nés «en dehors du mariage». Par conséquent, les deux filles adoptives de l'appelante peuvent uniquement obtenir la citoyenneté canadienne au moyen de l'application de l'alinéa 5(2)(a) de la nouvelle Loi, qui incorpore par renvoi l'exigence relative à la résidence permanente prévue par la *Loi sur l'immigration*. Cette disposition se lit comme suit:

5. . . .

(2) The Minister shall grant citizenship to any person who

(a) has been lawfully admitted to Canada for permanent residence, has not ceased since that admission to be a permanent resident pursuant to section 24 of the *Immigration Act*, and is the minor child of a citizen if an application for citizenship is made to the Minister by a person authorized by regulation to make the application on behalf of the minor child;

[85] With respect to children born outside Canada after the new Act came into force, paragraph 3(1)(b) states that such children are entitled to automatic citizenship if he or she qualifies as birth children of a Canadian citizen. If they fail to so qualify, then paragraph 5(2)(a) of the new Act applies in the same manner as it does to children born abroad prior to that date. In summary, children born abroad and adopted by Canadian citizens are not entitled to automatic citizenship under either the old or the new Act. They must satisfy the requirements stipulated by the *Immigration Act* in force at the relevant date.

c) The Error

[86] Against this background, it is apparent that the *prima facie* discrimination which the appellant and her two adopted children have suffered arises from the application of paragraphs 3(1)(e) and 5(2)(a) of the new Act. Discrimination arises under paragraph 3(1)(e) because it denies the appellant's adopted children the right to automatic citizenship, which is accorded birth children who are born abroad to Canadian citizens. Discrimination arises under paragraph 5(2)(a) because it imposes on adopted children the burden of gaining admission to Canada as permanent residents, in accordance with all of the relevant criteria set out in the *Immigration Act*. Paragraph 3(1)(b) is also a source of discrimination but it has no application here because it only applies to children born after February 14, 1977. As noted at the outset, the appellant's two adopted children were born prior to this date. I think it is important to recognize that it is not the provisions of the *Immigration Act* which are discriminatory; it is the fact that paragraph 5(2)(a) of the *Citizenship Act* incorporates by reference the

5. [. . .]

(2) Le ministre attribue en outre la citoyenneté:

a) sur demande qui lui est présentée par la personne autorisée par règlement à représenter celui-ci, à l'enfant mineur d'un citoyen, légalement admis au Canada à titre de résident permanent et n'ayant pas depuis perdu ce titre en application de l'article 24 de la *Loi sur l'immigration*.

[85] En ce qui concerne les enfants nés à l'étranger après l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi, l'alinéa 3(1)(b) prévoit qu'ils ont automatiquement droit à la citoyenneté s'ils sont nés d'un père ou d'une mère ayant qualité de citoyen. S'ils ne remplissent pas cette condition, l'alinéa 5(2)(a) de la nouvelle Loi s'applique de la même façon qu'il s'applique aux enfants nés à l'étranger avant l'entrée en vigueur de la Loi. Bref, les enfants nés à l'étranger et adoptés par des citoyens canadiens n'ont pas automatiquement droit à la citoyenneté, et ce, que ce soit en vertu de l'ancienne Loi ou de la nouvelle Loi. Ils doivent satisfaire aux exigences énoncées dans la *Loi sur l'immigration*, telle qu'elle s'appliquait à la date pertinente.

c) L'erreur

[86] Compte tenu de ce contexte, la discrimination dont l'appelante et ses deux filles adoptives ont à première vue fait l'objet découle de l'application des alinéas 3(1)(e) et 5(2)(a) de la nouvelle Loi. La discrimination découle de l'alinéa 3(1)(e) parce qu'elle prive les filles adoptives de l'appelante du droit d'obtenir automatiquement la citoyenneté, droit qui est reconnu aux enfants nés à l'étranger de parents ayant qualité de citoyen. La discrimination découle de l'alinéa 5(2)(a) parce qu'elle impose aux enfants adoptés l'obligation d'être admis au Canada à titre de résidents permanents conformément à tous les critères pertinents énoncés dans la *Loi sur l'immigration*. L'alinéa 3(1)(b) est également une source de discrimination, mais il ne s'applique pas en l'espèce parce qu'il vise uniquement les enfants nés après le 14 février 1974. Comme je l'ai fait remarquer au début de ces motifs, les deux filles adoptives de l'appelante sont nées avant cette date. Je crois qu'il est important de reconnaître que ce ne sont pas les dispositions de la *Loi sur l'immigration* qui sont discriminatoires, mais le fait que l'alinéa 5(2)(a)

requirements pertaining to permanent residency imposed under the *Immigration Act*.

[87] Once the appellant established a *prima facie* case of discrimination, the onus was on the Minister to establish a *bona fide* justification for the discriminatory practice pursuant to paragraph 15(g) of the *Canadian Human Rights Act*. In my view, in order to meet that obligation, the Minister needed to address each criterion imposed under the *Immigration Act* relating to admission as a permanent resident. Specifically, the Minister was under an obligation to establish that each of the requirements was “reasonably necessary” in that no reasonable alternatives were available which were less burdensome on adopted children born abroad and which would permit the Minister to achieve Parliament’s objectives: see *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321; *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279. Unfortunately, the Minister did not do so for the reasons which follow.

[88] The appellant’s initial complaint to the Commission did not isolate any particular section of the new Act (hereinafter the “*Citizenship Act*”), nor did it specifically refer to that Act. The transcript of the closing arguments advanced before the Tribunal reveals that, from the outset, the Commission had argued that the discriminatory practice flowed from the application of paragraph 3(1)(b) of the *Citizenship Act*. Understandably, the Minister took the position that this section was inapplicable in view of the fact that it applied only to persons born after February 14, 1977, and that the appellant’s two adopted children were born prior to that date. It is also evident that the Commission took the position that the appellant’s two adopted children were entitled to automatic citizenship. Both parties focused on whether the differential treatment giving rise to the discriminatory practice was justified in terms of the need to curtail adoptions of convenience. The position of the Commission before the Tribunal was that there was insufficient evidence to support the proposition that such a prob-

de la *Loi sur la citoyenneté* incorpore par renvoi les exigences relatives à la résidence permanente imposées par la *Loi sur l’immigration*.

[87] Une fois que l’appelante a fait la preuve *prima facie* de l’existence d’une discrimination, il incombe au ministre d’établir l’existence d’un motif justifiable à l’égard de l’acte discriminatoire visé à l’alinéa 15g) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. À mon avis, afin de satisfaire à cette obligation, le ministre devait traiter de chaque critère imposé par la *Loi sur l’immigration* en ce qui concerne l’admission d’une personne à titre de résidente permanente. Plus précisément, le ministre était tenu d’établir que chacune des exigences était «raisonnablement nécessaire» en ce sens qu’il n’existait aucune solution de rechange raisonnable qui serait moins contraignante pour les enfants adoptés à l’étranger et qui permettrait au ministre d’atteindre les objectifs visés par le législateur: voir *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279. Malheureusement, le ministre ne l’a pas fait, et ce, pour les raisons énoncées ci-après.

[88] Dans la plainte qu’elle avait initialement déposée devant la Commission, l’appelante ne citait pas expressément une disposition particulière de la nouvelle Loi (ci-après appelée la «*Loi sur la citoyenneté*»), et elle ne faisait pas expressément mention de cette Loi. La transcription des plaidoiries finales présentées devant le Tribunal révèle qu’au départ, la Commission avait soutenu que l’acte discriminatoire découlait de l’application de l’alinéa 3(1)b) de la *Loi sur la citoyenneté*. Évidemment, le ministre a soutenu que cette disposition ne s’appliquait pas puisqu’elle ne visait que les personnes nées après le 14 février 1977 et que les deux filles adoptives de l’appelante étaient nées avant cette date. Il est également évident que la Commission a soutenu que les deux filles adoptives de l’appelante avaient automatiquement droit à la citoyenneté. Les deux parties ont mis l’accent sur la question de savoir si le traitement différent donnant lieu à l’acte discriminatoire était justifié pour le motif qu’il était nécessaire d’empêcher les adoptions de convenance. Devant le Tribunal, la Commission a soutenu qu’il

lem existed, or that it existed with respect to adoptions carried out in Ireland. Each of the three witnesses who testified on behalf of the Minister directed their evidence to this issue alone. It was not until the end of argument in reply that the Commission suggested, for the first time, that paragraph 5(2)(a) of the *Citizenship Act* was in issue. But, in my view, it was too late to pursue this line of attack without reopening the hearing. Strictly speaking, the Tribunal could have dismissed the complaint once it concluded that “to allow adopted children Canadian citizenship as of right would be to create an avenue for the circumvention of the Canadian immigration process” (Tribunal’s reasons, at page 36). In my respectful view, the Motions Judge did not err in fact in concluding that there was a breach of natural justice in this case. Specifically, I can find no error in the following two passages from her reasons for order [at pages 702-703]:

I have determined that there was a failure of natural justice which appears to have occurred because the issues were never adequately identified or defined. The complainant did not refer to a section of the *Citizenship Act* in her complaint. The text of the complaint focuses on automatic citizenship and the daughters’ ineligibility for citizenship as of right. No mention is made of the naturalization process and this makes sense in context. Since the McKenna family had no intention of residing in Canada, the complainant never thought to use the naturalization process to apply for citizenship for her daughters. During the hearing, counsel for the Commission cross-examined at length on the question of permanent residence which, he argues, was relevant only because paragraph 5(2)(a) was at issue. The Commission’s position appears to be that the Attorney General should be expected to discover the fundamental nature of the case from opposing counsel’s cross-examination. This argument cannot succeed especially because paragraph 5(2)(a) was never mentioned by the Commission in final argument—not even in its reply. What the Commission did say in its main argument was that it sought a remedy under section 3 of the *Citizenship Act*. This is the section which conferred automatic citizenship on the sons.

Much later, at the end of argument in reply, Commission counsel suggested for the first time “It is 5(2)(b) which is

n’y avait pas suffisamment d’éléments de preuve à l’appui de la thèse selon laquelle pareil problème existait, du moins en ce qui concerne les adoptions effectuées en Irlande. Chacune des trois personnes qui ont témoigné pour le compte du ministre n’a traité que de ce point. Ce n’est qu’à la fin des plaidoyers présentés en réponse que la Commission a soutenu pour la première fois que l’alinéa 5(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté* était en cause. Cependant, à mon avis, il était trop tard pour poursuivre cet argument sans rouvrir l’audience. À proprement parler, le Tribunal aurait pu rejeter la plainte une fois qu’il avait conclu que «le fait d’accorder automatiquement aux enfants adoptés le statut de citoyen canadien permettrait à certaines personnes de contourner les exigences de la législation canadienne en matière d’immigration» (motifs du Tribunal, à la page 38). À mon avis, le juge des requêtes n’a pas commis d’erreur de fait en concluant qu’il y avait eu violation de la justice naturelle dans la présente espèce. Plus précisément, je ne puis constater l’existence d’aucune erreur dans les deux passages suivants des motifs de l’ordonnance que le juge des requêtes a rendue [aux pages 702 et 703]:

J’ai conclu qu’il y a eu violation de la justice naturelle qui paraît être survenue parce que les questions litigieuses n’ont jamais été identifiées ou définies de façon adéquate. Dans sa plainte, la plaignante n’a mentionné aucun article de la *Loi sur la citoyenneté*. Le texte de la plainte met l’accent sur la citoyenneté automatique et l’inéligibilité des filles à la citoyenneté de plein droit. Aucune mention n’est faite du processus de naturalisation, ce qui est normal dans le contexte. Puisque la famille McKenna n’avait pas l’intention de demeurer au Canada, la plaignante n’a jamais pensé utiliser le processus de naturalisation pour demander la citoyenneté pour ses filles. Pendant l’audience, l’avocat de la Commission a fait un long contre-interrogatoire sur la question de résidence permanente qui, allègue-t-il, n’était pertinente que parce que l’alinéa 5(2)a) était en cause. La position de la Commission paraît être qu’on devrait s’attendre à ce que le procureur général découvre la nature fondamentale des arguments à partir du contre-interrogatoire mené par l’avocat de la partie adverse. Cette allégation ne peut être retenue, surtout parce que la Commission n’a jamais mentionné l’alinéa 5(2)a) dans son plaidoyer final, même pas dans sa réplique. Dans son plaidoyer principal, la Commission a effectivement dit qu’elle cherchait à obtenir un redressement en vertu de l’article 3 de la *Loi sur la citoyenneté*. C’est l’article qui a conféré automatiquement la citoyenneté aux fils.

Beaucoup plus tard, à la fin du plaidoyer en réplique, l’avocat de la Commission a dit pour la première fois

most directly applicable to Mrs. McKenna's case . . . I think 5(2)(b) can cover Mrs. McKenna's situation." In response, the Tribunal inquired "Where does that leave you with your request for a remedy then? Your remedy request was directed to section 3." A discussion followed in which the Tribunal asked counsel for direction about whether she had jurisdiction to "deal with another section that wasn't involved in this case." In my view, she did not receive a helpful response. Thereafter, counsel for the respondent closed the hearing by objecting to the Commission's tactic of raising paragraph 5(2)(b) for the first time in reply. In summary, it is clear that paragraph 5(2)(a) was never discussed. I am therefore satisfied that there was a failure of natural justice in that counsel for the respondent had no notice that he was required to defend and justify paragraph 5(2)(a).

Disposition

[89] I would dismiss the appeal without costs, and affirm the Motions Judge's order allowing the judicial review application and setting aside the Tribunal's decision. However, I would vary that order to the extent that the matter be remitted to the Tribunal for reconsideration and disposition in accordance with these reasons.

¹ [1997] 1 S.C.R. 358.

² Letter dated May 12, 1986, Appeal Book, Vol. II, at p. 232.

³ See *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 3; S.C. 1992, c. 47, s. 77; c. 49, s. 11; 1995, c. 15, s. 2; 1996, c. 19, s. 83], 24 [as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 4], 27 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 4; S.C. 1992, c. 47, s. 78; c. 49, s. 16; 1995, c. 15, s. 5]; *Immigration Regulations, 1978*, [SOR/78-172], s. 2.

⁴ Mrs. McKenna made another try at obtaining citizenship for her daughters under s. 5(4) of the *Citizenship Act* on January 31, 1991 by writing the Minister then responsible for citizenship, but this effort was not successful either.

⁵ R.S.C., 1985, c. H-6.

⁶ [1993] C.H.R.D. No. 18 (QL), at p. 38.

⁷ [1995] 1 F.C. 694 (T.D.), at p. 702.

⁸ *Supra*, note 1.

⁹ *Ibid.*, at pp. 404-405.

¹⁰ It was determined before the Tribunal that the granting of citizenship was a "service" within the meaning of that word as it appears in s. 3 of the *Canadian Human Rights*

[TRADUCTION] «C'est l'alinéa 5(2)(b) qui s'applique le plus directement au cas de M^{me} McKenna [. . .] Je pense que l'alinéa 5(2)(b) peut couvrir la situation de M^{me} McKenna». En réponse, le Tribunal a demandé [TRADUCTION] «Où en êtes-vous alors avec votre demande de redressement? Votre demande de redressement se fonde sur l'article 3». Au cours du débat qui a suivi le Tribunal a demandé aux avocats leur opinion quant à savoir s'il avait compétence pour [TRADUCTION] «examiner un autre article qui n'a pas été invoqué en l'espèce». À mon avis, le Tribunal n'a reçu aucune réponse utile. Plus tard, à la fin de l'audience, l'avocat de l'intimé s'est opposé à la tactique de la Commission consistant à soulever l'alinéa 5(2)(b) pour la première fois au stade de la réplique. Bref, il est évident que l'alinéa 5(2)(a) n'a jamais été examiné. Je suis donc convaincue qu'il y a eu violation de la justice naturelle en ce que l'avocat de l'intimé n'a pas été avisé qu'il devait défendre et justifier l'alinéa 5(2)(a).

Dispositif

[89] Je suis d'avis de rejeter l'appel sans adjuger de dépens, et de confirmer l'ordonnance par laquelle le juge des requêtes a accueilli la demande de contrôle judiciaire et a infirmé la décision du Tribunal. Toutefois, je suis d'avis de modifier cette ordonnance de façon à renvoyer l'affaire au Tribunal pour nouvel examen et nouvelle décision conformément aux présents motifs.

¹ [1997] 1 R.C.S. 358.

² Lettre du 12 mai 1986, dossier d'appel, vol. II, à la p. 232.

³ Voir *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 3; L.C. 1992, ch. 47, art. 77; ch. 49, art. 11; 1995, ch. 15, art. 2; 1996, ch. 19, art. 83], 24 [mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 4], 27 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 4; L.C. 1992, ch. 47, art. 78; ch. 49, art. 16; 1995, ch. 15, art. 5]; *Règlement sur l'immigration de 1978* [DORS/78-172], art. 2.

⁴ M^{me} McKenna a de nouveau essayé d'obtenir la citoyenneté pour ses filles en vertu de l'art. 5(4) de la *Loi sur la citoyenneté* le 31 janvier 1991 en écrivant au ministre qui était alors responsable de la citoyenneté, mais ses efforts ont échoué.

⁵ L.R.C. (1985), ch. H-6.

⁶ [1993] D.C.D.P. n^o 18 (QL), à la p. 41.

⁷ [1995] 1 C.F. 694 (1^{re} inst.), à la p. 702.

⁸ *Supra*, note 1.

⁹ *Ibid.*, aux p. 404 et 405.

¹⁰ Il a été déterminé devant le Tribunal que l'attribution de la citoyenneté était un «service» au sens de l'art. 3 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Aucun argument

Act. No argument was made with regard to this point before the Trial Division or in this Court and so I will not comment upon it.

¹¹ See, e.g., *Adoption Act*, R.S.B.C. 1936, c. 6, s. 10(1); *Adoption Act*, R.S.N.B. 1952, c. 3, s. 30(2).

¹² [1962] S.C.R. 235.

¹³ *Ibid.*, at p. 240.

¹⁴ R.S.C., 1985, c. C-46 [s. 155 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 21)].

¹⁵ (1996), 29 O.R. (3d) 496 (Gen. Div.), revd (1997), 35 O.R. (3d) 1 (C.A.).

¹⁶ *Ibid.*, at p. 513.

¹⁷ But see *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679 and *Schafer v. Canada (Attorney General)* (1997), 35 O.R. (3d) 1 (C.A.); rev. (1996), 29 O.R. (3d) 496 (Gen. Div.).

¹⁸ See *British Nationality Act 1981* (U.K.), 1981, c. 61, s. 3(1).

¹⁹ *Immigration and Nationality Act*, 8 U.S.C. § 1433 (1994).

²⁰ See also, *Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption*, The Hague, May 29, 1993.

²¹ R.S.O. 1990, c. C.11, s.158(2) first enacted as *An Act to revise The Child Welfare Act*, S.O. 1978, c. 85, s. 86.

²² R.S.S. 1978, c. F-7, s. 60(2)(b).

²³ See *Child Welfare Act*, S.A. 1984, c. C-8.1, s. 65; *Adoption Act*, R.S.B.C. 1996, c. 5, s. 37; *The Child and Family Services Act*, S.M. 1985-86, c. 8, s. 61(1); *Adoption Act*, R.S.N.B. 1973, c. A-3, s. 30; *Adoption of Children Act*, R.S.N. 1990, c. A-3, s. 20; *Children's Services Act*, R.S.N.S. 1989, c. 68, s. 23; *Adoption Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. A-4, s. 18(1); *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, art. 569.

²⁴ *Adoption Act, 1976*, Acts of the Oireachtas, Vol. II, No. 29, s. 7.

²⁵ See *Child Welfare Act*, S.A. 1984, c. C-8.1, s. 70; *Adoption Act*, R.S.N.B. 1973, c. A-3, s. 35; *Adoption of Children Act*, R.S.N. 1990, c. A-3, s. 24; *Children's Services Act*, R.S.N.S. 1989, c. 68, s. 29; *Adoption Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. A-4, s. 26; *The Family Services Act*, R.S.S. 1978, c. F-7, s. 66.

²⁶ See *Adoption Act*, R.S.B.C. 1996, c. 5, s. 47; *The Child and Family Services Act*, S.M. 1985-86, c. 8, s. 57; and *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, Art. 574.

²⁷ [1987] 1 S.C.R. 1114.

²⁸ *Ibid.*, at p. 1134.

²⁹ [1985] 2 S.C.R. 536.

³⁰ *Ibid.*, at p. 547.

³¹ [1992] 2 S.C.R. 1103.

³² *Ibid.*, at p. 1154, in dissent.

³³ [1989] 1 S.C.R. 143.

n'a été présenté sur ce point devant la Section de première instance ou devant la Cour et je m'abstiendrai donc de faire des remarques à ce sujet.

¹¹ Voir, par exemple, *Adoption Act*, R.S.B.C. 1936, ch. 6, art. 10(1); *Adoption Act*, R.S.N.B. 1952, ch. 3, art. 30(2).

¹² [1962] R.C.S. 235.

¹³ *Ibid.*, à la p. 240.

¹⁴ L.R.C. (1985), ch. C-46 [art. 155 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 21)].

¹⁵ (1996), 29 O.R. (3d) 496 (Div. gén.), infirmé par (1997), 35 O.R. (3d) 1 (C.A.).

¹⁶ *Ibid.*, à la p. 513.

¹⁷ Cependant, voir *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679 et *Schafer v. Canada (Attorney General)* (1997), 35 O.R. (3d) 1 (C.A.); infirmant (1996), 29 O.R. (3d) 496 (Div. gén.).

¹⁸ Voir *British Nationality Act 1981* (R.-U.), 1981, ch. 61, art. 3(1).

¹⁹ *Immigration and Nationality Act*, 8 U.S.C. § 1433 (1994).

²⁰ Voir également la *Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, La Haye, 29 mai 1993.

²¹ L.R.O. 1990, ch. C.11, art. 158(2), d'abord édicté par *An Act to revise The Child Welfare Act*, S.O. 1978, ch. 85, art. 86.

²² R.S.S. 1978, ch. F-7, art. 60(2)(b).

²³ Voir *Child Welfare Act*, S.A. 1984, ch. C-8.1, art. 65; *Adoption Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 5, art. 37; *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, L.M. 1985-86, ch. 8, art. 61(1); *Loi sur l'adoption*, L.R.N.-B. 1973, ch. A-3, art. 30; *Adoption of Children Act*, R.S.N. 1990, ch. A-3, art. 20; *Children's Services Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 68, art. 23; *Adoption Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. A-4, art. 18(1); *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 569.

²⁴ *Adoption Act, 1976*, Acts of the Oireachtas, vol. II, n° 29, art. 7.

²⁵ Voir *Child Welfare Act*, S.A. 1984, ch. C-8.1, art. 70; *Loi sur l'adoption*, L.R.N.-B. 1973, ch. A-3, art. 35; *Adoption of Children Act*, R.S.N. 1990, ch. A-3, art. 24; *Children's Services Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 68, art. 29; *Adoption Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. A-4, art. 26; *The Family Services Act*, R.S.S. 1978, ch. F-7, art. 66.

²⁶ Voir *Adoption Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 5, art. 47; *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, L.M. 1985-86, ch. 8, art. 57; et *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 574.

²⁷ [1987] 1 R.C.S. 1114.

²⁸ *Ibid.*, à la p. 1134.

²⁹ [1985] 2 R.C.S. 536.

³⁰ *Ibid.*, à la p. 547.

³¹ [1992] 2 R.C.S. 1103.

³² *Ibid.*, à la p. 1154, en dissidence.

³³ [1989] 1 R.C.S. 143.

³⁴ *Ibid.*, at pp. 174-175.

³⁵ No issue of retrospectivity was raised in this case in the light of the decision of the Supreme Court of Canada in *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358, as a result of which the decision of this Court in *Bell v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1996), 136 D.L.R. (4th) 286 (F.C.A.) would likely be decided differently today.

³⁶ *Supra*, note 7, at p. 700.

³⁷ *Supra*, note 6, at p. 26.

³⁸ *Supra*, note 1.

³⁹ *Ibid.*, at p. 386.

⁴⁰ [1991] 1 F.C. 391 (C.A.).

⁴¹ *Ibid.*, at pp. 408-409.

⁴² See *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321; *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202.

⁴³ (1996), 34 Imm. L.R. (2d) 53 (I.R.B. (App. Div.)).

⁴⁴ [1990] 3 F.C. 37 (C.A.); see also *Gill v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 122 F.T.R. 251 (F.C.T.D.); aff'd (1998), 229 N.R. 267 (F.C.A.), where Marceau J.A. stated, at p. 271:

It is logical that we be concerned, not only with proof of the legality of the foreign adoption, but also with proof of the creation of a genuine parent-child relationship without which the adopted individual could not be seen as an authentic family member.

⁴⁵ *Ibid.*, at p. 43.

⁴⁶ *Supra*, note 7, at p. 702.

⁴⁷ This is somewhat paradoxical, as, by the terms of these reasons, the daughters should have been treated as citizens from the time of their adoption.

⁴⁸ *Supra*, note 1, at p. 401.

⁴⁹ [1992] 3 F.C. 691 (C.A.), at p. 701.

⁵⁰ [1993] 2 F.C. 314 (C.A.).

⁵¹ *Glynos, supra*, note 49, at p. 701.

⁵² *Action Travail des Femmes, supra*, note 27, at p. 1134.

⁵³ [1989] 1 F.C. 430 (C.A.).

⁵⁴ *Ibid.*, at p. 442.

⁵⁵ [1989] 2 F.C. 24 (C.A.).

⁵⁶ *Ibid.*, at p. 35.

⁵⁷ I therefore think that it would be wise not to comment on this issue.

³⁴ *Ibid.*, aux p. 174 et 175.

³⁵ La question du caractère rétrospectif n'a pas été soulevée en l'espèce compte tenu de la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; étant donné cette décision, la Cour rendrait maintenant, selon toute probabilité, une décision différente de celle qu'elle a rendue dans l'affaire *Bell c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1996), 136 D.L.R. (4th) 286 (C.A.F.).

³⁶ *Supra*, note 7, à la p. 700.

³⁷ *Supra*, note 6, aux p. 27 et 28.

³⁸ *Supra*, note 1.

³⁹ *Ibid.*, à la p. 386.

⁴⁰ [1991] 1 C.F. 391 (C.A.).

⁴¹ *Ibid.*, aux p. 408 et 409.

⁴² Voir *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202.

⁴³ (1996), 34 Imm. L.R. (2d) 53 (C.I.S.R. (sect. d'appel)).

⁴⁴ [1990] 3 C.F. 37 (C.A.); voir également *Gill (B.S.) c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 122 F.T.R. 251 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (1998), 229 N.R. 267 (C.A.F.), où le juge Marceau, J.C.A., a dit ceci, à la p. 271:

Il est logique que nous examinions non seulement la preuve de la légalité de l'adoption faite à l'étranger, mais aussi la preuve de la création d'un lien de filiation réel sans lequel la personne adoptée ne pourrait être considérée comme un véritable membre de la famille.

⁴⁵ *Ibid.*, à la p. 43.

⁴⁶ *Supra*, note 7, à la p. 702.

⁴⁷ Cela est plutôt paradoxal, étant donné que selon ces motifs, les filles auraient dû être considérées comme des citoyennes à compter de leur adoption.

⁴⁸ *Supra*, note 1, à la p. 401.

⁴⁹ [1992] 3 C.F. 691 (C.A.), à la p. 701.

⁵⁰ [1993] 2 C.F. 314 (C.A.).

⁵¹ *Glynos, supra*, note 49, à la p. 701.

⁵² *Action Travail des Femmes, supra*, note 27, à la p. 1134.

⁵³ [1989] 1 C.F. 430 (C.A.).

⁵⁴ *Ibid.*, à la p. 442.

⁵⁵ [1989] 2 C.F. 24 (C.A.).

⁵⁶ *Ibid.*, aux p. 35 et 36.

⁵⁷ Je crois donc qu'il ne serait pas sage de faire des remarques sur ce point.

DIGESTS

Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format.

A copy of the full text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

ADMINISTRATIVE LAW

JUDICIAL REVIEW

Application for extension of time within which to make application for judicial review of Canadian Kennel Club (CKC) board of directors' decision refusing applicant permit to judge dog shows held pursuant to CKC rules—Main issue whether CKC board of directors "federal board, commission or other tribunal" within meaning of Federal Court Act, s. 2—CKC association incorporated under federal Animal Pedigree Act—Applicant notified met all pre-requisites for permit requirements—However, before final approval, moved to U.S.A.—CKC rules requiring applicant to be resident of Canada during 5-year period immediately preceding submission of application—Permit refused on ground CKC policy not to issue permits to non-residents—Application dismissed—Although applicant has provided satisfactory explanation for delay, decision not subject to judicial review in Federal Court—Decisions of federal board, commission or other tribunal subject to judicial review where exercising jurisdiction or powers conferred by or under Act of Parliament—Fact incorporation, by-laws of CKC must be approved by Minister, and that Minister has investigating powers with respect to operation of CKC not sufficient to make decision of CKC decision of federal board, commission or other tribunal—Powers exercised by board of directors not required responsibilities under relevant federal statute—Applicant may have remedies of civil nature in provincial court, but decision not subject to judicial review—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 2 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1) "federal board, commission or other tribunal"—Animal Pedigree Act, R.S.C., 1985, (4th Supp.), c. 8.

KASS V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (98-T-33, Reed J., order dated 13/10/98, 9 pp.)

Injunctions

Application for interim relief—Applicant diplomat accredited by Government of Italy to Government of

ADMINISTRATIVE LAW—Concluded

Canada—Minister sending diplomatic note to Italian Ambassador effectively declaring applicant *persona non grata*—Note having effect of requiring applicant to leave Canada shortly—Applicant alleging note based on wrong, untested information obtained in unfair process lacking even most basic principles of natural justice—(1) Application raising serious, difficult questions—Not frivolous or vexatious—(2) Evidence, though thin, uncontradicted applicant, family will suffer serious harm not compensable in damages to personal, professional lives if forced to leave country—(3) Order permitting applicant to remain in Canada not impairing Minister's ability to conduct foreign affairs of Canada—Application for interim relief granted.

COPELLO V. CANADA (MINISTER OF FOREIGN AFFAIRS) (T-1770-98, Hugessen J., order dated 14/9/98, 3 pp.)

AIR LAW

Application for judicial review of decisions of Civil Aviation Tribunal and appeal panel affirming decision of Minister of Transport to cancel applicant air transport undertaking's operating certificate, including operations specifications, in full, on ground no longer meeting conditions of issuance—Reason given: "Air Regulations and Air Navigation Orders repealed October 10, 1996"—New operating certificate issued by Minister not including two of three operations specifications included in former certificate—Application allowed—Applicant wrong to argue tribunal erred in law in situating award of operations specifications by Minister within regulatory framework—Applicant's order clearly issued to applicant under Air Navigation Orders, Series VII, No. 3, s. 3—Order rendered by Minister under authority of Aeronautics Act and Air Regulations then in force—Minister did not have to demonstrate in public interest to cancel operating certificate and thereby revoke privileges granted to applicant—Applicant right, however, to criticize Civil Aviation Tribunal and appeal panel for overlooking Minister's failure to comply

AIR LAW—Concluded

with requirements of Act, s. 7.1(2), that is, indicating conditions of issuance with which holder no longer in compliance—Minister had to specify how holder possessing operating certificate including three operations specifications, *inter alia*, no longer met conditions of issuance in Canadian Air Regulations, which came into force in October 1996—Aeronautics Act, R.S.C., 1985, c. A-2, s. 7.1(2) (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 33, s. 1; S.C. 1992, c. 4, s. 15)—Canadian Aviation Regulations, SOR/96-433—Air Navigation Orders, Series VII, No. 3, s. 3—Air Regulations, SOR/61-10.

AVIATION QUÉBEC LABRADOR LTÉE V. CANADA
(MINISTER OF TRANSPORT) (T-595-98, Denault J., order dated 7/10/98, 7 pp.)

ARMED FORCES

Application for judicial review concerning amendments to grievance process provided for under Queen's Regulations and Orders for the Canadian Armed Forces—Grievance process requiring complaint be sent up chain of command—Before December 2, 1994, Governor in Council highest level of authority—Since December 2, 1994, recourse to Governor in Council eliminated, Minister of Defence highest level of authority—Applicant filing complaint after leaving Armed Forces voluntarily in September 1994—Claiming benefits amounting to \$69,000 before tax—Complaint disallowed by Minister of Defence on May 22, 1996—No at-large right whereby complainant, at any stage of grievance, could request complaint be submitted to Governor in Council—This could be done only in accordance with QR&Os, art. 19.26(6)—Right could only vest once complainant at stage of submitting complaint to Minister of Defence and only if this was done before December 2, 1994 with request complaint be submitted to Governor in Council—Grievance process not reaching stage prior to December 2, 1994—No vested right to have complaint considered by Governor in Council—Application dismissed—Queen's Regulations and Orders for the Canadian Armed Forces, (1968 Revision), art. 19.26.

RYCROFT V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-349-98, Rothstein J., order dated 8/9/98, 5 pp.)

BARRISTERS AND SOLICITORS

Conflict of interest—Appeal from decision of prothonotary of Federal Court dismissing defendant's motion that plaintiffs' counsel be declared in conflict of interest in instant patent infringement action and disqualified from continuing to act on plaintiffs' behalf—Three meetings between defendant's vice-president and patent agent for Robic firm, patent and trade-mark agents, latter firm being one with law firm Léger Robic Richard—Point in dispute whether

BARRISTERS AND SOLICITORS—Continued

confidential information exchanged during meetings and whether patent agent and consequently solicitors of Léger Robic Richard subsequently in conflict of interest when solicitors agreeing to represent plaintiffs in case at bar—Whether prothonotary erred in law in applying principles set out in *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235 to instant situation and whether prothonotary erred in fact and in law in deciding information contained in documents received by Robic in public domain and consequently that Léger Robic Richard had discharged its burden of proof by applying principles laid down in *Martin*: (1) Court concerned with three competing values: concern to maintain high standards of legal profession and integrity of system of justice, value of not depriving litigant of choice of counsel without good cause, and desirability of permitting reasonable mobility in legal profession; (2) Whether lawyer received confidential information attributable to solicitor and client relationship relevant to matter at hand; whether risk information will be used to prejudice of client; whether court or reasonably informed member of public would be satisfied no confidential information imparted; (3) Lawyer with relevant confidential information automatically disqualified from acting against client or former client—Two fundamental criteria in assessing conflicts of interest to determine whether disqualifying conflict of interest exists: possibility of real mischief (misuse of confidential information by lawyer against former client) and precept justice must not only be done but must manifestly be seen to be done—Appeal allowed—In instant case, previous relationship and relationship with retainer proven and sufficient—Substance of instant dispute whether solicitor rebutted presumption and managed to demonstrate no relevant information disclosed—First, contentions by plaintiffs' counsel defendant waived raising issue of conflict of interest and agreed Léger Robic Richard could act as counsel for plaintiffs dismissed—Regard must be had to fundamental rule set out in Canadian Bar Association's Code of Professional Conduct providing "The lawyer must not advise or represent both sides of a dispute and, save after adequate disclosure to and with the consent of the client or prospective client concerned, he should not act or continue to act in a matter when there is or there is likely to be a conflicting interest."—Sequence of three meetings between client and solicitor can create atmosphere of trust constituting framework for confidential communications between solicitor and client—Not possible for either client or solicitor to inventory every aspect of discussions, but patent agent clearly in better position to know objectives and strategic considerations contemplated by defendant's vice-president in relation to disputed patent as result of meetings—Court not persuaded that having given defendant's vice-president opinion orally and in writing on scope of patent and subsequently bringing action on behalf of other party alleging infringement of that patent not, on its face, conflict of interest—Although reason for infringement action altered over years between two actions, still involves same patent for which patent agent gave

BARRISTERS AND SOLICITORS—Concluded

opinion in one sense to defendant, while legal firm with which patent agent closely related bringing action in support of opinion appreciably different in relation to same patent and against same individual—Court must therefore conclude decision reached by prothonotary in case at bar clearly wrong, as exercise of prothonotary's discretion based on misapprehension of facts—Discussions in course of three meetings did involve exchange of documents and oral discussions between them, fully subject to privilege, confidential information exchanged on both sides between two individuals and accordingly patent agent and law firm subsequently in conflict of interest when latter agreed to represent plaintiffs in instant case—Appears appropriate accordingly for matter to be heard *de novo* and for judge to exercise own discretion as to assessment of instant motion—In conclusion, plaintiffs' counsel has not rebutted presumption of confidentiality of information conveyed, therefore conflict of interest exists.

GRUPE TREMCA INC. V. TECHNO-BLOC INC.
(T-1064-97, Blais J., order dated 15/10/98, 21 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**EXCLUSION AND REMOVAL**

Judicial review of danger opinions—Applicant alleging Minister's opinion, rendered without affording applicant oral hearing, contrary to Canadian Bill of Rights, s. 2(e)—Alleging where credibility issues at stake, oral hearing mandatory—Submitting rights under s. 2(e) broader than those under Charter s. 7—Alleging danger opinion under Immigration Act, s. 53(1)(d) depriving him of right not to be returned to country where life, freedom threatened, and that this constitutes elimination of right protected under s. 2(e), if not under Charter, s. 7—Relying on s. 2(e) to avoid response proceedings under s. 53(1)(d) only with respect to issuance of danger opinion, not automatically resulting in deportation to country from which Convention refugee originally fleeing, and not engaging protection of s. 7—Unnecessary to decide whether broader interests protected under s. 2(e) than under s. 7—In *Williams v. Canada*, [1997] 2 F.C. 646 (C.A.) Strayer J.A. finding even if interests protected by Bill of Rights, s. 2(e) broader than those protected by Charter, s. 7, requirements of fundamental justice under s. 2(e) no broader than those under s. 7—Therefore case law under Charter, s. 7 as to requirements of fundamental justice relevant—Applicant relying heavily on *dicta* of Beetz J. in *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177 that when threats to life or liberty by foreign power relevant, at least one full oral hearing required before adjudication on merits of Convention refugee claim—But in cases under s. 53(1)(d), individual already determined to be Convention

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**—Continued**

refugee—That applicant also involved in criminal activity what gives rise to proceedings—Danger assessment proceeding under s. 53(1)(d) not appeal from applicant's criminal convictions—Criminal court proceedings gave applicant opportunity to avail himself of all substantive, procedural protections relevant to such proceedings—Under Corrections and Conditional Release Act, determinations respecting applicant's behaviour in jail, including in this case, applicant's transfer to maximum security institution, subject to extensive procedural protection—Requirement for oral hearing mandated by *Singh* not applicable to proceedings under s. 53(1)(d)—In *Nguyen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 F.C. 696 (C.A.) Marceau J.A. holding oral hearings not requirement in relation to s. 46.01(1)(e)(ii) proceedings—S. 46.01(1)(e)(ii) very similar to s. 53(1)(d)—In both cases, danger opinion step in process ultimately leading to removal—Marceau J.A.'s finding no requirement for oral hearing with respect to s. 46.01(1)(e)(ii) equally applicable to s. 53(1)(d)—Application dismissed—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—Canadian Bill of Rights, R.S.C., 1985, Appendix III, s. 2(e)—Immigration Act, R.S.C., c. I-2, ss. 46.01(1)(e)(ii) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 36), 53(1)(d) (as am. *idem*, s. 43; S.C. 1995, c. 15, s. 12)—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20.

BAYANI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4250-97, IMM-4251-97, Rothstein J., order dated 24/9/98, 6 pp.)

Immigration Inquiry Process

Judicial review of respondent's refusal to cause inquiry to be held pursuant to Immigration Act, s. 27(6)—Applicant, Peruvian citizen, applied for permanent resident status under Refugee Backlog Program—Immigration officer writing s. 27(2) report alleging reasonable grounds to believe applicant committed war crime or crime against humanity—Direction for Inquiry issued to determine if applicant such person—Before inquiry held, applicant filing second application for permanent residence on humanitarian, compassionate grounds—That application denied and new s. 27(2) report written on ground applicant had not presented valid immigrant visa or travel document at port of entry—Report resulting in removal order—Direction for Inquiry cancelled—Applicant voluntarily leaving Canada—Application dismissed—Application of two-stage process affirmed in *R. v. Adams*, [1995] 4 S.C.R. 707 to resolve whether matter moot—(1) As to whether live controversy, matter rendered moot when three factors coalesced, ultimately culminating in execution of removal order—(2) Whether Court should exercise its discretion to hear matter despite

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

finding of mootness depending on: (i) existence of adversarial context; (ii) concern for judicial economy; (iii) Court's need to demonstrate awareness of proper law-making function: *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342—On balance, judicial discretion should not be exercised in applicant's favour—Isolated occurrence based on unique facts—As not case reasonably likely to recur, not in public interest to address issue raised—Except for existence of adversarial process, *Borowski* criteria favouring dismissal of application, particularly in light of concern for judicial economy—Even if matter not moot, application dismissed because applicant no longer subject to Direction for Inquiry as cancelled—Deputy Minister clearly having discretion to modify, withdraw Direction for Inquiry—Deputy Minister's decision to cancel Direction for Inquiry decision with respect to applicant, not decision against him, and as such applicant not entitled to greater procedural protections than those already afforded him: *Kindler v. MacDonald*, [1987] 3 F.C. 34 (C.A.)—Courts should not take into account other possible consequences of withdrawal of Direction—Immigration Act, R.S.C., c. I-2, s. 27(2),(6) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 16).

MORENO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3234-97, Denault J., order dated 6/10/98, 9 pp.)

Inadmissible Persons

Whether certificate filed by Minister of Citizenship and Immigration, Solicitor General of Canada under Immigration Act, s. 40.1(4)(d) in relation to respondent reasonable—Ministers of opinion respondent person described in Act, ss. 19(1)(e)(ii), (iv)(B), (C), (f)(ii), (iii)(B)—In s. 40.1 proceedings, determinations involving s. 19(1)(e), (f) requiring proof of existence of "reasonable grounds to believe certain facts" as opposed to existence of facts themselves—Standard of proof on balance of probabilities—Each of grounds must be read disjunctively—If any one of them proven, certificate must be determined to be reasonable—Organizations in question Babbar Khalsa (BK), Babbar Khalsa International (BKI)—BK involved in activism against Indian government in relation to matters involving state of Punjab—Most religious of all Sikh guerilla groups—On balance of probabilities, Court finding reasonable grounds to believe BK, BKI engaged in terrorism—Respondent baptised, observed five signs of Sikhism—Arrested in March of 1988, periodically thereafter—Respondent organizing secretary of All India Sikh Student Federation in Jammu—Believed Indian government trying to "kill" religion—Arrested, tortured by Indian police—Respondent's evidence incongruous, not credible—Had much closer association with BK, BKI than professed—Evidence to contrary not credible—Respondent's close association with BK, BKI consistent with contents of

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

security intelligence report—Respondent taking narrow view of membership—Minister taking broad view—Based on context of provisions dealing with subversion, terrorism, term "member" to be interpreted broadly—Context in immigration legislation public safety, national security, most serious concerns of government—Terrorist organizations not issuing membership cards—Members not easily identifiable—Parliament intended term "member" to be given unrestricted, broad interpretation—Person member even after organization stopped engaging in terrorism—Reasonable grounds to believe respondent member of BK, BKI, person described in Act, s. 19(1)(f)(iii)(B)—Certificate filed by Minister reasonable—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(1)(e)(ii), (e)(iv)(B),(C), (1)(f)(ii), (iii)(B), 40.1(4)(d) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4; S.C. 1992, c. 49, s. 31).

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. SINGH (DES-1-98, Rothstein J., order dated 11/8/98, 21 pp.)

Judicial review of visa officer's denial of permanent residence on ground medically inadmissible—Immigration Act, s. 19(1)(a)(ii) prohibiting admission of persons suffering from health impairment, nature, severity or probable duration of which, in opinion of medical officer, concurred in by at least one other medical officer, might reasonably be expected to cause excessive demands on health, social services—Applicant's left kidney removed in 1982—In opinion of medical officer, concurred in by another medical officer, admission would cause or might reasonably be expected to cause excessive demands on health, social services—"Fairness letter" sent to applicant informing him of medical officers' opinion, requesting additional medical information—Applicant submitting additional medical information—January 2, 1996 memo confirming additional medical information considered, but not signed by medical officers—December 20, 1995 refusal letter acknowledging submission of additional information, but stating medical determination unchanged—Application allowed—Two significant procedural defects warranting setting aside visa officer's decision: (1) rejection letter sent 13 days before record showing medical officers considered additional medical information; (2) fairness letter not setting out criteria on which medical officers' opinion based, specifying nature of services upon which applicant could reasonably be expected to place excessive demands—When immigration officials request additional medical material, must seriously consider information before making decision: *Poste v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 101 F.T.R. 145 (T.D.)—Visa officer having duty to ensure medical officers seriously considered additional information before issuing final rejection letter—That rejection letter

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

dated 13 days prior to memo confirming medical officers' consideration of additional medical information casting serious doubt on whether or not this was done—Fairness requiring “fairness letter” include criteria actually employed by medical officers in forming opinion, as well as specific nature of services upon which applicant can reasonably be expected to place excessive demands, in order to ensure applicant meaningful opportunity to disabuse them of their opinion—Visa officer failed to ensure, based on face of record, requested additional medical material seriously considered by medical officers, before issuing rejection letter—Such failure not only breach of procedural fairness, but also rendering medical officers' opinion unreasonable since rendered before having considered all relevant medical information—S. 8 placing onus on applicant to prove admission not contrary to Act, Regulations—Applicant's condition must satisfy medical officers, with respect to excessive demands on health, social services at time application processed—Application must be re-processed on basis of current medical information—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 8, 19(1)(a)(ii).

LI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-466-96, Tremblay-Lamer J., order dated 30/9/98, 12 pp.)

Application for declaration Immigration Regulations, 1978, s. 2 definition of “adopted” *ultra vires* Parliament of Canada—Application to sponsor child adopted in China pursuant to Chinese law as immigrant to Canada refused—Applicants not bringing present proceedings until almost one year later without obtaining extension of time—Federal Court Act, s. 18.1(2) permitting application for judicial review “in respect of” decision or order of federal board, commission or other tribunal within 30 days after decision or order communicated to party directly affected thereby—“In respect of” broad enough to encompass relief sought herein—Application out of time—Also not application within meaning of s. 82.1(2), “with respect to application to visa officer”, thus not enjoying exemption from leave provided by s. 82.1(2)—No leave obtained herein—No merit to submission definition of “adopted” trenches upon exclusive provincial jurisdiction to legislate with regard to adoption—Regulations, s. 2 about immigration, not adoption—Within federal competence under Constitution Act, 1867, s. 91(25): “Naturalization and Aliens”—Definition of “adopted” in s. 2 not altering civil status of persons to whom applies—Applicants' child simply not able to enter Canada as adopted child—Definition of “adopted” in Immigration Regulations not impacting in any way upon application of provincial legislation—Adopted child will enjoy all rights flowing to adopted child—No question certified—Since application out of time, proposed question would not be determinative and Court of Appeal would be simply asked to give *obiter* opinion as to correctness of

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

obiter opinion—Extension of time not justified since no merit to constitutional question—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 2 “adopted” (as am. by SOR/93-44, s. 1)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(2) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 82.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; 1992, c. 49, s. 73)—Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the Constitution Act, 1982, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 91(25).

FAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1537-97, Hugessen J., judgment dated 19/8/98, 7 pp.)

Application for judicial review of decision of Immigration Appeal Division (IAD) staying execution of removal order against respondent for four years—Respondent born in Haiti in 1977—Landing in 1988—Associating with gangs since 1992—Offences, incarceration—In 1995, convicted of possession of prohibited weapon, one-year sentence, three years, probation—In prison, violent toward other inmates—In April 1996, detention order pursuant to Immigration Act, s. 105—S. 27(1)(d) report and removal order, IAD staying order—Factors to which IAD has regard in relation to “all the circumstances of the case” set out in *Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] I.A.B.D. No. 4 (QL): seriousness of offence, possibility of rehabilitation, length of time spent in Canada, whether appellant has family in Canada, support available for appellant, degree of hardship to appellant—However, in exercising discretion, IAD has to be consistent with principles underlying Act and consider all facts of case, including person in total context, good of society and good of individual—In case at bar, IAD wrong to consider rehabilitation of respondent strong possibility—On contrary, evidence supports high risk of reoffending—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 27(1)(d) (as am. by S.C. 1992, c. 47, s. 78; c. 49, s. 16), 105 (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 20).

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. SAINTELU (IMM-1542-97, Tremblay-Lamer J., order dated 11/9/98, 7 pp.)

Application for judicial review of Minister's danger opinion—Applicant, black Kenyan citizen, convicted of three counts of trafficking in cocaine—Applicant invoking Charter, s. 15, first on ground Immigration Act, s. 70(5) and related s. 46.01(1)(e)(iv) might be applied in his case in discriminatory manner—Not basis upon which statute can be struck down—Even if Charter, s. 15 capable of preventive application, no court would ever exercise that power without evidence of actual discriminatory application or of intention to do so—No question herein of any evidence of inten-

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

tion—Second, no sufficient evidence of actual discrimination—Data showing as many as 75% of persons subject to danger opinions coming from countries where population predominantly Black, Hispanic, Semitic or Asian—No material establishing proportion of immigrant population Black, Hispanic, Semitic or Asian—Equally, requirement there be conviction of serious crime raising question as to population of immigrants convicted of serious crimes—If disproportionate number Black, Hispanic, Semitic or Asian, then difficulty lies not in Immigration Act, s. 70(5) but in administration of criminal justice system, matter beyond reach of Court—History of racial discrimination in Canada's immigration policy and possibility of continuing discrimination not sufficient basis upon which to strike down statute—Fact may be difficult to prove racial discrimination does not mean Court should presume there is racial discrimination—No evidence to establish Minister's decision perverse—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 46.01(1)(e)(iv) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 36; 1995, c. 15, s. 9), 70(5) (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 13)—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.

ONGANDA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2565-97, Hugessen J., order dated 7/10/98, 7 pp.)

IMMIGRATION PRACTICE

Application for judicial review of Immigration officer's decision—Applicant failed Convention refugee claimant, member of Deferred Removal Orders Class (DROC)—In November 1996, applicant applied for permanent residence from within Canada by submitting Immigration form 5001—Applying as "humanitarian and compassionate case" and as "Post-Determination Refugee Claimant in Canada"—Immigration Regulations, 1978, s. 11.401 requiring member to submit application for landing to Immigration officer within 120 days after becoming member of Deferred Removal Orders Class—Requirement fulfilled by applicant—That application for landing from within Canada not as member of Deferred Removal Orders Class but as humanitarian and compassionate case and Post-Determination refugee claimant irrelevant for purposes of requirement—Conclusion contrary to that of Dubé J. in *Singh (Gurmail) v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 125 F.T.R. 223 (F.C.T.D.)—Applicant herein complied with strict terms of only requirement at issue in Regulations—Clear, unequivocal meaning of Regulation should prevail over interpretation that would alleviate administrative burden on respondent's officials but that is not consistent with clear meaning of words of

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Regulation—Application allowed—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 11.401 (as enacted by SOR/94-681, s. 3).

HERSI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4411-97, Gibson J., order dated 26/8/98, 4 pp.)

Judicial review of Immigration and Refugee Board, Appeal Division's dismissal of appeal on ground *res judicata*—In 1990 applicant filing undertaking of assistance to sponsor application for permanent residence of fiancée, whom subsequently married in India in February 1993—Visa officer refusing application pursuant to Immigration Regulations, s. 4(3) on ground marriage not *bona fide* but entered into primarily for purpose of gaining admission to Canada—S. 4(3) excluding from family class spouse who entered into marriage primarily for purpose of gaining admission to Canada as member of family class, and not with intention of residing permanently with other spouse—Appeal Division confirming visa officer's decision—In 1996 applicant re-sponsored wife's new application for permanent residence—Visa officer denying application, leading to Appeal Division's impugned decision—Applicant submitting Appeal Division ought to have considered whether spouse's intention changing since first appeal—Generally *res judicata* having application in public law—Not preventing applicant from launching second application based on change of circumstances, provided relevant to matter to be decided—Plain meaning of s. 4(3) clearly centred on intention of spouse at time of marriage, situation not affected by subsequent change of intentions—Applicant's spouse properly adjudged not to be member of family class, matter *res judicata*—Question certified: may applicant reapply for admission to Canada of spouse as member of family class under Immigration Regulations, s. 4(3) on ground change of circumstances where previous application denied on ground entered into marriage primarily for purpose of gaining admission to Canada, not with intention of residing permanently with spouse—Application dismissed—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172 s. 4(3) (as enacted by SOR/84-140, s. 1; 93-44, s. 4).

KALOTI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4932-97, Dubé J., order dated 8/9/98, 6 pp.)

Judicial review of immigration officer's refusal to recommend exercise of Minister's power under Immigration Act, s. 114(2) to grant humanitarian, compassionate relief to applicant—Immigration officer permitting counsel to sit in during interview of applicant, husband as courtesy, but not to assist clients' with responses—Applicant submitting denial of right to counsel, citing *Qi v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

(F.C.T.D.) wherein Reed J. finding denial of right to counsel during adjudicator's hearing on s. 27 report breach of principles of natural justice—*Qi* distinguishable as no evidence herein of letter to applicants inviting them to bring counsel; nature of hearing in *Qi* such that counsel having right to be present, whereas nature of hearing herein such that minimal requirements of fairness—Only evidence concerning denial of right to counsel contained in immigration officer's affidavit—Affidavit not indicating counsel denied right to make representations either orally or in writing with regard to client's case, which might have lead to different conclusion—Legitimate restriction on counsel to not permit interference or assistance with client's responses—No denial of natural justice—Question left open as to result if counsel denied right to make representations—Following question certified: on application for humanitarian, compassionate relief, is it denial of duty of fairness for officer to deny counsel right to assist applicant with response?

CHARLES V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-164-98, Hugessen J., order dated 7/10/98, 4 pp.)

Motion to file affidavit exhibiting two recent clippings from Bangladesh newspapers to show verification process engaged in by Immigration and Refugee Board flawed—Material not before Board ought not to be admitted herein, for task of judge to take into account only material before Board and determine whether Board made reviewable error—Material applicant now wishes to file neither before Board nor generated as result of Board's hearing—Judicial review process to look at decision of tribunal in light of material before tribunal, then to decide whether grounds for review—Subsequent evidence applicant wishes to file irrelevant as judicial review not appeal but review process—Motion dismissed.

SARDER V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-348-98, Hargrave P., order dated 1/10/98, 3 pp.)

JUDICIAL REVIEW

Application for judicial review to decide who must apply test of whether informed and reasonable observer would have reasonable apprehension of bias, person who is asked to recuse himself or herself or person who is asked to review decision—Convention Refugee Determination Division, which had before it claim by Israeli citizen of Ukrainian nationality, dismissing application, stating Division did not believe Grigorenko's testimony and no credible basis for case—Issue concerning motion for recusal made at beginning of hearing before Refugee Division

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

against one of panel members, Jacques La Salle—Motion for recusal dismissed, claim for refugee status also rejected—Test for apprehension of bias is to ask what informed person, viewing matter realistically and practically, and having thought matter through, would conclude—Fairness and impartiality must be both subjectively present and objectively demonstrated to informed and reasonable observer—Judge asked to recuse himself or herself by reason of appearance of bias must place himself or herself in shoes of informed and reasonable observer—Nothing requiring panel to state applicable tests in panel's oral or written decision—As long as clear in decision panel having regard to tests, no grounds for Court to intervene—That this was what panel member La Salle did when referring to length of time having elapsed since La Salle's participation in Canada-Israel Committee 12 years before, and mentioning favourable decisions La Salle had made regarding claimants from Israel—Application dismissed.

GRIGORENKO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3725-97, Denault J., order dated 28/8/98, 7 pp.)

Application for judicial review of Immigration and Refugee Board's decision on grounds there existed bias, reasonable apprehension of bias—Applicants arguing: (1) Board not giving Minister notice of intention to consider exclusion of male applicant under United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 1E; (2) Board's post-hearing conduct indicating bias in favour of respondent—First argument based on Immigration Act, s. 69.1, Convention Refugee Determination Division Rules, s. 9(2), (3), decision in *Kone v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 79 F.T.R. 63 (F.C.T.D.)—Requirements under Rules, s. 9(2), (3), Act, s. 69.1 designed to protect Minister's interests—If notice herein should have been given under s. 9(2), Minister could seek to set decision aside—Applicants could not rely on such procedural defect where no prejudice suffered therefrom—Notice Art. 1E exclusion would be in issue given at beginning of hearing—Manner in which Board questioned applicants during hearing not raising bias, reasonable apprehension of bias—Applicants' argument based solely on fact notice to Minister not given—Not sufficient to demonstrate bias, reasonable apprehension thereof—Applicants' second argument based on two assertions: (1) Board accepted late filed submissions from respondent's counsel, without giving applicants' counsel opportunity to make submissions with respect to filing; (2) *ex parte* communications between Refugee Claims officer and presiding Board member—Record not supporting assertions—Application dismissed—United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1E—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 69.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.),

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 60)—Convention Refugee Determination Division Rules, SOR/93-45, s. 9(2), (3).

ASHARI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5202-97, Reed J., order dated 21/8/98, 9 pp.)

STATUS IN CANADA*Convention Refugees*

Application for judicial review of decision of Convention Refugee Determination Division (CRDD) finding applicant not Convention refugee—Applicant, citizen of Romania, claiming to have well-founded fear of persecution on basis of religion—Member of Greek Catholic church—During Ceausescu regime, property belonging to church confiscated—Conflict between Catholic, Orthodox communities—Police intervened in support of Orthodox church, arrested few Catholics but no Orthodox church members—Applicant, father among those arrested—Applicant decided to leave Romania in order to practice religion freely—Left Romania in June 1994, arrived in Canada in April 1996—Said to have received from Mayor's office of Tirsolt call-up notice to carry out compulsory military service in Romania—Based on evidence before it, Panel concluding call-up notice submitted not genuine—CRDD wrong on finding of lack of credibility because of "not genuine" call-up notice—Ought to have sought explanation from applicant with notice to Refugee hearing officer—CRDD bound to accord fair proceedings to parties under Immigration Act, s. 68(2)—Panel's failure to give applicant opportunity to explain matter on which panel ready to make finding against him failure of fairness—Misunderstanding on applicant's part as to significance of date upon which CRDD simplistically drew conclusions about exhibit, without hearing what applicant could have revealed—CRDD, without asking applicant's explanation, jumped to conclusion he must have been speaking falsely, call-up notice not genuine—Case depending on appreciation of facts, credibility—CRDD's decision applicant not Convention refugee quashed on ground of procedural unfairness—Court certifying serious question of general application—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 68(2) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18).

GABOR V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1187-97, Muldoon J., order dated 6/10/98, 15 pp.)

CRDD denying applicant, citizen of Sri Lanka, Convention refugee status on ground of internal flight alternative (IFA) in Colombo—Sons, who had been targeted as LTTE recruits, obtained refugee status in Canada—Applicant made

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

her refugee claim shortly after her arrival in November 1996—Applicant's husband disappeared in 1985, parents deceased, has no other family members in Sri Lanka—Applying twofold test for IFA, CRDD found (1) on balance of probabilities, no serious possibility of her being persecuted in Colombo; (2) in all circumstances, conditions in Colombo such that not unreasonable or unduly harsh to expect her to seek refuge there—Application allowed—Presence in Canada of her two children, both minors and Convention refugees, kind of particular circumstance that tribunal ought to have considered in assessing whether Colombo unduly harsh refuge for her—Applicant's family situation simply human factor that ought not to be excluded in applying second branch of IFA test: *Ramanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] F.C.J. No. 1210 (T.D.) (QL)—Error in law for CRDD to close its mind to natural bond between parent and her minor children, particularly when all three had established fear of persecution in northern Sri Lanka.

SOORIYAKUMARAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4099-97, Lutfy J., order dated 1/10/98, 5 pp.)

Application for judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee—Whether IFA in Colombo—Applicant, 75-year-old citizen of Sri Lanka, became separated from wife and three children during civil strife in northern Sri Lanka, when fled to Colombo—Has not heard from them since—Applicant now lives with son, daughter-in-law and five grand children in Canada—Highly dependent on son and grand children—CRDD acknowledged that applicant, without aid of son and his family, would not be able to attend to his daily living activities—CRDD nevertheless found applicant had viable IFA in Colombo where could live in one of number of government-run homes for elderly Tamils such as himself—CRDD excluded humanitarian and compassionate considerations in determination of whether IFA available—Issue whether would be unduly harsh to require applicant to return to Colombo—Test of whether IFA unreasonable or unduly harsh in all circumstances bound to involve consideration of some factors which will undoubtedly be same sort of considerations taken into account in humanitarian and compassionate relief—If every humanitarian consideration were excluded, there would be nothing left—Therefore, CRDD unduly fettered itself in view it took of IFA test—Board erred in law in taking too absolute a view of limitations on its consideration of humanitarian and compassionate factor.

RAMANATHAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5091-97, Hugessen J., order dated 1/9/98, 8 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Application for judicial review of decision of Immigration and Refugee Board applicant not Convention refugee—Applicant born in Somalia into Midgan clan—Fled from Mogadishu to farming town of Kurtunwaarey due to fighting from civil war—Boarded truck to Ethiopia in October of 1992—Landed in Montréal on April 5, 1997—Board concluded applicant not Convention refugee as failed to demonstrate well-founded fear of persecution—Court must determine whether Board erred in law by concluding applicant not Convention refugee—Board’s finding regarding persecution on basis of gender, however brief, not appealable—No indication Board did not consider evidence before it—Failure to comment on documentary evidence seriously weakens Board’s decisions—Documentary evidence herein inconsistent with Board’s conclusions—Applicant at least entitled to know why Board chose not to refer to relevant documents—To establish right to Convention refugee status, applicant must prove well-founded fear of persecution by reason of race, religion, nationality, membership in particular social group, and that state protection unavailable—Board must determine whether claimant’s fear well-founded by evaluating it objectively—Must assess all of evidence before it—Board’s reasons to support determination applicant did not have well-founded fear of persecution deficient—Applicant entitled to clear reasons for Board refusing claim—Board should have stated clearly adverse finding regarding credibility—Did not consider state protection within reasons—Once Board found applicant failed to prove well-founded fear of persecution, no obligation to address state protection issue—Not necessary for Board to rely on past incidents to determine refugee claimant’s current state of mind—Application allowed.

DIRIE V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5428-97, Cullen J., order dated 6/10/98, 15 pp.)

Permanent Residents

Application for judicial review of visa officer’s (VO) decision deleting applicant’s son from parents’ application for permanent residence, as not dependent son as defined by Immigration Regulations—VO determined son not genuine student (failed first year BSc. four times) and did not meet definition of dependent son—On reconsideration, second VO concluded applicant’s son had not been in attendance as full-time student in accordance with Regulations, and that son did not meet “qualitative element”—Issues whether evidence adduced by respondent properly before Court; whether he who heard decided; whether qualitative and well as quantitative element to term “attendance” in definition of “dependent son” in Regulations, s. 2(1)—Application allowed—Second VO’s affidavit containing information not within personal knowledge of affiant (content of interview with first VO)—Parts of affidavits containing such information

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Concluded

struck from record as improper—Furthermore, fact second VO relied on interview notes of first VO tainting decision as whole—Impossible to determine, based on record, extent to which interview notes influenced final decision—He who heard (first VO) did not decide (second VO did), which constitutes breach of rules of fundamental justice and error in law—VO’s decision set aside and sent back for redetermination by different VO—Term “in attendance” not including qualitative aspect—Simply referring to physical presence of person, not quality of attendance—Absence of clear language empowering VO to exercise discretion in assessing student status information evidence of Parliament’s intention to have student status determined solely on basis of documentary evidence—Sufficient if record states student enrolled and is in full-time attendance—Furthermore, given broad range of academic subjects, would be inappropriate to allow visa officers to assess quality of applicant’s academic performance—*Khaira v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 35 Imm. L.R. (2d) 257 (F.C.T.D.) and *Malkana v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 1659 (T.D.) (QL) (appeal pending), where finding qualitative element to being “in attendance”, disagreed with—Immigration Regulations, SOR/78-172, s. 2(1) (as am. by SOR/92-101, s. 1) “dependent son”.

PATEL V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-829-98, Tremblay-Lamer J., order dated 5/10/98, 13 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE**EXCISE TAX ACT**

Appeal from Canadian International Trade Tribunal decision—Plaintiff manufacturing Fibrumulch, cellulose insulation, by grinding down newsprint, adding green dye—Acting as medium for growing grass—Once sold, combined with grass seed, wetting agent, placed in lieu of sod on sides of hills, other difficult areas where seed and fertilizer cannot be incorporated into soil using conventional farming equipment—Minister of National Revenue assessed plaintiff for unpaid tax with respect to sales of Fibrumulch—Excise Tax Act, s. 51(1) exempting from taxation all goods sold, imported mentioned in Schedule III—(1) Whether Fibrumulch qualifying for exemption from tax as fertilizer, pest control product or peat moss—(i) Although no definition of “fertilizer” in Excise Tax Act, Fertilizers Act defining “fertilizer” as any substance or mixture containing nitrogen, phosphorous, potassium manufactured, sold or represented for use as plant nutrient—Fibrumulch containing small quantities of those nutrients—Product not qualifying as fertilizer because containing some residual nutrient—Purpose of fertilizer to provide nutrition—If no minimum

CUSTOMS AND EXCISE—Concluded

amount required, any plant material, straw, sawdust fertilizers—All fertilizers subject to labelling requirements in Fertilizer Regulations—Fibramulch labels not meeting these requirements—Not manufactured, sold, represented as fertilizer—Not meeting second part of definition of fertilizer—(ii) Plaintiff contending Fibramulch preparation for pest control purposes because concealing grass seeds from birds, preventing growth of weeds—Not pest control product because never intended for use for that purpose—That incidentally hiding, camouflaging seed from birds not sufficient for it to qualify as pest control preparation—S. 19 requiring preparation be used in agriculture or horticulture—No evidence Fibramulch used in agriculture—“Horticulture” defined as cultivation of gardens including growing of flowers, fruit, vegetables—Growing grass on hillsides, roadsides, not included in horticulture—Although occasionally nuisances in context of agriculture, birds not pests—(iii) Fibramulch meeting neither dictionary nor fertilizer evaluator’s definition of “peat moss”—Neither containing any vegetable matter nor interchangeable with peat moss—Not qualifying as peat moss—(2) Whether property in cellulose insulation passed on to purchasers after July 1, 1985 thereby rendering goods subject to tax—By virtue of s. 50(1)(a)(i), sales tax imposed on price of goods manufactured in Canada only payable by manufacturer when goods delivered to purchaser or when property in goods passes, whichever coming first—Sales tax on insulation effective July 1, 1985—Delivery to customers taking place after that date—Ontario Sale of Goods Act governing transfer of property of goods subject of contract—Contract for sale of insulation bags sale of unascertained goods—S. 17 stipulating property in goods not passing to buyer until some act performed ascertaining which goods to be delivered to buyer—Good ascertained when more particularly identifiable after contract made—Sale of Goods Act otherwise letting parties determine specific moment at which want transfer of property of goods to occur—Plaintiff loading insulation bags in trailers immediately after manufactured—Tally sheet affixed to trailer indicating number of bags loaded—Once customer placed order, invoice number indicated on tally sheet—Contents of trailer could be assigned either entirely to one customer or to more than one customer—Invoices indicating all materials, equipment remaining property of Therm-O-Comfort Co. Ltd. until paid in full—President of Therm-O-Comfort recognizing invoice constituted contract between parties, aware of presence of impugned clause—Wording of contract establishing date of transfer of ownership—Invoices still outstanding July 1, 1987—Goods subject to sales tax—Appeal dismissed—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 50(1) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 42, s. 4), 51(1), Sch. III, Part IV, ss. 9, 18, 19—Fertilizers Act, R.S.C., 1985, c. F-10, s. 2 “fertilizer”—Fertilizers Regulations, C.R.C., c. 666, s. 16 (as am. by SOR/85-558, s. 8; 91-441, s. 3)—Sale of Goods Act, R.S.O. 1990, c. S.1, ss. 17, 18, 19.

THERM-O-COMFORT CO. LTD. V. CANADA (T-1361-94, Tremblay-Lamer J., order dated 31/7/98, 22 pp.)

ENVIRONMENT

Judicial review of Nunavut Water Board (Board) decision granting water licence renewal to Nanisivik Mines Ltd. (NML), authorizing it to use water for industrial purposes at its lead/zinc mining and milling operations located in Nanisivik, Northwest Territories (NWT)—Board first tribunal created (July 6, 1996) as part of soon to be established Nunavut Government—Board took over responsibilities previously exercised by Northwest Territories Water Board—Applicant Qikiqtani Inuit Association (QIA) holding title to Inuit-owned land of Baffin Island on behalf of approximately 12,000 Inuit beneficiaries, and controlling access to and administration of that land—Prior to mid-February 1997, QIA known as Baffin Region Inuit Association (BRIA)—Decision challenged on ground procedure followed by Board led to either breach of rules of natural justice or breach of statutory requirements imposed on Board by Agreement Between the Inuit of the Nunavut Settlement Area and Her Majesty the Queen in right of Canada and Nunavut Land Claims Agreement Act; and on ground Board ignored evidence before it and failed to exercise its jurisdiction, particularly with regard to dumping of raw sewage into NWT waters and development of guidelines to govern payment of compensation for environmental degradation caused by mine’s use of water pursuant to licence—Application dismissed—Procedure—Board responsible for approving use of water and disposal of waste into waters of NWT, and specifically directed to take into account Inuit culture, customs and knowledge and one of its objectives to provide for right of Inuit to participate in decision-making relating to use of land, water and resources—NML’s five-year licence due to expire in October 1996—Application for renewal filed in January 1996 with NWT Water Board—Nunavut Water Board took over processing of licence renewal application in July 1996 when took over from NWT Water Board—In March 1996, Department of Indian Affairs and Northern Development (DIAND) wrote to members of NWT Technical Advisory Committee (TAC) notifying them that NML had made application for licence renewal and seeking comments for purpose of conducting environmental screening pursuant to Canadian Environmental Assessment Act—In July 1996, DIAND notified NWT Water Board environmental screening determined water use project unlikely to cause significant adverse environmental effects and recommended incorporation of mitigation measures as conditions in licence—In October, Board sent NML formal notification that licence had been extended until January 1997—Independent consultant hired, filed report—Licence finally issued in July 1997—QIA did not receive relevant technical reports in sufficient time to allow considered analysis thereof—In present case, nature of decision and its effects of type to require very high degree of procedural fairness—Employment, environment and health of residents all affected—Agreement providing for Inuit participation in decision-making concerning use, management and conservation of land, water and resources—Agreement given status of land

ENVIRONMENT—Concluded

claims agreement within meaning of Constitution Act, 1982, s. 35—QIA not given adequate notice of September 1996 meeting—Difficulties arose as result of newness of situation that both Board and QIA faced and because of time constraints arising out of imminent expiry of existing licence—In case of technical reports, will often be sufficient to notify public that access to reports can be obtained at certain location—In case of QIA, reports should be provided automatically—September 1996 procedures, in so far as QIA concerned, did not meet requirements of common law natural justice—Nor did they meet statutory requirement imposed on Board—However, defects essentially cured by issue of interim licence, extension of period to receive submissions—In sum, prejudice created by frequently changing procedure not sufficiently serious to justify setting aside Board's decision—No basis to conclude Board ignored evidence—Application dismissed—Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]—Agreement Between the Inuit of the Nunavut Settlement Area and Her Majesty the Queen in right of Canada—Nunavut Land Claims Agreement Act, S.C. 1993, c. 29, s. 35.

QIKIQTANI INUIT ASSN. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2019-97, Reed J., order dated 9/10/98, 35 pp.)

FISHERIES

Application for interim relief in context of application for judicial review attacking decision to issue permit under Fisheries Act in connection with project for construction of dam, related hydro facilities on Kagiano River north of Lake Superior—Applicant alleging construction of project going to cause irreparable damage to fish, fish habitat—(1) Applicant's case deserving to be heard by Court—(2) Applicant alleging fish, fish habitat being damaged, destroyed by construction; construction will result in loss of unspoiled wilderness area—Evidence permit granted by Minister containing serious conditions requiring mitigation of damage to fish, and evidence such mitigation provisions in permit will have effect of restoring, even possibly improving fish habitat—Respondent Kagiano alleging will suffer serious economic harm in event interim relief granted—Submitting as applicant not providing undertaking with respect to damages, economic harm should be considered under heading of irreparable harm—Also alleging possible or even likely environmental harm will result if stay ordered—Mitigation measures by their nature temporary and time sensitive and if project construction now stopped, likely would become not only ineffective for original purpose but might independently result in further serious environmental harm downstream—(3) Balance of convenience favouring respondents—Applicant's failure to give undertaking in damages considered—Applicant not obliged to give under-

FISHERIES—Concluded

taking in damages; Court having power, in its discretion, to excuse him from doing so—But economic harm can be excluded from consideration of irreparable harm only if undertaking in damages in place—Unjust to disregard fact respondent, upon application for interim relief, might suffer serious, indeed fatal, economic harm—That consideration particularly significant herein—Corporate respondent not mint of money, and First Nation dependent to large extent upon development of river—Application for interim relief denied.

LAVOIE V. CANADA (MINISTER OF THE ENVIRONMENT) (T-1586-98, Hugessen J., order dated 25/8/98, 7 pp.)

HUMAN RIGHTS

Applications for judicial review respecting investigation of actions by applicant's employer and union—Applicant complaining employer, union engaged in discriminatory practice against him based on disability—Whether complaints properly investigated by Canadian Human Rights Commission (CHRC) under Canadian Human Rights Act—Applicant started working for OC Transpo as bus driver in July 1980, became member of Amalgamated Transit Union (ATU)—Throughout employment, applicant experienced number of health problems caused by stress related to professional, personal life—Began lengthy, certified medical leave in February 1991—Terminated in June 1991 for failing to meet conditions of reinstatement, to maintain adequate level of performance—ATU membership voting against referring applicant's grievances to arbitration—Negative membership vote instigating applicant to file three complaints: complaint against ATU with Canada Labour Relations Board (CLRB) under Canada Labour Code, s. 37 with respect to duty of fair representation; complaint against OC Transpo with CHRC; complaint against ATU with CHRC—Complaint procedures under Canadian Human Rights Act available to any individual having reasonable grounds to believe victim of another person's discriminatory practices—Standard established by Court for proper investigation neutrality, thoroughness—Applicant's opinion should be viewed only as fact to be considered with other available evidence respecting reasons for termination—Merely evidence respecting OC Transpo's motivation, not conclusive evidence of what, in fact, occurred—Without answers to questions posed by Commission, investigation of complaint not thorough—CHRC's decision to dismiss complaint against OC Transpo made in reviewable error—No evidence of bad faith, bias on part of anyone acting in complaint against ATU—CLRB's decision fact deserving weight—In detailed, carefully worded decision, critical findings of fact made on issues being subject matter of Canadian Human Rights Act investigation—Reasonable for investigator to place weight on findings respecting actions of union personnel at November 12, 13, 1991 meetings—Findings made in credible way can,

HUMAN RIGHTS—Concluded

should be accepted to maintain efficient, cost-effective investigation service—Applicant failing to connect negative attitude towards him with complaint of discrimination—No error in conclusion reached by investigator complaint of discrimination unfounded—No reviewable error in CHRC's decision to dismiss complaint against ATU—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 37.

CHARLEBOIS V. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) (T-57-95, Campbell J., order dated 17/9/98, 24 pp.)

INCOME TAX**INCOME CALCULATION***Deductions*

Appeals from MNR's denial of deduction of expenses relating to attending annual two-day Teachers' Convention as required by employment—Whether deductible under Act, s. 8(1)(h)(i) (allowing deduction where taxpayer "ordinarily required to carry on duties of his employment away from his employer's place of business or in different places")—Only issue for determination meaning of word "ordinarily" in Act, s. 8(1)(h)(i)—Appeals allowed—*R. v. Healy*, [1979] 1 F.C. 81 (T.D.), rev'd by *Healy v. R.*, [1979] 2 F.C. 49 (C.A.) base precedents on meaning of "ordinarily" in s. 8(1)(h)(i) and s. 8(4)—In F.C.A. decision, Urie J.A. stated "objective of s. 8(1)(h)(i) to enable employees required by employment to work from time to time away from places at which usually work, to deduct out-of-pocket expenses in so doing"—Opinion accepted and applied as the test in *Tremblay v. Canada* (1997), 223 N.R. 85 (F.C.A.)—MNR argued "ordinarily" function of frequency—Not possible as general rule, nor advisable, to say that certain frequency of occurrence complies with requirements of provision, since individual set of circumstances might be far more difficult to analyse fairly than this rather simple approach would allow—Adoption of linear approach would not generate just result in each case, and would generate confusion—Rather, mandated approach to consider particular set of facts as function of unique context in which they arise—Latter approach avoiding complication raised in argument for MNR that, if plaintiffs' argument acceded to, dangerous precedent would be set, not only for cases of like nature, but also for other cases in Act involving word "ordinarily"—Requirement of plaintiffs' attendance at convention function of legal, administrative and ethical expectations which apply to all teachers in Alberta—Within context, fact convention occurs only once per year minor factor—Teachers' Convention "normal", "matter of regular occurrence", "commonly" and "usually" occurs, and requirement which takes teachers "from time to time away from places where they usually

INCOME TAX—Continued

work"—Conformity with synonyms provided in *Healy* decisions, and test expressed in *Tremblay* has been met—Income Tax Act, S.C. 1971-72-73, c. 63, s. 8(1)(h)(i), (4).

IMRAY V. CANADA (T-676-90, Campbell J., judgment dated 6/10/98, 14 pp.)

Appeal from decision of Tax Court of Canada allowing appeals of defendant against reassessments for 1982, 1983, 1984 and 1985 taxation years—Defendant operating company which collects and processes animal waste and by-products by dehydration—Defendant having own fleet of 102 vehicles to collect and transport raw materials from approximately 1500 recovery points (butcher shops, restaurants, supermarkets, farms, slaughterhouses)—Issue concerning deductions claimed by defendant under Act, s. 125.1 for collection and transport, presented as "manufacturing and processing" within meaning of Regulations, ss. 5200, 5202—T.C.C. agreeing with defendant, concluding collection and transport constituting "qualified activities" within meaning of Regulations as included in "all other activities", s. 5202(b)—Appeal dismissed—Elements of manufacturing or processing exist as soon as raw materials acquired—In order to interpret s. 5202(a)(ii), Court should not be required to subject each act of handling, transporting and processing raw materials, from loading to unloading, minute by minute, to examination under microscope—It must also be recognized that various provisions of Regulations, s. 5202, not mutually exclusive—According to evidence, by collecting, examining and loading raw materials into specialized vehicles and transporting them to plant where they are unloaded within a few hours, defendant's business involves host of individual steps which could be classified under one item or another—This could well be an "integrated" manufacturing and processing business, beginning when raw materials acquired and not complete until end of process, namely at stage when finished products sold to third parties—As a whole, defendant's activities highly unusual, or at least not contemplated by Parliament when Regulations at issue drafted—It must also be recognized that provisions not models of drafting, especially when not only exceptions to general rule but even exceptions to exceptions have to be listed—In such cases, Court can only exercise better judgment—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 125.1 (as am. by S.C. 1976-77, c. 4, s. 50; 1984, c. 1, s. 7; c. 45, s. 41)—Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, ss. 5200, 5202.

CANADA V. LOMEX, INC. (T-1324-92, Joyal J., judgment dated 26/8/98, 22 pp.)

Appeal from T.C.C. decision holding reimbursement of costs of transporting food unavailable locally to employee residing in northern zone taxable "benefit" within meaning of Income Tax Act, s. 6(1)(a)—Appeal dismissed—Similar

INCOME TAX—Concluded

decision at issue in *Leduc (Succession de) v. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2873 (T.C.C.), and reasons therein compelling—If allowable deduction under Act, or salaries, allowances and bonuses granted by employers insufficient, up to Parliament and parties involved to change them, not courts—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 6(1)(a).

DIONNE V. CANADA (A-48-97, Décarv J.A., judgment dated 27/10/98, 2 pp.)

LABOUR RELATIONS

Judicial review of Referee's decision respondent entitled to overtime compensation where required to work in excess of eight hours in 24-hour period—Under Canada Labour Code, s. 169(1)(a) prohibiting standard hours of work of employee from exceeding eight hours in day, 40 hours in week—S. 174 requiring payment of overtime if employee required to work in excess of standard hours of work—Exceptions set out in s. 170 and in Canada Labour Standards Regulations, s. 7(a)—S. 170 permitting employer to establish work schedule under which hours exceed standard hours of work set out in s. 169(1)(a) if average hours of work for period of two or more weeks not exceeding 40 hours per week and schedule agreed to in writing by employer, trade union—S. 7(a) providing s. 174 not applicable where established work practice requiring or permitting employee to work in excess of standard hours for purposes of changing shifts—Before Referee parties agreeing issue correct interpretation of "changing shifts" in s. 7(a)—Applicant submitting Referee's finding ss. 170, 172 not relevant patently unreasonable—Prior to commencement of judicial review, Jerome A.C.J. ruling when administrative body making decision concerning applicability of statutory provision, party should be able to seek judicial review—As Judge's task on judicial review to determine whether error in decision, only way to give effect to ruling to interpret it as requiring consideration of whether failure to determine merits of s. 170 rendering Referee's decision patently unreasonable—Regardless of position adopted by counsel before Referee, to provide fair, just outcome to all concerned in precedent setting case of broad interest, potential application of s. 170 should have been seriously considered by Referee—Failure to do so rendering decision patently unreasonable, constituting reviewable error—Referee's decision set aside—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 169(1)(a), 170 (as am. by S.C. 1993, c. 42, s. 15), 174—Canada Labour Standards Regulations, C.R.C., c. 986, s. 7(a) (as am. by SOR/91-461, s. 7).

A.G.T. LTD. V. GRAHAM (T-286-96, Campbell J., order dated 17/9/98, 6 pp.)

Judicial review of decision by Regional Safety Officer under Canada Labour Code, s. 146—Respondent correction-

LABOUR RELATIONS—Continued

al officer employed by Correctional Service working at Leclerc Institution in City of Laval—In 1997, respondent refusing to serve meal to two inmates in administrative segregation because other correctional officer not present to assist—Brought before Department of Labour safety officer on premises, latter finding "danger" within meaning of Code, s. 128(1)(b), but not "inherent danger" within meaning of s. 128(2)(b), and ordering employer to provide protection for persons against danger forthwith—Regional Safety Officer upholding decision—Application allowed—Real issue whether, when respondent to serve inmates' meals, such danger existed as would justify respondent's refusal to work—Similar decision examined by Public Service Staff Relations Board in *Stephenson and Treasury Board (Solicitor General)*, [1991] P.S.S.R.B. No. 70 (QL), where Code held inappropriate means of dealing with health and safety concerns in correctional institutions—Under current system, danger must be actual and real, whereas in correctional institution, source of danger, inmate, has intelligence and free will—No danger in reality until moment inmate acts in manner endangering correctional officer—Decision since followed in *Evans and Treasury Board (Solicitor General)*, [1991] P.S.S.R.B. No. 191 (QL)—Not within jurisdiction of safety officer or regional officer to determine whether procedure applicable to administrative segregation or some "special" procedure should apply to inmates Correctional Service has relocated, for lack of space in administrative segregation, to regular cell block—Similar considerations apply to inmates' security classification—No reason in case at bar, given inmates' record, for respondent to apprehend aggression by inmates—Risk faced by respondent nothing other than risk inherent in work, not justification under Code, s. 128(2)(b) for respondent's refusal to work—As stated in *Stephenson and Evans*, Code not appropriate vehicle for resolving such problems—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 128(1) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 4), (2) (as am. *idem*), 146 (as am. *idem*).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. LAVOIE (T-2420-97, Nadon J., order dated 9/9/98, 18 pp.)

Appeal from Trial Division's dismissal of application for removal of mediator-arbitrator appointed under Postal Services Continuation Act, 1997 legislating unionized postal workers back to work—Motions Judge's position as to standard to be applied to mediator-arbitrator in considering allegation of reasonable apprehension of bias made against him not accurate, but imprecision in formulation of applicable rule not affecting soundness of overall conclusions—By suggesting situation to be attributed to such decision-maker in spectrum established in *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623 for assessing allegations of bias against members of commissions or administrative boards should be somewhere in between legislative and

LABOUR RELATIONS—Concluded

adjudicative extremes, Motions Judge somewhat misdirected himself as to teachings to be drawn from series of cases following *Szilard v. Szasz*, [1955] S.C.R. 3—Role attributed to mediator-arbitrator here not same as that of usual arbitrator, as not asked to interpret, rule upon contract, existing collective agreement or some binding commercial practices but, rather to create collective agreement, albeit based upon evidence presented to him—Should nevertheless be held to standard close to highest one, that attributed to judge in civil case—Question whether Motions Judge wrong in refusing to accept that, in conversation properly reconstructed, there were passages, either considered in isolation or collectively and in context of arbitration process viewed in its entirety, that could make informed bystander reasonably perceive serious possibility and real likelihood of bias on part of mediator-arbitrator—However high standard applied to mediator-arbitrator, answer “no”—Postal Services Continuation Act, 1997, S.C. 1997, c. 34.

CANADIAN UNION OF POSTAL WORKERS V. CANADA POST CORP. (A-447-98, Marceau J.A., judgment dated 8/10/98, 3 pp.)

MARITIME LAW**CREDITORS AND DEBTORS**

Motion by Lloyd's Register of Shipping (Lloyd's) for immediate priority for account for classification services to *Atlantis Two*—£21,797.66 owed to Lloyd's for surveys classification—Taking position would neither provide further classification services or certification, nor make records available to prospective purchasers, unless its claim, mere statutory right *in rem*, given preference as Sheriff's costs of sale, standing before all other claims, including crew wage and repatriation claims—Courts will from time to time authorize expenditures to safeguard interests of claimants, owners—Any expenditures must be of net benefit, but not necessarily to all parties—Court not ordering Lloyd's to open records—Suggestion Court ought to order Lloyd's to produce classification records under r. 233(1), rule dealing with production of documents from person not party to action—Test in such situation one of relevance to issue in action—Classification material herein relevant to sale of ship, but not now relevant to dispute between plaintiff as necessities supplier and defendants interested in ship—To force production not taking into account Lloyd's could well cancel classification of vessel entirely—Lloyd's entitled to hold out for full payment, regardless of what that position might do to balance of marine community involved—Lloyd's submitting opening of records enhancing sale value of vessel—Acting Sheriff submitting unclassified ship nearly uninsurable, possible sale of ship without release of classification records for inspection will be totally frustrated, delay could compromise ship's value significantly given age, state

MARITIME LAW—Continued

of repair—Payment of classification society fees at conclusion of sale both sensible, workable practice—To have provided for priority under circumstances premature, improper particularly as Lloyd's coming to Court to collect debt through reliance on Court's process, but not coming with clean hands as prepared to frustrate sale completely—Lloyd's agreeing to make classification documents available to prospective purchasers on same basis as would in Court ordered sales, reserving right to claim priority for fees as sheriff's expense—Consistent with protocol described in *Honshu Gloria, The*, [1986] 2 Lloyd's Rep. 63 (Q.B. (Adm. Ct.))—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-116, r. 233.

FRASER SHIPYARD AND INDUSTRIAL CENTRE LTD. V. ATLANTIS TWO (THE) (T-111-98, Hargrave P., order dated 4/8/98, 11 pp.)

LIENS AND MORTGAGES

Motion for summary judgment—Plaintiff Chief Executive Officer of North Channel Nautical Village (NCNV), holding 47% of common shares—NCNV operating 12 high-quality, floating homes (ships), owned by 12 individually numbered companies, wholly-owned subsidiaries of NCNV—Plaintiff claiming master's disbursements lien against ships in amount of \$536,640.41 in priority to first mortgages held by Banks—Claims relating to period from May 9, 1994 to October 31, 1997—In 1995 Banks financed acquisition of ships through mortgage loans in amount of \$250,000 per ship—Plaintiff *de facto* sole operating officer of NCNV, owners—Representing to Banks ships free of all prior security interests when negotiating loans—Personally guaranteeing portion of each mortgage—Owners, NCNV bankrupt—Banks appointing Receiver—Receiver holding widely publicized auction, entering into 12 separate agreements of purchase and sale for cumulative sale proceeds of \$412,600—Plaintiff obtaining 12 arrest warrants on day sales scheduled to close—Motion allowed—Six requirements for master's disbursements lien: (1) goods or services must be necessities; (2) goods or services must be for ship (and common venture), not for master's own benefit; (3) master must have disbursed own money; (4) disbursement must be by master, and not benefit seamen, agents, mate; (5) master must have had authority (express or implied) to pledge owner's credit; and (6) master must be unable to communicate with owners—Disbursements including principal, interest on loans obtained on behalf of NCNV, monthly interest charge on personal line of credit used both for family, business expenses, charges to plaintiff's credit cards for which no specific details provided, payments to family members, lease payments on vehicles, corporate solicitor fees, telephone charges, promotional services, automobile repairs, sale commissions—Such expenses not for “goods, materials or services” supplied to ship for “operation and

MARITIME LAW—Concluded

maintenance”—Not “necessaries” related to specific ships—Mainly for operation, administration of company, plaintiff’s personal expenses—Disbursements made in capacity as *de facto* sole operating officer of NCNV, not as master of ship—As plaintiff *de facto* sole operating officer and sole directing mind of NCNV and/or owners, when reported to owners, reporting to himself—Furthermore, as modern means of communication such that master always in touch with owners, “inability to communicate with owners of ships” missing—Estoppel representation by words or conduct inducing detrimental reliance—Even if had valid master’s disbursements lien, claims not having priority over loans because failed to advise Banks of claims in progress at time of loans and continuing thereafter—Defendants arguing whatever lien plaintiff may have would rank behind rights of Banks because personally guaranteed percentage of funds advanced by Banks to each of owners—Plaintiff claiming Banks no longer entitled to rely on personal guarantees because vitiated by improvident realization of ships—No evidence sale unlawful or conducted improperly—Where Court satisfied no genuine issue for trial, must grant summary judgment—Plaintiff putting best foot forward, but unsuccessful.

DORIS V. FERDINAND (THE) (T-1416-98, Dubé J., judgment dated 23/9/98, 17 pp.)

NATIVE PEOPLES

Determinations of questions of law—Plaintiff, Indian, owning gas bar on Tiendinaga Mohawk First Nation’s territory, reserve under Indian Act—Sells gasoline to Indians, non-Indians—Purchases gasoline at price including 14.7 cents per litre Ontario gasoline tax—On sales to qualified Indians with identification who purchase gasoline for personal use, plaintiff reducing price by 14.7 cents per litre—Submitting application for refund to Ontario Minister of Finance—Minister of National Revenue assessing plaintiff for GST in respect of sales of gasoline to non-Indians in amount of \$474,825.83 including interest, penalties—As part of collection action, seized Ontario gasoline tax rebates payable by Ontario Minister of Finance—(1) Are such gas tax refunds personal property of plaintiff situated on reserve, and accordingly not subject to seizure by virtue of Indian Act, s. 89?—Question of whether property of Indian situated on reserve for taxation or seizure purposes to be determined according to connecting factors test enunciated in *Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877—Necessary to identify relevant connecting factors, analyze them to determine weight in identifying location of property, in light of three considerations: purpose of exempting provision; nature of property sought to be taxed; nature of taxation—In present case, nature of property seized, nature, incidence of seizure relevant—(i) Plaintiff’s residence weighing against refunds being considered as situated on reserve—As living off reserve six days per week, gasoline tax refunds not having much to do with use, occupancy of reserve as Indian—(ii)

NATIVES PEOPLES—Continued

Business located on reserve—Operation of business on reserve and sales to Indians on reserve ultimately giving rise to indebtedness of Ontario Minister of Finance—This factor connecting rebates to reserve, entitled to significant weight—(iii) Where no evidence of specific employment policy connecting business to reserve, that half staff status Indians residing on reserve may simply be coincidence—This factor entitled to little weight—(iv) Where business catering to Indians, non-Indian customers alike, indicating commercial mainstream business—As 50% of customers Indians, 50% non-Indians, nature of clientele tending to be factor discounting property in question from being considered as situated on reserve—(v) Plaintiff entitled to refund, not because exempt from taxation under s. 87(1), but because customers exempt under s. 87(1)—That any retailer on reserve would be entitled to rebate placing rebate in commercial mainstream thus weighing against it being considered situated on reserve—(vi) In case of seizure, property must be in debtor’s possession for seizure to be effective—Location of debtor tending to be more critical factor—Off-reserve location of government office when seizure effected factor weighing against property being considered as situated on reserve—(vii) That gasoline obtained from off reserve tending to be commercial mainstream consideration weakening connection of rebates to reserve—(viii) As normal business practice payment by cheque from plaintiff’s account off reserve, tending to weigh against rebates being considered as situated on reserve—*Dicta* of La Forest J. in *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85 relevant: as personal property acquired by Indians in normal business dealings simply property anyone else might have acquired, no reason why Indians in those circumstances should not be treated in same way as other people—*Situs* of rebate off reserve, subject to seizure, not protected by reason of s. 89(1)—Based on connecting factors test, Ontario gasoline tax rebates not exempt from seizure by virtue of Indian Act, s. 89(1)—(2) Does “person” for purpose of Excise Tax Act, s. 317(1) include Ministry of Finance of Province of Ontario?—S. 317 providing where Minister knowing, suspecting person liable to make payment to another person, may require person to pay forthwith moneys otherwise payable to tax debtor—Either knowing, suspecting Ontario would be liable to make payment to plaintiff, Minister serving letter on Ontario requiring it to pay moneys owed to plaintiff to Minister—Interpretation Act, s. 17 providing no enactment binding on Her Majesty except as mentioned or referred to in enactment—Unless Excise Tax Act mentioning or referring to Her Majesty in right of province, Ontario not bound, s. 317(1) not applicable—“Mentioned or referred to” encompassing (i) expressly binding words; (ii) clear intention to bind; (iii) intention to bind where purpose of statute would be “wholly frustrated” if government not bound: *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225—Neither Excise Tax Act, s. 123(1) definition of “person” nor s. 317 specifically including Crown—Purpose of Excise Tax

NATIVE PEOPLES—Continued

Act not wholly frustrated if provinces not bound—Reference in s. 122 to “binding on Her Majesty in right of a province” for specific purpose suggesting Parliament not intending to bind Her Majesty in right of province generally for other obligations under Excise Tax Act—“Person” for purpose of Excise Tax Act, s. 317 not including Ministry of Finance—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 122 (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12), 123 (as enacted *idem*), 317 (as enacted *idem*)—Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 87, 89—Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 17.

BRANT V. CANADA (T-528-98, Rothstein J., judgment dated 16/9/98, 22 pp.)

ELECTIONS

Questions of law for determination by Court: whether Band has authority to determine applicable custom (whether electoral, hereditary or any other method) for selection of chief and council of Band; and to determine terms of such custom by majority decision of Band members attending general meeting of Band convened with notice—Band selecting council according to band custom, not according to procedures prescribed by Act, s. 74—Dispute arose when election held to choose chief and council for Band, following procedures adopted by general meeting of Band—Parliament intended, when enacting relevant provisions of Indian Act, would be for band to determine custom that would govern its selection of “council of band”—That band members determine custom conclusion in accordance with first principles, with case law on subject, workable and practical—Custom by its nature not frozen in time—Changes in response to changed circumstances—Reference to “custom of the band” in Act, s. 2(1) cannot be interpreted as preventing band from changing custom according to which it governs itself from time to time in response to changing circumstances—Custom must include practices for choice of council generally acceptable to members of band upon which there is broad consensus: *Bigstone v. Big Eagle*, [1993] 1 C.N.L.R. 25 (F.C.T.D.)—Approval by majority of adult members of Band probably safe indication of broad consensus—Whether majority decision by Band members attending general meeting demonstrates broad consensus depends on circumstances of that meeting—Answer to question 1: yes—Answer to question 2: authority exists but whether such decision demonstrates broad consensus exists will depend on circumstances of meeting—Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 2(1) “council of the band”, 74.

MCLEOD LAKE INDIAN BAND V. CHINGEE (T-2327-97, Reed J., order dated 21/8/98, 9 pp.)

LANDS

Action for declaration purported surrender of Six Nations of Grand River Indian Band (Band) interest in land (80.616

NATIVE PEOPLES—Continued

acres) null and void—In 1870’s, lands in which Band had Indian Reserve interest taken for railway purposes—Surrender approved only in 1985 after two referenda on Land Claim Settlement Agreement—In first referendum, of 4,742 eligible voters, 278 people voted (268 for, 9 against, 1 spoiled ballot); in second referendum, of 4,852 eligible voters, 297 people voted (280 for, 14 against, 3 spoiled ballots)—Before final approval by Minister, Traditional Council of Chiefs of Iroquois Confederacy, presenting document with signatures of more than 300 eligible voters opposed to surrender and who had not voted, objected to surrender on grounds only minority of electors had voted—Land Claim Settlement Agreement nevertheless signed by Minister and accepted by Governor in Council—Issues (1) whether, by operation of Indian Act, s. 39(3), majority of electors of Band assented to land surrender; (2) whether Acting Director of Land and Trusts validly called referenda pursuant to standing delegation of authority conferred by Minister pursuant to Act, s. 3(2)—Action dismissed—Insufficient evidence upon which to conclude Minister or officials acted in such manner as to taint surrender process—Absence of word “referendum” in Act, s. 39(3) not creating ambiguity therein as no inconsistency between words used and purported purpose of legislation when provision considered in context of s. 39 in its entirety—Delegation of authority to Acting Director of Lands and Trusts invalid—Language of Act, ss. 3(2) and 39 indicating intention Minister or named officials therein, upon authorization, must act personally when exercising authority under Act, s. 39(2): *Ramawad v. Minister of Manpower and Immigration*, [1978] 2 S.C.R. 375—Language, object and scope of administrative scheme cannot, herein, be considered to displace general rule of construction of law that person endowed with discretionary authority should exercise it personally: *R. v. Harrison*, [1977] 1 S.C.R. 238—*Comeau’s Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] 1 S.C.R. 12 not standing for proposition all acts of Minister may, by implication, be delegated to responsible departmental officials—Therefore, while delegation of authority herein invalid, surrender of land not void by reason of invalidity of delegation of authority to Acting Director of Land—While Acting Director of Land called referendum, Minister, as well as Deputy Minister, actively involved throughout matter—While not determinative, Band Council clearly wanted surrender of land to take place—Successful surrender made in accordance with law and subject only to acceptance by Governor in Council—In *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344, S.C.C. indicated one should adopt intention-based approach to validity of process for surrender of land under Indian Act; nature of Aboriginal title requiring courts to go beyond usual restrictions imposed by common law, or non-compliance with certain requirements in Indian Act concerning surrender process, in order to give effect to true purpose of dealings—In conclusion, while Minister did not call first

NATIVE PEOPLES—Concluded

or second referendum, given intention and understanding of Band, determined in accordance with law, calling surrender vote not fatal requirement—Whether Minister or Acting Director of Land called referenda, no finality until such time as surrender accepted by Governor in Council—Herein, no substantive right abrogated as result of invalid delegation of authority—Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 3(2), 39 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 3).

HILL V. CANADA (T-2288-87, Wetston J., judgment dated 12/8/98, 30 pp.)

PAROLE

Applicant currently detained at St-Vincent-de-Paul, Quebec institution, disputing sentence calculation by Correctional Service of Canada determining end date of sentence May 6, 2004, and statutory release date July 19, 2001—On January 9, 1975, applicant given two concurrent three-year sentences on each count—According to Correctional Service, three years imposed on applicant on January 9, 1975, to be served consecutively to sentence applicant already serving—Whether, for purposes of applicant's sentence calculation, three years to be added to sentence already imposed on applicant—Case law, including *Kula v. Picard*, [1983] 1 F.C. 95 (T.D.), unanimously holding sentence imposed on inmate for crime committed while on parole to be served consecutively to previous sentence—In case at bar, applicant given two concurrent three-year sentences on each count—Since Joncas J. did not mention sentence to be served consecutively to previous sentence, in view of Criminal Code, s. 649(1), sentence to commence running when imposed unless "a relevant enactment otherwise provides"—Parole Act, s. 21(1) relevant enactment, otherwise provides—Section mandatory—Correctional Service did not err in so calculating end date of applicant's sentence—Correctional Service informing applicant in 1993 of error in 1985 sentence calculation—Applicant arguing error, corrected eight years later, caused applicant to live in expectation of being released about five years sooner—Error made in 1985 could in no way have created or vested substantive rights in applicant, and, as result, 1993 calculation must prevail—Application dismissed—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 649(1)—Parole Act, R.S.C. 1970, c. P-2, s. 21.

PARIS V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-75-98, Nadon J., order dated 6/11/98, 18 pp.)

PATENTS**PRACTICE**

Judicial review of Commissioner of Patents' denial of request for extension of time to reinstate patent application

PATENTS—Concluded

filed pursuant to Patent Cooperation Treaty (PCT)—Applicant, Australian company, filing international patent application on August 8, 1991 for meat packaging system—Priority date August 9, 1990 because of earlier domestic application in Australia—Designated Canada in application—On March 3, 1992 applicant elected Canada under Chapter II of PCT for examination, issuance of national patent—February 9, 1993 deadline to enter national phase of process in Canada—Otherwise application deemed abandoned pursuant to Patent Cooperation Treaty Regulations, s. 15(2)—In accordance with Regulations, s. 15(3) deadline for reinstatement two months from date of deemed abandonment: April 9, 1993—Application deemed dead April 9, 1993—Practice in Patent Office allowing applicant to seek reinstatement by additional 10 months—No statutory authority for extension of deadline beyond two-month period—Applicant requesting extension to reinstate abandoned application 16 months after application deemed dead—Acting Commissioner denying request—Richard J. allowing application for judicial review of that decision (*First Green Park Pty. Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1997] 2 F.C. 845 (T.D.)) on ground Acting Commissioner improperly fettering broad discretion to excuse delay conferred by PCT, Art. 48(2)(b) by refusing to exercise discretion where request for reinstatement made beyond self-imposed 12-month deadline—Commissioner subsequently decided not to reinstate applicant's international patent application—Application dismissed—Art. 48(2)(b) granting broad discretion on "Contracting State", not Commissioner, to excuse any delays for meeting time limit—Commissioner not equated with "Contracting State" as defined in Treaty, but rather deriving authority by virtue of Patent Act, s. 4—Since Commissioner neither party to treaty nor "Contracting State", only way may exercise authority to reinstate applications deemed dead through regulation passed by Governor in Council—No provision in PCT Regulations or treaty itself allowing Commissioner unilaterally to extend time beyond period specified in PCT Regulations, s. 15(3)—No basis for Commissioner to extend time for accepting applications beyond period specified in s. 15(3)—Commissioner not erring in law in refusing to extend time for reinstatement—Patent Cooperation Treaty, June 19, 1970, [1990] Can. T.S. No. 22, Art. 48(2)(b)—Patent Cooperation Treaty Regulations, SOR/89-453, s. 15(2), (3) (as am. by SOR/94-284, s. 4).

FIRST GREEN PARK PTY. LTD. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1352-97, Muldoon J., order dated 14/10/98, 13 pp.)

PENITENTIARIES

Applications for judicial review of two decisions of Correctional Service of Canada dated July 9 and November 5, 1997—Until July 9, 1997, applicant inmate at maximum-security Donnacona Institution, serving 15-year sentence—

PENITENTIARIES—Continued

On June 23, 1997, applicant receiving notification of recommendation of involuntary transfer to Special Handling Unit (SHU) at Ste-Anne-des-Plaines Institution—Applicant also receiving Progress Summary Report (PSR)—Applicant committing very serious assault on inmate on June 4, 1997—Applicant also involved in drug trafficking network in institution—Applicant engaging in influence peddling and intimidating peers—On June 24, 1997, applicant filing written objection to transfer recommendation, complaining not enough information from Correctional Service—On July 9, 1997, applicant transferred to SHU at Ste-Anne-des-Plaines for assessment as result of decision made on same date by Correctional Service—On November 5, 1997, after reviewing applicant's file, applicant's case management officer signing PSR recommending applicant's admission to SHU—Grounds in support of applications for judicial review identical—Corrections and Conditional Release Act, ss. 27, 28, 29 applicable—S. 27(1) entitles applicant to be given, within reasonable period before decision to transfer applicant taken, all relevant information leading to decision or summary of information—Whether Correctional Service provided applicant with all information "to be considered in" taking of decision or summary of information—Provision qualified by s. 27(3), authorizing Commissioner to withhold certain information from inmate "where the Commissioner has reasonable grounds to believe that disclosure of information under subsection (1) or (2) would jeopardize . . . the safety of any person . . . the security of a penitentiary, or . . . the conduct of any lawful investigation"—PSR of June 23, 1997, including security report summaries, provided enough information for applicant to understand why Correctional Service sought transfer—Information provided to applicant enabled latter to make representations latter considered appropriate with respect to assault on inmate, drug trafficking and intimidation and influence peddling within penitentiary—In case of decision to transfer inmate, question not whether inmate has alibi, but whether information available to Correctional Service justifies transfer—Rules of procedural fairness respected—Applications dismissed—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 27, 28, 29.

CARTIER V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(T-2652-97, T-1668-97, Nadon J., order dated 24/8/98,
21 pp.)

Application for judicial review of Bowden Institution institutional court decision convicting applicant of inmate offence contrary to Corrections and Conditional Release Act, s. 40(h)—Condition precedent before institutional court has jurisdiction to proceed with hearing of charge not met: Act, s. 41(1) creating obligation on institutional court member before hearing charge to investigate to be satisfied all reasonable steps have been taken to resolve matter informally, where possible—Member misapprehended meaning of Act, s. 41(1) and, as result, obligation created thereby not

PENITENTIARIES—Concluded

discharged—Application allowed—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 40(h), 41(1).

SCHIMMENS V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(T-65-98, Campbell J., order dated 15/10/98, 3 pp.)

PENSIONS

Motion to amend statement of defence (allowing it to plead Crown Liability and Proceedings Act (CLPA), s. 9 and Canada Pension Plan Act (CPP Act), ss. 42(2)(a), 44(1)(b) and 108(3)(a)), and granting summary judgment dismissing plaintiff's claim for damages arising from injuries said to have resulted from negligence of defendants' servants—Plaintiff, inmate at Pittsburg Institution, injured in June 1992 while working in hay barn located at penitentiary—Initiated action for damages (\$680,000), alleging negligence on part of Crown servants—As result of injuries, plaintiff disabled and applied for CPP disability benefits—Benefits approved in September 1996, with benefits paid retroactive to October 1994—To date, plaintiff has received approximately \$55,000 in combination of welfare benefits, family benefits and CPP disability benefits since accident, and may expect to receive further \$173,000 in family benefits and CPP disability benefits, should he remain disabled until normal retirement age of 65—Only question relating to disability benefits under CPP Act—Defendant urging plaintiff's disability pension payments under CPP Act precluding action against Crown in relation to claim by reason of CLPA, s. 9—Disability benefits cannot be "pension" or "compensation" within Act, s. 9—Disability pension paid to plaintiff not paid "in respect of injury, damage or loss in respect of which plaintiff's claim made"—Disability pension paid to plaintiff as qualified contributor under CPP in relation to disability, without reference to cause thereof—Not paid in respect of injury, damage or loss claimed in action—Injury not basis of or reason for disability pension entitlement under CPP Act—Motion to amend statement of defence allowed, but motion for summary judgment dismissed as not plain and obvious plaintiff has no arguable case—Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, ss. 42(2)(a) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 12), 44(1)(b) (as am. *idem*, s. 13), 108(3)(a)—Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), s. 9.

SARVANIS V. CANADA (T-2075-92, MacKay J., order dated 15/9/98, 12 pp.)

Judicial review of Veterans Review and Appeal Board's denial of applicant's appeal from refusal of claim to pension—Applicant, member of Armed Forces, sent on temporary assignment to CFB Halifax to participate in International Military Tattoo—While asleep in military barracks, male member of Forces broke in, sexually assaulted applicant,

PENSIONS—Concluded

roommate—Notwithstanding finding assignment mandatory, applicant required to stay in military quarters on base, Board concluding assault while asleep not activity conducted in course of military training for purposes of Pension Act, s. 21(3)(f)—Application allowed—Board erred in concentrating upon applicant's "activity"—Activity not important, but whether injury suffered arose in course of or directly connected to military service—Duty imposed upon applicant by superiors to sleep in CFB Halifax quarters distinguishing this case from cases cited where member's activities voluntary—Pension Act, R.S.C., 1985, c. P-6, s. 21(2)(a) (as am. by S.C. 1990, c. 43, s. 8), (3)(f) (as am. *idem*)—Veterans Review and Appeal Board Act, S.C. 1995, c. 18, s. 3.

CUMMINGS V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(T-1758-97, Hugessen J., order dated 29/9/98, 5 pp.)

PRACTICE**AFFIDAVITS**

Motion to strike replacement and reply affidavit on ground Apotex' agreement to filing thereof, consent order allowing it obtained by misrepresentation—In prohibition applications in respect of medicine Ciprofloxacin, Bayer filing affidavit of Leiva, Chilean lawyer to address issue of patent invalidity—In response Apotex filing affidavit of Huidoboro, also Chilean lawyer—After asked to file responding affidavit, Leiva representing to Bayer's Chilean agent not wishing to participate further because of ill health—Apotex agreeing to withdrawal of Leiva affidavit for ill health reasons, and to utilization of Zavala affidavit in reply and replacement—Nadon J. granting consent motion by Bayer to file Zavala affidavit—Motion to strike original Leiva affidavit, cross-examination dismissed—Apotex' alternative relief, that Leiva's second affidavit relating to ill health be admitted as part of record dismissed because usefulness in proceedings on merits not established—What occurred amounted to innocent misrepresentation by Bayer leading Apotex to agree to replacement aspect of Zavala affidavit—Possible ground for striking Leiva affidavit, replacement Zavala evidence, Apotex' reply to Leiva evidence, leaving only Huidoboro evidence, to extent not in response to Leiva's initial evidence, and Zavala evidence, to extent replied to Huidoboro's independent evidence, remaining—But difficulties with solution as: (1) Apotex refusing to withdraw any portion of Huidoboro's evidence i.e. portion in response to Leiva affidavit as well as portion independent of Leiva evidence, and (2) practical problem of segregating response, independent evidence of Huidoboro and replacement and reply evidence of Zavala—In circumstances, while initial Leiva affidavit should be struck because not appearing for cross-examination, as Huidoboro affidavit will remain in entirety, Zavala evidence should also remain—Minimizes prejudice,

PRACTICE—Continued

disruption of time-limited proceedings—In such procedural disputes in which Court required to exercise discretion having regard to fairness, expedition of proceedings, each case will turn on own facts—Important to note, as general rule, affidavits will be struck if deponent not appearing for cross-examination, replacement affidavits will not be allowed if not justifiable grounds—As Bayer's innocent representation giving rise to proceedings, no award of costs even though Bayer successful on motion.

BAYER AG V. APOTEX INC. (T-35-96, T-591-96,
Rothstein J., order dated 21/8/98, 6 pp.)

Application to file reply affidavit to answer affidavit filed by George Kolk—Latter residing in Ottawa, applicant in Vancouver—Counsel for respondents unwilling to consent to filing of reply affidavit without seeing affidavit applicant wishes to file—No requirement affidavit be in existence when leave to file reply affidavit under r. 312 sought—Applicant giving good explanation as to why she wishes to file reply affidavit: expense, distance, time make cross-examining Kolk difficult—Not necessary for Court to first see affidavit before leave granted in order to be able to determine leave should be granted in accordance with principles set out in *Eli Lilly & Co. et al. v. Apotex Inc. et al.* (1997), 137 F.T.R. 226 (F.C.T.D.)—Application granted—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 312.

WALKER V. RANDALL (T-1103-98, Reed J., order dated
15/9/98, 4 pp.)

CONTEMPT

Plaintiff owning trade marks in Canada for "Yellow Pages", "Pages Jaunes", "Walking Fingers" (word and design)—Such trade marks in public domain in United States of America—Defendant Canadian Business Online (CBO) maintaining web site entitled "Canadian Yellow Pages on the Internet" along with representation of "Walking Fingers" logo—Statement of claim alleging trade-mark infringement—Several interim injunctions granted before Joyal J. issuing interlocutory injunction September 17, 1997—Injunctive orders properly served on defendants CBO, Klimchuk—Defendants having full knowledge of injunctive orders—Defendants ordered to show cause why contempt of Court should not be found against them for disobeying Court orders by using, assisting another to use trade-marks, failing to deliver up all wares, copies of purchase orders—Defendants' counsel's statement nothing delivered up because nothing to deliver up taken as admission nothing "delivered up"—Defendants guilty of contempt for failing to "deliver up"—Klimchuk assisted Canadian Yellow Pages on the Internet Inc. (CYPI) to illegally use Tele-Direct trade-marks, and continuing to do so as present officers of CYPI either Klimchuk's attorney's or agents—

PRACTICE—Continued

Defendants, Canadian Advertisers Network LLC guilty of disobeying interlocutory injunction orders—As to whether Federal Court having jurisdiction as relating to CYPI, Canadian Advertisers Network LLC, both U.S.-based corporations, Federal Court may not have jurisdiction over U.S.-based companies, individuals, but does have jurisdiction to find companies, individuals guilty if, after having knowledge of Federal Court orders, acting in such manner as to disobey orders—Evidence showing U.S. based companies, controlled either by Klimchuk or by persons acting for him, purposely targeting Canada with use of plaintiff's trade marks, i.e. American companies knowingly using plaintiff's "Yellow Pages" and/or "Walking Fingers" trade-marks on internet site, and purposely attempting to find customers by using plaintiff's trade-marks in Canada—Defendants cannot do by back door what cannot do by front door, i.e. attempt, by using U.S.-based corporations to use, in Canada, plaintiffs' registered trade-marks—Defendants' guilt established beyond any reasonable doubt.

TELE-DIRECT (PUBLICATIONS) INC. V. CANADIAN BUSINESS ONLINE INC. (T-1340-97, Teitelbaum J., judgment dated 15/9/98, 25 pp.)

COSTS

Motion asking Court to make lump sum award of costs in lieu of assessed costs—In restoring judgment of Trial Division herein, Supreme Court of Canada ordered Novopharm Inc. entitled to costs throughout—Federal Court Rules, 1998 applicable in entirety—Decision *MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Ltd. v. Consolboard Inc.* (1981), 58 C.P.R. (2d) 100 (F.C.A.) not precluding Court from exercising broad, discretionary powers over amount, allocation of costs provided for in Federal Court Rules, 1998—Court considering factors outlined in new r. 400(3) concerning result of proceeding, importance of issues, amount of work involved—Directing assessment officer to award Novopharm lump sum of \$42,000 in lieu of assessed costs—Motion granted—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 400(3).

ELI LILLY AND CO. V. NOVOPHARM LTD. (T-2248-93, McGillis J., order dated 18/9/98, 4 pp.)

Following decision allowing, with costs, motion to strike action *in rem* and *in personam* (for salaries and expenses in amount of \$229,999) commenced by plaintiffs for want of Court's jurisdiction, defendants seeking order awarding costs on solicitor-and-client basis or lump sum payment in amount of \$16,357—Broad discretion as to costs under r. 400—Misconduct on part of plaintiffs in manner in which they commenced action (having three vessels arrested before time given in *mise en demeure* expired)—Misconduct warranting awarding of more than simple costs—Furthermore, insured value of one of vessels \$2,000,000 and plaintiffs aware of

PRACTICE—Continued

fact—Mortgage on that vessel only \$575,000—Arrest done to purposely embarrass defendant in eyes of mortgage holder—Arrests of vessels in April 1998 made to purposely cause very serious problems to defendant and to prevent defendant from having vessels ready for upcoming tourist season to commence in May 1998—In view of misconduct, plaintiffs order to pay lump sum of \$20,000 as costs, including disbursements and costs for present motion—As plaintiffs' conduct stopping just short of "reprehensible misconduct", costs not awarded on solicitor-and-client basis—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 400.

JEAN V. CAPITAINE DUVAL (LE) (T-536-98, Teitelbaum J., order dated 15/9/98, 8 pp.)

Appeal from Trial Division decision (1995), 63 C.P.R. (3d) 342 awarding costs on solicitor-client basis retroactively from commencement of proceedings—Date of reprehensible conduct invoked to support request for solicitor-client costs of utmost importance as costs on such scale exceptional, should be ordered only for time party has caused substantial, unnecessary difficulty, expense to other party—Impugned decision wrong in purporting to subject to exceptional, punitive ruling four interlocutory orders made in course of proceedings—Subsequent determination costs already awarded in order disposing of interlocutory motion would have to be paid on solicitor-client scale would constitute departure from significant component of order that has become final, therefore would not be open to reconsideration except on appeal—Motions Judge's order varied so as to exclude from scope costs already awarded in four interlocutory orders made in course of proceedings.

KERAMCHEMIE GMBH V. KERAMCHEMIE (CANADA) LTD. (A-605-95, Marceau J.A., judgment dated 10/9/98, 3 pp.)

Appeal from order granting costs on party-and-party basis—Special reasons, required by former R. 1618, to award costs on judicial review application in that originating motion devoid of any substantial particulars capable of supporting prohibition relief sought—But in fairness could not depart from normal party-and-party costs provided by Tariff B of Rules when application made, argued—To allow costs in excess of then normal applicable standard required express finding of further special reasons—No such finding possible after acknowledgement respondent raised "responsible" arguments in support of application—No basis to order Minister responsible for any of costs as conduct, procedurally speaking, in no way reprehensible—Appeal dismissed with respect to award of costs to respondent David Bull on party-and-party basis, but allowed as to requirement costs be determined otherwise than as provided by Tariff B of former rules—Appeal against refusal to award costs against Minister dismissed with costs—Federal

PRACTICE—Continued

Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 344(7) (as am. by SOR/87-221, s. 2), 1618 (as enacted by SOR/92-43, s. 19).

PHARMACIA INC. V. DAVID BULL LABORATORIES (CANADA) Inc. (A-658-95, Marceau J.A., judgment dated 9/9/98, 3 pp.)

DISCOVERY*Production of Documents*

Motion seeking order requiring applicant to reattend cross-examination in order to answer questions, to comply with requests for production—Arising from application for judicial review brought by applicant under Federal Court Act, s. 18.1 challenging legality of reference by Canadian Human Rights Commission to panel of Canadian Human Rights Tribunal of complaint made by respondent against applicant—Complaint concerning material available on Internet posted on website known as “Zundelsite”, said to be operated, controlled in California by U.S. citizen, Dr. Ingrid Rimland—Server for website also said to be located in California—Respondents complaining to Commission applicant’s conduct with respect to material available on “Zundelsite” violated Canadian Human Rights Act, s. 13(1)—Test for determining what questions person can be required to answer in cross-examination on affidavit well settled, not disputed by parties in motion—Principal issue concerning relevance to issues raised by application for judicial review of questions respondent asked Court to order applicant to answer—Most of respondent’s questions and requests divided into three groups—Group 1: Questions concerning authorship of material appearing on “Zundelsite”—Party may require affiant to answer questions calculated to establish facts rationally related to establishment of party’s case, even though may not be determinative of issues in dispute—Applicant must answer questions put by respondent relating to authorship of identified material, subject to elimination of questions already answered by applicant or repetitive, and to rewording of some of questions in order that meaning be made clear to applicant—Group 2: Questions relating to communications between Dr. Rimland and applicant with respect to material posted on Zundelsite—Applicant actively participated in non-technical aspects of operation to such extent to have caused offending material to be communicated—Evidence of communications between Dr. Rimland and applicant about website, material to be posted on it, relevant to central issue in application for judicial review—Applicant must answer questions relating to prior approval of material appearing on website—Group 3: Questions relating to business relationship between Dr. Rimland and applicant relating to operation of Zundelsite—Applicant must produce ledger sheets from company Samistad Publishers Ltd. showing payments to Dr. Rimland for services rendered in connection with “Zundelsite”—

PRACTICE—Continued

Obligated to answer most of questions contained in Schedule to respondent’s notice of motion—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 13(1).

ZÜNDEL V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2765-96, Evans J., order dated 23/9/98, 10 pp.)

DISMISSAL OF PROCEEDINGS

Motion under Federal Court Act, s. 40(1) to enjoin plaintiff from commencing proceedings, except by leave of Court—Peter Starodub died on January 31, 1991—In last will and testament, defendants Bodan Zarowsky, Eugenia Karnauh named as executors of estate—Plaintiff deceased’s stepson—In 1991, plaintiff commenced proceedings in Ontario Court (General Division) challenging validity of stepfather’s will—Action dismissed—Second application dismissed in January 1996—Third proceeding dismissed on January 9, 1998—Repetition of plaintiff’s earlier claims to interest in assets comprising stepfather’s estate—Plaintiff’s complaints with Law Society of Upper Canada also dismissed—Subject matter of statement of claim not within Federal Court’s jurisdiction—Equivocation on question of vexatiousness in light of comments of Judge in first proceeding and of Ontario Court of Appeal in second proceeding—S. 40 order premature as matter dismissed on basis of Court’s lack of jurisdiction—Subject matter of wills, estates matter for provincial courts—High standards required for s. 40 order not met—Motion dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 40(1) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 11).

SCHEPANOW V. ONTARIO (T-1666-98, McKeown J., order dated 9/10/98, 6 pp.)

JUDGMENTS AND ORDERS*Enforcement*

Motion for (1) order defendant Colin Farnum be apprehended, brought before Court to be examined in capacity as president of defendant Geo International Inc., as to Geo’s ability to satisfy order to pay into Court US \$159,684.07; (2) writ of sequestration against Farnum’s property; (3) order requiring Farnum to show cause why should not be found guilty of contempt of Court—In summary judgment proceedings defendant Geo found to have converted three containers of hiker shoes—Pursuant to r. 218, Geo ordered to pay US \$159,684.07 into Court prior to July 15, 1998—Because Geo not obeying Court order, plaintiff moving for writ of sequestration pursuant to r. 429(1)(b) against property of Farnum—Counsel for Geo, Farnum persuading Court premature to issue writ of sequestration against

PRACTICE—Continued

Farnum personally before steps exhausted against defendant Geo to satisfy Court order—For purposes of exhausting recourse against Geo, Court ordering Farnum, in capacity as president of Geo, to appear to be examined—Although examination adjourned at Farnum's request, Farnum not appearing—R. 46 basis for bench warrant—R. 46 giving Court authority to issue warrant when witness required to attend hearing, failing to do so—Rr. 87 to 100 pertaining to examinations in aid of execution under heading "Examinations Out of Court"—Farnum's counsel submitting rr. 97, 98 providing complete code indicating consequences for failure to attend oral examination i.e. contempt proceedings—Arguing r. 46, Court's power to compel attendance at hearing, not applicable—R. 97 setting forth series of remedies open to party when person failing to attend oral examination out of court, one of which order to attend—Even though no express connection between rr. 46, 97 no reason why r. 46 may not be invoked when order made under r. 97 for person to attend oral examination at hearing before Court, and fails to do so—Nothing precluding examinations before Court and no reason why r. 46 not applicable to enforce order made to compel appearance where examination scheduled before Court—Farnum's absence from Canada not reason for not issuing warrant as Farnum having Canadian business, place of residence at, near Toronto—As proceedings to date characterized by Farnum's non-cooperation, failure to abide by Court orders, judicial exercise of discretion would be to issue warrant under r. 46—Nothing in Rules requiring either attachment, contempt proceedings to precede sequestration—R. 429 providing for sequestration—Setting forth remedy Court may order when person failing to perform act (payment into Court) within specified time—Amount owing to plaintiff and Geo, through Farnum's failure to attend to be examined, frustrating any attempt to ascertain Geo's ability to pay into Court amount ordered—Since Geo taking no steps itself to try to resolve precise amount owing, all conditions precedent to issue of writ of sequestration against Farnum personally met—No reason why r. 429 writ of sequestration should not be invoked—No argument against commencement of contempt proceedings—Motion granted—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106 rr. 46, 97, 98, 218, 429, 472.

WESTWOOD SHIPPING LINES INC. V. GEO INTERNATIONAL INC. (T-359-98, Rothstein J., order dated 26/8/98, 11 pp.)

PARTIES*Intervention*

Motion by counsel for proposed intervener for leave to intervene for purpose of raising issue as to whether Nadon J. should recuse himself on ground of reasonable apprehension of bias—Issue which counsel wishes to raise one that can only be raised by parties—Only then should non-party be allowed to intervene, participate in debate—Had Minis-

PRACTICE—Continued

ter, respondent raised issue, Court would have allowed counsel to intervene—Motion dismissed.

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. KATIUK (T-2408-96, Nadon J., order dated 17/9/98, 2 pp.)

Standing

Motion to strike out action for lack of standing, statement of claim scandalous, frivolous, vexatious, abuse of process of Court—Plaintiff, pensioner of chartered bank, arguing Income Tax Act, Pension Benefits Standards Act improperly and unconstitutionally allow employers not only to withhold pension fund contributions, but also allow employers to remove actuarial determined surplus money from pension funds—Plaintiff's concern underfunding of pension plans by reason of improper actuarial forecasting—Unlikely plaintiff will benefit from any declaration, by reason of age, health, although wife could conceivably be affected—In order to bring claim to courts, person must be affected, aggrieved, otherwise have interest sufficient to engage assistance of courts—No individual can, on own initiative, come to courts and sue on own behalf unless to protect private rights or contest right asserted against him by another person—Plaintiff's private legal rights neither threatened nor breached—Mere distaste for legislation, general interest in testing legislation not enough to obtain ruling on validity of legislation—Plaintiff not establishing genuine interest—Other reasonable, effective ways to bring issue to courts—No evidence to show complete absence of individuals with standing who are unable to bring own claims—Plaintiff with action that stands even small chance of success not to be deprived of day in court—Plaintiff's action, by reason of lack of standing, futile—Struck out without leave to amend—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1—Pension Benefits Standards Act, R.S.C., 1985, c. P-7 (as repealed by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 32, s. 42).

MUNZEL V. CANADA (T-1045-98, Hargrave P., order dated 17/8/98, 8 pp.)

PLEADINGS*Amendments*

Motion by plaintiffs to amend statement of claim in action attacking constitutional validity of amendments to Indian Act known as Bill C-31—Amendments said to be made necessary by series of recent SCC decisions considerably changing law with respect to Aboriginal rights—Interveners, groups representing women enfranchised by Bill C-31 but to whom status refused by plaintiffs' bands, ask for interim mandatory order requiring plaintiffs to comply with terms of presumptively valid legislation—Refused as interveners not parties and as duty in allowing amendment to protect rights

PRACTICE—Continued

of parties—Trial, lasting 79 days, has already been held—On appeal, trial judgment set aside on grounds of perceived apprehension of bias on part of Trial Judge—Court's obligation to protect rights of parties including obligation to ensure that as much as possible of first trial is preserved and used at second trial—Also including obligation to bring second trial on as quickly as possible and in most cost-efficient manner—One way in which both time and money can be saved will be use of transcript of oral evidence at first trial—Notwithstanding amendments to pleadings, parties should now be in position to come to substantial measure of agreement as to what can be used and properly laid before Trial Judge as evidence for use at second trial—Motion to amend granted as follows: (1) Counsel for plaintiffs shall submit in writing to counsel for defendant and intervener detailed list of all parts of transcript of evidence at first trial, including interventions by Trial Judge, to which objection taken to their use as evidence at new trial together with reasons therefor; response thereto within 30 days; (2) Plaintiffs to pay costs of motion to defendant in amount of \$1,500 and in any event of cause.

SAWBIDGE BAND V. CANADA (T-66-86, Hugessen J., order dated 23/9/98, 5 pp.)

Motion to amend statement of defence filed by defendant Samson Band—Action started in 1988—Only two of original seventeen plaintiffs remaining in action asserting claim against Band—Others have either died or discontinued action against Band—Proposed amendments to statement of defence far reaching as asserting claim of nationhood on part of Band—When considering whether to allow amendment most important test that of possible prejudice to parties in allowing or not amendment—Proposed amendments if granted will add substantially to time required not only to make case ready for trial but also to time of trial itself—Will substantially increase danger of plaintiffs never realizing fruits of action—Mortality, attrition by other means serious risk—Unless judgment rendered in Band's favour plaintiffs enjoy presumption of validity and presumptive status as registered members of Band—Plaintiffs Stoyka and Schug elderly women in indifferent health, of modest means—To deprive them of *per capita* payments which are their due as members of Band likely to cause them irreparable harm—No prejudice caused to Band if it recognizes at least some of rights to which status entitles plaintiffs—Proposed amendments allowed with exception of amendment to prayer for relief in paragraph 9 of statement of defence, on terms which will require Band to pay to plaintiffs Stoyka and Schug all *per capita* payments whether capital or revenue payable to Band members—Plaintiffs accountable for such payments—Proposed amendment to prayer for relief in paragraph 9 refused without prejudice to Band's right to move for leave to bring third party claim for declaration against Crown.

MARTEL V. SAMSON BAND OF INDIANS (T-2391-88, Hugessen J., order dated 17/9/98, 5 pp.)

PRACTICE—Continued

REFERENCES

Motion for order for reference as to quantum of damages and profits including issues of apportionment—Motion dismissed—While discovery might possibly thereby be shortened, not open to Court to so conclude without some evidence—Only evidence as to expense and labour involved in investigating damages—Requirement of evidence of some inevitable saving such as that of deferring discovery until after election made as to damages or profits which now does not necessarily have to be done until after trial—Application of *VISX Inc. v. Nidek Co.*, [1998] F.C.J. No. 811 (C.A.) wherein Court stated governing principles well-known and established in *Depuy (Canada) Ltd. v. Joint Medical Products Corp.* (1996), 67 C.P.R. (3d) 145 (F.C.A.), thereby importing case law under former R. 480 for determining issues under new r. 107—Therefore, necessary for litigants seeking separate determination of issues to show there will necessarily be some saving of expense and time if discovery at trial of damages or profits postponed until matter of liability settled—Fact discovery and trial time would be reduced if defendant successful at trial not sufficient, and defendant will therefore be left to obtain what compensation it can under R. 400(3)(i)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 400, 480—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 107.

ILLVA SARONNO S.P.A. V. PRIVILEGIATA FABRICA MARASCHINO "EXCELSIOR" (T-1604-95, Giles A.S.P., order dated 8/9/98, 2 pp.)

VARIATION OF TIME

Case management—Applicant failing to comply with peremptory case management order that applicant bring motion, pursuant to r. 385(1)(b), to allow *viva voce* expert evidence, failing which any expert evidence at hearing of matter would be in affidavit form—Applicant could not organize outside funding for expert evidence on medical use of marijuana and counsel could not proceed with motion—Not appropriate case to extend peremptory order—Applicant breached conditions of parole by using marijuana, invoking excuse had been prescribed to treat his glaucoma—Later obtained interlocutory order preventing National Parole Board (Board) from suspending parole for smoking medical marijuana until hearing of action—Board then successfully applied to have matter specially managed—Court has power to extend time where "unless" order has been made but not complied with; but that power should be exercised cautiously and with due regard to necessity for maintaining principle orders made to be complied with and not to be ignored: *Samuels v. Linzi Dresses Ltd.*, [1981] 1 Q.B. 115 (C.A.)—Judicial review ought to be available within reasonable time and decision therein with as much speed as possible, with as few of encumbrances and delays associated with trials as possible—No unseemly haste on part of defendant or Court

PRACTICE—Concluded

in pressing case on to hearing some 10 months after application for review commenced—Waiting for funding, in context of legal aid, not excuse for allowing time limit to pass: *Kiani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 124 F.T.R. 299 (F.C.T.D.)—On one hand, insufficient evidence to determine whether arguable case—On other, to adjourn motion yet again could well jeopardize October hearing date; could well be embarrassment and likely prejudice to Board were its fears borne out and applicant to get into difficulties as result of alleged breach of parole conditions; to leave Board uncertain, at this late date, as to nature of proposed *viva voce* expert testimony would certainly be prejudicial—Here, no sufficient reason for further time extension on date set in peremptory manner in order that, for good reason, made to be complied with and not intended to be ignored—Proper situation in which to uphold peremptory order—Any expert testimony, on behalf of applicant, must be by affidavit—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 385(1)(b).

WOO V. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD)
(T-2742-97, Hargrave P., order dated 31/8/98, 8 pp.)

PUBLIC SERVICE

SELECTION PROCESS

Competitions

Judicial review of Public Service Commission (PSC) decision deciding not to appoint applicant to position of Correctional Supervisor and directing applicant's name be removed from eligibility list for positions—Applicant had been included in 25-candidate eligibility list—Later, five individuals lodged complaints of harassment and abuse of authority against applicant—First investigation concluded three complaints substantiated to some degree—Deputy Warden of Kingston Penitentiary concurred with recommendation to suspend applicant for six days, remove him from acting Correctional Supervisor position and that he attend harassment training—Deputy Commissioner of Correctional Service of Canada (CSC) reduced suspension to four days as found only two complaints substantiated—Assistant Deputy Minister of CSC approached PSC with request to remove applicant's name from eligibility list, following which PSC conducted informal hearing—Assistant Deputy Commissioner of CSC, only witness to testify at hearing, based evidence on investigators' reports, concluded applicant no longer qualified to be Correctional Supervisor as deficient in area of personal suitability—At conclusion of hearing, investigator agreed with latter conclusion—Commission concurred and directed applicant's appointment to position of Correctional Supervisor not be made and name be removed from list—Issues whether investigator erred in law or acted outside jurisdiction in interpretation of onus on

PUBLIC SERVICE—Continued

respondent and her role under Act, s. 6(2); by permitting respondent to impose more than one penalty upon applicant for same offence; in taking into account incidents of harassment that occurred subsequent in time to placement of applicant's name on eligibility list; by failing to determine that actions of respondent disciplinary in nature; whether investigator erred in law or failed to observe principles of natural justice or procedural fairness by basing decision upon investigation reports; whether investigator based decision on erroneous findings of fact without regard to material before her—Application allowed—Commission accepted hearsay evidence without providing applicant with opportunity to cross-examine authors of investigative reports, thereby clearly violating principles of natural justice—In case at bar, Commission's actions must be gauged by referring to Act, s. 6 rather than s. 21—Commission's authority under Act, s. 6 discretionary in nature, but parties must be given opportunity to be heard, which it did—Act, s. 6 complied with—PSC specialized parliamentary agency administering Act and responsible for appointment of qualified persons—Discipline not part of its mandate—Matter before PSC simply process to remove applicant from list because of lack of qualifications and did not constitute supplementary discipline—Nothing preventing investigators assessing qualifications under Act, s. 6(2) based on incidents occurring after person placed on eligibility list—Removal from list not disciplinary matter—As disciplinary powers specifically delegated to Treasury Board, power to demote lying with Treasury Board and PSC's revocation of applicant from list not demotion—Finally, designated investigator did not ignore evidence submitted by applicant and did not base its decision on erroneous finding of fact without regard to material before her—Furthermore, Court must defer to PSC's findings of fact—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-32, ss. 6(2), 21 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 16; 1996, c. 18, s. 15).

TSATSAKIS V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(T-437-98, Cullen J., order dated 28/9/98, 21 pp.)

Merit Principle

Application for judicial review of Appeal Board decision dismissing applicants' appeal of appointment without competition of Richard de Tilly to security equipment maintenance officer position at Regional Reception Centre in Ste-Anne-des-Plaines, Quebec—Employee in question appointed acting maintenance officer in December 1995—Employee then appointed to position on indeterminate basis, without competition—Applicants appealing indeterminate appointment under Public Service Employment Act, s. 21(1.1)—Appeal Board dismissing applicants' appeal on ground Selection Board observed merit principle during selection process for position of maintenance officer—Merit principle requires best qualified persons among those

PUBLIC SERVICE—Continued

available be appointed to positions in public service—Merit principle compromised if assignment combined with selection process that gave unfair advantage to candidate assigned to position: *Canada (Attorney General) v. Pearce*, [1989] 3 F.C. 272; *McAuliffe v. Canada (Attorney General)* (1997), 128 F.T.R. 39 (F.C.T.D.)—Applicants argued Mr. de Tilly had unfair advantage by acquiring work experience specific to position of maintenance officer due to preferential treatment by employer—Merit principle requiring appointment of candidate best qualified to fill position, not necessarily candidate best informed about position in question—Applicants could never have obtained “superior” rating for requirement of knowledge of inventory of security equipment according to scale of issue approved by National Headquarters, because applicants never held position of maintenance officer—Selection process itself gave advantage to candidate most familiar with job in question—Actions of Selection Board compromised principle of selection according to merit and Appeal Board erred in failing to ascertain whether assignment in combination with selection process gave unfair advantage to candidate assigned to position, thus compromising principle in question—Application allowed—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 21(1.1) (as enacted by S.C. 1992, c. 54, s. 16).

ORDINES V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-72-98, Denault J., order dated 8/10/98, 9 pp.)

TERMINATION OF EMPLOYMENT*Abandonment of Position*

Appeal from Prothonotary decision allowing in part motion to strike out applicant’s notice of application—Prothonotary holding decision applicant challenging, in letter sent to applicant by National Defence JAG’s assistant on July 10, 1998, “decision” within meaning of Federal Court Act, s. 18.1(2)—Applicant appointed to indeterminate position in Department of National Defence—On November 27, 1997, applicant informing employer volunteering to take advantage of early retirement program offered by federal government—Having opted for Early Departure Incentive, applicant struck off public service employee list on April 1, 1998—Jurisdiction of Court *ratione materiae* depends on whether “decision” within meaning of Federal Court Act, s. 18.1—Prothonotary erred in law in holding JAG assistant’s decision of July 10, 1998, subject to judicial review on ground that, by informing applicant, JAG assistant acted indirectly or by *de facto* delegation for Public Service Commission pursuant to Public Service Employment Act, s. 8—By responding to applicant, JAG assistant in no way acted as federal board, commission or other tribunal, and therefore made no decision with respect to applicant that would have granted or denied right to applicant—Latter decision had no legal consequences—Resignation of employee unilateral legal act springing exclusively from

PUBLIC SERVICE—Concluded

employee—If applicant claims unilateral act invalid for lack of consent, applicant has not chosen proper procedural avenue, since Court has no power, on application for judicial review, to declare unilateral act of applicant invalid and of no effect—Decision set out in JAG assistant’s letter not “decision” within meaning of Federal Court Act, s. 18.1—Appeal allowed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 8.

BOUCHARD V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL DEFENCE) (T-1522-98, Richard A.C.J., order dated 21/10/98, 10 pp.)

TRADE MARKS

EXPUNGEMENT

Appeal under Trade-marks Act, s. 36 from decision of hearing officer of Registrar of Trade-marks expunging appellant’s trade-mark “Zircotex”—Registrar finding no evidence of use of mark *per se* during relevant period—Managing director of corporation owning trade-mark filing exhibits to show use of composite mark “Zircotex-Fix”—Registrar concluding “in using composite mark “Zircotex-Fix” registrant did not use mark “Zircotex”—Counsel for appellant submitting use of ® symbol *prima facie* evidence of use of trade-mark—Term “Alu” defined in appellant’s second affidavit as “common abbreviation of term ‘aluminium’”—Sole purpose of proceedings under Act, s. 45 to discover whether trade-mark in use in Canada, to remove “dead wood”, namely trade-marks fallen into disuse—Reading of appellant’s affidavits making it clear goods in question ones produced under trade-mark “Zircotex”—Paragraph 2 of second affidavit sufficiently clear goods in question “are shipped to Canada . . . in cardboard boxes and sealed with adhesive tape on which mark “Zircotex” is printed”—Additional evidence showing trade-mark in question used in Canada during three-year period preceding date of notice—Abbreviation “Alu” unimportant, not taking away trade-mark “Zircotex”’s identity—Mark “Zircotex” used in Canada at material time—Appeal allowed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 36, 45.

GERD EISENBLATTER GMBH V. KENT & EDGAR (T-1801-97, Dubé J., judgment dated 8/9/98, 7 pp.)

Application to expunge registration of trade-mark “Décarie” and to amend registration of trade-mark “Décarie Logo Design” on grounds trade-mark previously and still not registrable; not distinctive; abandoned by respondent Décarie Motors Inc.—Applicants also submit name Décarie surname and therefore not registrable under Trade-marks Act, s. 12; name of well-known boulevard in Montréal; name not distinctive in itself; name never used alone by respondents—

TRADE MARKS—Continued

Application dismissed—Under Act, s. 18(1)(b), registration of trade-mark invalid if trade-mark not distinctive at time proceedings bringing validity of registration into question commenced: *Steinberg Inc. v. J. L. Duval Ltée*, [1993] 1 F.C. 145 (T.D.)—Distinctive quality of trade-mark must be appreciated in light of specific facts of each case—Trade-mark presumed valid when registered, and party seeking to expunge trade-mark as being invalid must bear onus of rebutting presumption; if doubt exists, must be resolved in favour of validity of trade-mark: *Mr. P's Mastertune Ignition Services Ltd. v. Tune Masters Inc.* (1984), 82 C.P.R. (2d) 128 (F.C.T.D.)—On judicial review, Court free to review facts to determine whether decision of Registrar or Board correct, but decision should not be set aside lightly considering expertise of those who regularly make such determinations: *McDonald's Corp. v. Silverwood Industries Ltd.* (1989), 24 C.P.R. (3d) 207 (F.C.T.D.)—Graphic use of word "Décarie" on automobile licence plates or on various types of graphical representations or advertising can constitute use of trade-mark: see *Nightingale Interloc Ltd. v. Prodesign Ltd.* (1984), 2 C.P.R. (3d) 535 (T.M. Opp. Bd.)—Not required to show exclusive use of trade-mark: *Molson Breweries v. John Labatt Ltd.*, [1998] F.C.J. No. 929 (T.D.) (QL)—Registration of name "Décarie" and "Décarie Logo Design" made in accordance with Act, s. 12(2), defendants unequivocally demonstrated to Registrar defendants had used name Décarie without interruption since at least 1971 and Registrar agreed—Even if registration of name Décarie did not satisfy requirements of s. 12(1)(a), (b) as person's name and name of place of origin, respondents registered name under Act, s. 12(2), responded adequately to objections raised by Registrar in regard to s. 12(1)(a), (b) requirements and clearly demonstrated distinctiveness established since 1971—Registrar's decision not unreasonable in circumstances—Trade-mark not abandoned because evidence showed trade-mark used without interruption and with distinctive character since date of registration—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 12 (as am. by S.C. 1990, c. 20, s. 81; 1994, c. 47, s. 193), 18.

GENERAL MOTORS OF CANADA V. DÉCARIE MOTORS INC. (T-1923-97, Blais J., order dated 13/10/98, 21 pp.)

REGISTRATION

Appeal from Registrar's decision rejecting opposition of applicant to registration of trade-mark "Duraplus" for use in association with carpet underlay—However, respondent no longer pursuing application to register trade-mark and abandoned its application—Registrar confirmed application treated as withdrawn or discontinued—Applicant still pursuing appeal on grounds Registrar made errors of fact and law in rejecting opposition, which should not be permitted to stand—Matter moot—As application for

TRADE MARKS—Concluded

registration abandoned, no longer any source of dispute, nor can rights of either Dura or BASF be affected by outcome of appeal—No longer any application or trade-mark in suit—Argument decision under appeal will continue to stand as precedent and will adversely prejudice Dura in future not sufficient for Court to exercise discretion to hear appeal—Argument highly suspect—Proper to assume Registrar would consider any future applications or oppositions on particular merits and in accordance with Act—Therefore, no practical effect on rights of Dura or BASF—Furthermore, in case at bar, no other proceedings between other parties, therefore appellant's argument mootness not issue and case not moot fails—Fact one of respondent's licensees continuing to use trade-mark irrelevant as licensee not party to action and its use of mark not in issue—And any determination regarding respondent not necessarily applying to licensee—Appellant's argument even if case moot, third parties will cite decision in other proceedings against applicant without foundation as any future proceedings will be decided according to their facts and on their own merits, with counsel present for each party.

DURA UNDERCUSHIONS LTD. V. BASF CORP. (T-2131-97, Cullen J., order dated 17/9/98, 13 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Application for judicial review of decision of Umpire dismissing appeal from Employment and Immigration Commission, latter having made decision on determination and allocation of earnings received by respondent in respect of severance pay and pension—Commission's decision resulting in overpayment of \$14,747—Commission admitting error but refusing to write off overpayment in question—Board of referees rescinding Commission's decision not to write off amount of overpayment—Commission appealing to Umpire with regard to both decisions of board of referees, but decision on writing-off only issue in dispute before Court—Umpire dismissing Commission's appeal—Issue of writing-off before board of referees—Umpire deciding that *Cornish-Hardy v. Board of Referees (Unemployment Insurance Act, 1971)*, [1979] 2 F.C. 437 (C.A.), affirmed by Supreme Court of Canada, had had its day and did not stand up to recent developments in F.C.A. decisions with regard to respective jurisdictions of Commission and board of referees—Umpire erred with respect to extent of changes in case law—What was said in *Cornish-Hardy* still true today—According to Unemployment Insurance Regulations, s. 60, writing-off refers to "debtor"—Unemployment Insurance Act, s. 79, confers right of appeal on "claimant"—Writing-off only comes into play when all issues with respect to establishment and payment of unemployment insurance benefits settled—Person requesting debt forgiveness does so not as claimant, but as debtor—Question now whether or not government, represented by Commission,

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Continued

will forgive amount owed—Function of board of referees completed by time issue of writing-off comes up—Board of referees, therefore, did not have jurisdiction to decide whether Commission justified in refusing write-off, and Umpire erred by not overturning decision of board of referees in latter respect—Debtor should have proceeded by applying for judicial review to Federal Court Trial Division,

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded

not by appealing to board of referees—Application allowed—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-I, s. 79—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 60 (as am. by SOR/90-208, s. 1).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. FILIATRAULT
(A-874-97, Décaré J.A., judgment dated 18/9/98, 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

Demande de contrôle judiciaire d'une décision du juge-arbitre rejetant l'appel de la Commission de l'emploi et de l'immigration qui avait rendu une décision portant sur la détermination et la répartition de la rémunération reçue par l'intimée à titre d'indemnité de départ et de pension—Cette décision a eu pour effet de créer un trop-payé de 14 747 \$—La Commission a reconnu son erreur mais a refusé de défalquer le trop-payé en question—Le conseil arbitral a rescindé la décision de la Commission de ne pas défalquer le montant du trop-payé—La Commission a interjeté appel auprès d'un juge-arbitre relativement aux deux décisions rendues par le conseil arbitral, mais seule la décision relative à la défalcation fait l'objet du présent débat—Le juge-arbitre a rejeté l'appel de la Commission—Le conseil arbitral avait été saisi de la question de la défalcation—Le juge-arbitre a décidé que la décision *Cornish-Hardy c. Le Conseil arbitral (Loi de 1971 sur l'assurance-chômage)*, [1979] 2 C.F. 437 (C.A.), confirmée par la Cour suprême du Canada, avait fait son temps et qu'elle ne résistait pas au développement récent de la jurisprudence de la C.A.F. eu égard aux compétences respectives de la Commission et du conseil arbitral—Le juge-arbitre s'est mépris sur la portée de l'évolution jurisprudentielle—Ce qui a été dit dans *Cornish-Hardy* est encore vrai aujourd'hui—Selon l'art. 60 du Règlement sur l'assurance-chômage, la défalcation vise le «débiteur»—L'art. 79 de la Loi sur l'assurance-chômage confère le droit d'appel au «prestataire»—La défalcation n'entre en jeu qu'au moment où sont réglées toutes les questions relatives à l'établissement et au paiement des prestations d'assurance-chômage—Ce n'est pas en qualité de prestataire mais de débitrice qu'une personne demande une remise de dette—La question qui se pose désormais est de savoir si l'État, représenté par la Commission, fera remise ou non de la somme qui lui est due—Le rôle du conseil arbitral est terminé lorsque se pose la question de la défalcation—Le conseil arbitral n'avait donc pas compétence pour décider si la Commission avait à bon droit refusé de défalquer et le juge-arbitre a erré en n'annulant pas la décision du conseil arbitral à cet égard—C'est par demande de contrôle judi-

ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

ciaire devant la Section de première instance de la Cour fédérale que la débitrice devait procéder, et non par appel au conseil arbitral—Demande accueillie—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 79—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., ch. 1576, art. 60 (mod. par DORS/90-208, art. 1).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. FILIATRAULT (A-874-97, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 18-9-98, 9 p.)

AVOCATS

Conflits d'intérêts—Appel d'une décision du protonotaire de la Cour fédérale rejetant la requête de la défenderesse afin que le procureur des demandereses soit déclaré en conflit d'intérêts dans la présente action en contrefaçon de brevet et déclaré inhabile à continuer d'occuper pour les demandereses—Le vice-président de la défenderesse aurait eu trois rencontres avec un agent de brevet de l'étude Robic, agents de brevet et marques de commerce, qui ne fait qu'un avec la firme de procureurs Léger Robic Richard—La point en litige consiste à savoir si des informations confidentielles ont été échangées lors de ces rencontres et si l'agent de brevet, et en conséquence les avocats du bureau Léger Robic Richard, se sont retrouvés par la suite en conflit d'intérêts lorsqu'ils ont pris partie en faveur des demandereses, dans le présent dossier—Il s'agit de déterminer si le protonotaire a erré en droit en appliquant à la présente situation les principes énoncés dans l'arrêt *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235 et si le protonotaire a erré en fait et en droit en concluant que l'information contenue dans les documents reçus par le cabinet Robic faisait partie du domaine public et que, par conséquent, l'étude Léger Robic Richard s'était déchargée de son fardeau de preuve en appliquant les principes énoncés dans l'arrêt *Martin*: 1) la Cour doit prendre en considération trois valeurs en même temps, soit le souci de préserver les normes exigeantes de la

AVOCATS—Suite

profession d'avocat et l'intégrité de notre système judiciaire, le droit du justiciable de ne pas être privé sans raison valable de son droit de retenir les services de l'avocat de son choix et la mobilité raisonnable qu'il est souhaitable de permettre au sein de la profession; 2) l'avocat a-t-il appris, grâce à des rapports antérieurs d'avocat à client, des faits confidentiels relatifs à l'objet du litige?; y a-t-il un risque que ces renseignements soient utilisés au détriment du client?; le tribunal (ou un membre du public raisonnablement informé) serait-il persuadé qu'aucun renseignement pertinent n'a été communiqué?; 3) un avocat qui a appris des faits confidentiels pertinents ne peut pas agir contre un client ou un ancien client—La question de savoir s'il existe un conflit d'intérêt entraînant une inhabilité a été résolue selon deux critères fondamentaux: la possibilité de préjudice réel (mauvais usage de renseignements confidentiels par un avocat au détriment d'un ancien client) et le précepte qui veut que la justice soit non seulement rendue mais qu'il soit évident qu'elle est rendue—Appel accueilli—Dans la présente instance, le lien antérieur et la connexité avec le mandat ont été prouvés et sont suffisants—Le point essentiel en l'espèce est de savoir si le procureur a renversé la présomption et a pu démontrer qu'aucun renseignement pertinent n'a été communiqué—D'abord, il y a lieu de rejeter les prétentions du procureur des demandeurs qu'il y aurait eu renonciation à soulever la question de conflit d'intérêts et que la défenderesse a consenti à ce que la firme Léger Robic Richard agisse comme avocats pour les demanderesses—Il faut tenir compte de la règle fondamentale énoncée dans le Code de déontologie professionnelle de l'Association du Barreau canadien qui prévoit que «L'avocat ne doit pas conseiller ou représenter des intérêts opposés, à moins d'avoir dûment averti ses clients éventuels ou actuels et d'avoir obtenu leur consentement. Il ne doit agir ni continuer d'agir pour une affaire présentant ou susceptible de présenter un conflit d'intérêts»—Une séquence de trois rencontres entre le client et son avocat permet de créer un climat de confiance qui constitue le cadre d'échanges privilégiés entre un avocat et son client—Il n'est possible ni pour le client ni pour l'avocat de répertorier tout ce qui fait partie des discussions, mais il apparaît clair qu'il était davantage possible pour l'agent de savoir de savoir quels étaient les objectifs et les éléments de stratégie envisagés par le vice-président de la défenderesse relativement au brevet en litige, à la suite de ces rencontres—Le tribunal n'est pas convaincu que le fait d'avoir donné une opinion verbale et par écrit sur l'étendue du brevet au vice-président de la défenderesse et d'entreprendre par la suite au nom de l'autre partie une action alléguant la contrefaçon du brevet, ne constitue par un conflit d'intérêts à sa face même—Même si le motif de l'action en contrefaçon s'est modifié entre les deux actions entreprises au cours des années, il s'agit néanmoins du même brevet pour lequel l'agent des brevets a donné un avis dans un sens à la défenderesse et dont le bureau d'avocats, avec lequel il est en relation étroite, entreprend une action soutenant un avis sensiblement

AVOCATS—Fin

différent sur le même brevet et contre la même personne—Il faut donc conclure que la conclusion à laquelle est arrivé le protonotaire dans le présent dossier est manifestement erronée en ce sens que l'exercice de son pouvoir discrétionnaire a été fondé sur une fausse appréciation des faits—Les échanges intervenues au cours des trois rencontres ont été l'objet d'échanges de documents et d'échanges verbaux entre les deux, tout à fait privilégiés, que des informations confidentielles ont été échangées de part et d'autre entre les deux personnes et, en conséquence, l'agent de brevet et l'étude d'avocats se sont retrouvés par la suite en conflit d'intérêts lorsqu'ils ont pris partie en faveur des demanderesse, dans le présent dossier—Il apparaît donc justifié de reprendre l'affaire *de novo* et que le juge exerce son propre pouvoir discrétionnaire quant à l'appréciation de la présente requête—En conclusion, le procureur des demandeurs n'a pas renversé la présomption de confidentialité des renseignements transmis et il y a donc conflit d'intérêts.

GRUPE TREMCA INC. C. TECHNO-BLOC INC.
(T-1064-97, juge Blais, ordonnance en date du
15-10-98, 21 p.)

BREVETS**PRATIQUE**

Contrôle judiciaire du refus de la commissaire aux brevets de proroger le délai de rétablissement de la demande de brevet déposée sous le régime du Traité de coopération en matière de brevets—La requérante est une société australienne qui a déposé une demande de brevet internationale le 8 août 1991 à l'égard d'un système d'emballage des viandes—La date de priorité était le 9 août 1990, en raison d'une demande antérieure déposée en Australie—La requérante a désigné le Canada dans cette demande—Le 3 mars 1992, elle a choisi le Canada aux termes du chapitre II du Traité de coopération en matière de brevets en vue de l'examen et de la délivrance d'un brevet national—La date limite à laquelle la requérante pouvait entreprendre la phase nationale de la démarche au Canada était le 9 février 1993, faute de quoi la demande serait réputée abandonnée conformément à l'art. 15(2) du Règlement d'application du Traité—Conformément à l'art. 15(3) du Règlement, la date limite à laquelle la requérante pouvait demander le rétablissement de sa demande était le 9 avril 1993, soit deux mois suivant date de l'abandon présumé—La demande a été réputée abandonnée le 9 février 1993—Selon une «pratique» en usage au Bureau des brevets, la partie requérante disposait d'un délai supplémentaire de dix mois pour demander le rétablissement—La prorogation du délai au-delà de la période initiale de deux mois ne repose sur aucun pouvoir d'origine législative—La requérante a sollicité une prorogation de délai afin de rétablir la demande 16 mois après la date à laquelle cette demande a été réputée caduque—Le

BREVETS—Fin

commissaire intérimaire a rejeté la demande—Le juge Richard a fait droit à la demande de contrôle judiciaire de cette décision (*First Green Park Pty Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1997] 2 C.F. 845 (1^{re} inst.)) au motif que le commissaire intérimaire avait entravé l'exercice du large pouvoir discrétionnaire prévu par l'art. 48(2)b) du Traité en refusant d'exercer le pouvoir dont il disposait à l'égard des demandes de rétablissement présentées après le délai auto-imposé de 12 mois—La commissaire a, par la suite, décidé de ne pas rétablir la demande de brevet internationale de la requérante—Demande rejetée—L'art. 48(2)b) accorde un large pouvoir discrétionnaire à l'«État contractant», et non au commissaire, pour excuser tout retard—La commissaire ne peut être considérée comme un État contractant au sens du Traité, et son pouvoir d'agir lui est plutôt conféré par l'art. 4 de la Loi sur les brevets—Étant donné que la commissaire aux brevets n'est pas partie au Traité et qu'elle n'est pas non plus un État contractant, la seule façon dont elle peut rétablir les demandes réputées abandonnées est d'appliquer un règlement adopté par le gouverneur en conseil—Ni le Règlement d'application du Traité ni le Traité lui-même ne renferment de disposition autorisant unilatéralement la commissaire à proroger le délai au-delà du délai prescrit à l'art. 15(3) du Règlement d'application du Traité—La commissaire n'était pas autorisée à proroger le délai relatif à l'acceptation des demandes au-delà de la période précisée à l'art. 15(3)—La commissaire n'a pas commis d'erreur en refusant de proroger le délai de rétablissement—Traité de coopération en matière de brevets, 19 juin 1970, [1990] R.T.C. n° 22, art. 48(2)b)—Règlement d'application du Traité de coopération en matière de brevets, DORS/89-453, art. 15(2),(3) (mod. par DORS/94-284, art. 4).

FIRST GREEN PARK PTY LTD. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1352-97, juge Muldoon, ordonnance en date du 14-10-98, 14 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**CONTRÔLE JUDICIAIRE**

Demande de contrôle judiciaire visant à décider qui doit apprécier le critère d'une crainte raisonnable de partialité chez un observateur renseigné et raisonnable: la personne à qui on demande de se récuser ou celle appelée à réviser cette décision—La section du statut de réfugié, saisie d'une revendication d'un citoyen israélien de nationalité ukrainienne, a rejeté sa demande, jugeant qu'elle n'accordait aucune foi à son témoignage et qu'il y avait, dans son cas, absence de minimum de fondement—Le litige portait sur une demande de récusation formulée dès le début de l'enquête devant la section du statut à l'encontre d'un des membres du tribunal, Jacques La Salle—La demande de récusation fut rejetée, ainsi que la revendication du statut de réfugié—Le

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

critère de la partialité consiste à se demander à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique—L'équité et l'impartialité doivent être à la fois subjectivement présentes et objectivement démontrées dans l'esprit de l'observateur renseigné et raisonnable—Le juge à qui on demande de se récuser pour apparence de partialité doit se placer dans la peau d'un observateur renseigné et raisonnable—Rien n'oblige le tribunal à énoncer dans sa décision, verbale ou écrite, les critères applicables—En autant qu'il appert de la décision qu'il en a tenu compte, il n'y a pas matière à intervention de la Cour—C'est ce que le commissaire La Salle a fait en référant au laps de temps écoulé depuis ses activités au sein du comité Canada-Israël douze ans auparavant, et en faisant état des décisions positives rendues en faveur de revendicateurs en provenance d'Israël—Demande rejetée.

GRIGORENKO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3725-97, juge Denault, ordonnance en date du 28-8-98, 7 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié au motif qu'il existait un parti pris ou une crainte raisonnable de partialité—Les demandeurs ont soutenu: 1) que la Commission n'a pas informé le ministre qu'elle allait examiner l'exclusion du demandeur en vertu de la section E de l'article premier de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés; 2) que la conduite de la Commission après l'audience dénotait un parti pris en faveur du défendeur—Le premier moyen est fondé sur l'art. 69.1 de la Loi sur l'immigration, sur les Règles 9(2) et 9(3) des Règles de la section du statut de réfugié et sur l'affaire *Kone c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 79 F.T.R. 63 (C.F. 1^{re} inst.)—Les exigences prévues aux Règles 9(2) et 9(3) et à l'art. 69.1 de la Loi visent à protéger les intérêts du ministre—Si le ministre aurait dû être informé de la manière prévue à la Règle 9(2), il pourrait chercher à faire annuler la décision—Les demandeurs ne peuvent pas invoquer un vice de procédure semblable s'ils n'ont subi aucun préjudice de ce fait—Avis a été donné au début de l'audience que la section E de l'article premier serait mise en cause—La façon dont la Commission a interrogé les demandeurs à l'audience ne dénotait pas l'existence d'un parti pris ou d'une crainte raisonnable de partialité—L'argumentation des demandeurs reposait uniquement sur le fait que le ministre n'a pas été informé de l'audience—Ce motif n'est pas suffisant pour prouver l'existence d'un parti pris ou d'une crainte raisonnable de partialité—Le deuxième moyen invoqué par les demandeurs était fondé sur deux affirmations: 1) la Commission a accepté des observations qui ont été déposées tardivement par l'avocate du défendeur, sans donner à l'avocat des demandeurs la possibilité de présenter des observations relativement à ce dépôt; 2) il y a eu des communications *ex parte* entre un préposé aux

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

revendications du statut de réfugié et la présidente de l'audience—Le dossier n'appuie pas ces affirmations—Demande rejetée—Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1996] R.T. Com. n° 6, art. 1E—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 60)—Règles de la Section du statut de réfugié, DORS/93-45, art. 9(2), (3).

ASHARI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5202-97, juge Reed, ordonnance en date du 21-8-98, 9 p.)

EXCLUSION ET RENVOI

Contrôle judiciaire de l'avis de danger pour le public—Le demandeur soutient que le ministre a rendu sa décision sans lui avoir accordé une audition de sa cause, violant ainsi l'art. 2e) de la Déclaration canadienne des droits—Que dans les cas où se pose la question de crédibilité, l'audition de vive voix de l'affaire s'impose—Que le droit protégé par l'art. 2e) est plus général que le droit garanti par l'art. 7—Que l'avis de danger pour le public donné en application de l'art. 53(1)d) de la Loi sur l'Immigration le prive du droit de ne pas être renvoyé dans le pays où sa vie et sa liberté sont menacées, et vaut suppression d'un droit protégé par l'art. 2e), sinon par l'art. 7 de la Charte—Il s'appuie sur cet art. 2e) pour parer à la réplique que la procédure engagée sous le régime de l'art. 53(1)d) ne débouche que sur un avis de danger pour le public, et ne se traduit pas automatiquement par une expulsion sur le pays dont s'est échappé à l'origine le réfugié au sens de la Convention, et qu'elle ne met donc pas en jeu la protection de l'art. 7—Il n'est pas nécessaire de décider si le droit protégé par l'art. 2e) est plus général que celui garanti par l'art. 7—Dans *Williams c. Canada*, [1997] 2 C.F. 646 (C.A.), le juge Strayer, J.C.A., a conclu que, quand bien même le droit protégé par l'art. 2e) de la Déclaration des droits serait plus général que celui garanti par l'art. 7 de la Charte, l'impératif de justice fondamentale n'est pas plus étendu à l'art. 2e) qu'à l'art. 7—Il convient donc de considérer la jurisprudence en matière d'impératif de justice fondamentale au regard de l'art. 7 de la Charte—Le demandeur invoque essentiellement l'observation incidente faite par le juge Beetz dans *Singh et al. c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, que dans les cas où la vie ou la liberté sont menacées par un pouvoir étranger, au moins une audition en bonne et due forme de la cause s'impose avant la décision au fond sur la revendication du statut de réfugié—Cependant, dans les affaires relevant de l'art. 53(1)d), l'intéressé s'est déjà vu reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention—Ce qui déclenche la procédure, c'est que le demandeur a aussi trempé dans le crime—La procédure de détermination du risque de danger pour le public, prévue à l'art. 53(1)d), n'est pas un appel relatif au verdict de culpabilité pénale dont il a été frappé—La poursuite pénale

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

lui a donné la possibilité d'invoquer tous les droits et protections procédurales nécessaires—Sous le régime de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, les décisions relatives au comportement du demandeur en prison et, en l'occurrence, à son transfèrement à un établissement à sécurité maximum, sont soumises à de nombreuses protections procédurales—L'impératif d'audition de la cause, prescrit par l'arrêt *Singh*, ne s'applique pas à la procédure prévue à l'art. 53(1)d)—Dans *Nguyen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 C.F. 696 (C.A.), le juge Marceau, J.C.A., a conclu qu'une audition de la cause n'est pas obligatoire en cas de procédure engagée sous le régime de l'art. 46.01(1)e)(ii)—L'art. 46.01(1)e)(ii) est très semblable à l'art. 53(1)d)—Dans l'un et l'autre cas, l'avis de danger pour le public est une étape dans un processus qui peut aboutir au renvoi—La conclusion du juge Marceau, J.C.A., que la procédure visée à l'art. 46.01(1)e)(ii) ne requiert pas une audition orale de la cause, s'applique également à la procédure visée à l'art. 53(1)d)—Recours rejeté—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—Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), Appendice III, art. 2e)—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 46.01(1)e)(ii) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 36), 53(1)d) (mod., *idem*, art. 43; L.C. 1995, ch. 15, art. 12)—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20.

BAYANI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4250-97, IMM-4251-97, juge Rothstein, ordonnance en date du 24-9-98, 6 p.)

Personnes non admissibles

Question de savoir si une attestation du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et du solliciteur général du Canada délivrée en vertu de l'art. 40.1(4)d) de la Loi sur l'immigration à l'égard du défendeur était raisonnable—Les ministres étaient d'avis que le défendeur était une personne visée à l'art. 19(1)e)(ii), (iv)(B) et (C), f)(ii) et (iii)(B) de la Loi—Dans les procédures fondées sur l'art. 40.1, les décisions se rapportant à l'art. 19(1)e) et f) exigent la preuve de l'existence de «motifs raisonnables de croire» certains faits par opposition à l'existence des faits eux-mêmes—La norme de preuve est celle de la prépondérance des probabilités—Chacun des motifs doit être interprété d'une façon disjonctive—Si l'un d'eux est établi, il faut déterminer que l'attestation est raisonnable—Les organisations en question étaient le Babbar Khalsa (le BK) et le Babbar Khalsa International (le BKI)—Le BK faisait de l'activisme contre le gouvernement indien à l'égard des questions se rapportant au Pendjab—Le BK était le groupe le plus religieux de tous les groupes de guérilleros sikhs—Selon la prépondérance des

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

probabilités, la Cour a conclu qu'il y avait des motifs raisonnables de croire que le BK et le BKI se livraient à des actes de terrorisme—Le défendeur avait été baptisé et respectait les cinq marques du sikhisme—Il avait été arrêté en mars 1988 et périodiquement par la suite—Le défendeur était le secrétaire organisateur de la All India Sikh Student Federation à Jammu—Il croyait que le gouvernement indien essayait de «tuer» sa religion—Il avait été arrêté et torturé par la police indienne—Le témoignage du défendeur était absurde et invraisemblable—Le défendeur était associé beaucoup plus étroitement au BK et au BKI qu'il ne l'affirmait—Son témoignage n'était pas vraisemblable—L'association étroite du défendeur au BK et au BKI correspondait à ce qui était déclaré dans le rapport sur les renseignements de sécurité—Le défendeur donnait au mot «membre» une interprétation restrictive—Le ministre l'interprétait d'une façon libérale—Compte tenu du contexte des dispositions concernant la subversion et le terrorisme, le mot «membre» doit être interprété au sens large—Le contexte, en ce qui concerne la législation en matière d'immigration, est la sécurité publique et la sécurité nationale, soit les principales préoccupations du gouvernement—Les organisations terroristes ne donnent pas de cartes de membres—Les membres ne sont pas facilement identifiables—Le législateur voulait que le mot «membre» soit interprété d'une façon libérale, sans restriction aucune—Une personne est membre d'une organisation même une fois que cette dernière a mis fin à ses activités terroristes—Il y avait des motifs raisonnables de croire que le défendeur était membre du BK et du BKI et qu'il était une personne visée par l'art. 19(1)(iii)(B) de la Loi—L'attestation délivrée par le ministre était raisonnable—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)e(ii), e(iv)(B), (C), (1)(ii), (iii)(B), 40.1(4)d (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29, art. 4; L.C. 1992, ch. 49, art. 31).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. SINGH (DES-1-98, juge Rothstein, ordonnance en date du 11-8-98, 17 p.)

Contrôle judiciaire de la décision d'un agent des visas de rejeter une demande d'établissement pour des raisons médicales—L'art. 19(1)a(ii) de la Loi de l'immigration interdit l'admission des personnes souffrant d'une maladie ou d'une invalidité dont la nature, la gravité ou la durée probable, de l'avis d'un médecin agréé, confirmé par au moins un autre médecin agréé, risqueraient d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé—Le demandeur a subi l'ablation du rein gauche en 1982—Selon le médecin agréé, dont l'avis a été confirmé par un autre médecin agréé, l'admission risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé—Une «lettre d'équité» a été envoyée au demandeur l'informant de l'avis des médecins agréés, l'invitant à présenter d'autres renseignements—Le demandeur a présenté d'autres renseigne-

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

ments—Une note de service du 2 janvier 1996 a confirmé que les renseignements supplémentaires ont été examinés, mais cette note n'a pas été signée par les médecins agréés—La lettre de refus du 20 décembre 1995 avait accusé réception des renseignements supplémentaires, mais affirmait que la décision médicale n'était pas modifiée—Demande accueillie—Deux fautes de procédure importantes justifient l'annulation de la décision de l'agent des visas: 1) la lettre de rejet a été envoyée 13 jours avant que le dossier ne porte mention que les médecins agréés ont examiné les renseignements médicaux supplémentaires fournis; 2) la lettre d'équité n'exposait pas les critères sur lesquels l'opinion des médecins agréés était fondée et ne précisait pas la nature des services auxquels le demandeur risquait d'imposer un fardeau excessif—Lorsque des agents de l'immigration demandant des renseignements médicaux supplémentaires, ils doivent examiner sérieusement ces renseignements avant de rendre leur décision: *Poste c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 101 F.T.R. 145 (1^{re} inst.)—L'agent des visas avait l'obligation de s'assurer, avant d'envoyer la lettre de rejet final, que, au vu du dossier, les médecins agréés avaient examiné sérieusement les renseignements supplémentaires—Le fait que la lettre de rejet porte une date antérieure de 13 jours à celle de la note confirmant l'examen effectué par les médecins agréés des renseignements médicaux supplémentaires fait planer un grave doute quant à savoir si cela a effectivement été fait—L'équité exige que la «lettre d'équité» envoyée au demandeur fasse mention des critères qui ont été utilisés par les médecins agréés pour se former une opinion et précise la nature des services auxquels le demandeur risquerait d'imposer un fardeau excessif, de manière à garantir au demandeur une véritable possibilité de réfuter l'opinion qu'ils se sont déjà faite—L'agent des visas a omis de s'assurer en se fondant sur le dossier que les renseignements médicaux supplémentaires demandés avaient été examinés sérieusement par les médecins agréés, avant d'envoyer la lettre de rejet—Cette omission ne constitue pas seulement un manquement à l'obligation d'équité procédurale, mais elle donne aussi à l'opinion des médecins agréés un caractère déraisonnable, étant donné que cette opinion a été exprimée avant examen de tous les renseignements médicaux pertinents—En vertu de l'art. 8, il incombe au demandeur de prouver que son admission ne contrevient pas à la Loi ou à ses règlements—Le demandeur doit convaincre les médecins agréés qu'il est en bon état de santé quant au risque de constituer un fardeau excessif pour les services sociaux et de santé, au moment de l'examen de sa demande—La demande doit être réexaminée sur la base des renseignements médicaux actuels—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 8, 19(1)a(ii).

LI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-466-96, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 30-9-98, 13 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Recours concluant à jugement déclaratoire portant que la définition du terme «adopté» figurant à l'art. 2 du Règlement sur l'immigration de 1978 est inconstitutionnelle—La demande tendant à parrainer l'immigration au Canada de l'enfant adopté en Chine conformément à la loi chinoise avait été rejetée—Les demandeurs n'ont introduit le recours en instance que près d'un an après sans en avoir obtenu au préalable la prorogation du délai—L'art. 18.1(2) de la Loi sur la Cour fédérale prévoit que le recours en contrôle judiciaire visant (en anglais «*in respect of*») la décision ou l'ordonnance d'un office fédéral doit être introduit dans les 30 jours qui suivent la communication de cette dernière à la partie concernée—Les termes «*in respect of*» ont un sens assez large pour embrasser le recours en instance—Celui-ci est par conséquent prescrit—Il n'est pas non plus un recours au sens de l'art. 82.1(2) au sujet d'une «demande qui [. . .] est faite [à l'agent des visas]» et ne bénéficie donc pas de la dispense d'autorisation prévue à cette même disposition—Or il n'y a pas eu autorisation en l'espèce—Rejet de l'argument que la définition du terme «adopté» empiète sur la compétence exclusive des provinces pour légiférer en matière d'adoption—L'art. 2 du Règlement ne concerne pas l'adoption, mais l'immigration, et de ce fait relève de la compétence fédérale par application de l'art. 91(25) «La naturalisation et les aubains», de la Loi constitutionnelle de 1867—La définition du terme «adopté» ne modifie pas le statut civil de la personne qui tombe dans son champ d'application—L'enfant des demandeurs n'est tout simplement pas admissible au Canada en qualité d'enfant adoptif—La définition d'«adopté» figurant au Règlement sur l'immigration n'influe en rien sur l'application de la législation provinciale—L'enfant jouira de tous les droits propres à un enfant adoptif—Aucune question certifiée—Puisque le recours est prescrit, la question proposée ne serait pas déterminante et la Cour d'appel serait seulement invitée à donner un avis incident sur un avis incident—Une prorogation du délai ne serait pas justifiée puisque l'argument constitutionnel n'est pas fondé—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2, «adopté» (mod. par DORS/93-44, art. 1)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(2) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 82.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 19; 1992, ch. 49, art. 73)—Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la Loi constitutionnelle de 1982, n^o 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n^o 5], art. 91(25).

FAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1537-97, juge Hugessen, jugement en date du 19-8-98, 7 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel de l'immigration (SAI) ordonnant de surseoir durant quatre ans à l'exécution de la mesure de renvoi à l'encontre du défendeur—Né à Haïti en 1977—

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Droit d'établissement en 1988—Relations de gang depuis 1992—Infractions, incarcérations—En 1995, reconnu coupable de possession d'arme prohibée, sentence d'un an, trois ans de probation—En prison, violent envers les autres détenus—En avril 1996, ordonnance de détention en vertu de l'art. 105 de la Loi sur l'immigration—Rapport sous l'art. 27(1)(d)(i) et mesure d'expulsion dont la SAI ordonne de sursis—Les facteurs dont la SAI tient compte en ce qui a trait aux «circonstances particulières de l'espèce» ont été fixés dans l'affaire *Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] I.A.B.D. n^o 4 (QL): gravité de l'infraction, possibilité de réhabilitation, temps passé au Canada, présence de famille au Canada, soutien dont dispose le requérant, importance des inconvénients pour le requérant—Cependant, dans l'exercice de sa discrétion, la SAI doit être conforme avec les principes qui sous-tendent la Loi, et considérer tous les faits de l'espèce, notamment la personne dans son contexte intégral, le bien de la société et celui de l'individu—En l'espèce, la SAI a eu tort de considérer qu'il y avait une forte possibilité de réhabilitation du requérant—La preuve supporte, au contraire, un grand risque de récidive—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27(1)(d)(i) (mod. par L.C. 1992, ch. 47, art. 78; ch. 49, art. 16), 105 (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 20).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. SAINTELUS (IMM-1542-97, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 11-9-98, 7 p.)

Demande de contrôle judiciaire de l'opinion de danger émanant du ministre—Le demandeur est un citoyen noir du Kenya qui a été reconnu coupable de trois infractions de trafic de cocaïne—Premièrement, le demandeur prétend que l'art. 70(5) ainsi que la disposition connexe énoncée à l'art. 46.01(1)(e)(iv) de la Loi sur l'Immigration contreviennent à l'art. 15 de la Charte au motif que ces dispositions risquent d'être appliquées de manière discriminatoire en l'espèce—Il ne s'agit pas d'un motif d'annulation des lois—Même si l'art. 15 de la Charte devait avoir une application préventive, aucun tribunal n'exercerait un tel pouvoir sans qu'on ne lui ait au préalable soumis des éléments de preuve qui établissent que la loi a été effectivement appliquée d'une manière discriminatoire ou qui montrent une intention en ce sens—Il n'existe pas, en l'espèce, de preuve de cette intention—Deuxièmement, il n'y pas de preuve suffisante montrant qu'il y a eu effectivement discrimination—Des données montrent que jusqu'à 75 % des personnes qui sont considérées dangereuses sont originaires de pays où la population est principalement noire, hispanique, sémite ou asiatique—Il n'y a aucune pièce indiquant dans quelle proportion la population immigrante est noire, hispanique, sémite ou asiatique—De même, l'exigence d'une déclaration de culpabilité relative à un crime grave soulève des questions sur les immigrants reconnus coupables de tels crimes—S'il y a un nombre disproportionné d'immigrants

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

noirs, hispaniques, sémites ou asiatiques dans une telle situation, le problème provient non pas de l'art. 70(5) de la Loi sur l'immigration mais bien de l'administration du système de justice pénale, une question à l'égard de laquelle la Cour ne peut intervenir—Les antécédents racistes dans la politique canadienne de l'immigration et la possibilité de discrimination persistante ne fournissent pas la justification suffisante pour annuler une disposition législative—Le fait qu'il puisse être difficile de prouver la présence de discrimination raciale ne permet pas à la Cour de présumer son existence—Rien ne prouve que la décision du ministre est abusive—La demande est rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 46.01(1)e)iv) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 36; 1995, ch. 15, art. 9), 70(5) (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 13)—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. 15.

ONGANDA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2565-97, juge Hugessen, ordonnance en date du 7-10-98, 7 p.)

Processus d'enquête en matière d'immigration

Recours en contrôle judiciaire contre le refus du défendeur d'ordonner une enquête conformément à l'art. 27(6) de la Loi sur l'immigration—Le demandeur, citoyen du Pérou, a demandé le statut de résident permanent au titre du programme d'élimination de l'arriéré des revendications du statut de réfugié—Un agent d'immigration a, en application de l'art. 27(2), fait un rapport concluant qu'il y avait raisonnablement lieu de penser que celui-ci avait commis un crime de guerre ou un crime contre l'humanité—Une enquête a été ordonnée afin de savoir si tel était le cas—Avant que l'enquête ne fût entreprise, le demandeur dépose une seconde demande de résidence permanente, fondée sur des raisons d'ordre humanitaire—Cette demande est rejetée et un nouveau rapport, établi sous le régime de l'art. 27(2), conclut qu'il n'avait pas produit un visa d'immigrant ou titre de voyage valide à un point d'entrée—Ce rapport a donné lieu à une ordonnance de renvoi—L'ordre d'enquête a été rapporté—Le demandeur quitte volontairement le Canada—Recours rejeté—Application de l'analyse des faits en deux étapes, qu'a confirmée la jurisprudence *R. c. Adams*, [1995] 4 R.C.S. 707, pour résoudre la question de l'absence de valeur pratique—1) Quant à savoir s'il y a un litige réel, trois facteurs se sont conjugués pour aboutir à l'exécution de l'ordonnance de renvoi—2) L'examen de la question de savoir s'il y a lieu pour la Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre l'affaire malgré la conclusion à l'absence de portée pratique se fait au regard des critères suivants: (i) l'existence d'une situation contentieuse; (ii) l'économie des ressources judiciaires; et (iii) la nécessité pour la Cour d'avoir conscience de sa fonction légitime dans

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

l'élaboration du droit (voir *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342)—Tout bien pesé, il n'y a pas lieu pour la Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur du demandeur—Les circonstances particulières de la cause en font un incident isolé—Puisqu'il s'agit d'un cas qui en toute probabilité ne se reproduira, il ne serait pas conforme à l'intérêt général de se prononcer sur la question soulevée—Sauf le critère de la situation contentieuse, les critères définis dans *Borowski* engagent à débouter le demandeur de son recours, particulièrement au titre de l'économie des ressources judiciaires—À même supposer que l'affaire ne soit pas vidée de toute valeur pratique, le demandeur aurait été tout de même débouté puisqu'il ne fait plus l'objet de l'ordre d'enquête, lequel a été rapporté—Le sous-ministre a indubitablement le pouvoir discrétionnaire de modifier ou de rapporter un ordre d'enquête—Sa décision de rapporter l'ordre d'enquête est une décision prise au sujet du demandeur, et non contre celui-ci, ce qui fait qu'il n'a pas droit aux protections procédurales plus rigoureuses que celles dont il jouit déjà (voir *Kindler c. MacDonald*, [1987] 3 C.F. 34 (C.A.))—Il n'y a pas lieu pour la Cour de tenir compte des autres conséquences possibles de l'annulation de l'ordre d'enquête—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27(2), (6) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 16).

MORENO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3234-97, juge Denault, ordonnance en date du 6-10-98, 9 p.)

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Demande de contrôle judiciaire de la décision d'un agent d'immigration—Le demandeur n'a pas obtenu le statut de réfugié au sens de la Convention et est membre de la catégorie des immigrants visés par une mesure de renvoi à exécution différée (IMRED)—En novembre 1996, le demandeur a présenté une demande d'établissement depuis le Canada en utilisant le formulaire 5001—Il a présenté sa demande en tant que «personne dont le cas comporte des considérations humanitaires» et comme membre de la «catégorie des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada»—En vertu de l'art. 11.401 du Règlement sur l'immigration (1978), il faut présenter sa demande d'établissement à un agent d'immigration dans les 120 jours après être devenu un IMRED—Le demandeur a respecté cette exigence—Le fait que, dans sa demande d'établissement présentée depuis le Canada, le demandeur ne se soit pas désigné comme membre de la catégorie des IMRED mais plutôt comme personne dont le cas comporte des considérations humanitaires et comme membre de la catégorie des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada est non pertinent aux fins de cette exigence—Cette conclusion est contraire à celle du juge Dubé dans *Singh (Gurmail) c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 125 F.T.R. 223 (C.F. 1^{re} inst.)—En l'espèce, le demandeur a satisfait aux termes stricts de la seule exigence

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

en cause, laquelle est prévue au Règlement—Le sens clair et non équivoque du Règlement devrait avoir préséance sur une interprétation tendant à alléger le fardeau administratif des agents du défendeur, mais qui n'est pas conforme au sens évident du libellé du Règlement—La demande est accueillie—Règlement sur l'immigration 1978, DORS/78-172, art. 11.401 (édicte par DORS/94-681, art. 3.).

HERSI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4411-97, juge Gibson, ordonnance en date du 26-8-98, 4 p.)

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté l'appel interjeté par le demandeur au motif que la chose avait déjà été jugée—En 1990, le demandeur a déposé un engagement d'aide en vue de parrainer la demande de résidence permanente de sa fiancée, qu'il a par la suite épousée en Inde, en février 1993—L'agent des visas a rejeté sa demande, conformément à l'art. 4(3) du Règlement sur l'immigration, au motif que le mariage n'était pas authentique et que les deux personnes en cause s'étaient mariées principalement à des fins d'admission au Canada—L'art. 4(3) prévoit que n'est pas membre de la catégorie des parents le conjoint qui s'est marié principalement dans le but d'obtenir l'admission au Canada en invoquant cette catégorie et non dans l'intention de vivre en permanence avec son conjoint—La section d'appel a confirmé la décision de l'agent des visas—En 1996, le demandeur a parrainé une nouvelle demande de résidence permanente déposée par sa conjointe—Cette demande a été rejetée par un agent des visas, et c'est cette décision qui a été à l'origine de la décision de la section d'appel contestée en l'espèce—Le demandeur prétend que la section d'appel aurait dû se demander si l'intention de sa conjointe avait changé depuis que le premier appel avait été interjeté—En général, le principe de *res judicata* s'applique en droit public—Cela n'empêche pas un demandeur de déposer une deuxième demande fondée sur un changement de situation pourvu que, bien entendu, un tel changement soit pertinent à l'égard de l'affaire à trancher—Le sens évident de l'art. 4(3) est clairement centré sur l'intention du conjoint au moment où il s'est marié, ce qui constitue une situation qu'un changement ultérieur des intentions de ce conjoint ne saurait modifier—C'est à bon droit qu'il a été jugé que la conjointe du demandeur n'appartenait pas à la catégorie des parents et que l'affaire avait qualité de chose jugée—Question certifiée: Un demandeur peut-il demander de nouveau l'admission au Canada de sa conjointe en tant que membre de la catégorie des parents en vertu de l'art. 4(3) du Règlement sur l'immigration au motif que la situation a changé, lorsque la première demande qu'il a présentée a été rejetée sur le fondement que sa conjointe s'était mariée principalement dans le but d'obtenir l'admission au Canada et non dans l'intention de vivre en permanence avec lui?—Demande rejetée—Règlement sur l'immigration de

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

1978, DORS/78-172, art. 4(3) (édicte par DORS/84-140, art. 1; DORS/93-44, art. 4).

KALOTI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4932-97, juge Dubé, ordonnance en date du 8-9-98, 6 p.)

Contrôle judiciaire du refus d'une agente d'immigration de recommander au ministre d'exercer le pouvoir qu'il tient de l'art. 114 de la Loi sur l'immigration d'accorder au demandeur un redressement pour des raisons d'ordre humanitaire—L'agente d'immigration a permis, par courtoisie, à l'avocat d'assister à l'entrevue du demandeur, le mari, mais non d'aider ses clients dans leurs réponses—Le demandeur allègue la négation du droit à l'assistance d'un avocat, citant *Qi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57 (C.F. 1^{re} inst.), où le juge Reed a conclu que la négation du droit à l'assistance d'un avocat au cours d'une audience devant un arbitre relativement à un rapport en vertu de l'art. 27 constituait une violation des principes de justice naturelle—La situation en cause dans *Qi* peut être distinguée: il n'y a ici aucune preuve d'une lettre envoyée aux demandeurs, les invitant à se faire accompagner d'un avocat; la nature de l'audience dans *Qi* était telle qu'un avocat avait le droit d'être présent, tandis qu'ici il s'agit d'une audience dont la nature fait intervenir des exigences minimales d'équité—La seule preuve relative à la négation du droit à l'assistance d'un avocat se trouve dans l'affidavit de l'agente d'immigration—L'affidavit ne dit pas qu'on a nié à l'avocat le droit de présenter des observations orales ou écrites relativement à l'affaire de son client, ce qui aurait pu amener une conclusion différente—Ne pas permettre à l'avocat d'intervenir ou d'assister son client dans ses réponses est une restriction légitime—Aucun déni de justice naturelle—N'est pas tranchée la question de savoir ce qui se serait produit si on avait nié à l'avocat le droit de présenter des observations—La question suivante est certifiée: dans le contexte d'un redressement pour raisons d'ordre humanitaire, est-ce une négation de l'obligation d'équité de la part de l'agent, que de nier à un avocat le droit d'assister le demandeur dans ses réponses?

CHARLES C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-164-98, juge Hugessen, ordonnance en date du 7/10/98, 4 p.)

Requête en autorisation de déposer un affidavit présentant deux coupures récentes provenant de journaux du Bangladesh pour montrer que le processus de vérification suivi par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié était vicié—Les documents dont la Commission n'était pas saisie ne devraient pas être admis en l'espèce, car le juge a pour tâche de tenir compte seulement des documents dont disposait la Commission et de déterminer si la Commission a commis une erreur susceptible de contrôle—

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Le document que le demandeur désire maintenant déposer n'a été ni produit devant la Commission ni généré par suite de l'audition de la Commission—Le processus de contrôle judiciaire vise à examiner la décision d'un tribunal à la lumière des documents dont ce dernier disposait, et à décider s'il y a lieu à contrôle—L'élément de preuve ultérieure que le demandeur désire déposer n'est pas pertinent car le contrôle judiciaire est, non pas un appel, mais plutôt un processus de contrôle—Requête rejetée.

SARDER C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-348-98, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 1-10-98, 3 p.)

STATUT AU CANADA*Réfugiés au sens de la Convention*

Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section du statut de réfugié (SSR) a conclu que le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le demandeur, un citoyen de la Roumanie, soutenait qu'il avait une crainte fondée d'être persécuté en raison de sa religion—Il est membre de l'Église catholique grecque—Sous le régime de Ceaucescu, des biens appartenant à l'Église ont été confisqués—Conflit entre les communautés catholique et orthodoxe—Intervention policière en faveur de l'Église orthodoxe donnant lieu à l'arrestation de quelques Catholiques mais d'aucun membre de l'Église orthodoxe—Le demandeur et son père ont été arrêtés—Le demandeur a décidé de quitter la Roumanie afin de pouvoir pratiquer sa religion librement—Il a quitté la Roumanie en juin 1994 et il est arrivé au Canada en avril 1996—Il a dit avoir reçu du bureau du maire de Tirsolt un avis lui enjoignant de faire son service militaire obligatoire en Roumanie—Sur le fondement de la preuve dont elle disposait, la formation a conclu que l'avis relatif au service militaire soumis n'était pas authentique—La SSR a commis une grave erreur lorsqu'elle a conclu que le demandeur manquait de crédibilité, sur le fondement que l'avis relatif au service militaire «n'était pas authentique»—Elle aurait dû demander au demandeur de s'expliquer, tout en avisant l'agent d'audience—La SSR a l'obligation de tenir une audience équitable à l'égard des parties, conformément à l'art. 68(2) de la Loi sur l'immigration—L'omission de la formation de donner au demandeur l'occasion de s'expliquer sur la question à l'égard de laquelle elle était prête à tirer une conclusion défavorable à ce dernier constitue un manque d'équité—Le demandeur a mal compris l'importance de la date en fonction de laquelle la SSR a tiré de façon simpliste des conclusions à propos de la pièce, sans avoir entendu ce que le demandeur aurait pu révéler—La SSR, sans demander d'explication au demandeur, a sauté à la conclusion selon laquelle ce dernier devait mentir et l'avis n'était pas authentique—L'issue de la présente affaire dépend de l'appréciation des faits et de la crédibilité du demandeur—La décision

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

de la SSR selon laquelle le demandeur n'est pas un réfugié au sens de la Convention est annulée, au motif qu'il y eu un manque d'équité procédurale—La Cour certifie une question grave de portée générale—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 68(2) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18).

GABOR C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1187-97, juge Muldoon, ordonnance en date du 6-10-98, 15 p.)

La SSR a refusé le statut de réfugié au sens de la Convention à la demanderesse sri lankaise parce qu'il existait une possibilité de refuge intérieur (PRI) à Colombo—Persécutés du fait de leur recrutement par les LTTE, les garçons de la demanderesse ont obtenu le statut de réfugié au Canada—La demanderesse a revendiqué le statut de réfugié peu après son arrivée en novembre 1996—Son mari a disparu en 1985, ses parents sont décédés et elle n'a pas d'autres parents au Sri Lanka—En appliquant le critère à deux volets permettant de déterminer s'il existe une PRI, la SSR a conclu que 1) selon la prépondérance des probabilités, la demanderesse ne risquait pas sérieusement d'être persécutée à Colombo; 2) à la lumière de toutes les circonstances, il n'est pas déraisonnable ou indûment pénible de s'attendre à ce que la demanderesse trouve refuge à Colombo—Demande accueillie—La présence au Canada de ses deux enfants mineurs et réfugiés au sens de la Convention constitue le type de circonstance particulière dont le tribunal aurait dû tenir compte pour déterminer si Colombo offre un refuge indûment pénible pour la demanderesse—La situation familiale de la demanderesse constitue tout simplement un facteur humain qu'il ne faut pas exclure dans l'application du deuxième volet du critère permettant de déterminer s'il existe une PRI: *Ramanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] F.C.J. n° 1210 (1^{re} inst.) (QL)—La SSR a commis une erreur de droit en ne tenant pas compte du lien naturel existant entre une mère et ses enfants mineurs, en particulier lorsque tous les trois ont établi qu'ils craignaient d'être persécutés dans le nord du Sri Lanka.

SOORIYAKUMARAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4099-97, juge Lutfy, ordonnance en date du 1-10-98, 5 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la SSR a conclu que le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Une PRI s'offrirait-elle à lui à Colombo?—Le demandeur, un citoyen du Sri Lanka âgé de 75 ans, a été séparé de son épouse et de trois de leurs enfants pendant le conflit qui sévissait dans le nord du Sri Lanka, alors qu'ils s'enfuyaient vers Colombo—Depuis lors, il est sans nouvelles d'eux—Il vit présentement avec son fils, sa belle-fille et leurs cinq enfants, au Canada—Il est devenu très dépendant de son fils et de ses petits-enfants—La SSR a reconnu que le demandeur ne serait pas capable

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

d'accomplir ses activités quotidiennes sans l'aide de son fils et de la famille de ce dernier—La SSR a conclu, cependant, qu'une PRI s'offrait à lui à Colombo, où il pourrait vivre dans l'un ou l'autre d'un certain nombre de foyers pour personnes âgées gérés par l'État pour le compte de Tamouls âgés comme lui—La SSR a refusé de tenir compte des considérations humanitaires en déterminant si une PRI s'offrait au demandeur—La question est de savoir s'il est raisonnable de demander au demandeur de vivre à Colombo, c.-à-d. si cela serait indûment pénible pour lui—Le critère applicable pour trancher la question de savoir si une PRI est déraisonnable ou indûment pénible compte tenu de l'ensemble des circonstances implique certainement l'examen de quelques facteurs à tout le moins, lesquels constitueront sans aucun doute des considérations du même type que celles dont on tient compte en déterminant si une réparation fondée sur des motifs d'ordre humanitaire doit être accordée—Si l'on excluait chaque considération susceptible d'être qualifiée d'humanitaire, il ne resterait plus rien—En conséquence, la SSR a adopté un point de vue trop étroit en ce qui concerne le critère applicable à la PRI—La Commission a commis une erreur de droit lorsqu'elle a adopté un point de vue trop absolu des limites de son examen du facteur humanitaire.

RAMANATHAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5091-97, juge Hugessen, ordonnance en date du 1-9-98, 8 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que la demanderesse n'était pas une réfugiée au sens de la Convention—La demanderesse est née en Somalie et elle appartient au clan Midgan—Elle s'est enfuie de Mugdisho et s'est installée à Kurtunwaarey, une collectivité agricole, en raison des combats auxquels la guerre civile donnait lieu—Elle a monté à bord d'un camion en destination de l'Éthiopie, en octobre 1992—Elle est arrivée à Montréal le 5 avril 1997—La Commission a conclu que la demanderesse n'était pas une réfugiée au sens de la Convention étant donné qu'elle avait omis d'établir qu'elle avait une crainte fondée d'être persécutée—La Cour doit déterminer si la Commission a commis une erreur de droit en concluant que la demanderesse n'est pas une réfugiée au sens de la Convention—La conclusion tirée par la Commission en ce qui concerne la persécution en raison du sexe, aussi brève soit-elle, ne peut être portée en appel—Rien n'indique que la Commission a omis de tenir compte des éléments de preuve dont elle disposait—Une omission de commenter la preuve documentaire affaiblit gravement les décisions de la Commission—En l'espèce, des éléments de preuve documentaire étaient incompatibles avec les conclusions de la Commission—La demanderesse a à tout le moins le droit de savoir pourquoi la Commission a décidé de ne pas se référer à des documents pertinents—Pour établir qu'il a droit au statut de réfugié au

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

sens de la Convention, le demandeur doit démontrer qu'il craint avec raison d'être persécuté du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, ou de son appartenance à un groupe social, et qu'il ne peut se réclamer de la protection de l'État—La Commission doit déterminer si la crainte du revendicateur d'être persécuté est fondée en l'appréciant de façon objective—La Commission doit apprécier tous les éléments de preuve dont elle dispose—Les motifs pour lesquels la Commission a conclu que la demanderesse n'avait pas de crainte fondée d'être persécutée sont erronés—La demanderesse a le droit de connaître les motifs clairs pour lesquels la Commission a rejeté sa revendication, et la Commission aurait dû énoncer clairement toute conclusion défavorable qu'elle a tirée en matière de crédibilité—La Commission n'a pas tenu compte de la protection de l'État dans ses motifs—Ayant conclu que la demanderesse avait omis d'établir que sa crainte d'être persécutée était fondée, la Commission n'avait aucune obligation de traiter de la question de la protection de l'État—Il n'est pas nécessaire que la Commission se fonde sur des incidents antérieurs pour apprécier l'état d'esprit actuel de la revendicatrice—Demande accueillie.

DIRIE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5428-97, juge Cullen, ordonnance en date du 6-10-98, 15 p.)

Résidents permanents

Recours en contrôle judiciaire contre la décision d'un agent des visas (l'agent) qui a exclu le fils du demandeur de la demande de résidence permanente de ses parents, par ce motif qu'il n'était pas un fils à charge au sens du Règlement sur l'immigration—L'agent a conclu que le fils n'était pas véritablement un étudiant (recalé quatre fois de suite en première année B. Sc.) et qu'il ne satisfaisait pas à la définition de fils à charge—Au réexamen du dossier, un second agent a conclu que le fils du demandeur ne suivait pas des cours d'université à plein temps selon la condition prescrite par le Règlement et de ce fait, ne satisfaisait pas à l'élément qualitatif de cette condition—Il échet d'examiner si la preuve produite par le défendeur est admissible devant la Cour, si la décision en question émanait de la personne qui a entendu l'affaire, et si le terme «suit» figurant dans la définition de «fils à charge» à l'art. 2(1) du Règlement a une connotation qualitative en sus du sens quantitatif—Recours accueilli—L'affidavit du second agent renferme des informations dont le déposant n'avait pas personnellement connaissance (la teneur de l'entrevue menée par le premier agent)—Les parties de l'affidavit renfermant ces renseignements sont rayées du dossier à titre de preuve inadmissible—En outre, le fait que le second agent s'en est remis aux notes d'entrevue du premier vicie la décision dans son ensemble—Il est impossible de juger, au vu du dossier, dans quelle mesure ces notes d'entrevue ont influé sur sa décision finale—Celui qui entendait l'affaire (le premier agent)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

n'était pas celui qui rendait la décision (le second agent), ce qui constitue un manquement aux règles de justice fondamentale et une erreur de droit—La décision de l'agent des visas est annulée et l'affaire renvoyée pour nouvelle instruction par un autre agent—Le terme «suit» n'a aucune connotation qualitative—Il n'implique que la présence physique et n'a rien à voir avec la qualité de cette présence—L'absence de termes clairs habilitant l'agent des visas à exercer son pouvoir discrétionnaire dans l'examen de la situation scolaire est une indication de la volonté du législateur de prévoir que la situation scolaire est jugée exclusivement à la lumière des preuves documentaires—Il suffit que selon le dossier, l'intéressé soit inscrit et suive des cours à temps plein—D'ailleurs, étant donné la grande variété des matières enseignées à l'université, il n'y a pas lieu de permettre aux agents des visas d'évaluer la qualité du travail qu'y fait un demandeur—Désaccord avec les décisions *Khaira c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 35 Imm. L.R. (2d) 257 (C.F. 1^{re} inst.) et *Malkana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 1659 (1^{re} inst.) (appel pendant), où il a été jugé que le terme «suit» a une connotation qualitative—Règlement sur l'immigration, DORS/78-172, art. 2(1) (mod. par DORS/92-101, art. 1), «fils à charge».

PATEL C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-829-98, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 5-10-98, 13 p.)

DOUANES ET ACCISE**LOI SUR LA TAXE D'ACCISE**

Appel d'une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur—La demanderesse fabrique le Fibramulch, un isolant cellulosique, en déchiquetant du papier journal et en lui ajoutant de la teinture verte—Le produit favorise la croissance du gazon—Une fois vendu, il est additionné de semence de gazon et d'un agent mouillant et il est utilisé à la place du gazon en plaques sur les pentes et dans les autres endroits où il est difficile de mélanger la semence et l'engrais au sol avec la machinerie agricole habituelle—Le ministre du Revenu national a établi une cotisation pour la demanderesse à l'égard de la taxe impayée relativement aux ventes de Fibramulch—Aux termes de l'art. 51(1), sont exemptées de la taxe les marchandises vendues ou importées mentionnées à l'annexe III—1) Le Fibramulch est-il admissible à l'exemption de la taxe comme engrais, produit pour la lutte contre les parasites ou tourbe?—(i) Le mot «engrais» n'est pas défini dans la Loi sur la taxe d'accise, mais dans la Loi sur les engrais il est défini comme toute substance ou mélange contenant de l'azote, du phosphore, du potassium vendu comme élément nutritif des plantes ou représenté comme tel—Le Fibramulch renferme de faibles quantités de ces éléments nutritifs—Il ne peut être considéré comme un

DOUANES ET ACCISE—Suite

engrais parce qu'il ne renferme que des éléments nutritifs résiduels—L'engrais est destiné à nourrir les plantes—Si aucune quantité minimum n'est nécessaire, n'importe quelle matière végétale, la paille et le bran de scie seraient des engrais—Tous les engrais doivent satisfaire aux exigences d'étiquetage prévues par le Règlement sur les engrais—Les étiquettes de Fibramulch ne respectent pas ces exigences—Il n'est pas fabriqué et vendu à titre d'engrais ou représenté comme tel—Il ne satisfait pas à la seconde partie de la définition d'engrais—(ii) La demanderesse soutient que le Fibramulch est un produit pour la lutte contre les parasites parce qu'il masque les semences de gazon aux oiseaux et empêche la croissance des mauvaises herbes—Ce n'est pas un produit pour la lutte contre les parasites car il n'a jamais été destiné à cet usage—Le fait qu'accessoirement, il masque ou camoufle les semences aux oiseaux ne suffit pas pour qu'il soit admissible à titre de préparation pour la lutte contre les parasites—L'art. 19 exige que la préparation soit utilisée dans l'agriculture ou l'horticulture—Il n'est pas établi que le Fibramulch soit utilisé à ces fins—L'horticulture est définie comme étant la culture de jardins, notamment la culture de fleurs, de fruits et de légumes—Faire pousser du gazon sur des pentes et au bord de la route n'est pas de l'horticulture—Bien qu'ils puissent être nuisibles à l'occasion, dans l'agriculture, les oiseaux ne sont pas des parasites—(iii) Le Fibramulch ne correspond pas à la définition de la tourbe énoncée dans les dictionnaires ou par les évaluateurs d'engrais—Il ne contient pas de matière végétale et n'est pas interchangeable avec la tourbe—Il n'est pas admissible à titre de tourbe—2) La propriété de l'isolant cellulosique a-t-elle été transmise aux acheteurs après le 1^{er} juillet 1985, de sorte que ces derniers étaient assujettis à la taxe?—En vertu de l'art. 50(1)a(i), la taxe de vente imposée sur le prix des marchandises fabriquées au Canada est payable par le fabricant uniquement au moment où les marchandises sont livrées à l'acheteur ou au moment où la propriété des marchandises est transmise, suivant le premier des événements à se produire—La taxe de vente sur l'isolant est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1985—La livraison aux clients est survenue après cette date—La Loi sur la vente d'objets de l'Ontario régit le transfert de la propriété d'objets qui sont assujettis à un contrat de vente—Le contrat de vente des sacs d'isolant vise des objets incertains—L'art. 17 prévoit que la propriété des objets ne peut être transférée à l'acheteur que lorsque les objets à livrer sont devenus certains par suite de l'accomplissement d'un acte quelconque—Les objets deviennent certains lorsqu'ils peuvent être identifiés d'une façon plus précise après la conclusion du contrat—La Loi sur la vente d'objets laisse par ailleurs les intéressés déterminer le moment précis auquel ils veulent que la propriété d'objets déterminés ou certains soit transférée—La demanderesse mettait les sacs d'isolant dans des remorques dès que le produit était fabriqué—Une feuille de contrôle indiquant le nombre de sacs était apposée sur la remorque—Une fois que le client passait une commande, le numéro de la facture était inscrit sur cette feuille—Le

DOUANES ET ACCISE—Fin

contenu d'une remorque pouvait être attribué entièrement à un client ou à plus d'un client—Les factures indiquaient que tous les matériaux et l'équipement demeurent la propriété de Therm-O-Comfort Co. Ltd. jusqu'à ce qu'ils soient payés intégralement—Le président de Therm-O-Comfort a reconnu que la facture représentait le contrat entre les parties et qu'il était au courant de la clause en question—Le libellé du contrat établit la date à laquelle la propriété a été transmise—Les factures en question n'avaient toujours pas été payées le 1^{er} juillet 1987—Les marchandises sont assujetties à la taxe de vente—Appel rejeté—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 50(1) (mod. par L.R.C. (1985), (2^e suppl.), ch. 42, art. 4), 51(1), ann. III, partie IV, art. 9, 18, 19—Loi sur les engrais, L.R.C. (1985), ch. F-10, art. 2 «engrais»—Règlement sur les engrais, C.R.C., ch. 666, art. 16 (mod. par DORS/85-558, art. 8; 91-441, art. 3)—Loi sur la vente d'objets, L.R.O. 1990, ch. S.1, art. 17, 18, 19.

THERM-O-COMFORT LTD. C. CANADA (T-1361-94, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 31-7-98, 22 p.)

DROIT ADMINISTRATIF**CONTRÔLE JUDICIAIRE**

Demande de prorogation de délai pour présenter une demande de contrôle judiciaire de la décision du conseil d'administration du Club canin canadien (CCC) aux termes de laquelle le conseil a refusé de délivrer au demandeur une licence de juge à des expositions canines tenues selon les règles du CCC—La principale question à l'étude était de savoir si le conseil d'administration du CCC agissait en tant qu'«office fédéral» au sens de l'art. 2 de la Loi sur la Cour fédérale—Le CCC est une association constituée en vertu de la Loi sur la généalogie des animaux—Le demandeur a été informé qu'il réunissait toutes les conditions préalables pour obtenir sa licence—Toutefois, avant l'approbation finale, il est déménagé aux États-Unis—Les règles du CCC exigent qu'un candidat ait résidé au Canada pendant la période de cinq ans précédant immédiatement la demande—La licence lui a été refusée parce qu'en vertu de la politique du CCC il est interdit de délivrer des licences à des non-résidents—Demande rejetée—Bien que le demandeur ait fourni une explication satisfaisante pour justifier son retard à agir, la décision ne peut faire l'objet d'un contrôle devant la Cour fédérale—Les décisions d'un office fédéral peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire lorsque l'office exerce une compétence et des pouvoirs prévus par une loi fédérale—Le fait que la constitution et les règlements internes du CCC doivent être approuvés par le ministre et que le ministre ait des pouvoirs d'enquête concernant le fonctionnement du CCC n'est pas un argument suffisant pour faire d'une décision du CCC une décision d'un office fédéral—Le demandeur a peut-être des recours de nature civile qu'il

DROIT ADMINISTRATIF—Fin

pourra exercer contre le CCC devant un tribunal provincial, mais la décision du conseil d'administration ne peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1) «office fédéral»—Loi sur la généalogie des animaux, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 8.

KASS C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (98-T-33, juge Reed, ordonnance en date du 13-10-98, 9 p.)

Injonctions

Demande de mesure de redressement provisoire—Le demandeur est un diplomate accrédité par le gouvernement d'Italie auprès du gouvernement du Canada—Le ministre a envoyé une note à l'ambassadeur d'Italie dans laquelle il est déclaré en fait que le demandeur est *persona non grata*—Cette note a pour effet de l'obliger à quitter le Canada dans des brefs délais—Le demandeur prétend que cette note se fonde sur des renseignements faux et non vérifiés qui ont été obtenus au cours d'une procédure qui n'était pas équitable et qui n'est pas conforme aux principes les plus fondamentaux de justice naturelle—1) La demande soulève des questions sérieuses et difficiles à trancher—Elle n'est ni frivole ni vexatoire—2) La preuve, bien qu'elle soit mince, n'est pas contredite et indique qu'il sera gravement porté atteinte à la vie personnelle et professionnelle du demandeur et de sa famille si on leur demande de quitter le Canada, et ce préjudice ne peut être compensé par des dommages-intérêts—3) L'ordonnance autorisant le demandeur à demeurer au Canada ne portera pas atteinte à la capacité du ministre de mener à bien les affaires étrangères du Canada—La demande de mesure de redressement provisoire est accueillie.

COPELLO C. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES) (T-1770-98, juge Hugessen, ordonnance en date du 14-9-98, 4 p.)

DROIT AÉRIEN

Demande de contrôle judiciaire des décisions du Tribunal de l'aviation civile et de son comité d'appel qui confirmaient la décision du ministre des Transports d'annuler, en totalité, le certificat d'exploitation d'une entreprise de transport aérien de la demanderesse, qui contenait des spécifications d'exploitation, au motif que celui-ci ne répondait plus aux conditions de délivrance—Ceci, «parce que le Règlement de l'air et les Ordonnances sur la navigation aérienne ont été abrogés le 10 octobre 1996»—Le nouveau certificat d'exploitation émis par le ministre omet deux des trois spécifications d'exploitation que contenait l'ancien certificat—Demande accueillie—La demanderesse n'a pas raison de prétendre que le tribunal a commis une erreur de droit en situant l'octroi des spécifications d'explo-

DROIT AÉRIEN—Fin

tation par le ministre à l'intérieur du cadre réglementaire—Il ne fait aucun doute que les spécifications d'exploitation de la demanderesse lui ont été délivrées en vertu de l'art. 3 de l'Ordonnance sur la navigation aérienne, série VII, n° 3—C'est la Loi sur l'aéronautique et le Règlement de l'air en vigueur à l'époque qui autorisaient le ministre à rendre cette ordonnance—Le ministre n'avait pas à démontrer qu'il était dans l'intérêt public d'annuler le certificat d'exploitation et ainsi révoquer les privilèges qui avaient été accordés à la demanderesse—Cependant la demanderesse a raison de reprocher au tribunal de l'aviation civile et au comité d'appel d'avoir négligé de tenir compte que le ministre n'avait pas respecté les exigences de l'art. 7.1(2) de la Loi, à savoir indiquer les conditions de délivrance auxquelles le titulaire ne répondait plus—Le ministre devait préciser en quoi le titulaire, détenteur du certificat d'exploitation comprenant entre autres les trois spécifications d'exploitation, ne répondait plus aux conditions de délivrance du Règlement de l'aviation canadien entré en vigueur en octobre 1996—Loi sur l'aéronautique, L.R.C. (1985), ch. A-2, art. 7.1(2) (édicte par L.R.C. (1985) (1^{re} suppl.), ch. 33, art. 1; L.C. 1992, ch. 4, art. 15)—Règlement de l'aviation canadien, DORS/96-433—Ordonnance sur la navigation aérienne, série VII, n° 3, art. 3—Règlement de l'air, DORS/61-10.

AVIATION QUÉBEC LABRADOR LTÉE C. CANADA
(MINISTRE DES TRANSPORTS) (T-595-98, juge Denault,
ordonnance en date du 7-10-98, 7 p.)

DROIT MARITIME**CRÉANCIERS ET DÉBITEURS**

Requête présentée par le Registre de la Lloyd (la Lloyd) en vue d'obtenir immédiatement un rang prioritaire à l'égard du compte de services de classification de l'*Atlantis Two*—La somme de 21 797,66 £ est due à la Lloyd pour les visites et la classification—La Lloyd a déclaré qu'elle ne fournirait pas d'autres services de classification ou de certification et qu'elle ne mettrait pas ses dossiers à la disposition des acheteurs éventuels à moins que sa réclamation, qui est fondée sur un simple droit réel prévu par la loi, ne se voie accorder la préférence au titre des frais de vente du shérif, prenant rang avant toutes les autres réclamations, y compris les salaires de l'équipage et les demandes relatives au rapatriement—De temps en temps, les tribunaux autorisent des dépenses en vue de protéger les intérêts des réclamants et des propriétaires—Toute dépense doit comporter un avantage net, mais pas nécessairement pour toutes les parties—La Cour n'ordonne pas à la Lloyd de permettre l'accès de ses dossiers—On a suggéré à la Cour d'ordonner à la Lloyd de produire les documents relatifs à la classification en vertu de la règle 233(1), qui porte sur la production de documents par une personne qui n'est pas partie à une

DROIT MARITIME—Suite

action—Il s'agit en pareil cas de savoir si cela a quelque chose à voir avec une question en litige dans l'instance—Dans ce cas-ci, les documents relatifs à la classification se rapportent à la vente du navire, mais en ce moment ils n'ont rien à voir avec le litige qui oppose la demanderesse, en sa qualité de pourvoyeur d'approvisionnements nécessaires, et les défendeurs qui ont un droit sur le navire—En exigeant la production des documents, on ne tient pas compte du fait que la Lloyd pourrait bien annuler complètement la classification du navire—La Lloyd a le droit d'exiger le plein paiement, peu importe l'effet que cette position pourrait avoir sur les autres intéressés—La Lloyd a soutenu que de permettre l'accès des dossiers augmenterait de beaucoup la valeur du navire aux fins de la vente—Le shérif intérimaire a soutenu qu'il est fort difficile d'assurer un navire non classifié, que toute vente possible, sans que les dossiers de classification soient communiqués pour examen, échouera totalement, que tout retard pourrait influencer sur la valeur du navire, compte tenu de l'âge du navire et de son mauvais état—Le paiement des frais d'une société de classification au moment de la conclusion d'une vente est sensé et efficace—Accorder la priorité dans les circonstances aurait été prématuré et inapproprié, et ce, compte tenu du fait en particulier que la Lloyd s'est adressée à la Cour en vue de recouvrer une dette en se fondant sur le processus suivi par cette dernière, mais que son attitude n'était pas irréprochable puisqu'elle était prête à faire échouer la vente complètement—La Lloyd a permis l'accès des documents relatifs à la classification aux acheteurs éventuels aux mêmes conditions que celles qui s'appliqueraient aux autres ventes judiciaires, tout en réservant son droit de demander à avoir priorité à l'égard de ses frais, à titre de frais du shérif—Compatible avec le protocole décrit dans la décision *Honshu Gloria, The*, [1986] 2 Lloyd's Rep. 63 (Q.B. (Adm. Ct.))—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 233.

FRASER SHIPYARD AND INDUSTRIAL CENTRE LTD. C.
ATLANTIS TWO (THE) (T-111-98, protonotaire Hargrave,
ordonnance en date du 4-8-98, 11 p.)

PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES

Requête en jugement sommaire—Le demandeur était le président-directeur général de North Channel Nautical Village (NCNV), possédant 47 % des actions ordinaires—NCNV exploitait 12 habitations flottantes de haute gamme (les navires), propriété de douze compagnies numériques distinctes, lesquelles étaient elles-mêmes des filiales détenues à part entière par NCNV—Le demandeur prétendait avoir un privilège de capitaine pour débours contre les navires pour un montant de 536 640,41 \$ en priorité aux hypothèques de premier rang détenues par les banques—Sa demande portait sur la période allant du 9 mai 1994 au 31 octobre 1997—En 1995, les banques ont financé l'acquisi-

DROIT MARITIME—Suite

tion des navires au moyen de prêts hypothécaire s'élevant à 250 000 \$ par navire—Le demandeur était dans les faits le seul dirigeant de NCNV et des propriétaires—Il a déclaré aux banques que les navires étaient libres de toute sûreté antérieure au moment de la négociation des prêts—Il a cautionné une partie de chaque hypothèque—Les propriétaires et NCNV sont en faillite—Les banques ont nommé un séquestre—Le séquestre a tenu une vente aux enchères publiques, qui avait été largement publicisée, et il a conclu 12 conventions distinctes d'achat-vente, pour un produit cumulatif des ventes de 412 600 \$—Le demandeur a obtenu 12 mandats de saisie à la date où les ventes devaient être finalisées—Requête accueillie—Il existe six conditions préalables à l'existence d'un privilège de capitaine pour débours: 1) les biens ou services doivent être des approvisionnements nécessaires; 2) les biens ou services doivent être pour le navire (et l'entreprise commune), et non pour l'avantage personnel du capitaine; 3) le capitaine doit avoir déboursé son argent personnel; 4) les débours doivent avoir été effectués par le capitaine et ne doivent pas avoir profité à des matelots, des agents ou au capitaine en second; 5) le capitaine doit avoir le pouvoir (explicite ou implicite) d'engager le crédit du propriétaire; 6) le capitaine doit être dans l'impossibilité de joindre les propriétaires—Les débours comprennent: le capital et les intérêts sur des prêts obtenus au nom de NCNV; les intérêts mensuels sur la marge de crédit personnelle du demandeur, qui a été utilisée tant pour les dépenses familiales que commerciales; des transactions effectuées au moyen de ses cartes de crédit, pour lesquelles aucune précision n'a été fournie; des paiements à des membres de sa famille; des paiements de location de véhicules; des honoraires d'avocat corporatif; des frais téléphoniques; des services promotionnels; des réparations d'automobile et des commissions de vente—Ces débours n'ont pas été faits pour «des marchandises, matériels ou services» fournis à un navire pour «son fonctionnement ou son entretien»—Ils n'étaient pas des «approvisionnement nécessaires» liés à des navires particuliers—Ils ont été effectués en majeure partie pour l'exploitation et l'administration d'une compagnie et pour couvrir les dépenses personnelles du demandeur—C'est à titre de seul dirigeant de fait de NCNV, et non pas en tant que capitaine d'un navire, qu'il a effectué les débours—Étant dans les faits le seul dirigeant et la seule âme dirigeante de NCNV et/ou des propriétaires, le demandeur, lorsqu'il rendait compte aux propriétaires, se rendait compte à lui-même—De plus, comme les moyens modernes de communication permettent au capitaine de toujours joindre les propriétaires, il n'y avait aucune «impossibilité de joindre les propriétaires des navires»—Pour qu'il y ait fin de non-recevoir, il faut des promesses ou des démarches amenant quelqu'un à s'y fier à son détriment—Même si le demandeur avait eu un privilège de capitaine pour débours valide, sa réclamation n'aurait pas eu priorité sur les prêts car il a omis d'informer les banques de ces réclamations en évolution au moment des prêts et qui ont continué de l'être par la suite—Les défen-

DROIT MARITIME—Fin

deurs ont prétendu que tout privilège susceptible d'être détenu par le demandeur ne peut prendre rang qu'après les droits des banques car celui-ci s'est porté caution d'une partie des fonds avancés par ces dernières à chacun des propriétaires—Le demandeur a prétendu que les banques n'avaient plus le droit de se fonder sur ces cautionnements car ceux-ci avaient été viciés par la vente des navires à un prix dérisoire—Il n'a pas été prouvé que la vente était illégale ou qu'elle a été effectuée de manière inappropriée—Lorsque la Cour est convaincue qu'il n'existe pas de véritable question litigieuse, elle doit rendre un jugement sommaire—Le demandeur a présenté sa cause sous son meilleur jour mais il n'a pas réussi à convaincre la Cour.

DORIS C. FERDINAND (LE) (T-1416-98, juge Dubé, jugement en date du 23-9-98, 22 p.)

DROITS DE LA PERSONNE

Demandes de contrôle judiciaire concernant des enquêtes menées sur la conduite de l'employeur et du syndicat du demandeur—Le demandeur s'est plaint que son employeur et son syndicat ont commis un acte discriminatoire à son égard en raison de sa déficience—Il s'agissait de savoir si la Commission canadienne des droits de la personne (CCDP) a examiné correctement les plaintes déposées par le demandeur en vertu de la Loi canadienne sur les droits de la personne—Le demandeur a commencé à travailler pour OC Transpo comme chauffeur d'autobus en juillet 1980 et a adhéré au Syndicat uni du transport (SUT)—En cours d'emploi, il a eu plusieurs problèmes de santé causés par le stress dans sa vie professionnelle et personnelle—En février 1991, il a commencé un long congé de maladie attesté par un certificat médical—En juin 1991, il a été congédié au motif qu'il n'avait pas respecté les conditions de sa réintégration ni maintenu un rendement satisfaisant—À l'assemblée du SUT, les membres ont voté contre le renvoi des griefs du demandeur à l'arbitrage—Le vote négatif des membres a incité le demandeur à déposer trois plaintes: la première contre le SUT devant le Conseil canadien des relations du travail (le CCRT) vu le devoir de représentation juste prévu à l'art. 37 du Code canadien du travail, la deuxième contre OC Transpo devant la CCDP et la troisième contre le SUT devant la CCDP—La Loi canadienne sur les droits de la personne autorise toute personne qui a des motifs raisonnables de croire qu'elle est victime d'actes discriminatoires à recourir à la procédure de règlement des plaintes—La norme établie par la Cour pour considérer qu'une enquête est suffisante est la neutralité et la rigueur—L'opinion du demandeur devrait simplement être considérée comme un fait dont il convient de tenir compte avec les autres éléments de preuve se rapportant aux motifs du congédiement—Il s'agit simplement d'une preuve de la motivation d'OC Transpo, pas d'une preuve concluante de ce qui s'est réellement passé—Comme il n'a pas été

DROITS DE LA PERSONNE—Fin

répondu aux questions qui ont été posées, l'enquête sur la plainte n'a pas été rigoureuse—La décision de la CCDP de rejeter la plainte constitue une erreur susceptible de révision—Il n'existait aucune preuve de mauvaise foi ou de parti pris de la part des personnes qui sont intervenues dans ce dossier—La décision du CCRT est un fait qui a son importance—Dans sa décision exhaustive et soigneusement rédigée, le CCRT a tiré des conclusions de fait importantes sur des questions visées par l'enquête menée en vertu de la Loi canadienne sur les droits de la personne—Il est normal que l'enquêteur ait accordé de l'importance aux conclusions du CCRT relatives à la conduite de membres du personnel du syndicat lors des assemblées des 12 et 13 novembre 1991—Les conclusions qui sont crédibles peuvent et devraient être acceptées afin de maintenir un service d'enquête efficace et rentable—Le demandeur n'a pas prouvé qu'il existait un lien entre l'attitude négative envers lui et sa plainte de discrimination—La conclusion de l'enquêteur selon laquelle la plainte de discrimination du demandeur n'était pas fondée n'était pas entachée d'erreur—La décision de la CCDP de rejeter la plainte ne renfermait aucune erreur susceptible de révision—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 37.

CHARLEBOIS C. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (T-57-95, juge Campbell, ordonnance en date du 17-9-98, 24 p.)

ENVIRONNEMENT

Contrôle judiciaire d'une décision de l'Office des eaux du Nunavut (l'Office) par laquelle le permis d'utilisation de l'eau de Nanisivik Mines Ltée (NML) était renouvelé, NML étant autorisée à utiliser l'eau à des fins industrielles dans ses opérations minières et dans ses opérations de broyage de plomb et de zinc, à Nanisivik (Territoires du Nord-Ouest) (T.N.-O.)—L'Office était le premier tribunal devant faire partie du gouvernement du Nunavut qui devait bientôt être établi à être créé (6 juillet 1996)—L'Office assumait les responsabilités relevant autrefois de l'Office des eaux des Territoires du Nord-Ouest—La demanderesse, la Qikiqtani Inuit Association (la QIA), détient le titre relatif aux terres inuit de l'île de Baffin pour le compte d'environ 12 000 bénéficiaires inuit et contrôle l'accès à ces terres et leur administration—Avant le milieu du mois de février 1997, la QIA était connue sous le nom de Baffin Region Inuit Association (la BRIA)—La décision a été contestée pour le motif que la procédure suivie par l'Office n'était pas conforme aux règles de justice naturelle ou à la norme législative imposée à l'Office par l'Accord entre les Inuit de la région du Nunavut et Sa Majesté la Reine du chef du Canada et par la Loi concernant l'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut et que l'Office n'avait pas

ENVIRONNEMENT—Suite

tenu compte des éléments de preuve dont il disposait et avait omis d'exercer sa compétence, en particulier en ce qui concerne le déversement d'eaux d'égout brutes dans les eaux des T.N.-O. et la mise en œuvre de lignes directrices régissant le versement d'une indemnité à l'égard de la dégradation environnementale que la mine avait causée en utilisant l'eau conformément à son permis—Demande rejetée—Procédure—L'Office était chargé d'approuver l'utilisation de l'eau et l'évacuation des déchets dans les eaux des T.N.-O., et devait expressément accorder l'attention voulue à la culture, aux coutumes et aux connaissances des Inuit et l'un de ses objectifs était de déterminer le droit des Inuit de participer aux prises de décisions concernant l'utilisation des terres, des eaux et des ressources—Le permis de NML, d'une durée de cinq ans, devait expirer en octobre 1996—Demande de renouvellement déposée en janvier 1996 auprès de l'Office des eaux des T.N.-O.—L'Office des eaux du Nunavut avait assumé le traitement de la demande de renouvellement du permis en juillet 1996 lorsqu'il avait remplacé l'Office des eaux des T.N.-O.—En mars 1996, le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (le MAINC) a écrit aux membres du Comité consultatif technique (le CCT) pour les aviser que NML avait demandé le renouvellement de son permis et pour leur demander de formuler leurs observations aux fins de l'examen environnemental préalable prévu par la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale—En juillet 1996, le MAINC a avisé l'Office des eaux des T.N.-O. qu'à la suite de l'examen environnemental préalable il avait été conclu que le projet d'utilisation de l'eau n'était pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants et a recommandé que des mesures d'atténuation soient prévues à titre de conditions du permis—En octobre, l'Office a envoyé à NML un avis officiel l'informant que la durée du permis avait été prorogée jusqu'en janvier 1997—Les services d'un conseiller indépendant ont été retenus et un rapport a été déposé—Le permis a finalement été délivré en juillet 1997—La QIA n'avait pas reçu les rapports techniques pertinents dans un délai suffisant pour être en mesure d'effectuer une analyse réfléchie—En l'espèce, la nature de la décision et ses effets étaient d'un genre qui exigeait un degré fort élevé d'équité procédurale—L'emploi, l'environnement, et la santé des résidents étaient en cause—L'Accord prévoyait la participation des Inuit aux prises de décisions concernant l'utilisation, la gestion et la conservation des terres, des eaux et des ressources—L'Accord était considéré comme un accord sur les revendications territoriales au sens de l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982—La QIA n'avait pas été avisée d'une façon adéquate de la réunion du mois de septembre 1996—Des problèmes se posaient par suite de la nouveauté de la situation à laquelle l'Office et la QIA faisaient face et des contraintes de temps résultant de l'expiration imminente du permis existant—Dans le cas de rapports techniques, il suffira souvent de faire savoir au public qu'il est possible de consulter les rapports, à un certain endroit—Dans le cas de

ENVIRONNEMENT—Fin

la QIA, ces copies devraient être fournies automatiquement—La procédure suivie en septembre 1996, en ce qui concerne la QIA, ne satisfaisait pas aux exigences existant en common law en ce qui concerne la justice naturelle—Elle ne satisfaisait pas non plus à l'exigence législative imposée à l'Office—Toutefois, il avait essentiellement été remédié aux vices au moyen de la délivrance d'un permis provisoire et de la prorogation du délai dans lequel des observations pouvaient être présentées—En somme, le préjudice causé par suite de la modification fréquente de la procédure n'était pas suffisamment grave pour justifier l'annulation de la décision de l'Office—Rien ne permettrait de conclure que l'Office n'avait pas tenu compte de la preuve—Demande rejetée—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]—Accord entre les Inuit de la région du Nunavut et Sa Majesté la Reine du chef du Canada—Loi concernant l'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut, L.C. 1993, ch. 29, art. 35.

QIKIQTANI INUIT ASSN. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-2019-97, juge Reed, ordonnance en date du 9-10-98, 39 p.)

FONCTION PUBLIQUE**FIN D'EMPLOI***Abandon de poste*

Appel d'une décision du protonotaire Morneau qui a accueilli en partie la requête en radiation de l'avis de demande de la demanderesse—Le protonotaire a conclu que la décision attaquée par la demanderesse dans une lettre qui lui était adressée le 10 juillet 1998 par l'assistant du juge-avocat général de la Défense nationale, le lieutenant-colonel Crowe, était une «décision» au sens de l'art. 18.1(2) de la Loi sur la Cour fédérale—La demanderesse avait été nommée à un poste à durée indéterminée au sein du ministère de la Défense nationale—Le 27 novembre 1997, elle a avisé son employeur qu'elle se portait volontaire pour bénéficier de l'un des programmes de retraite anticipée offert par le gouvernement fédéral—Ayant opté pour la prime de départ anticipé, elle a été rayée des effectifs de la fonction publique fédérale le 1^{er} avril 1998—La compétence *rationae materiae* de la Cour fédérale est liée à l'existence d'une «décision» au sens de l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale—Le protonotaire a erré en droit en concluant que le lieutenant-colonel Crowe avait rendu, le 18 juillet 1998, une décision susceptible de contrôle judiciaire au motif qu'en avisant la demanderesse, il agissait indirectement ou par délégation *de facto* pour la Commission de la fonction publique aux termes de l'art. 8 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique—En répondant à la demanderesse, le lieutenant-colonel n'agissait aucunement à titre d'office fédéral et n'a donc rendu aucune décision concernant la

FONCTION PUBLIQUE—Suite

demanderesse qui aurait eu pour effet de lui accorder ou de lui refuser un droit—Ladite décision n'entraînait aucune conséquence juridique—La démission de l'employée est un acte juridique unilatéral qui émanait exclusivement d'elle—Si la demanderesse prétendait que cet acte unilatéral est vicié en raison d'un défaut de consentement, elle n'a pas choisi le bon véhicule procédural, puisque cette Cour ne dispose d'aucun pouvoir, dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, pour déclarer nul et de nul effet un acte unilatéral de la demanderesse—La décision exposée dans la lettre du lieutenant-colonel Crowe n'était pas une «décision» au sens de l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale—Appel accueilli—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 l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 8.

BOUCHARD C. CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE) (T-1522-98, juge en chef adjoint Richard, ordonnance en date du 21-10-98, 10 p.)

PROCÉDURE DE SÉLECTION*Concours*

Contrôle judiciaire d'une décision rendue par la Commission de la fonction publique (la Commission) de ne pas nommer le demandeur au poste de surveillant correctionnel et d'ordonner la radiation du nom du demandeur d'une liste d'admissibilité à des postes—Le nom du demandeur a été inclus dans une liste d'admissibilité de vingt-cinq candidats—Par la suite, cinq personnes ont déposé des plaintes de harcèlement et d'abus de pouvoir contre le demandeur—La première enquête a conclu que, dans une certaine mesure, trois plaintes étaient fondées—Le sous-directeur du pénitencier de Kingston a souscrit aux recommandations de suspendre le demandeur pour six jours, de le démettre du poste de surveillant correctionnel intérimaire et de l'envoyer à des séances de counselling en matière de harcèlement—Le sous-commissaire du Service correctionnel du Canada (le SCC) a réduit la suspension à quatre jours parce qu'il a conclu que seulement deux plaintes étaient fondées—Le sous-ministre adjoint du SCC a communiqué avec la Commission pour lui demander de radier le nom du demandeur de la liste d'admissibilité, et en réponse la Commission a tenu une audience officieuse—Seul le sous-commissaire adjoint du SCC a témoigné à l'audience, en se fondant sur les rapports d'enquête, il a conclu que le demandeur n'était plus qualifié pour agir à titre de surveillant correctionnel parce qu'il n'avait pas les qualités personnelles nécessaires—À la clôture de l'audience, l'enquêtrice était d'accord avec la conclusion qui précède—La Commission a souscrit et a ordonné que le demandeur ne soit pas nommé au poste de surveillant correctionnel et que son nom soit radié de la liste—Les points litigieux sont: l'enquêtrice a-t-elle commis une erreur de droit ou a-t-elle outrepassé sa compétence en

FONCTION PUBLIQUE—Suite

imposant la charge de la preuve au défendeur et en interprétant le rôle qui lui incombait en vertu de l'art. 6(2) de la Loi?; en permettant au défendeur d'imposer plus d'une peine au demandeur pour la même infraction?; en se fondant sur les actes de harcèlement qui avaient été commis après que le nom du demandeur eut été inscrit sur la liste d'admissibilité?; en omettant de déterminer que les mesures prises par le défendeur étaient de nature disciplinaire?; l'enquêtrice a-t-elle commis une erreur de droit ou omis d'observer les principes de justice naturelle ou d'équité procédurale en fondant sa décision sur les rapports d'enquête?; l'enquêtrice a-t-elle rendu une décision fondée sur des conclusions de fait erronées, sans tenir compte des éléments dont elle disposait?—Demande accueillie—La Commission a admis une preuve par oui-dire sans donner l'occasion au demandeur de contre-interroger les auteurs des rapports d'enquête, n'observant ainsi manifestement pas les principes de justice naturelle—En l'espèce, les mesures prises par la Commission doivent être appréciées par rapport à l'art. 6 de la Loi plutôt que par rapport à l'art. 21—Le pouvoir conféré à la Commission par l'art. 6 de la Loi est de nature discrétionnaire, mais la Commission doit donner aux parties l'occasion de se faire entendre, ce qu'elle a fait—L'art. 6 de la Loi a été observé—La Commission est un organisme parlementaire spécialisé qui applique la Loi et qui est chargée de nommer les personnes qualifiées—Les questions disciplinaires ne font pas partie de son mandat—L'affaire dont la Commission était saisie visait simplement à faire radier le nom du demandeur de la liste d'admissibilité parce qu'il n'avait pas les qualités nécessaires; la radiation ne constituait pas une mesure disciplinaire supplémentaire—Rien n'empêche les enquêteurs d'évaluer les qualités en vertu de l'art. 6(2) compte tenu d'incidents survenus après que la personne eut été inscrite sur la liste d'admissibilité—La radiation du nom de la liste n'était pas une question de discipline—Étant donné que des pouvoirs disciplinaires ont été expressément délégués au Conseil du Trésor, le pouvoir de rétrogradation relève donc du Conseil du Trésor et la radiation par la Commission du nom du demandeur de la liste ne constituait pas une rétrogradation—Enfin, l'enquêtrice désignée n'a pas omis de tenir compte de la preuve soumise par le demandeur et n'a pas rendu une décision fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée sans tenir compte des éléments dont elle disposait—En outre, la Cour doit faire preuve de retenue à l'égard des conclusions de fait tirées par la Commission—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-32, art. 6(2), 21 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 16; 1996, ch. 18, art. 15).

TSATSAKIS C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(T-437-98, juge Cullen, ordonnance en date du 28-9-98,
21 p.)

Principe du mérite

Demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un comité d'appel ayant rejeté l'appel des requérants de la

FONCTION PUBLIQUE—Fin

nomination sans concours de Richard de Tilly à un poste de préposé à l'entretien de l'équipement sécuritaire au Centre de réception régional de Ste-Anne-des-Plaines, Québec—L'employé en question a été nommé de façon intérimaire au poste de préposé à l'entretien en décembre 1995—Il a ensuite été confirmé à ce poste à titre indéterminé et sans concours—Les requérants en appelèrent de cette nomination indéterminée en vertu de l'art. 21(1.1) de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique—Le comité d'appel a rejeté leur appel au motif que le jury de sélection avait respecté le principe du mérite lors du processus de sélection pour le poste de préposé à l'entretien—Le principe du mérite vise à ce que les personnes les plus qualifiées parmi celles disponibles obtiennent ces postes de la fonction publique—Ce principe est atteint si une affectation est jointe à un processus de sélection qui a donné un avantage injuste au bénéficiaire de l'affectation: *Canada (Procureur général) c. Pearce*, [1989] 3 C.F. 272; *McAuliffe c. Canada (Procureur général)* (1997), 128 F.T.R. 39 (C.F. 1^{re} inst.)—Les requérants ont soutenu que de Tilly a bénéficié d'un avantage injuste en acquérant une expérience de travail spécifique pour le poste de préposé à l'entretien à cause du traitement préférentiel qui lui fut accordé par l'employeur—Le principe de la sélection au mérite exige que le candidat le plus apte à occuper un emploi obtienne celui-ci, et cette personne n'est pas nécessairement celle qui est la mieux renseignée sur l'emploi en question—N'ayant jamais occupé le poste de préposé à l'entretien, les requérants n'auraient jamais pu obtenir la cote «supérieure» par rapport au critère de la connaissance de l'inventaire du matériel de sécurité selon le barème de distribution approuvé par l'Administration centrale—Le processus même de sélection avait pour effet de favoriser le candidat qui était le mieux renseigné sur l'emploi en question—Les gestes posés par le jury de sélection ont violé le principe de la sélection au mérite et le comité d'appel a erré en négligeant de vérifier si l'affectation jointe au processus de sélection a pu procurer un avantage injuste au bénéficiaire de l'affectation et ainsi nuire au principe de la sélection au mérite—Demande accueillie—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 21(1.1) (édicte par L.C. 1992, ch. 54, art. 16).

ORDINES C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-72-98,
juge Denault, ordonnance en date du 8-10-98, 9 p.)

FORCES ARMÉES

Recours en contrôle judiciaire portant sur les modifications apportées au processus d'audition des griefs, visé aux Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes—Une plainte passant par ce processus doit suivre la voie hiérarchique—Avant le 2 décembre 1994, l'autorité la plus haute était le gouverneur en conseil—À compter du 2 décembre 1994, le recours au gouverneur en

FORCES ARMÉES—Fin

conseil a été éliminé et la plus haute autorité est devenue le ministre de la Défense—Le demandeur a déposé sa plainte après avoir quitté volontairement les Forces armées, pour réclamer des prestations s'élevant à 69 000 \$ avant impôt—Plainte rejetée par le ministre de la Défense le 22 mai 1996—Un plaignant ne jouit nullement du droit étendu de demander en tout état de cause que sa plainte soit soumise au gouverneur en conseil—Ce n'était que conformément à l'art. 19.26(6) ORFC qu'une demande de ce genre pouvait se faire—Ce droit ne pouvait s'acquérir qu'au moment où le plaignant soumettait sa plainte au ministre, et ce avant le 2 décembre 1994, avec demande qu'elle fût soumise au gouverneur en conseil—En l'espèce, le processus d'audition du grief n'était pas parvenu à ce palier avant le 2 décembre 1994—Il n'y avait donc pas droit acquis de saisine du gouverneur en conseil—Recours rejeté—Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (Révision de 1968), art. 19.26.

RYCROFT C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(T-349-98, juge Rothstein, ordonnance en date du
8-9-98, 5 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

CALCUL DU REVENU

Déductions

Appels du refus du ministre d'admettre la déduction des dépenses engagées pour assister à un congrès annuel d'enseignants d'une durée de deux jours comme l'exigeaient l'emploi des demandeurs—Ces dépenses devraient-elles être déductibles du revenu en vertu de l'art. 8(1)h(i) (qui autorise la déduction lorsque le contribuable «a été, d'une manière habituelle, tenu d'exercer les fonctions de son emploi ailleurs qu'au lieu même de l'entreprise de son employeur ou à différents endroits») —La seule question à trancher est le sens de l'expression «de manière habituelle» utilisée à l'art. 8(1)h(i)—Appels accueillis—Les décisions *R. v. Healy*, [1979] 1 C.F. 81 (1^{re} inst.), inf. par *Healy v. R.*, [1979] 2 C.F. 49 (C.A.) constituent les précédents essentiels pour déterminer le sens de l'expression «de manière habituelle» utilisée à l'art. 8(1)h(i) et 8(4)—Dans la décision de la C.A.F., le juge Urie a déclaré que «[l']art. 8(1)h) a pour but de permettre aux employés qui sont tenus en raison de leur emploi de travailler à l'occasion ailleurs qu'aux lieux où ils exercent habituellement leurs fonctions, de déduire les débours que cela leur a occasionnés»—Cette opinion a été acceptée et utilisée comme le critère dans l'arrêt *Tremblay c. Canada* (1997), 223 N.R. 85 (C.A.F.)—Le MRN a fait valoir que l'expression «de manière habituelle» sous-entend une certaine fréquence—Il n'est ni possible, en règle générale, ni souhaitable d'affirmer qu'une certaine fréquence respecte les conditions de cette disposition, étant donné que

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

chaque série de circonstances peut être beaucoup plus difficile à analyser de façon équitable que ce que cette démarche plutôt simple semble permettre—L'adoption d'une démarche linéaire n'aboutirait pas à un résultat juste dans tous les cas et n'engendrerait que de la confusion—La démarche qu'il convient d'adopter consiste plutôt à analyser une série de faits particuliers en fonction du contexte unique dans lequel ils se présentent—Cette dernière démarche évite la complication qu'entraîne l'argument présenté au nom du MRN selon lequel, si l'argument des demandeurs est accepté, un dangereux précédent serait établi, non seulement dans des cas de nature semblable, mais aussi dans d'autres cas où le mot «habituellement» est utilisé dans des situations différentes dans la Loi—L'obligation pour les demandeurs d'assister au congrès découle des attentes légales, administratives et éthiques qui s'appliquent à tous les enseignants de l'Alberta—Dans ce contexte, le fait que le congrès ne se produise qu'une fois par année est un facteur mineur—La présence au congrès des enseignants est un événement «normal», «qui se produit de façon régulière», qui est «commun» et «usuel» et c'est une exigence qui fait en sorte que les enseignants sont tenus de travailler «à l'occasion ailleurs qu'aux lieux où ils exercent habituellement leurs fonctions»—Il y a conformité avec les synonymes donnés dans les décisions *Healy*, et en outre le critère énoncé dans l'affaire *Tremblay* a été respecté—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1971-72-73, ch. 63, art. 8(1)h(i), (4).

IMRAY C. CANADA (T-676-90, juge Campbell, jugement
en date du 6-10-98, 19 p.)

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt accueillant les appels de la défenderesse contre les nouvelles cotisations pour les années d'imposition 1982, 1983, 1984 et 1985—La défenderesse opère une entreprise de récupération et de traitement par déshydratation de déchets et de sous-produits d'origine animale (résidus animaux)—La défenderesse dispose d'une flotte de 102 véhicules pour faire la cueillette et le transport des matières premières et s'approvisionne dans environ 1500 points de récupération (boucheries, restaurants, supermarchés, fermes, abattoirs)—Le litige porte sur les déductions réclamées par la défenderesse en vertu de l'art. 125.1 de la Loi pour les dépenses de cueillette et de transport qu'elle présente comme activité de «fabrication et de transformation» au sens des art. 5200 et 5202 du Règlement—La CCI a donné raison à la défenderesse, concluant que les activités de cueillette et de transport constituaient des «activités admissibles» au sens du Règlement, étant inclus dans «les autres activités» prévues à l'art. 5202b)—Appel rejeté—Les éléments de fabrication ou de transformation se rencontrent à compter de la possession des matières premières—Dans l'interprétation de l'art. 5202a(ii), on ne doit pas imposer à la Cour un examen microscopique de chacun des gestes dans la manutention, le transport et la transformation, de minute en minute, des

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

matières premières entre le chargement et le déchargement—Il faut aussi reconnaître que les différentes dispositions de l'art. 5202 du Règlement ne sont pas mutuellement exclusives—Selon la preuve, les activités de la défenderesse en cueillant, en examinant et en chargeant les produits bruts dans les véhicules spécialisés, et en les transportant à l'usine où ils sont vidés dans quelques heures, contiennent une foule d'éléments particuliers qu'on pourrait catégoriser sous une rubrique ou sous une autre—Il pourrait bien s'agir d'une «opération intégrée» à la fabrication et à la transformation qui connaît ses débuts lors de la prise de possession des produits bruts et qui ne se termine qu'à la fin du processus, c'est-à-dire au stade des produits finis, vendus à des tiers—Dans leur ensemble, les opérations de la défenderesse revêtent des aspects tout-à-fait particuliers, ou du moins, sont d'un genre que le législateur n'avait pas vu lorsqu'il a rédigé le Règlement en question—Il faut en outre reconnaître que les textes ne sont pas des modèles de rédaction, surtout lorsqu'on doit articuler non seulement les exceptions à la règle générale, mais aussi les exceptions aux exceptions—Dans un tel cas, la Cour ne peut qu'exercer son meilleur jugement—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 125.1 (mod. par S.C. 1976-77, ch. 4, art. 50; 1984, ch. 1, art. 70; ch. 45, art. 41)—Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., ch. 945, art. 5200, 5202.

CANADA C. LOMEX, INC. (T-1324-92, juge Joyal, jugement en date du 26-8-98, 22 p.)

Appel d'une décision de la CCI portant que le remboursement, à un employé habitant les régions nordiques, des coûts de transport de la nourriture qu'il ne peut se procurer sur place constituait un «avantage» imposable au sens de l'art. 6(1)a) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Appel rejeté—Cette question avait été tranchée dans le même sens dans l'affaire *Leduc (Succession de) c. Reine*, [1996] 1 C.T.C. 2873 (T.C.C.), et ses motifs paraissent incontournables—S'il est exact que la déduction permise par la Loi ou les salaires, allocations et primes consentis par les employeurs sont insuffisants, il appartient au Parlement et aux parties en cause de les modifier, pas aux tribunaux—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 6(1)a).

DIONNE C. CANADA (A-48-97, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 27-10-98, 2 p.)

LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Le demandeur, présentement détenu à l'établissement St-Vincent-de-Paul, Québec, conteste le calcul de sa peine effectué par le Service correctionnel du Canada selon lequel la date de la fin de sa peine est le 6 mai 2004 et la date de sa libération d'office est le 19 juillet 2001—Le 9 janvier 1975, le demandeur avait été condamné à deux peines de 3 ans concurrentes sur chaque chef d'accusation—Selon le

LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Fin

Service correctionnel, les trois années imposées au demandeur le 9 janvier 1975 doivent être purgées consécutivement à la peine qu'il purgeait déjà—Il s'agit de savoir si les trois années s'ajoutent, pour les fins du calcul de la peine du demandeur, à la peine qui lui avait déjà été imposée—La jurisprudence, notamment la décision *Kula c. Picard*, [1983] 1 C.F. 95 (1^{re} inst.), est unanime pour dire que la peine imposée à un détenu pour un crime commis alors qu'il était en liberté conditionnelle doit être purgée de façon consécutive à la peine antérieure—En l'espèce, le demandeur a été condamné à deux peines de trois ans concurrentes sur chaque chef d'accusation—Puisque le juge Joncas n'a pas indiqué que la peine qu'elle avait prononcée devait être purgée consécutivement à la peine antérieure, vu l'art. 649(1) du Code criminel, cette peine devait commencer à courir au moment où elle a été imposée sauf si «un texte législatif pertinent y pourvoit de façon différente»—L'art. 21(1) de la Loi sur la libération conditionnelle de détenus constitue un texte législatif pertinent qui y pourvoit de façon différente—Il est impératif—Le Service correctionnel n'a commis aucune erreur en calculant, comme il l'a fait, la date de la fin de la peine du demandeur—Celui-ci avait été avisé, en 1993, par le Service correctionnel qu'une erreur s'était produite lors du calcul de sa peine effectué en 1985—Il a prétendu que l'erreur, corrigée huit ans plus tard, a fait en sorte qu'il a vécu avec une expectativa de libération plus rapprochée d'environ cinq ans—L'erreur commise en 1985 ne pouvait aucunement créer ou conférer des droits fondamentaux au demandeur et par conséquent, c'est le calcul de 1993 qui doit avoir préséance—Demande rejetée—Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 649(1)—Loi sur la libération conditionnelle de détenus, S.R.C. 1970, ch. P-2, art. 21.

PARIS C. CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL) (T-75-98, juge Nadon, ordonnance en date du 6-11-98, 18 p.)

MARQUES DE COMMERCE**ENREGISTREMENT**

Appel d'une décision du registraire rejetant l'opposition de la demanderesse à l'enregistrement de la marque «Duraplush» pour l'emploi en liaison avec de la thibaudé—Toutefois, la défenderesse ne cherche plus à obtenir l'enregistrement de la marque et a abandonné sa demande—Le registraire a confirmé que la demande était considérée comme retirée ou abandonnée—La demanderesse poursuit néanmoins l'appel sur le fondement que le registraire a commis des erreurs de fait et de droit dans sa décision de rejet de l'opposition, qui ne devraient pas subsister—Caractère théorique de l'affaire—Vu l'abandon de la demande d'enregistrement, il n'y a plus aucune source de litige et le résultat de l'appel ne peut avoir de conséquences sur les droits de Dura ou de BASF—Il n'y a plus de

MARQUES DE COMMERCE—Suite

demande ou de marque en litige—L'argument que la décision frappée d'appel sera maintenue comme un précédent qui causera un préjudice à Dura dans l'avenir ne constitue pas une raison suffisante pour amener la Cour à exercer son pouvoir discrétionnaire d'entendre l'appel—Argument très suspect—Il convient de présumer que le registraire examinera toute demande ou opposition à venir en fonction de ses propres circonstances et conformément à la Loi—L'appel n'a donc pas d'effet pratique sur les droits de Dura ou de BASF—En l'espèce, il n'y a pas d'autres procédures entre les parties, de sorte que l'argument de l'appelante que le caractère théorique n'est pas une question en litige et que l'affaire n'est pas théorique, tombe—Le fait que la licenciée de la défenderesse continue d'employer la marque en question est non pertinent vu que la licenciée n'est pas partie à l'action et que l'emploi de la marque n'est pas en cause—Toute décision concernant la défenderesse ne s'appliquera pas nécessairement à la licenciée—L'argument de l'appelante que, même si l'affaire est théorique, des tiers vont citer la décision dans d'autres procédures contre elle est sans fondement puisque les procédures futures seront décidées sur la base des faits s'y rapportant et en fonction de leur bien-fondé, chaque partie étant représentée par son avocat.

DURA UNDERCUSHIONS LTD. c. BASF CORP.
(T-2131-97, juge Cullen, 17-9-98, 13 p.)

RADIATION

Appel interjeté en vertu de l'art. 56 de la Loi sur les marques de commerce à l'égard de la décision de l'agent d'audience du registraire des marques de commerce par laquelle il a radié la marque de commerce de l'appelante «Zircotex»—Le registraire a conclu qu'aucun élément de preuve n'établissait l'emploi de la marque en soi au cours de la période pertinente—Le directeur général de la société propriétaire de la marque de commerce a déposé des pièces afin de prouver l'emploi de la marque composite «Zircotex-Fix»—Selon le registraire, le fait que «l'inscrivant ait employé la marque composite «Zircotex-Fix» n'équivaut pas à l'emploi de la marque «Zircotex»—L'avocate de l'appelante soutient que l'utilisation du symbole ® constitue une preuve *prima facie* de l'emploi d'une marque de commerce—Le terme «Alu» est défini dans le second affidavit de l'appelante comme une «abréviation courante du terme "aluminium"»—Les mesures prévues à l'art. 45 de la Loi visent uniquement à permettre de découvrir si une marque de commerce est employée au Canada et à supprimer le «bois mort», soit les marques de commerce qui tombent en désuétude—Il ressort sans équivoque des deux affidavits déposés par l'appelante que les biens en question sont ceux produits sous la marque de commerce «Zircotex»—Il découle assez clairement du deuxième paragraphe du second affidavit que les biens en question «sont expédiés au Canada [...] dans des caisses en carton scellées avec du ruban

MARQUES DE COMMERCE—Suite

adhésif sur lequel est imprimé la marque «Zircotex»—Les éléments de preuve additionnels montrent que la marque de commerce en question a été employée au Canada au cours de la période de trois ans précédant la date de l'avis—L'abréviation «Alu» est sans importance, elle ne prive pas la marque de commerce «Zircotex» de son identité—La marque «Zircotex» était employée au Canada au moment pertinent—Appel accueilli—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 45, 56.

GERD EISENBLATTER GMBH c. KENT & EDGAR
(T-1801-97, juge Dubé, jugement en date du 8-9-98, 10 p.)

Demande de radiation de l'enregistrement de la marque de commerce «Décarie» et une modification de l'enregistrement de la marque «Décarie Logo Design» au motif que la marque «Décarie» n'était pas et n'est toujours pas enregistrable; n'était pas distinctive; a été abandonnée par la défenderesse Décarie Motors Inc.—Les demandresses allèguent en outre que le nom Décarie est un nom de famille et n'est donc pas enregistrable en vertu de l'art. 12 de la Loi sur les marques de commerce; que ce nom est celui d'un boulevard bien connu à Montréal; que ce nom n'est pas distinctif en lui-même; que ce nom n'a jamais été employé seul par les défenderesses—Demande rejetée—Selon l'art. 18(1)(b) de la Loi, l'enregistrement d'une marque est invalide si la marque n'est pas distinctive au moment où est entamée la procédure attaquant la validité de la marque: *Steinberg Inc. c. J. L. Duval Ltée*, [1993] 1 C.F. 145 (1^{re} inst.)—Le caractère distinctif d'une marque s'apprécie à la lumière des faits de l'espèce—Il existe une présomption de la validité d'une marque enregistrée, du fait de son enregistrement et c'est à la partie qui demande la radiation pour invalidité d'établir le bien-fondé de sa demande; si un doute subsiste, il sera favorable à la validité de la marque: *Mr. P's Mastertune Ignition Services Ltd. c. Tune Masters Inc.* (1984), 82 C.P.R. (2d) 128 (C.F. 1^{re} inst.)—Lors d'un contrôle judiciaire, la cour peut revoir les faits pour déterminer si la décision du registraire ou de la commission était la bonne, mais ne devrait pas infirmer la décision à la légère, compte tenu de l'expérience de ceux qui sont continuellement appelés à faire de telles décisions: *McDonald's Corp. c. Silverwood Industries Ltd.* (1989), 24 C.P.R. (3d) 207 (C.F. 1^{re} inst.)—L'utilisation graphique du mot «Décarie» sur les plaques de voitures ou encore sur les différents types de représentations graphiques ou de publicité peut constituer l'emploi de la marque: voir *Nightingale Interloc Ltd. c. Prodesign Ltd.* (1984), 2 C.P.R. (3d) 535 (C.O.M.C.)—Il n'est pas nécessaire que l'utilisation de la marque soit exclusif: *Molson Breweries c. John Labatt Ltd.*, [1998] F.C.J. n° 929 (1^{re} inst.) (QL)—L'enregistrement du nom «Décarie» et de «Décarie Logo Design» a été fait conformément aux dispositions de l'art. 12(2) de la Loi, soit que les défendeurs ont démontré de façon non-équivoque au registraire qu'ils avaient utilisé le nom Décarie sans inter-

MARQUES DE COMMERCE—Fin

ruption depuis au moins 1971 et le registraire leur a donné raison—Même si l'enregistrement du nom Décarie ne rencontrait pas les exigences de l'art. 12(1)a) et b) parce qu'il s'agissait du nom d'une personne et également du nom d'origine d'un lieu, c'est en vertu des dispositions de l'art. 12(2) de la Loi que les défendeurs ont enregistré le nom, puisqu'ils ont adéquatement répondu aux objections formulées par le registraire quant aux exigences de l'art. 12(1)a) et b) et qu'ils ont clairement démontré que le caractère distinctif avait été acquis depuis 1971—Et cette décision du registraire n'était pas déraisonnable dans les circonstances—Il n'y a pas eu abandon de la marque car la preuve a établi qu'elle a été utilisée, sans interruption et avec son caractère distinctif, depuis la date de son enregistrement—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-10, art. 12 (mod. par L.C. 1990, ch. 20, art. 81; 1993, ch. 15, art. 59; 1994, ch. 47, art. 193), 18.

GENERAL MOTORS DU CANADA C. MOTEURS DÉCARIE INC. (T-1923-97, juge Blais, ordonnance en date du 13-10-98, 21 p.)

PÊCHES

Requête en mesure conservatoire dans le cadre d'un recours en contrôle judiciaire contre la délivrance, sous le régime de la Loi sur les pêches, d'un permis de construction d'un barrage et d'une centrale électrique sur la rivière Kagiano, au nord du lac Supérieur—Le demandeur prétend que la construction de ces installations causera un dégât irréparable aux poissons et à leur habitat—1) Le demandeur justifie de prétentions qui méritent d'être soumises au jugement de la Cour—2) Il soutient que les poissons et leur habitat sont en cours d'endommagement ou de destruction par les travaux de construction en question, lesquels signifieront la disparition d'un parc naturel intact—Il ressort des preuves produites que le permis accordé par le ministre comporte des conditions rigoureuses d'atténuation de l'endommagement fait à l'habitat des poissons, et que les mesures d'atténuation prescrites auront pour effet de rétablir et probablement même de bonifier cet habitat—La défenderesse Kagiano prétend qu'elle subirait un préjudice économique irréparable si la requête en mesure conservatoire devait être accueillie—Faisant observer que le demandeur ne s'est pas engagé au sujet d'éventuels dommages-intérêts, elle demande à la Cour de considérer le préjudice économique sous le chef de préjudice irréparable—Elle soutient aussi qu'une suspension des travaux aurait pour effet possible, voire probable, d'endommager l'environnement—Les mesures d'atténuation sont de par leur nature temporaires et doivent être exécutées dans les délais prévus; en cas d'arrêt des travaux de construction, il est probable qu'elles ne produiraient plus aucun effet au regard de leur but primitif, mais pourraient causer d'autres détériorations écologiques graves en aval—3) La balance des préjudices éventuels

PÊCHES—Fin

engage à conclure en faveur des défendeurs—Le défaut par le demandeur de s'engager au sujet d'éventuels dommages-intérêts est un facteur à prendre en considération—Celui-ci n'est pas tenu de s'engager en la matière; la Cour est investie du pouvoir discrétionnaire de l'en dispenser—N'empêche que le préjudice économique ne peut être exclu de l'examen du chef de préjudice irréparable que s'il y a un engagement en matière de dommages-intérêts—Ce serait injuste que d'ignorer le fait qu'un défendeur à une requête en mesure conservatoire pourrait subir un préjudice économique grave, voire irréparable—Ce facteur est extrêmement important dans les circonstances de la cause—La compagnie défenderesse est loin d'être une machine à imprimer les billets de banque et la Première nation dépend dans une grande mesure de la mise en valeur de la rivière—Rejet de la requête en mesure provisoire.

LAVOIE C. CANADA (MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT) (T-1586-98, juge Hugessen, ordonnance en date du 25-8-98, 7 p.)

PÉNITENCIERS

Demandes de contrôle judiciaire de deux décisions rendues le 9 juillet et le 5 novembre 1997 par le Service correctionnel du Canada—Jusqu'au 9 juillet 1997, le requérant était détenu à l'établissement carcéral à sécurité maximale de Donnacona où il purgeait une peine de 15 ans—Le 23 juin 1997, le requérant recevait un avis de recommandation de transfèrement non-sollicité pour l'Unité spéciale de détention (USD) de l'établissement carcéral de Ste-Anne-des-Plaines—Il recevait également un rapport récapitulatif de l'évolution du cas (RREC)—Le requérant a commis une très sérieuse agression sur un détenu le 4 juin 1997—Il était également impliqué dans un réseau de trafic de stupéfiants en établissement—Il se livrait à un trafic d'influence et intimidait ses pairs—Le 24 juin 1997, le requérant déposait une contestation écrite de la recommandation de transfèrement et se plaignait du peu d'information qu'il avait reçue du service correctionnel—Le 9 juillet 1997, le requérant fut transféré à l'USD de Ste-Anne-des-Plaines pour évaluation à la suite d'une décision prise ce jour-là par le Service correctionnel—Le 5 novembre 1997, après réexamen du dossier du requérant, l'agent de gestion de son cas signait un RREC recommandant son admission à l'USD—Les motifs au soutien des demandes de contrôle judiciaire sont identiques—Les art. 27, 28 et 29 de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition sont applicables—L'art. 27(1) prévoit que le requérant a le droit de recevoir, dans un délai raisonnable avant que la décision de le transférer ne soit prise, les renseignements pertinents menant à la décision ou un sommaire de ces renseignements—Il s'agit de savoir si le service correctionnel a fourni au requérant tous les renseignements «entrant en ligne de compte» dans la prise de

PÉNITENCIERS—Fin

décision, ou un sommaire de ces renseignements—Cette disposition est tempérée par l'art. 27(3) qui prévoit que le commissaire peut autoriser la non-divulgence de certains renseignements au détenu «s'il a des motifs raisonnables de croire que cette communication mettrait en danger la sécurité d'une personne ou du pénitencier ou compromettrait la tenue d'une enquête licite»—Le RREC du 23 juin 1997, qui comprenait les sommaires des rapports de sécurité, a fourni au requérant suffisamment d'information pour lui permettre de comprendre pourquoi le service correctionnel voulait le transférer—L'information qui lui avait été fournie lui permettait de faire les observations qui lui semblaient appropriées relativement à l'agression sur un détenu, au trafic de stupéfiants ainsi qu'à l'intimidation et au trafic d'influence à l'intérieur de l'établissement carcéral—Dans le cas d'une décision de transférer un détenu, la question n'est pas de savoir si le détenu a un alibi mais de savoir si l'information dont dispose le service correctionnel est telle qu'elle justifie un transfert—Les règles d'équité procédurale ont été respectées—Demandes rejetées—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, arts. 27, 28, 29.

CARTIER C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL)
(T-2652-97, T-1668-97, juge Nadon, ordonnance en date du 24-8-98, 21 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le tribunal disciplinaire de l'établissement de Bowden a reconnu le demandeur coupable d'une infraction commise par un détenu en contravention de l'art. 40*h*) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition—Il n'a pas été satisfait à une condition préalable pour que le tribunal disciplinaire puisse procéder à l'audition d'une accusation: l'art. 41(1) de la Loi impose au président du tribunal disciplinaire avant l'audition d'une accusation l'obligation d'enquêter afin de s'assurer que toutes les mesures utiles afin de régler la question de façon informelle ont été prises—Le président du tribunal n'a pas bien compris le sens de l'art. 41(1) de la Loi et, par conséquent, l'obligation créée par ses dispositions n'a pas été remplie—Demande accueillie—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 40*h*), 41(1).

SCHIMMENS C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL)
(T-65-98, juge Campbell, ordonnance en date du 15-10-98, 3 p.)

PENSIONS

Requête visant à faire modifier la défense (autorisant la défenderesse à plaider l'art. 9 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif (LRCE) ainsi que les art. 42(2)*a*), 44(1)*b*) et 108(3)*a*) du Régime de

PENSIONS—Suite

pensions du Canada (RPC)), et à obtenir un jugement sommaire rejetant la demande en dommages-intérêts que le demandeur avait présentée par suite de blessures qui auraient censément résulté de la négligence des préposés de la défenderesse—Le demandeur, détenu à l'établissement Pittsburgh, s'était blessé en juin 1992, pendant qu'il travaillait dans une grange à foin, au pénitencier—Il avait intenté une action en dommages-intérêts (680 000 \$) en alléguant la négligence de la part des préposés de l'État—Par suite de blessures, le demandeur était devenu invalide et avait demandé une pension d'invalidité en vertu du RPC—L'octroi d'une pension d'invalidité a été approuvé en septembre 1996, la pension devant être payée rétroactivement au mois d'octobre 1994—À ce jour, le demandeur a touché une somme d'environ 55 000 \$, au titre des prestations d'assistance sociale, des allocations familiales et de la pension d'invalidité payée par suite de son accident, et il devrait toucher une somme additionnelle de 173 000 \$ au titre des allocations familiales et de la pension d'invalidité s'il continuait à être invalide jusqu'à l'âge normal de la retraite, de 65 ans—Seule la question de la pension d'invalidité payée en vertu du RPC était en cause—La défenderesse soutenait que le fait que le demandeur touchait une pension d'invalidité en vertu du RPC rendait irrecevable l'action intentée contre l'État à l'égard de la demande en raison de l'art. 9 de la LRCE—Une pension d'invalidité ne peut pas être «une pension ou indemnité» au sens de l'art. 9 de la Loi—La pension d'invalidité versée au demandeur n'avait pas été payée pour la blessure, le dommage ou la perte à l'égard desquels les poursuites étaient engagées—La pension d'invalidité avait été versée au demandeur en sa qualité de cotisant admissible au RPC à l'égard de son invalidité, indépendamment de la cause de cette invalidité—La pension n'avait pas été payée à l'égard de la blessure, du dommage ou de la perte visés par l'action—La blessure ne constituait pas le fondement du droit à la pension d'invalidité payée en vertu du RPC—La requête visant à faire modifier la défense a été accueillie, mais la requête visant à l'obtention d'un jugement sommaire a été rejetée car il n'était pas clair et évident que la cause du demandeur n'était pas soutenable—Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 42(2)*a*) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 12), 44(1)*b*) (mod., *idem*, art. 13), 108(3)*a*)—Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), art. 9.

SARVANIS C. CANADA (T-2075-92, juge MacKay, ordonnance en date du 15-9-98, 11 p.)

Contrôle judiciaire du rejet par le Tribunal des anciens combattants (révision et appel) de l'appel interjeté par la demanderesse contre le rejet d'une demande de pension—La demanderesse, qui faisait partie des Forces armées canadiennes, avait été envoyée en affectation temporaire à la BFC de Halifax pour participer à un carrousel militaire internatio-

PENSIONS—Fin

nal—Pendant qu'elle dormait dans un logement militaire, un soldat s'est introduit dans sa chambre et l'a agressée sexuellement, ainsi que sa compagne—Malgré la conclusion que l'affectation était obligatoire et que la demanderesse devait séjourner dans un logement fourni par l'armée sur la base, le Tribunal a conclu que l'agression dont la demanderesse avait été victime pendant son sommeil n'était pas une activité exercée dans le cadre d'un entraînement militaire pour l'application de l'art. 21(3)f) de la Loi sur les pensions—Demande accueillie—Le Tribunal a commis une erreur en se concentrant sur «l'activité» de la demanderesse—Ce n'est pas l'activité qui était importante, mais la question de savoir si la blessure subie était consécutive ou rattachée directement au service militaire—Le fait que les supérieurs militaires de la demanderesse l'ont obligée à dormir dans le quartier de la BFC de Halifax distingue l'espèce des affaires invoquées qui se rapportent à des activités auxquelles le membre a pris part de façon volontaire—Loi sur les pensions, L.R.C. (1985), ch. P-6, art. 21(2)a) (mod. par L.C. 1990, ch. 43, art. 8), (3)f) (mod., *idem*)—Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel), L.C. 1995, ch. 18, art. 3.

CUMMINGS C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(T-1758-97, juge Hugessen, ordonnance en date du
29-9-98, 5 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES

Décisions relatives à des questions de droit—Le demandeur, qui est indien, est propriétaire d'un poste d'essence sur le territoire de la Première Nation Tiendinaga Mohawk, qui constitue une réserve en vertu de la Loi sur les Indiens—Il vend de l'essence tant aux Indiens qu'aux non-Indiens—Il achète l'essence à un prix qui comprend la taxe sur l'essence de l'Ontario de 14,7 cents par litre—Pour les ventes aux Indiens inscrits qui ont leur preuve d'identité et qui achètent de l'essence à des fins personnelles, le demandeur réduit son prix de 14,7 cents le litre—Il transmet une demande de remboursement au ministre des Finances de l'Ontario—Le ministre du Revenu national a cotisé le demandeur pour le montant de 474 825,83 \$, incluant les intérêts et les pénalités, à l'égard de la TPS relative aux ventes d'essence effectuées à des non-Indiens—Dans le cadre d'une action sur compte, le ministre du Revenu national a saisi les remboursements de taxe sur l'essence de l'Ontario, qui étaient payables par le ministre des Finances de l'Ontario—1) Ces remboursements de taxe sur l'essence font-ils partie des biens personnels du demandeur qui sont situés sur une réserve et sont-ils en conséquence exempts de saisie en vertu de l'art. 89 de la Loi sur les Indiens?—La question de savoir si les biens d'un Indien sont situés sur une réserve à des fins fiscales ou de saisie doit être tranchée par l'application du critère des facteurs de rattachement, qui a été établi dans *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S.

PEUPLES AUTOCHTONES—Suite

877—Il est nécessaire d'identifier les facteurs de rattachement pertinents et de les analyser pour déterminer le poids à leur accorder dans l'identification de l'emplacement du bien, en tenant compte de trois choses: l'objet de la disposition d'exemption, le genre de biens que l'on veut imposer et la nature de l'imposition—En l'espèce, c'est la nature des biens saisis et la nature et les effets de cette saisie qui sont pertinents—(i) Le lieu de résidence du demandeur tend à démontrer que les remboursements ne peuvent être considérés comme ayant lieu sur la réserve—Comme le demandeur passe six jours par semaine à l'extérieur de la réserve, les remboursements de taxe sur l'essence sont peu reliés à son utilisation et à son occupation de la réserve à titre d'Indien—(ii) L'entreprise est située sur la réserve—C'est l'exploitation de l'entreprise sur la réserve et les ventes aux Indiens sur celle-ci qui, en fin de compte, ont donné lieu à la dette du ministre des Finances de l'Ontario—Ce facteur rattache les remboursements à la réserve et doit se voir attribuer une grande importance—(iii) Lorsqu'il n'y a aucune preuve relative à l'existence d'une politique d'emploi particulière liant l'entreprise à la réserve, le fait que la moitié des employés soient des Indiens inscrits résidant sur la réserve peut n'être qu'une simple coïncidence—On ne peut attribuer que peu d'importance à ce facteur—(iv) Lorsqu'une entreprise sert tant des Indiens que des non-Indiens, cela indique qu'elle fait partie du marché commercial—Comme 50 % des clients sont des Indiens et que 50 % des clients sont des non-Indiens, la nature de la clientèle est un facteur qui tend à démontrer que les biens en question ne peuvent être considérés comme situés sur la réserve—(v) Le demandeur a droit au remboursement non pas parce qu'il est exonéré du paiement des taxes en vertu de l'art. 87(1), mais plutôt parce que ses clients le sont—Le fait que tout détaillant situé sur la réserve aurait droit au remboursement situe le demandeur dans le marché commercial, ce qui tend à démontrer qu'il ne peut être considéré comme se trouvant sur la réserve—(vi) Dans les affaires de saisie, les biens doivent se trouver en possession du débiteur pour que la saisie soit exécutoire—L'emplacement du débiteur tend à constituer un facteur plus important—Le fait que le bureau du gouvernement ait été situé à l'extérieur de la réserve au moment où la saisie a eu lieu est un facteur qui tend à démontrer que les biens ne peuvent être considérés comme se trouvant sur la réserve—(vii) Le fait que l'essence provienne de l'extérieur de la réserve est une considération de marché commercial qui tend à affaiblir le lien existant entre les remboursements et la réserve—(viii) La pratique commerciale habituelle du demandeur étant le paiement par chèque à partir de son compte situé à l'extérieur de la réserve, cela tend à démontrer que les remboursements ne peuvent être considérés comme ayant lieu sur la réserve—La remarque incidente faite par le juge La Forest dans *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, est pertinente: puisque les biens acquis par des Indiens au cours d'opérations commerciales ordinaires constituent simplement des biens que toute autre personne aurait pu acquérir, il n'y a

PEUPLES AUTOCHTONES—Suite

aucune raison pour laquelle, dans ces circonstances, les Indiens ne devraient pas être traités de la même façon que toute autre personne—Le *situs* du remboursement était à l'extérieur de la réserve, de sorte que ce dernier était saisissable et qu'il n'était pas protégé en vertu de l'art. 89(1)—À la lumière du critère des facteurs de rattachement, les remboursements de taxe sur l'essence de l'Ontario ne sont pas insaisissables en vertu de l'art. 89(1) de la Loi sur les Indiens—(2) Le terme «personne», au sens de l'art. 317(1) de la Loi sur la taxe d'accise, inclut-il le ministre des Finances de la province de l'Ontario?—L'art. 317 prévoit que dans les cas où le ministre sait ou soupçonne qu'une personne est tenue de faire un paiement à une autre personne, il peut exiger de cette personne qu'elle lui paie immédiatement les sommes par ailleurs payables au débiteur fiscal—Sachant ou soupçonnant que l'Ontario serait tenue de faire un paiement au demandeur, le ministre a signifié à la province une lettre intimant à cette dernière de lui verser les sommes dues au demandeur—L'art. 17 de la Loi d'interprétation prévoit que nul texte ne lie Sa Majesté, sauf indication contraire y figurant—Sauf indication contraire dans la Loi sur la taxe d'accise visant Sa Majesté du chef d'une province, l'Ontario n'est pas lié et l'art. 317(1) ne s'applique pas—Les termes «mentionnée ou prévue» comportent (i) des termes qui lient expressément; (ii) une intention claire de lier; (iii) une intention de lier lorsque l'objet de la loi serait «privé de toute efficacité» si le gouvernement n'était pas lié: *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225—Ni la définition de «personne» figurant à l'art. 123(1) de la Loi sur la taxe d'accise, ni l'art. 317 ne visent expressément la Couronne—L'objet de la Loi sur la taxe d'accise ne serait pas privé de toute efficacité si les provinces n'étaient pas liées par elle—La référence, contenue à l'art. 122, selon laquelle ce paragraphe «lie Sa Majesté du chef d'une province» pour une fin précise indique que le Parlement n'a pas eu l'intention de lier Sa Majesté du chef d'une province de façon générale, pour d'autres obligations, en vertu de la Loi sur la taxe d'accise—Le terme «personne», au sens de l'art. 317 de la Loi sur la taxe d'accise, n'inclut pas le ministre des Finances—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 122 (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12), 123 (édicte, *idem*), 317 (édicte, *idem*)—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 87, 89—Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 17.

BRANT C. CANADA (T-528-98, juge Rothstein, jugement en date du 16-9-98, 23 p.)

ÉLECTIONS

Questions de droit à être tranchées par la Cour: la bande a-t-elle le pouvoir de décider quelle est la coutume applicable en matière de choix du chef et du conseil de la bande (les élections, la succession ou toute autre méthode); a-t-elle

PEUPLES AUTOCHTONES—Suite

le pouvoir de déterminer les modalités de cette coutume au moyen d'une décision prise à la majorité des voix des membres de la bande présents à une assemblée générale convoquée avec préavis?—La bande choisit le conseil selon sa coutume plutôt que selon la procédure prévue par l'art. 74 de la Loi—Le litige est survenu à l'occasion de l'élection pour le choix d'un chef et d'un conseil de bande qui s'est déroulée suivant la procédure adoptée par la bande lors de son assemblée générale—Lors de l'adoption des dispositions pertinentes de la Loi sur les Indiens, l'intention du législateur était de laisser à la bande le soin de déterminer la coutume régissant le choix du «conseil de la bande»—La conclusion selon laquelle les membres de la bande déterminent la coutume est conforme aux principes fondamentaux et à la jurisprudence et elle est réalisable et pratique—Par nature, la coutume n'est pas immuable—Elle évolue selon les circonstances—L'expression «coutume de la bande» contenue à l'art. 2(1) de la Loi ne peut être interprétée comme empêchant une bande de modifier au besoin sa coutume de gouvernement pour tenir compte de situations nouvelles—La coutume doit inclure des pratiques touchant le choix d'un conseil qui sont généralement acceptables pour les membres de la bande et qui font l'objet d'un large consensus: *Bigstone c. Big Eagle*, [1993] 1 C.N.L.R. 25 (C.F. 1^{re} inst.)—L'approbation de la majorité des membres adultes de la bande constitue probablement un bon indice d'un large consensus—La question de savoir si une décision prise à la majorité des voix des membres présents à une assemblée générale démontre l'existence d'un large consensus dépend des circonstances entourant cette assemblée—Réponse à la question 1: oui—Réponse à la question 2: ce pouvoir existe mais la question de savoir si une telle décision démontre l'existence d'un large consensus dépendra des circonstances entourant l'assemblée—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2(1) «conseil de la bande», 74.

BANDE INDIENNE DE MCLEOD LAKE C. CHINGEE (T-2327-97, juge Reed, ordonnance en date du 21-8-98, 9 p.)

TERRES

Action en vue de l'obtention d'un jugement déclaratoire portant que la soi-disant cession par les Six Nations de la rivière Grand (la bande) du droit que celles-ci possédaient sur certaines terres (80,616 acres) était nulle et non avenue—Au cours des années 1870, certaines terres sur lesquelles se trouvait la réserve indienne de la bande avaient été prises aux fins d'un chemin de fer—La cession n'avait été approuvée qu'en 1985 après la tenue de deux référendums sur l'entente portant règlement de la revendication territoriale—Lors d'un premier référendum, 4 742 personnes avaient qualité pour voter et 278 personnes avaient voté (268 en faveur de l'entente et 9 contre, un bulletin de vote étant nul); lors du deuxième référendum, 4 852 personnes

PEUPLES AUTOCHTONES—Suite

avaient qualité pour voter; 297 personnes avaient voté (280 en faveur de l'entente, 14 contre, 3 bulletins de vote nuls)—Avant que le ministre donne son approbation finale, le Conseil traditionnel des chefs de la Confédération iroquoise avait présenté un document signé par plus de 300 personnes ayant le droit de voter qui n'avaient pas voté et qui s'opposaient à la cession pour le motif qu'une minorité d'électeurs seulement avait voté—Le ministre avait néanmoins signé l'entente portant règlement et le gouverneur en conseil l'avait acceptée—Les questions en litige étaient-elle de savoir 1) si une majorité des électeurs de la bande avait sanctionné la cession, conformément à l'art. 39(3) de la Loi sur les Indiens; 2) si le directeur intérimaire, Terres et fiducies, avait valablement ordonné la tenue des référendums en vertu des pouvoirs que le ministre lui avait délégués en permanence conformément à l'art. 3(2) de la Loi—Action rejetée—Il n'existait pas suffisamment d'éléments de preuve pour qu'il soit possible de conclure que le ministre ou les fonctionnaires ont agi de façon à vicier le processus de cession—L'absence du mot «référendum» à l'art. 39(3) de la Loi ne crée pas d'ambiguïté étant donné qu'il n'existe aucune incohérence entre les mots employés et l'objectif énoncé de la législation lorsque la disposition est considérée par rapport à l'art. 39 en entier—La délégation de pouvoir au directeur intérimaire, Services fonciers, était invalide—Le libellé des art. 3(2) et 39 de la Loi montre que le législateur voulait que le ministre ou les fonctionnaires désignés, s'ils étaient autorisés à le faire, exercent personnellement le pouvoir prévu à l'art. 39(2) de la Loi: *Ramawad c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1978] 2 R.C.S. 375—Le libellé, l'objectif et la portée du texte administratif ne pouvaient pas en l'espèce être considérés comme remplaçant la règle générale d'interprétation de la loi selon laquelle une personne qui se voit conférer un pouvoir discrétionnaire doit l'exercer personnellement: *R. c. Harrison*, [1977] 1 R.C.S. 238—*Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12 n'étaye pas la thèse selon laquelle toutes les mesures prises par le ministre peuvent implicitement être déléguées aux fonctionnaires responsables du ministère—Par conséquent, la délégation du pouvoir au directeur intérimaire, Services fonciers, était invalide en l'espèce, mais cela ne voulait pas dire que la cession des terres est nulle—Le directeur intérimaire, Services fonciers, avait ordonné la tenue du référendum, mais le ministre ainsi que le sous-ministre avaient toujours été directement en cause dans cette affaire—Le Conseil de la bande voulait clairement que la cession ait lieu, même si cela ne règle pas pour autant l'affaire—La cession était valide et conforme au droit, sous réserve de l'acceptation par le gouverneur en conseil—Dans *Bande indienne de Blueberry River c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344, la C.S.C. avait dit qu'il faudrait adopter une approche fondée sur l'intention en ce qui concerne la validité du processus de cession de terres en vertu de la Loi

PEUPLES AUTOCHTONES—Fin

sur les Indiens; compte tenu de la nature du titre autochtone, les tribunaux doivent faire abstraction des restrictions habituelles imposées par la common law ou de l'inobservation de certaines exigences établies dans la Loi sur les Indiens en ce qui concerne le processus de cession, afin de donner effet à l'objet véritable des opérations—En conclusion, le ministre n'avait pas ordonné la tenue du premier ou du deuxième référendum, mais compte tenu de l'intention de la bande, déterminée conformément à la loi, la tenue du scrutin était une exigence qui n'était pas fatale—Que ce soit le ministre ou le directeur intérimaire, Services fonciers, qui ait ordonné la tenue des référendums, la cession ne devenait définitive que sur acceptation par le gouverneur en conseil—Dans ce cas-ci, aucun droit fondamental n'avait été abrogé par suite de la délégation de pouvoir invalide—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 3(2), 39 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 17, art. 3).

HILL C. CANADA (T-2288-87, juge Wetston, jugement en date du 12-8-98, 26 p.)

PRATIQUE

AFFIDAVITS

Requête en vue d'obtenir la radiation d'un affidavit de remplacement en réponse au motif que le consentement donné par Apotex au dépôt de cet affidavit et l'ordonnance par consentement rendue pour autoriser ce dépôt ont été obtenus grâce à de fausses déclarations—Dans le cadre de demandes d'interdiction relatives au médicament ciprofloxacine, Bayer a déposé un affidavit de M. Leiva, avocat chilien, concernant la question de l'invalidité d'un brevet—En réponse, Apotex a déposé un affidavit de M. Huidoboro, également avocat au Chili—Après avoir été requis de déposer un affidavit en réponse, M. Leiva a déclaré à l'agent chilien de Bayer qu'il ne souhaitait plus participer à l'instance en raison de problèmes de santé—M. Leiva étant malade, Apotex a consenti au retrait de l'affidavit de ce dernier et à l'utilisation d'un affidavit de remplacement en réponse de M. Zavala—Le juge Nadon a accueilli la requête par consentement présentée par Bayer en vue de déposer l'affidavit de M. Zavala—La requête pour faire radier l'affidavit initial de M. Leiva a été accueillie tandis que celle visant la radiation du contre-interrogatoire de M. Zavala a été rejetée—La mesure de redressement subsidiaire demandée par Apotex, savoir que le second affidavit de M. Leiva relatif à ses problèmes de santé soit admis comme faisant partie du dossier, est rejetée parce que l'utilité de ce témoignage dans le cadre de l'instance sur le bien-fondé de l'affaire n'a pas été établie—Bayer a présenté des déclarations inexactes faites de bonne foi qui ont incité Apotex à consentir à ce que l'affidavit de M. Zavala remplace celui de M. Leiva—Motif susceptible d'étayer la radiation de l'affidavit de M. Leiva, de l'affidavit de

PRATIQUE—Suite

remplacement de M. Zavala ainsi que de l'affidavit en réponse de M. Leiva; seul le témoignage de M. Huidoboro, dans la mesure où il ne s'agit pas d'une réponse à l'affidavit initial de M. Leiva ni à celui de M. Zavala, et uniquement dans la mesure où il répond au strict témoignage de M. Huidoboro, devrait demeurer—Cette solution pose certaines difficultés: 1) Apotex a refusé de retirer quelque portion que ce soit de l'affidavit de M. Huidoboro, c.-à-d. tant la partie dans laquelle l'auteur répond à l'affidavit de M. Leiva que celle n'ayant aucun lien avec ce témoignage, et 2) il y a le problème pratique que soulève le fait de séparer le strict témoignage en réponse de M. Huidoboro et le témoignage de remplacement en réponse de M. Zavala—Compte tenu de la situation, l'affidavit de M. Leiva devrait être radié puisque ce dernier ne s'est pas présenté pour le contre-interrogatoire et, comme l'affidavit de M. Huidoboro demeurera dans sa totalité, il devrait en être de même pour le témoignage de M. Zavala—On atténue ainsi les conséquences du préjudice et de l'interruption causés dans la présente instance limitée dans le temps—Dans les litiges qui touchent la procédure, comme c'est le cas dans la présente affaire, et où la Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire pour veiller à l'équité et à la rapidité de l'instance, chaque cas est un cas d'espèce—Il importe de signaler qu'en règle générale les affidavits ne sont radiés que si leur auteur omet de se présenter pour le contre-interrogatoire et que les affidavits de remplacement ne seront autorisés que s'il existe des raisons valables—Comme ce sont les déclarations inexactes faites de bonne foi par Bayer qui ont donné lieu à la présente instance, il n'y a eu aucune adjudication des dépens même si la requête de cette dernière a été accueillie.

BAYER AG C. APOTEX INC. (T-35-96, T-591-96, juge Rothstein, ordonnance en date du 21-8-98, 8 p.)

Demande tendant au dépôt d'un affidavit en réponse à l'affidavit produit par George Kolk—Ce dernier réside à Ottawa, la demanderesse à Vancouver—L'avocate des défendeurs ne veut pas consentir au dépôt d'un affidavit en réponse sans voir l'affidavit que la demanderesse désire déposer—Rien n'exige que l'affidavit existe déjà lorsqu'est demandée l'autorisation de déposer l'affidavit en réponse en vertu de la règle 312—Explication valable donnée par la demanderesse de la raison pour laquelle elle désire déposer un affidavit en réponse: les frais, la distance et le temps rendent difficile le contre-interrogatoire de M. Kolk—Il n'est pas nécessaire que la Cour voie d'abord l'affidavit pour être en mesure de déterminer que l'autorisation devrait être accordée conformément aux principes exposés dans *Eli Lilly & Co. et al. c. Apotex Inc. et al.* (1997), 137 F.T.R. 226 (C.F. 1^{re} inst.)—Demande accueillie—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 312.

WALKER C. RANDALL (T-1103-98, juge Reed, ordonnance en date du 15-9-98, 4 p.)

PRATIQUE—Suite

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET
INTERROGATOIRE PRÉALABLE

Production de documents

Requête visant à ce qu'il soit ordonné au demandeur de subir un nouveau contre-interrogatoire afin de répondre à des questions et de se conformer à des demandes de production de documents—La requête découlait d'une demande de contrôle judiciaire présentée en vertu de l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale, dans laquelle le demandeur contestait la légalité d'un renvoi par la Commission canadienne des droits de la personne à une formation du Tribunal des droits de la personne du Canada d'une plainte déposée par la défenderesse contre lui—La plainte se rapportait à des documents postés dans un site Web d'Internet appelé le «site Zündel» qui était apparemment exploité et contrôlé en Californie par M^{me} Ingrid Rimland, citoyenne américaine—Apparemment, le serveur était également situé en Californie—Les défendeurs s'étaient plaints devant la Commission que la conduite du demandeur, en ce qui concerne les renseignements figurant dans le «site Zündel», allait à l'encontre de l'art. 13(1) de la Loi canadienne sur les droits de la personne—Le critère permettant de déterminer les questions auxquelles une personne peut être tenue de répondre dans un contre-interrogatoire relatif à un affidavit est bien établi et les parties à la requête ne le contestaient pas—La question principale se rapportait à la pertinence, aux fins de la demande de contrôle judiciaire, des questions auxquelles la Cour devait, selon la défenderesse, ordonner au demandeur de répondre—La plupart des questions et demandes de la défenderesse pouvaient être rangées dans l'une de trois catégories—Première catégorie: Questions visant à permettre de déterminer qui était l'auteur des renseignements figurant dans le «site Zündel»—Une partie peut exiger que l'auteur d'un affidavit réponde à des questions destinées à établir des faits qui ont un lien rationnel avec la présentation de sa preuve, même si elles n'ont peut-être rien à voir avec le règlement des questions litigieuses—Le demandeur doit répondre aux questions posées par la défenderesse au sujet de la question de savoir s'il est l'auteur des renseignements identifiés, mais les questions auxquelles il a déjà répondu ou qui sont répétitives doivent être éliminées et certaines questions doivent être formulées autrement de façon qu'il en comprenne bien le sens—Deuxième catégorie: Questions se rapportant aux communications entre M^{me} Rimland et le demandeur en ce qui concerne les documents postés dans le «site Zündel»—Le demandeur avait participé aux aspects non techniques de l'exploitation dans une mesure telle qu'il avait fait communiquer les documents offensants—La preuve des communications entre M^{me} Rimland et le demandeur au sujet du site Web et des documents postés avait quelque chose à voir avec une question essentielle à la demande de contrôle judiciaire—Le demandeur devait donc répondre aux questions concernant l'approbation préalable des documents figurant dans le site Web—Troisième catégorie: Questions

PRATIQUE—Suite

se rapportant aux relations d'affaires existant entre M^{me} Rimland et le demandeur en ce qui concerne l'exploitation du «site Zündel»—Le demandeur devait produire les feuilles du grand livre de Samistad, Publishers Ltd. indiquant que des sommes avaient été versées à M^{me} Rimland pour des services rendus à l'égard du «site Zündel»—Le demandeur était tenu de répondre à la plupart des questions énoncées dans l'annexe jointe à l'avis de requête de la défenderesse—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 canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 13(1).

ZÜNDEL C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(T-2765-96, juge Evans, ordonnance en date du 23-9-98, 11 p.)

FRAIS ET DÉPENS

Requête visant à obtenir que la Cour adjuge une somme globale au lieu des dépens taxés—En rétablissant le jugement de la Section de première instance dans la présente affaire, la Cour suprême du Canada a statué que Novopharm Inc. avait droit à ses dépens devant toutes les cours—Les Règles de la Cour fédérale (1998) s'appliquent intégralement—La décision *MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Ltd. c. Consolboard Inc.* (1981), 58 C.P.R. (2d) 100 (C.A.F.) n'empêche pas la Cour d'exercer les pouvoirs discrétionnaires étendus que lui confèrent les Règles de la Cour fédérale (1998) quant à l'adjudication des dépens et à la somme qui peut être accordée—La Cour a tenu compte des facteurs énoncés à la nouvelle règle 400(3) concernant le résultat de l'instance, l'importance des questions en litige et la charge de travail—La Cour a donné comme directive à l'officier taxateur d'adjuger à Novopharm une somme globale de 42 000 \$ au lieu des dépens taxés—La requête a été accueillie—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 400(3).

ELI LILLY AND CO. C. NOVOPHARM LTD. (T-2248-93, juge McGillis, ordonnance en date du 18-9-98, 4 p.)

Faisant suite à une décision qui a accueilli, avec dépens, la requête en radiation de l'action réelle et personnelle (en salaires et débours au montant de 229 999 \$) intentée par les demandeurs pour défaut de compétence de la Cour, les défendeurs sollicitent une ordonnance adjugeant les dépens sur la base avocat-client ou enjoignant le paiement d'un montant forfaitaire de 16 357 \$—La règle 400 attribue un vaste pouvoir discrétionnaire relativement à la question des dépens—Les demandeurs ont commis une faute dans leur façon d'intenter l'action (en faisant saisir les trois navires avant l'expiration du délai prévu dans la mise en demeure)—Une telle faute donne droit à plus que de simples dépens—En outre, l'un des navires a une valeur assurée de 2 000 000 \$, ce dont les demandeurs avaient connaissance—

PRATIQUE—Suite

Ce navire est grevé d'une hypothèque de seulement 575 000 \$—La saisie a été effectuée dans le but exprès de mettre la défenderesse dans une position embarrassante vis-à-vis du détenteur de l'hypothèque—Les saisies des navires en avril 1998 ont été exécutées dans le but exprès de causer à la défenderesse des difficultés considérables et de l'empêcher de préparer ses navires pour la saison touristique devant commencer en mai 1998—Vu cette faute, la Cour ordonne aux demandeurs de payer les dépens au montant forfaitaire de 20 000 \$, y compris les débours et les frais de la présente requête—Étant donné que la conduite des demandeurs est à la limite de la «conduite répréhensible», la Cour n'adjuge pas les dépens sur la base avocat-client—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 400.

JEAN C. CAPITAINE DUVAL (LE) (T-536-98, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 15-9-98, 8 p.)

Appel d'une décision de la Section de première instance ((1995), 63 C.P.R. (3d) 342) adjugeant les dépens sur la base procureur-client rétroactivement au début de l'instance—La date du comportement répréhensible invoqué à l'appui d'une demande d'adjudication de dépens procureur-client est de la plus haute importance, étant donné que les dépens sont assez exceptionnellement adjugés sur cette base et ne devraient l'être que pour la période pendant laquelle une partie a occasionné à l'autre des difficultés substantielles et inutiles—La décision contestée n'est pas fondée parce qu'elle applique la mesure exceptionnelle et punitive aux quatre ordonnances interlocutoires rendues dans le cadre de l'instance—Une décision subséquente selon laquelle les dépens déjà adjugés dans une ordonnance statuant sur une requête interlocutoire doivent être établis sur la base procureur-client constituerait une entorse à un élément important d'une ordonnance devenue définitive et ne pouvant donc faire l'objet d'un réexamen qu'en appel—L'ordonnance du juge des requêtes est modifiée de façon qu'elle ne s'applique pas aux dépens déjà adjugés dans les quatre ordonnances interlocutoires rendues dans le cadre de l'instance.

KERACHEMIE GMBH C. KERACHEMIE (CANADA) LTD. (A-605-95, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 10-9-98, 3 p.)

Appel d'une ordonnance adjugeant les dépens sur la base des frais entre parties—Les raisons spéciales, exigées par l'ancienne Règle 1618, d'adjuger des dépens à l'occasion d'une demande de contrôle judiciaire étaient que la requête introductive d'instance ne donnait aucune précision substantielle sur les moyens invoqués au soutien de l'ordonnance d'interdiction demandée—Il n'y avait pas lieu, en toute justice, de s'écarter des frais normaux entre parties prévus par le tarif B des Règles lorsque la demande a été présentée et plaidée—Pour allouer des dépens au-delà de la norme applicable normale, il aurait fallu que le juge conclue

PRATIQUE—Suite

expressément à l'existence d'autres raisons spéciales—Impossibilité de tirer une telle conclusion après avoir reconnu que l'intimée avait invoqué des arguments «sensés» à l'appui de sa demande—Aucun fondement qui aurait justifié de condamner le ministre à une part quelconque des dépens, sa conduite du point de vue procédural n'ayant été aucunement répréhensible—Appel rejeté en ce qui concerne l'attribution des dépens à l'intimée David Bull sur la base des frais entre parties, mais accueilli en ce qui concerne la détermination de ces dépens autrement que selon ce qui est prévu par le tarif B des anciennes règles—Appel du refus de condamner le ministre aux dépens rejeté avec dépens—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 344(7) (mod. par DORS/87-221, art. 2), 1618 (mod. par DORS/92-43, art. 19).

PHARMACIA INC. C. DAVID BULL LABORATORIES (CANADA) INC. (A-658-95, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 9-9-98, 3 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES*Exécution*

Requête demandant 1) d'ordonner que le défendeur Colin Farnum soit appréhendé et amené devant la Cour pour être interrogé en qualité de président de la défenderesse Geo International Inc. au sujet de la capacité de Geo de se conformer à une ordonnance lui enjoignant de consigner à la Cour la somme de 159 684,07 \$US; 2) de délivrer un bref de séquestration visant les biens de Farnum; 3) d'ordonner à Farnum d'exposer les raisons pour lesquelles il ne devrait pas être jugé coupable d'outrage au tribunal—Dans une procédure de jugement sommaire, il a été jugé que la défenderesse Geo avait détourné trois conteneurs de chaussures de randonnée—En vertu de la règle 218, il a été ordonné à Geo de consigner à la Cour la somme de 159 684,07 \$US avant le 15 juillet 1998—Comme Geo ne s'est pas conformée à l'ordonnance de la Cour, requête de la demanderesse, fondée sur la règle 429(1)b), pour obtenir un bref de séquestration visant les biens de Farnum—Les avocats de Geo et de Farnum ont persuadé la Cour qu'il serait prématuré de délivrer un bref de séquestration contre ce dernier personnellement, avant que ne soient épuisés les recours en vue de faire respecter par Geo l'ordonnance de la Cour—Dans le but d'épuiser les recours contre Geo, la Cour a ordonné à Farnum, en sa qualité de président de Geo, de comparaître pour être interrogé—Bien que l'interrogatoire ait été ajourné à sa demande, Farnum ne comparait pas—Délivrance du mandat fondée sur la règle 46—La règle 46 donne à la Cour le pouvoir de délivrer un mandat lorsqu'un témoin assigné à comparaître à une audience ne se présente pas—Les règles 87 à 100 se rapportant aux interrogatoires à l'appui de l'exécution forcée sont regroupées sous le titre «Interrogatoires hors cour»—L'avocat de Farnum plaide que les règles 97 et 98 forment un exposé complet

PRATIQUE—Suite

indiquant les conséquences de la non-comparution à un interrogatoire oral, c.-à-d. la procédure d'outrage au tribunal—Il soutient que la règle 46 et le pouvoir de la Cour de contraindre le témoin à comparaître à une audience sont sans application—La règle 97 expose une série de mesures disponibles lorsqu'une personne ne se présente pas à un interrogatoire oral hors cour, dont l'une est l'ordonnance de subir l'interrogatoire—Bien qu'il n'y ait pas de lien exprès entre les règles 46 et 97, aucune raison n'empêche d'invoquer la règle 46 lorsqu'il a été ordonné à une personne, en vertu de la règle 97, de subir un interrogatoire oral dans le cadre d'une audience de la Cour et que cette personne omet ou refuse de se présenter—Rien n'empêche les interrogatoires devant la Cour et il n'y a pas de raison que la règle 46 soit sans application pour faire exécuter une ordonnance enjoignant à une personne de comparaître lorsque l'interrogatoire doit avoir lieu devant la Cour—L'absence du Canada de Farnum n'est pas un motif pour ne pas délivrer le mandat, puisqu'il a une entreprise au Canada et une résidence à Toronto ou dans les environs—Comme les procédures jusqu'à maintenant sont caractérisées par la non-coopération de Farnum, le non-respect des ordonnances de la Cour, l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour conduit à délivrer le mandat en vertu de la règle 46—Rien dans les Règles n'exige qu'une procédure de saisie ou d'outrage au tribunal précède la séquestration—La séquestration est une sanction prévue par la règle 429—Sanction que la Cour peut imposer lorsqu'une personne n'accomplit pas un acte (la consignation à la Cour) dans le délai imparti—Geo a une dette à l'égard de la demanderesse et, par suite de la non-comparution de Farnum en vue de l'interrogatoire, elle a fait échec aux démarches visant à établir la capacité de Geo de consigner à la Cour la somme fixée—Puisque Geo n'a fait aucune démarche pour chercher à déterminer le montant exact de la dette, les conditions préalables à la délivrance d'un bref de séquestration contre Farnum personnellement sont toutes remplies—Aucune raison de ne pas invoquer la règle 429 pour délivrer un bref de séquestration—Pas d'arguments contre le commencement de la procédure d'outrage au tribunal—Requête accordée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 46, 97, 98, 218, 429, 472.

WESTWOOD SHIPPING LINES INC. C. GEO INTERNATIONAL INC. (T-359-98, juge Rothstein, 26-8-98, 11 p.)

MODIFICATION DES DÉLAIS

Gestion d'instance—Le demandeur avait omis de se conformer à une ordonnance péremptoire relative à la gestion de l'instance portant qu'il devait présenter une requête conformément à la règle 385(1)b) en vue de la production du témoignage oral d'un expert, à défaut de quoi tout témoignage d'expert serait présenté sous la forme d'un affidavit à l'audience—Le demandeur n'avait pas pu obtenir des fonds de tiers aux fins du témoignage d'un expert

PRATIQUE—Suite

relativement à la consommation de marijuana à des fins médicales et l'avocate ne pouvait donc pas présenter la requête—Il n'était pas approprié dans ce cas-ci de prolonger la durée de l'ordonnance péremptoire—Le demandeur avait violé les conditions de la libération conditionnelle en utilisant de la marijuana, mais il avait affirmé qu'on l'avait prescrit pour traiter un glaucome—Par la suite, il a obtenu une ordonnance interlocutoire empêchant la Commission nationale des libérations conditionnelles (la Commission) de suspendre la libération conditionnelle pour consommation de marijuana à des fins médicales tant que l'action ne serait pas entendue—La Commission a ensuite demandé avec succès que l'instance soit gérée à titre d'instance spéciale—La Cour a le pouvoir de prolonger le délai lorsqu'une ordonnance conditionnelle a été rendue, mais qu'elle n'a pas été observée; cependant, elle devrait exercer ce pouvoir avec prudence, en tenant dûment compte de la nécessité de respecter le principe selon lequel les ordonnances sont rendues pour être observées et non pour qu'on omette d'en tenir compte: *Samuels v. Linzi Dresses Ltd.*, [1981] 1 Q.B. 115 (C.A.)—Le contrôle judiciaire devrait être exercé dans un délai raisonnable et la décision rendue avec toute la célérité possible et le moins possible d'obstacles et de retards du type de ceux qu'il est fréquent de rencontrer dans les procès—La défenderesse ou la Cour ne se hâtaient pas indûment lorsqu'elles insistaient pour que l'audience soit tenue une dizaine de mois après que la demande de contrôle judiciaire eut été présentée—Le fait qu'une personne attend d'obtenir des fonds, dans le contexte de l'aide juridique, n'est pas une excuse pour laisser expirer un délai: *Kiani c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 124 F.T.R. 299 (C.F. 1^{re} inst.)—D'une part, il n'y avait pas suffisamment d'éléments pour déterminer si la cause était soutenable—D'autre part, ajourner la requête encore une fois pouvait bien influencer sur la date de l'audience, qui devait être tenue en octobre; cela pouvait bien embarrasser la Commission et lui causer un préjudice si ses craintes s'avéraient justifiées et si le demandeur faisait face à certaines difficultés par suite de la présumée inobservation des conditions de la libération conditionnelle; laisser la Commission dans le doute à cette date tardive au sujet de la nature du témoignage oral d'expert projeté aurait été clairement préjudiciable—Dans ce cas-ci, il n'existait aucun motif suffisant justifiant l'octroi d'une autre prolongation du délai fixé dans une ordonnance péremptoire qui, à juste titre, avait été rendue pour qu'on l'observe et non pour qu'on omette d'en tenir compte—Il convenait dans ce cas-ci de confirmer l'ordonnance péremptoire—Tout témoignage d'expert, pour le compte du demandeur, devait être produit au moyen d'un affidavit—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 385(1b).

WOO C. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (T-2742-97, protonotaire Hargrave, ordonnance du 31-8-98, 9 p.)

PRATIQUE—Suite

OUTRAGE AU TRIBUNAL

La demanderesse possède au Canada les marques de commerce «Pages jaunes», «Yellow Pages» et «Walking Fingers» («Faites marcher vos doigts») (marque verbale et logo)—Ces marques de commerce sont du domaine public aux États-Unis d'Amérique—La société défenderesse Canadian Business Online (CBO) entretenait un site web, «Canadian Yellow Pages on the Internet» où était représenté le logo «Faites marcher vos doigts»—Dans sa déclaration, la demanderesse allègue l'usurpation de ses marques de commerce—Plusieurs injonctions provisoires ont été prononcées avant que le juge Joyal prononce une injonction interlocutoire le 17 septembre 1997—Les injonctions ont été dûment signifiées aux défendeurs CBO et Klimchuk—Les défendeurs étaient pleinement au courant de l'existence des injonctions—Il a été ordonné aux défendeurs de faire valoir les raisons pour lesquelles ils ne devraient pas être condamnés pour outrage au tribunal pour avoir désobéi aux ordonnances de la Cour en utilisant et en aidant un tiers à utiliser les marques de commerce, en ne remettant pas les marchandises et les copies des bons de commande—La déclaration de l'avocat des défendeurs selon laquelle rien n'avait été «remis» parce qu'il n'y avait rien à «remettre» constitue un aveu—Les défendeurs sont coupables d'outrage au tribunal pour avoir omis d'obtempérer à l'ordre de «remettre»—M. Klimchuk a aidé Canadian Yellow Pages on the Internet (CYPI) à utiliser illégalement les marques de commerce de Télé-Direct, et il continue à le faire puisque les dirigeants actuels de CYPI sont les avocats ou mandataires de M. Klimchuk—Chacun des défendeurs et Canadian Advertisers Network LLC sont coupables d'avoir désobéi aux ordonnances interlocutoires—Concernant la question de la compétence de la Cour fédérale à l'égard de CYPI et de Canadian Advertisers Network LLC, deux sociétés américaines, la Cour fédérale n'a peut-être pas compétence à l'égard de sociétés ou de citoyens des États-Unis mais elle a compétence pour les condamner s'ils contreviennent aux termes des ordonnances de la Cour, après en avoir eu connaissance—La preuve démontre que les sociétés américaines, contrôlées soit par M. Klimchuk ou par des personnes agissant en son nom, visent délibérément le Canada avec l'utilisation des marques de commerce de la demanderesse, c'est-à-dire que les sociétés américaines utilisent sciemment les marques de commerce Yellow Pages et Walking Fingers dans leur site internet et essaient délibérément de recruter des clients en employant les marques de commerce de la demanderesse au Canada—Les défendeurs ne peuvent faire de façon détournée ce qu'ils ne peuvent faire directement, c'est-à-dire tenter, par le truchement de sociétés américaines, d'utiliser au Canada les marques de commerce déposées de la demanderesse—La culpabilité des défendeurs a été établie hors de tout doute raisonnable.

TÉLÉ-DIRECT (PUBLICATIONS) INC. C. CANADIAN BUSINESS ONLINE INC. (T-1340-97, juge Teitelbaum, jugement en date du 15-9-98, 25 p.)

PRATIQUE—Suite**PARTIES***Intervention*

Requête présentée par l'avocat du demandeur du statut d'intervenant sollicitant l'autorisation d'intervenir aux fins de soulever la question de savoir si le juge Nadon devrait se récuser au motif d'une appréhension raisonnable de partialité—La question que l'avocat souhaite soulever ne peut l'être que par les parties—Ce n'est qu'à ce moment-là qu'un tiers pourra être autorisé à intervenir et à participer au débat—Si le ministre ou le défendeur avaient soulevé la question, la Cour aurait autorisé l'avocat à intervenir—Requête rejetée.

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. KATIUK (T-2408-96, juge Nadon, ordonnance en date du 17-9-98, 2 p.)

Qualité pour agir

Requête en radiation de l'action soit au motif que le demandeur n'a pas la qualité requise pour l'intenter, soit parce que la déclaration ne révèle aucune cause d'action valable, qu'elle est scandaleuse, frivole ou vexatoire, ou qu'elle constitue un abus de procédure—Le demandeur, qui reçoit une pension d'une banque à charte, fait valoir que la Loi de l'impôt sur le revenu et la Loi sur les normes des prestations de pension permettent de façon abusive et inconstitutionnelle aux employeurs non seulement de s'abstenir de cotiser à la caisse de retraite, mais aussi de récupérer à même les caisses de retraite les sommes que les calculs actuariels désignent comme excédentaires—Il s'inquiète du fait que des prévisions actuarielles erronées pourraient mener à un déficit dans les caisses de retraite—Il est peu probable que le demandeur tire un avantage personnel d'une décision favorable, mais son épouse, étant donné son âge et son état de santé, pourrait être touchée—Avant de s'adresser aux tribunaux, une personne doit être touchée ou brimée, ou alors avoir un intérêt suffisant pour justifier la procédure—Aucune personne ne peut prendre sur elle de s'adresser aux tribunaux et d'intenter des poursuites en son nom propre à moins que son objectif soit de protéger ses droits privés ou de contester un droit qui est revendiqué contre elle—Les droits privés du demandeur n'ont été ni mis en cause, ni enfreints—Le simple dégoût face à une loi, ou un intérêt général à en faire vérifier la validité ne suffisent pas à établir la qualité pour ester en justice—Le demandeur ne démontre pas qu'il a un intérêt véritable—Autres manières raisonnables et efficaces de soumettre la question aux tribunaux—Aucune preuve n'établit que les personnes ayant qualité ne peuvent présenter leur propre cause devant les tribunaux—Un demandeur qui introduit une action qui a une chance de succès, si mince soit-elle, ne devrait pas être privé de la possibilité d'obtenir un jugement—L'action du demandeur est futile, puisqu'il n'a pas qualité pour l'intro-

PRATIQUE—Suite

duire—Elle est donc radiée sans autorisation de modification—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1—Loi sur les normes des prestations de pension, L.R.C. (1985), ch. P-7 (abrogée par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 32, art. 42).

MUNZEL C. CANADA (T-1045-98, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 17-8-98, 8 p.)

PLAIDOIRIES*Modifications*

Requête présentée par les demandeurs en vue de modifier la déclaration de l'action dans laquelle ils remettent en question la constitutionnalité des modifications de la Loi sur les indiens, connues sous le nom de projet de loi C-31—Ces modifications sont considérées nécessaires compte tenu d'une série de récents arrêts de la Cour suprême du Canada qui ont, dans une très large mesure, modifié le droit relatif aux droits des autochtones—Les intervenants, formés de groupes qui représentent les femmes émancipées en vertu du projet de loi C-31 mais à qui les bandes indiennes demanderesse ont refusé le statut, sollicitent une ordonnance de faire provisoire qui obligerait les demandeurs à se conformer aux prescriptions de la loi présumée valide—Demande refusée au motif que les intervenants ne sont pas parties au litige et que la Cour a le devoir de s'assurer de protéger les droits des parties lorsqu'elle autorise une modification—Un procès d'une durée de 79 jours a déjà eu lieu—Le jugement de première instance a été annulé en appel en raison de la crainte de partialité de la part du juge du procès—L'obligation de la Cour de protéger les droits des parties comporte celle de s'assurer que les phases du premier procès soient le plus intégralement possible conservées et utilisées lors du deuxième procès—Cette obligation comporte également celle de mener à bien le deuxième procès aussi rapidement que possible et de la manière la plus efficace et économique possible—Une façon d'économiser temps et argent consisterait à utiliser la transcription de la preuve testimoniale produite au premier procès—Indépendamment des modifications aux actes de procédure, les parties devraient maintenant être capables, dans une large mesure, de se mettre d'accord sur les éléments de preuve pouvant être utilisés et dûment produits devant le juge de première instance à l'occasion du deuxième procès—La requête en modification est accueillie de la façon suivante: 1) Les avocats des demandeurs devront soumettre par écrit aux avocats de la défenderesse et de chaque intervenant une liste détaillée de toutes les parties de la transcription des témoignages offerts lors du premier procès, y compris des interventions du juge de première instance, dont on ne veut pas qu'elles soient présentées en preuve au nouveau procès, ainsi que les motifs de ces objections—Il sera loisible d'y répondre dans les 30 jours; 2) Les demandeurs sont condam-

PRATIQUE—Suite

nés à payer à la défenderesse les dépens de la requête au montant de 1500 \$, sans égard à l'issue de l'instance.

SAWBRIDGE BAND C. CANADA (T-66-86, juge Hugessen, ordonnance en date du 23-9-98, 5 p.)

Requête en modification de la défense déposée par la bande indienne de Samson—Action intentée en 1988—Seules deux des 17 demanderesses initiales sont toujours demanderesses dans l'action contre la bande—Les autres sont mortes ou se sont désistées—Les modifications envisagées pour la défense sont d'une portée considérable car la plus importante tend à proclamer le statut de nation au sens international de la bande—Le critère le plus important à appliquer pour examiner s'il faut autoriser une modification ou non, se réduit à la question de savoir quel préjudice respectif pour les parties résulterait de la décision dans un sens ou dans l'autre—Si elles étaient autorisées, les modifications demandées ajouteraient non seulement au temps requis pour la mise en état de l'affaire mais aussi à la durée du procès lui-même—Le surcroît de temps entraîné ajoutera considérablement au danger que les demanderesses ne recueillent jamais les fruits de leur action—La mortalité et l'attrition par toute autre cause représentent un risque sérieux—Tant que la justice ne se sera pas prononcée en faveur de la bande, les demanderesses ont le bénéfice de la présomption de validité ainsi que de leur statut présumé de membres inscrits de la bande—Les demanderesses Stoyka et Schug sont des personnes âgées qui ne sont pas en très bonne santé et n'ont guère de ressources—Les priver des paiements par tête auxquels elles ont droit en leur qualité de membres de la bande leur causerait probablement un préjudice irréparable—La bande ne souffrira d'aucun préjudice si elle leur reconnaît au moins certains des droits que leur donne leur statut—Les modifications demandées sont autorisées, à l'exception de la modification de la demande de redressement figurant au paragraphe 9 de la défense et à la condition que la bande verse aux demanderesses Stoyka et Schug tous les paiements par tête qui reviennent à ses membres, que ce soit au titre du capital ou du revenu—Les demanderesses répondront de ces paiements—La modification envisagée pour la demande de redressement figurant au paragraphe 9 est rejetée, sans préjudice du droit de la bande d'introduire une procédure de mise en cause en vue d'un jugement déclaratoire contre l'État.

MARTEL C. BANDE INDIENNE DE SAMSON (T-2391-88, juge Hugessen, ordonnance en date du 17-9-98, 5 p.)

REJET DES PROCÉDURES

Requête en vertu de l'art. 40(1) de la Loi sur la Cour fédérale en vue de faire interdire au demandeur d'engager d'autres instances, sauf avec l'autorisation de la Cour—Peter Starodub est décédé le 31 janvier 1991—Dans son testa-

PRATIQUE—Suite

ment, il a désigné les défendeurs Bodan Zarowsky et Eugenia Karnauh à titre d'exécuteurs testamentaires—Le demandeur est le beau-fils du défunt—En 1991, le demandeur a engagé une instance devant la Cour de l'Ontario (Division générale), contestant la validité du testament de son beau-père—Action rejetée—Deuxième demande rejetée en janvier 1996—Troisième instance rejetée le 9 janvier 1998—Les revendications présentées par le demandeur étaient les mêmes que celles des instances précédentes: elles portaient sur un intérêt dans les biens de la succession de son beau-père—Les plaintes déposées par le demandeur auprès du Barreau du Haut-Canada ont également été rejetées—L'objet de la déclaration ne fait pas partie des compétences de la Cour fédérale—Compte tenu des commentaires du juge dans la première instance et de la Cour d'appel de l'Ontario dans la deuxième instance, la question du caractère vexatoire est équivoque—L'ordonnance prévue à l'art. 40 est prématurée car l'affaire a été rejetée en raison de l'absence de compétence de la Cour—La question des testaments relève des tribunaux provinciaux—Les critères rigoureux auxquels est assujettie la délivrance d'une ordonnance prévue à l'art. 40 ne sont pas respectés—Requête rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 40(1) (édité par L.C. 1990, ch. 8, art. 11).

SCHEPANOW C. ONTARIO (T-1666-98, juge McKeown, ordonnance en date du 9-10-98, 6 p.)

RENOIS

Requête en vue d'obtenir une ordonnance de renvoi des questions relatives aux montants des dommages-intérêts et des bénéfices, y compris des questions de répartition—Requête rejetée—Même si le renvoi pourrait peut-être raccourcir l'examen préalable, il n'est pas loisible à la Cour de tirer cette conclusion sans disposer d'éléments de preuve—Exigence de preuve d'une certaine économie inévitable, comme celle que permet le report de l'examen préalable après l'exercice du choix entre les dommages-intérêts et les bénéfices, lequel peut maintenant se faire après l'instruction—Application de *VISX Inc. c. Nidek Co.*, [1998] F.C.J. n° 811 (C.A.) où la Cour a dit que les principes directeurs sont bien connus et qu'ils ont été énoncés dans *Depuy (Canada) Ltd. c. Joint Medical Products Corp.* (1996), 67 C.P.R. (3d) 145 (C.A.F.), appliquant la jurisprudence établie sous l'ancienne Règle 480, s'applique sous le régime de la nouvelle règle 107—Par conséquent, les parties à un litige qui veulent qu'il soit statué séparément sur certaines questions doivent prouver que certaines économies d'argent et de temps seront nécessairement réalisées si l'examen préalable et l'instruction sur la question des dommages-intérêts ou des bénéfices sont reportés jusqu'à ce que la question de la responsabilité soit réglée—Le fait que la durée de l'examen préalable et de l'instruction serait raccourcie si les défenderesses ont gain de cause ne suffit pas et, il ne reste à ces dernières qu'à tenter d'obtenir

PRATIQUE—Fin

l'indemnité qui peut leur être accordée en vertu de la Règle 400(3)i)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 400, 480—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 107.

ILLVA SARONNO S.P.A. C. PRIVILEGIATA FABRICA MARASCHINO «EXCELSIOR» (T-1604-95, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 8-9-98, 2 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Contrôle judiciaire de la décision d'un arbitre concluant que les défenderesses avaient droit à une rémunération pour heures supplémentaires lorsqu'elles étaient obligées de travailler plus de huit heures au cours d'une période de vingt-quatre heures—Aux termes de l'art. 169(1)a) du Code canadien du travail, la durée normale du travail d'un employé est de huit heures par jour et quarante heures par semaine—Selon l'art. 174, les heures supplémentaires que doit effectuer un employé donnent lieu à une majoration de salaire—L'art. 170 de cette Loi et l'art. 7a) du Règlement du Canada sur les normes du travail prévoient des exceptions—L'art. 170 permet à l'employeur d'établir un horaire de travail dont la durée est supérieure à la durée prévue à l'art. 169(1)a) si la moyenne hebdomadaire, calculée sur deux semaines ou plus, n'excède pas quarante heures et s'il s'entend par écrit avec le syndicat sur l'horaire—L'art. 7a) prévoit que l'art. 174 de la Loi ne s'applique pas lorsque le régime de travail établi oblige ou autorise l'employé à travailler au-delà de la durée normale du travail à des fins de changement de poste—Devant l'arbitre, les parties ont convenu que la question à trancher portait sur la juste interprétation des mots «changement de poste» de l'art. 7a)—La demanderesse soutient que la conclusion de l'arbitre voulant que les art. 170 et 172 ne soient pas pertinents est manifestement déraisonnable—Avant le début de l'instance en contrôle judiciaire, le juge en chef adjoint Jerome a jugé que lorsqu'un organisme administratif rend une décision au sujet de l'applicabilité d'une disposition législative, une partie devrait pouvoir demander le contrôle judiciaire—Comme le rôle du juge saisi d'une demande de contrôle judiciaire consiste à déterminer si la décision de l'arbitre renferme une erreur, la seule façon de donner effet à la décision est de l'interpréter comme l'obligeant à examiner si l'omission de statuer sur la pertinence de l'art. 170 rend la décision de l'arbitre manifestement déraisonnable—Indépendamment de la position adoptée par les avocats à l'audience devant l'arbitre, pour rendre une décision juste et équitable pour toutes les parties concernées dans une affaire qui établit un précédent d'intérêt général, l'arbitre devrait examiner attentivement l'application possible de l'art. 170—L'omission de le faire rend cette décision manifestement déraisonnable et constitue une erreur susceptible de contrôle judiciaire—La décision de l'arbitre est annulée—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2,

RELATIONS DU TRAVAIL—Suite

art. 169(1)a), 170 (mod. par L.C. 1993, ch. 42, art. 15), 174—Règlement du Canada sur les normes du travail, C.R.C., ch. 986, art. 7a) (mod. par DORS/91-461, art. 7).

A.G.T. LTD. C. GRAHAM (T-286-96, juge Campbell, ordonnance en date du 17-9-98, 7 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision rendue par l'agent régional de sécurité sous le régime de l'art. 146 du Code canadien du travail—L'intimé est un agent de correction employé par le Service correctionnel travaillant à l'établissement pénitentiaire Leclerc de Ville de Laval—En 1997, il a refusé de servir un repas à deux détenus en isolement préventif au motif qu'un autre agent de correction n'était présent pour l'assister—Saisi du cas, un agent de sécurité du Ministère du travail qui se trouvait sur les lieux a conclu qu'il existait un danger au sens de l'art. 128(1)b) du Code, mais pas un «danger inhérent» au sens de l'art. 128(2)b) et a ordonné à l'employeur de procéder à la protection des personnes contre ce danger immédiat—L'agent régional de sécurité a confirmé cette décision—Demande accueillie—La véritable question est de savoir si au moment où l'intimé devait servir les repas des détenus, il existait un danger tel que ce dernier était justifié de refuser de travailler—Examen d'une décision semblable de la Commission des relations de travail dans la Fonction publique dans l'affaire *Stephenson et le Conseil du Trésor (Solliciteur général)*, [1991] C.R.T.F.P.C. n° 70 (QL) où on dit que le Code n'est pas un moyen approprié pour traiter des problèmes de santé et de sécurité dans les établissements pénitentiaires—Sous le régime actuel, le danger doit être réel et immédiat, alors que dans un établissement pénitentiaire, la source du danger, le détenu, est doté d'intelligence et de libre arbitre—En fait, il n'y a de danger que lorsqu'un détenu agit de façon à mettre en danger l'agent de correction—Cette décision a depuis été suivie dans l'affaire *Evans et le Conseil du Trésor (Solliciteur général—Service correctionnel)*, [1991] C.R.T.F.P.C. n° 191 (QL)—Il n'est pas du ressort de l'agent de sécurité ni de celui de l'agent régional de déterminer si la procédure applicable en isolement préventif ou une procédure «particulière» devrait s'appliquer à des détenus que le service correctionnel a relocalisés, faute d'espace en isolement préventif, en pavillon cellulaire régulier—Il en est de même de la cote de sécurité des détenus—Il n'y avait en l'espèce, vu le dossier des détenus, aucune raison pour l'intimé de craindre une agression de la part des détenus—Le risque auquel faisait face l'intimé était nul autre que le risque inhérent à son travail qui, aux termes de l'art. 128(2)b) du Code, ne permettait pas à l'intimé de refuser de travailler—Comme il a été dit dans les affaires *Stephenson et Evans*, le Code n'est pas le véhicule approprié pour régler ce genre de problèmes—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 128(1) (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 4), (2) (mod., *idem*), 146 (mod., *idem*).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. LAVOIE (T-2420-97, juge Nadon, ordonnance en date du 9-9-98, 18 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL—Suite

Appel d'une décision dans laquelle la Section de première instance a rejeté la demande de révocation d'un médiateur-arbitre nommé en vertu de la Loi de 1997 sur le maintien des services postaux—La position du juge des requêtes relativement à la norme applicable pour déterminer s'il existe une crainte raisonnable de partialité de la part du médiateur-arbitre n'est pas correcte, mais l'imprécision dans la formulation de la règle applicable n'a aucune incidence quant au bien-fondé des conclusions générales—Le juge des requêtes a mal interprété en quelque sorte les préceptes à tirer de la série de décisions qui ont suivi l'arrêt *Szilard v. Szasz*, [1955] R.C.S. 3, en laissant entendre que le décideur, en l'espèce, devrait se trouver entre l'extrémité législative et l'extrémité juridictionnelle de l'échelle établie dans l'arrêt *Newfoundland Telephone Co. c. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, pour évaluer des allégations de partialité faites contre les membres des commissions ou des commissions administratives—En l'espèce, le médiateur-arbitre ne joue pas le même rôle qu'un arbitre ordinaire, étant donné qu'il n'est pas appelé à interpréter un contrat, une convention collective

RELATIONS DU TRAVAIL—Fin

existante ou des pratiques commerciales obligatoires ou à statuer sur eux; sa tâche consiste plutôt à établir une convention collective à partir, toutefois, des éléments de preuve qui lui auront été soumis—Il est néanmoins tenu de se conformer à une norme presque aussi sévère que celle à laquelle est tenu un juge dans une affaire civile—La Cour doit trancher la question de savoir si le juge des requêtes a commis une erreur en refusant de reconnaître que certains extraits de la conversation véritable intervenue pouvaient conduire un observateur relativement bien renseigné à raisonnablement percevoir une possibilité sérieuse ou une possibilité réelle de partialité de la part du médiateur-arbitre, que ces extraits soient pris isolément ou collectivement, dans le contexte de la procédure d'arbitrage considérée dans son intégralité—Aussi sévère que soit la norme applicable au médiateur-arbitre, il convient de répondre à cette question par la négative—Loi de 1997 sur le maintien des services postaux, L.C. 1997, ch. 34.

SYNDICAT DES POSTIERS DU CANADA C. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES (A-447-98, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 8-10-98, 3 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