



**Canada
Federal Court
Reports**

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

2000, Vol. 4, Part 2

2000, Vol. 4, 2^e fascicule

Cited as [2000] 4 F.C., 211-478

Renvoi [2000] 4 C.F., 211-478

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

LEGAL STAFF

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

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

PRODUCTION STAFF

Production Manager
LAURA VANIER

Legal Research Editors
LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Publications Specialist
JEAN-PIERRE LEBLANC

Assistant Publications Specialist
DIANE DESFORGES

Internet and CRIS Coordinator
LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant
PIERRE LANDRIAULT

The *Canada Federal Court Reports* are published and the Editor and Advisory Committee appointed pursuant to the *Federal Court Act*. The Reports are prepared for publication by the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs.

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 2000.

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

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

ARRÊTISTES

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

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques
LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Spécialiste des publications
JEAN-PIERRE LEBLANC

Spécialiste adjointe des publications
DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, Internet et SIRC
LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition
PIERRE LANDRIAULT

Le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale* est publié, et son arrêtiste en chef et le comité consultatif nommés conformément à la *Loi sur la Cour fédérale*. Le Recueil est préparé pour la publication par le Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2000.

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

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

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

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

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

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

CONTENTS

Digests D-31

Appeals Noted I

Apotex Inc. v. Canada (Attorney General) (C.A.) . 264

Patents — Validity of Patented Medicines (NOC) Regulations upheld as not *ultra vires* Patent Act, s. 55.2(4) — Latter provision to be construed broadly, not limited to those who have availed themselves of benefits conferred by Act, s. 55.2(1) or (2) in connection with particular medicine in dispute — Within Governor in Council's authority conferred by Act, s. 55.2(4) to provide expressly Regulations apply to submissions made before they came into effect, but not yet decided by Minister.

Practice — Pleadings — Mootness, abuse of process — As Notice of Compliance (NOC) issued to Apotex for norfloxacin, request for order to issue NOC for same drug moot — Furthermore, as appellant had opportunity to challenge validity of Patented Medicines (NOC) Regulations in earlier prohibition proceedings with respect to same drug, Court could have applied *res judicata* and issue estoppel to refuse to permit Apotex to raise it herein — However, proceeding not dismissed as validity of Regulations remaining live issue (NOC issued on basis of single allegation), and declaration of legal status would still serve useful

Continued on next page

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

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

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

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

SOMMAIRE

Fiches analytiques F-37

Appels notés I

Apotex Inc. c. Canada (Procureur général) (C.A.) 264

Brevets — Validité du Règlement sur les médicaments brevetés (ADC) confirmée étant donné qu'il n'est pas *ultra vires* l'art. 55.2(4) de la Loi sur les brevets — Cette dernière disposition doit être interprétée d'une façon libérale et ne s'applique pas uniquement aux personnes qui se sont prévalués des avantages conférés par l'art. 55.2(1) ou (2) de la Loi à l'égard du médicament particulier en cause -- Le gouverneur en conseil était autorisé en vertu de l'art. 55.2(4) de la Loi à prévoir expressément que le Règlement s'appliquait aux présentations qui avaient été faites mais à l'égard desquelles aucune décision n'avait été prise par le ministre, lorsque le Règlement est entré en vigueur.

Pratique — Actes de procédure — Question théorique, abus de procédure — Étant donné qu'un avis de conformité (l'ADC) avait été délivré à Apotex pour la norfloxacin, la demande visant l'obtention d'une ordonnance de délivrance de l'ADC à l'égard de la même drogue n'a plus qu'un intérêt théorique — En outre, étant donné que l'appelante a eu la possibilité de contester la validité du Règlement sur les médicaments brevetés (ADC) dans des procédures d'interdiction antérieures se rapportant à la même drogue, la Cour aurait pu appliquer les notions de chose jugée et d'irrecevabilité à remettre en cause une question pour refuser de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

purpose — Furthermore, in view of uncertainty about Regulations when litigation started, obvious and continuing interest of Apotex in having validity of Regulations determined, and fact parties had prepared full argument on merits, Motions Judge properly exercised discretion not to dismiss proceeding on this ground without getting to merits.

Administrative law — Judicial review — Doctrine of legitimate expectations — Minister's undertaking to consult Canadian Drug Manufacturers Association before Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations enacted at best personal undertaking of political nature not enforceable by Court; in any event, not binding on decision maker, i.e. Governor in Council.

Construction of statutes — Retroactivity — Application of Patented Medicines (NOC) Regulations to new drug submissions in pipeline when 1993 Regulations came into effect did not engage presumption against retroactivity — No vested right abrogated: in absence of clear legislative indication to contrary, no legal right to have application for statutory benefit determined in accordance with eligibility criteria in place when application made.

BC Tel v. Seabird Island Indian Band (T.D.) 350

Native peoples — Lands — Appeal from Band Board of Review's decision appellant subject to taxation by Band for use, occupation of reserve lands over which its fibre optic cable hung — Indian Act, s. 83 permitting bands to tax land, interest in land in reserve — For land to be within reserve, must satisfy definition of "reserve" in s. 2(1) — 1956 order in council authorizing taking of certain reserve lands by province — Application of principles of interpretation, special principles relevant when native interests involved — Federal Crown must display plain, clear intention to extinguish Native right — Separate tests for extinguishment, ascertaining nature of interest taken — As to extinguishment, old Highway Act indicating province's intention to extinguish all interests, transfer to itself fee simple in lands taken for highway purposes — Nothing in 1956 order in council detracting from intention expressed in Highway Act — Use of "take", "lands", "right of way", "administration and control" considered — Reservation of mineral, mining rights, implying absolute transfer of surface

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

permettre à Apotex de soulever la question en l'espèce — Toutefois, les procédures n'ont pas été rejetées étant donné que la validité du Règlement est encore pertinente (ADC délivré sur la base d'une seule allégation) et qu'il serait encore utile de rendre un jugement déclaratoire portant sur la situation juridique — En outre, compte tenu de l'incertitude qui existait au sujet du Règlement au début du litige, de l'intérêt évident et continu d'Apotex, lorsqu'il s'agissait de faire régler la question de la validité du Règlement et du fait que les parties avaient préparé des arguments complets sur le fond, le juge des requêtes a exercé à juste titre son pouvoir discrétionnaire en vue de ne pas rejeter la procédure pour ce motif sans examiner l'affaire au fond.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Doctrine de l'expectative légitime — L'engagement que le ministre avait pris de consulter l'Association canadienne des fabricants de produits pharmaceutiques avant la prise du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) est au mieux un engagement personnel de nature politique qui n'est pas exécutoire devant une cour; de toute façon, il ne lie pas le décideur, c'est-à-dire le gouverneur en conseil.

Interprétation des lois — Rétroactivité — L'application du Règlement sur les médicaments brevetés (ADC) aux présentations de drogue nouvelle en cours de traitement lorsque le Règlement de 1993 a pris effet ne mettait pas en cause une présomption à l'encontre de la rétroactivité — Aucun droit acquis n'a été abrogé: en l'absence d'une indication législative contraire claire, personne n'a le droit légal de faire trancher une demande visant l'obtention d'un avantage conféré par la loi conformément aux critères d'admissibilité qui s'appliquaient au moment du dépôt de la demande.

BC Tel c. Bande indienne de Seabird Island (1^{re} inst.) 350

Peuples autochtones — Terres — Appel de la décision de la commission de révision de la bande indienne, qui a conclu que l'appelante était assujettie à l'imposition d'une taxe par la bande pour ce qui est de l'usage et de l'occupation des terres de la réserve au-dessus desquelles le câble de fibre optique de l'appelante est suspendu — L'art. 83 de la Loi sur les Indiens permet aux bandes de taxer les immeubles situés dans leur réserve ainsi que les droits sur ceux-ci — Pour qu'une parcelle de terrain soit située dans une réserve, elle doit être visée par la définition du mot «réserve» contenue à l'art. 2(1) — Le décret de 1956 permettait la prise de possession de certaines terres de la réserve par la province — Application des principes d'interprétation et des principes spéciaux pertinents en matière de droits autochtones — La Couronne fédérale doit démontrer une intention claire et expresse en faveur de l'extinction des droits autochtones — Les critères relatifs à l'extinction et à la nature du droit retiré doivent être appliqués séparément — En ce qui a trait à l'extinction, l'ancienne Highway Act

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

rights — Payment of lump sum implying absolute transfer — What province sought to acquire, federal Crown intended to transfer — Province acquired absolute title to surface of land — As not exercising any powers in corridor lands, Band not retaining sufficient interest to tax use thereof.

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

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Appellant denied refugee status by virtue of Convention, Art. 1F(b) — Convention, Art. 1F(b) not applicable to refugee claimant who has been convicted of crime committed outside Canada and has served sentence prior to coming here — Persons such as appellant entitled to have refugee claim heard unless declared danger to Canadian public.

Del Zotto v. M.N.R. (C.A.) 321

Judges and Courts — Appeal from dismissal of application for judicial review of decision of hearing officer under Income Tax Act, s. 231.4 — Prior to appointment to Court, F.C.T.D. Judge partner in law firm acting for appellant Del Zotto — Logged 0.4 hours on file — Del Zotto since changing counsel — Cases suggesting fact judge hearing case in which firm was involved not raising reasonable apprehension of bias were ones where no direct, indirect involvement by judge in matter when at firm — In abundance of caution, appeal allowed notwithstanding Judge's involvement minimal, peripheral, six years before heard application — Under Federal Court Act, s. 52(b)(i), judicial review application dismissed.

Income tax — Appeal from dismissal of application for judicial review of decision of hearing officer under Income

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

indique clairement l'intention de la province d'éteindre tout droit et de se transférer la pleine propriété relativement aux terrains pris en possession pour les fins d'une route — Rien dans le décret de 1956 ne permet de douter de cette intention — Les termes «prise de possession», «terres», «droit de passage» et «d'administration et du contrôle» ont été examinés — La séparation des droits miniers des droits de superficie signifie implicitement le transfert de la propriété absolue des droits de superficie — Le versement d'un paiement forfaitaire laisse entendre que la propriété absolue a été cédée — La Couronne fédérale avait l'intention de céder ce que la province désirait acquérir — La province a reçu le titre absolu relativement au droit de superficie des terres — Comme elle n'a pas exercé ses pouvoirs à l'égard des terres situées dans le corridor, la bande n'a pas conservé un droit suffisant dans les terres lui permettant de taxer leur utilisation.

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

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — La demande de statut de réfugié de l'appellant a été refusée en application de l'art. 1F(b) de la Convention — L'art. 1F(b) la Convention ne s'applique pas aux revendicateurs du statut de réfugié qui ont été déclarés coupables d'avoir commis un crime à l'étranger et ont purgé leur peine avant de venir au Canada — Les personnes se trouvant dans la situation de l'appellant ont le droit de revendiquer le statut de réfugié, à moins qu'on déclare qu'elles constituent un danger pour le public au Canada.

Del Zotto c. M.R.N. (C.A.) 321

Juges et tribunaux — Appel du rejet d'une demande de contrôle judiciaire de la décision d'un président d'enquête nommé en vertu de l'art. 231.4 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Avant d'être nommé à la Cour, le juge de la Section de première instance de la Cour fédérale était associé au cabinet qui agissait pour l'appellant M. Del Zotto — Il a effectué 0,4 heure de travail sur le dossier — M. Del Zotto a changé d'avocat depuis — Dans certains arrêts selon lesquels le fait qu'un juge entende une affaire dans laquelle son cabinet était en cause ne donne pas lieu à une crainte raisonnable de partialité, le juge ne s'était pas occupé du dossier, que ce soit directement ou indirectement, lorsqu'il travaillait au cabinet en question — La Cour accueille l'appel avec la plus grande prudence en dépit du fait que la participation du juge a été minimale et d'importance secondaire et qu'il a effectué du travail dans le dossier six ans avant d'avoir entendu la demande — Compte tenu de l'art. 52(b)(i) de la Loi sur la Cour fédérale, la demande de contrôle judiciaire est rejetée.

Impôt sur le revenu — Appel du rejet d'une demande de contrôle judiciaire de la décision d'un président d'enquête

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Tax Act, s. 231.4 permitting Minister to authorize inquiry with reference to anything relating to administration, enforcement of Act — In alleging terms of reference too broad, appellants seeking to challenge terms of reference, but that decision not subject of judicial review — Prior disclosure of names of witnesses, subject-matter of evidence, documents not required by statute, procedural fairness, although within hearing officer's discretion to require — Statutory right to representation by counsel not implying right to cross-examine witnesses — No authority for proposition subpoena expiring with passage of time — Open to hearing officer to order prior disclosure of questions to be asked if necessary to efficacy of inquiry — Noble's counsel not wrongly excluded — Inquiry private to assist in efficacy of investigation — Right to have counsel present not converting inquiry into public investigation at taxpayer's discretion.

Donovan v. Canada (Attorney General) (C.A.) 373

Income tax — Reassessment — Vacating reassessment — Appeal from T.C.C. decision dismissing appeal from reassessments involving income received, not reported — Appellant arguing wrongs committed against him should be considered cumulatively as sufficient grounds to vacate reassessments — For reassessment to be vacated, conduct must be flagrant, egregious violation of appellant's rights; lesser remedy of exclusion of evidence must be inadequate to vindicate Charter violation; illegally obtained evidence must be so fundamental to reassessments they cannot be sustained without it — Cumulative effect of wrongs not so flagrant, egregious as to support extreme remedy of vacating reassessments in light of minimal importance of additional evidence obtained by violations — Not unfair to force appellant to go to trial as Crown having reasonable chance of proving case on basis of legally obtained evidence.

Constitutional Law — Charter of Rights — Enforcement — Charter, s. 24(2) permitting exclusion of evidence obtained in violation of Charter rights, freedoms where admission would bring administration of justice into disrepute — Appellant in income tax reassessment case submitting

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

nommé en vertu de l'art. 231.4 de la Loi de l'impôt sur le revenu permettant au ministre d'autoriser une personne à faire une enquête sur quoi que ce soit qui se rapporte à l'application et l'exécution de la Loi — En alléguant que le mandat est trop général, les appelants cherchent à contester celui-ci, mais cette décision n'était pas visée par la demande de contrôle judiciaire — La communication au préalable du nom des témoins, de l'objet de leur témoignage et des documents n'est pas exigée par la Loi ou par l'équité procédurale, bien que le président d'enquête ait le pouvoir discrétionnaire de l'exiger — Le droit reconnu par la loi d'être représenté par un avocat ne comporte pas le droit de contre-interroger les témoins — Aucun arrêt selon lequel une assignation prend fin avec le temps — Il est loisible au président d'enquête d'ordonner la communication préalable de questions qui doivent être posées si cela est nécessaire pour assurer l'efficacité de l'enquête — L'avocat de M. Noble n'a pas été exclu à tort — L'enquête est privée pour assurer l'efficacité de celle-ci — Le droit à la présence d'un avocat n'a pas pour effet de transformer l'enquête, au gré du contribuable, en une enquête publique.

Donovan c. Canada (Procureur général) (C.A.) . . . 373

Impôt sur le revenu — Nouvelle cotisation — Annulation de la nouvelle cotisation — Appel d'une décision de la C.C.I. qui a rejeté l'appel interjeté des nouvelles cotisations établies mettant en cause des revenus qui ont été touchés, mais qui n'ont pas été déclarés — L'appelant soutient que les actes répréhensibles qui ont été commis à son égard constituent, de façon cumulative, des motifs suffisants pour justifier l'annulation des nouvelles cotisations — Pour que les nouvelles cotisations soient annulées, la conduite doit constituer une violation flagrante et inacceptable des droits de l'appelant; la mesure de redressement plus légère que constitue l'annulation de la preuve doit être inadéquate quant à la violation de la Charte; les éléments de preuve obtenus illégalement doivent être tellement essentiels aux nouvelles cotisations que celles-ci ne pouvaient pas être maintenues sans eux — Pris ensemble, les quatre actes répréhensibles n'étaient pas flagrants et inacceptables au point de justifier la mesure de réparation extrême que constitue l'annulation de ces nouvelles cotisations, compte tenu de l'importance minimale des éléments de preuve additionnels obtenus au moyen de ces violations — Il n'est pas injuste envers l'appelant de l'obliger à aller en procès, parce que la Couronne est vraisemblablement capable de prouver ses prétentions au moyen d'éléments de preuve obtenus légalement.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — L'art. 24(2) de la Charte permet que des éléments de preuve soient écartés lorsqu'ils ont été obtenus d'une manière qui porte atteinte aux droits ou libertés garantis par la Charte si leur admission est susceptible de déconsidérer l'adminis-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

cumulative effect of wrongs committed against him sufficient basis to exclude evidence pursuant to s. 24(2) — (1) That auditor filing appellant's return without authorization not serious violation of rights — (2) That auditors cooperating with criminal investigators without appellant's knowledge not warranting exclusion of evidence herein — S.C.C. test for exclusion of evidence pursuant to s. 24(2), articulated in criminal context — Courts excluding such tainted evidence in criminal proceedings — But discretion to exclude evidence used with more restraint in civil matters — (3) Search warrants issued under Income Tax Act, s. 231.3 unconstitutional pursuant to subsequent S.C.C. decision — Although search pursuant thereto serious, unreasonable, not in bad faith — Admission of resulting evidence not bringing administration of justice into disrepute — (4) But subsequent search pursuant to new warrant obtained based on incomplete information unreasonable, would bring administration of justice into disrepute — T.C.C. decision varied to exclude new evidence related to income obtained pursuant to second warrant.

Haghighi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (C.A.) 407

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent residents — Humanitarian and Compassionate considerations — Since S.C.C. decision in *Baker*, content of duty of fairness owed by immigration officers deciding inland humanitarian and compassionate applications no longer minimal, requiring applicant be fully informed of PCDO's risk assessment report, and be permitted to comment on it, even if report based on information submitted by or reasonably available to applicant.

Administrative law — Judicial review — *Certiorari* — Content of duty of procedural fairness in disposition of applications to remain in Canada on humanitarian and compassionate grounds pursuant to Immigration Act, s. 114(2) no longer minimal in view of S.C.C. decision in *Baker*.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

tration de la justice — Dans cette affaire concernant une nouvelle cotisation relative à l'impôt sur le revenu, l'appelant soutient que l'effet cumulatif des actes répréhensibles commis à son égard constitue un motif suffisant pour exclure des éléments de preuve en application de l'art. 24(2) — 1) La production par le vérificateur de la déclaration de revenu de l'appelant sans son consentement ne constitue pas une violation grave de ses droits — 2) Le fait qu'il y ait eu, à l'insu de l'appelant, collaboration entre les vérificateurs et les enquêteurs en matière criminelle ne justifie pas l'exclusion des éléments de preuve en l'espèce — Le critère établi par la C.S.C. pour l'exclusion des éléments de preuve aux termes de l'art. 24(2) a été énoncé en contexte criminel — Les tribunaux ont exclu des éléments de preuve entachés d'un tel vice dans le cadre de poursuites criminelles -- Cependant, le pouvoir discrétionnaire d'exclure des éléments de preuve doit être exercé avec plus de retenue dans les instances civiles — 3) Les mandats de perquisition décernés en vertu de l'art. 231.3 de la Loi de l'impôt sur le revenu ont été déclarés inconstitutionnels par suite d'une décision rendue subséquemment par la C.S.C. — Même si la perquisition effectuée en vertu de ces mandats est sérieuse et abusive, elle n'a pas été effectuée de mauvaise foi -- L'admission des éléments de preuve qui en résultent ne déconsidère pas l'administration de la justice — 4) Cependant, les perquisitions effectuées subséquemment en vertu des nouveaux mandats qui ont été décernés sur la foi de renseignements incomplets sont abusives et déconsidéreraient l'administration de la justice — La décision de la C.C.I. est modifiée de façon à exclure les nouveaux éléments de preuve qui ont été obtenus conformément au second mandat.

Haghighi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.A.) 407

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Raisons d'ordre humanitaire — Depuis la décision de la C.S.C. dans *Baker*, le contenu de l'obligation d'équité procédurale incombant aux agents d'immigration se prononçant sur les demandes présentées au Canada et fondées sur des raisons d'ordre humanitaire n'est plus minimal et exige que le demandeur soit informé de l'ensemble du contenu du rapport d'évaluation des risques de l'ARRR et qu'il lui soit permis de faire des observations au sujet de ce rapport, même dans les cas où le rapport est fondé sur des renseignements qui sont fournis par lui ou qui lui sont raisonnablement accessibles.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — Le contenu de l'obligation d'équité procédurale dans les cas où il est statué sur une demande de permission de rester au Canada pour des raisons d'ordre humanitaire en vertu de l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration n'est plus minimal à la lumière de la décision rendue par la C.S.C. dans *Baker*.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Johns Manville International, Inc. v. Deputy M.N.R., Customs and Excise (C.A.) 404

Customs and Excise — Customs Act — Cross-appeal from order requiring disclosure of information supplied by appellant contained in Minister's Detailed Adjustment Statement pursuant to Customs Act, s. 108(3) — S. 108(3) permitting disclosure of any book, record, writing, other document obtained for purpose of Customs Act, Tariff to person by or on behalf of whom book, record, writing or other document provided — Distinction between disclosure of information in s. 108(1), disclosure in s. 108(3) — S. 108(3) not authorizing disclosure of information herein as not "book, record, writing or other document" — Order based on misinterpretation of s. 108(3), quashed in entirety.

Royal Bank of Scotland plc. v. Golden Trinity (The) (T.D.) 211

Practice — Affidavits — Scope of cross-examination on affidavits of claim in proceeding to determine priorities to ship sale proceeds — Extent of deponent's duty to seek information in case of corporate affidavit — Extent of production of documents on which deponents of affidavits might be cross-examined.

Maritime law — Practice — Scope of cross-examination on affidavits of claim in proceeding to determine priorities to ship sale proceeds — Extent of deponent's duty to seek information in case of corporate affidavit — Extent of production of documents on which deponents of affidavits might be cross-examined.

Sadeghi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (C.A.) 337

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent residents — Appeal from dismissal of application for judicial review of visa officer's second refusal of application for permanent residence based on exercise of discretion under Immigration Regulations, 1978, s. 11(3)(b) — Application first refused on ground insufficient units of assessment, but error in calculation and that appellant having 2 more points than normally required later acknowledged — S. 11(3)(b) extraordinary power intended for exceptional cases — Not providing visa officers with general discretion to revisit assessment — In exercising power under s. 11(3)(b) after appellant satisfying selection criteria, visa

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Johns Manville International, Inc. c. Sous-ministre M.R.N., Douanes et accise (C.A.) 404

Douanes et accise — Loi sur les douanes — Appel incident d'une ordonnance exigeant, en application de l'art. 108(3) de la Loi sur les douanes, la communication de renseignements fournis par l'appelante et mentionnés dans le relevé détaillé de réajustement du ministre — L'art. 108(3) permet la communication de tout livre, dossier, écrit ou autre document obtenu pour l'application de la Loi sur les douanes ou du Tarif à la personne par qui ou au nom de qui le livre, dossier, écrit ou autre document a été fourni — Distinction entre la communication de renseignements prévue à l'art. 108(1) et celle prévue à l'art. 108(3) — L'art. 108(3) n'autorise pas la communication des renseignements en l'espèce puisqu'il ne s'agit pas de «livre, dossier, écrit ou autre document» — L'ordonnance étant fondée sur une fausse interprétation de l'art. 108(3), elle a été annulée en entier.

Royal Bank of Scotland plc. c. Golden Trinity (Le) (1^{re} inst.) 211

Pratique — Affidavits — Portée du contre-interrogatoire sur les affidavits de réclamation dans le cadre d'une procédure visant à faire déterminer l'ordre de priorité pour la répartition du produit de la vente d'un navire — Étendue de l'obligation du déclarant de s'informer dans le cas d'un affidavit de société — Étendue de la production de documents sur lesquels les auteurs des affidavits peuvent être contre-interrogés.

Droit maritime — Pratique — Portée du contre-interrogatoire sur les affidavits de réclamation dans le cadre d'une procédure visant à faire déterminer l'ordre de priorité pour la répartition du produit de la vente d'un navire — Étendue de l'obligation du déclarant de s'informer dans le cas d'un affidavit de société — Étendue de la production de documents sur lesquels les auteurs des affidavits peuvent être contre-interrogés.

Sadeghi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.A.) 337

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Appel du rejet d'une demande de contrôle judiciaire du deuxième rejet par l'agente des visas de la demande de résidence permanente dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 11(3)(b) du Règlement sur l'immigration de 1978 — La demande a été rejetée pour la première fois au motif que l'appellant n'avait pas obtenu suffisamment de points d'appréciation, mais on a reconnu ultérieurement qu'une erreur de calcul avait été commise et que l'appellant avait 2 points de plus que le nombre de points normalement requis — L'art. 11(3)(b) confère un pouvoir extraordinaire s'appliquant aux cas exceptionnels —

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

officer depriving appellant of legitimate expectation visa would be issued — Visa officer should have explained concerns to appellant permitting him to respond.

Administrative law — Judicial review — *Certiorari* — Appeal from dismissal of application for judicial review of visa officer's second refusal of application for permanent residence — Subsequent to refusal of application on ground insufficient units of assessment, visa officer acknowledging error and that appellant having more points than normally required — Exercising discretion under Immigration Regulations, 1978, s. 11(3)(b) to refuse application — In so doing when appellant satisfying selection criteria, visa officer depriving appellant of legitimate expectation would be issued visa — Decisions removing legitimate expectation of receiving benefit typically attracting greater procedural protection than those where discretion is at large — Visa officer breaching duty of fairness.

Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance) (C.A.) 426

Practice — Affidavits — Cross-appeal from order granting leave to file supplementary affidavit, additional documents describing environmental assessment undertaken under Chinese laws — Litigation seeking judicial review of federal government's decision to provide financial assistance for sale, construction of nuclear reactors in China without subjecting project to environmental assessment in accordance with Canadian Environmental Assessment Act (CEAA), s. 5(1)(b) — *Sierra Club seeking declaration construction in China subject to environmental assessment in accordance with Canadian legislation — Atomic Energy of Canada Limited (AECL), government respondents submitting either CEAA not applicable, or relying on statutory defences under ss. 8, 54 — Documents technical, voluminous — Cross-appeal dismissed — Documents relevant to AECL's defence under s. 54(2)(b) exemption from processes otherwise required by Act where arrangements between countries that environmental assessment consistent with CEAA to be conducted — Sufficient to demonstrate relevance to any one issue — Documents also potentially relevant to exercise of Court's discretion to refuse remedy (i.e. order quashing decision to grant financial assistance) — If defence established, purpose of CEAA met, wasteful to require another assessment — Discretionary remedies not granted if serve no useful purpose — Benefit intervener of being able to file documents, assistance will*

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Il n'accorde pas aux agents des visas un pouvoir discrétionnaire général leur permettant de réviser leur appréciation — Dans l'exercice du pouvoir que lui confère l'art. 11(3)(b), l'agente des visas a privé l'appelant de son attente légitime selon laquelle, comme il avait rempli les critères de sélection prévus, il obtiendrait un visa — L'agente des visas aurait dû expliquer à l'appelant ses réserves et lui permettre d'y répondre.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — Appel du rejet d'une demande de contrôle judiciaire du deuxième rejet par l'agente des visas de la demande de résidence permanente — Après avoir rejeté la demande au motif que l'appelant n'avait pas obtenu suffisamment de points d'appréciation, l'agente des visas a reconnu qu'une erreur avait été commise et que l'appelant avait plus de points que le nombre de points normalement requis — Elle a exercé son pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 11(3)(b) du Règlement sur l'immigration de 1978 et rejeté la demande — Ce faisant, l'agente des visas a privé l'appelant de son attente légitime selon laquelle, comme il avait rempli les critères de sélection prévus, il obtiendrait un visa — Les décisions qui frustrent une personne de son attente légitime de recevoir un bénéfice attirent généralement une plus grande protection sur le plan de la procédure que celles où le pouvoir discrétionnaire est général — L'agente des visas a manqué à son obligation d'équité.

Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances) (C.A.) 426

Pratique — Affidavits — Appel incident d'une ordonnance accordant l'autorisation de déposer un affidavit supplémentaire et de nouveaux documents décrivant l'évaluation environnementale entreprise en vertu des lois chinoises — La demande porte sur le contrôle judiciaire de la décision du gouvernement fédéral de fournir une aide financière en vue de la vente à la Chine de réacteurs nucléaires et de leur construction, sans soumettre le projet à une évaluation environnementale en vertu de l'art. 5(1)(b) de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (LCÉE) — Le Sierra Club demande une déclaration portant que la construction en Chine doit être soumise à une évaluation environnementale en vertu de la loi canadienne — Énergie atomique du Canada Limitée (ÉACL) et le gouvernement, intimés, soutiennent que la LCÉE ne s'applique pas et que, si elle s'applique, ils ont des moyens de défense valables en vertu des art. 8, 54 — Les documents sont techniques et volumineux — L'appel incident est rejeté — Les documents sont pertinents dans le cadre de la défense présentée par ÉACL en vertu de l'exemption prévue à l'art. 54(2)(b), qui prévoit l'équivalence des processus prévus à la Loi lorsque des ententes sont prises entre pays pour la tenue d'une évaluation environnementale compatible avec la LCÉE — Il suffit de démontrer la pertinence quant à une des questions en litige — Les documents sont aussi potentiellement pertinents quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

provide to Court, outweighing any prejudice to applicant as result of delay.

Practice — Confidentiality Orders — Appeal from refusal to grant confidentiality order with respect to documents describing environmental assessment undertaken under Chinese laws — Documents allegedly containing commercially sensitive information — Prepared by or with assistance of Chinese — Litigation seeking judicial review of federal government's decision to provide financial assistance for sale, construction of nuclear reactors in China without subjecting project to environmental assessment in accordance with Canadian Environmental Assessment Act — Appeal dismissed (Robertson J.A. dissenting) — Having considered nature of litigation, extent of public interest in openness of proceedings, Motions Judge not giving public interest factor undue weight even though confidentiality claimed for only three documents, and content highly technical — Openness, public participation in assessment process of fundamental importance in CEAA — Motions Judge attaching too much weight to "voluntariness" of AECL's introduction of documents, but not vitiating decision because (1) in this case great weight attached to openness; (2) summaries may somewhat compensate for absence of originals; (3) claim for confidentiality based on fear of loss of business towards low end of confidential spectrum — Motions Judge not required to inspect documents before considering confidentiality request given volume, complexity, availability of summaries.

Judges and Courts — Open justice — Appeal from refusal to grant confidentiality order for documents describing environmental assessment undertaken under Chinese laws — Documents prepared by or with assistance of Chinese — Litigation seeking judicial review of federal government's decision to provide financial assistance for sale, construction of nuclear reactors in China without subjecting project to environmental assessment in accordance with Canadian Environmental Assessment Act — Openness, public participation in assessment process of fundamental importance in Act — Although commercial interests of AECL directly implicated in outcome of litigation, focus of application

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

tionnaire de la Cour de refuser d'accorder une réparation (c.-à-d. une ordonnance annulant la décision de fournir une aide financière) — Si le moyen de défense est démontré, l'objectif de la LCÉE est atteint et ce serait du gaspillage d'exiger une autre évaluation — Les réparations discrétionnaires ne sont pas accordées lorsqu'elles ne servent pas une fin utile — L'avantage pour l'intervenante d'une autorisation de déposer les documents, ainsi que pour la Cour dans son examen, compense tout préjudice qui pourrait être causé à la demanderesse par le retard.

Pratique — Ordonnances de confidentialité — Appel du refus d'accorder une ordonnance de confidentialité au sujet des documents décrivant l'évaluation environnementale entreprise en vertu des lois chinoises — Les documents sont allégués contenir des renseignements commerciaux délicats — Ils ont été préparés par les Chinois ou avec leur aide — La demande porte sur le contrôle judiciaire de la décision du gouvernement fédéral de fournir une aide financière en vue de la vente à la Chine de réacteurs nucléaires et de leur construction, sans soumettre le projet à une évaluation environnementale en vertu de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale — Appel rejeté (juge Robertson, J.C.A., dissident) — Après examen de la nature du litige et évaluation de l'intérêt du public à la publicité du processus judiciaire, le juge des requêtes n'a pas accordé trop d'importance à ce facteur, même si la confidentialité n'est demandée que pour trois documents dont le contenu est très technique — La transparence du processus d'évaluation et la participation du public ont une importance fondamentale dans le cadre de la LCÉE — Le juge des requêtes a donné trop de poids au fait que ÉACL voulait déposer les documents «volontairement», erreur qui n'entache pas sa décision du fait que 1) en l'instance, une très grande importance doit être accordée à la publicité; 2) un résumé des rapports peut dans une certaine mesure compenser l'absence des originaux; 3) la demande de confidentialité reposant sur la crainte de perdre des occasions d'affaires se situe au bas de l'échelle de la confidentialité — Le juge des requêtes n'était pas tenu d'examiner les documents avant d'examiner la demande d'ordonnance de confidentialité, compte tenu de leur volume, de leur complexité et du fait qu'ils étaient disponibles sous forme de précis.

Juges et tribunaux — Publicité du processus judiciaire — Appel du refus d'accorder une ordonnance de confidentialité au sujet des documents décrivant l'évaluation environnementale entreprise en vertu des lois chinoises — Les documents ont été préparés par les Chinois ou avec leur aide — La demande porte sur le contrôle judiciaire de la décision du gouvernement fédéral de fournir une aide financière en vue de la vente à la Chine de réacteurs nucléaires et de leur construction, sans soumettre le projet à une évaluation environnementale en vertu de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale — La transparence du processus d'évaluation et la participation du public ont une importance

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

alleged breach of statutory duty — Having considered nature of litigation, extent of public interest in openness of proceedings, Motions Judge not giving public interest factor undue weight.

Zündel v. Canada (Human Rights Commission) (C.A.) 255

Administrative law — Judicial review — Appeal from F.C.T.D. decision allowing applications for judicial review of two evidentiary rulings made by CHRT — Whether applications premature — Rulings made during tribunal's proceedings should not be challenged until latter completed as applications for judicial review may ultimately be unnecessary — Unnecessary delays, expenses resulting from judicial review of such rulings could bring administration of justice into disrepute — Judicial review of 53 rulings made by tribunal would delay hearing unduly — Word "decision" in Federal Court Act, s. 18.1(2) not referring to every interlocutory decision made by tribunal — Time period prescribed in s. 18.1(2) starts running when final decision rendered.

Zündel v. Citron (C.A.) 225

Administrative law — Judicial review — CHRT panel appointed to hear complaints against respondent Zündel following publication of pamphlet on Web site — Pamphlet, called "Did Six Million Really Die?" same that led to 1988 press release issued by Ontario Human Rights Commission — Ms. Devins, one of CHRT members had been member of Commission applauding verdict when Zündel convicted of publishing false statements denying Holocaust — Zündel seeking to dismiss complaints on basis Ms. Devins subject to reasonable apprehension of bias — Motion dismissed by CHRT — Motions Judge finding reasonable apprehension of bias — Press release not addressing same issue as complaint before CHRT — Number of errors made by Motions Judge — "Corporate taint" doctrine rejected — Motions Judge further erred in holding, if reasonable apprehension of bias existed, CHRT could continue hearing.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

fondamentale dans le cadre de la Loi — Même si les intérêts commerciaux d'ÉACL sont directement mis en cause dans ce litige, la demande porte sur l'allégation de manquement aux obligations découlant de la loi — Après examen de la nature du litige et évaluation de l'intérêt du public à la publicité du processus judiciaire, le juge des requêtes n'a pas accordé trop d'importance à ce facteur.

Zündel c. Canada (Commission des droits de la personne) (C.A.) 255

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Appel interjeté contre une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale accueillant les demandes de contrôle judiciaire de deux décisions rendues par le TCDP en matière de preuve — Il s'agit de savoir si les demandes étaient prématurées — Les décisions rendues dans le cours d'une instance devant un tribunal ne devraient pas être contestées tant que cette dernière n'a pas été menée à terme étant donné que les demandes de contrôle judiciaire peuvent en fin de compte être inutiles — Les retards et frais inutiles associés au contrôle judiciaire de pareilles décisions peuvent avoir pour effet de jeter le discrédit sur l'administration de la justice — Le contrôle judiciaire des 53 décisions rendues par le Tribunal retarderait l'audience pour une période déraisonnablement longue — Le mot «décision» figurant à l'art. 18.1(2) de la Loi sur la Cour fédérale ne se rapporte pas à toutes les décisions interlocutoires qu'un tribunal rend — Le délai prescrit à l'art. 18.1(2) ne commence à courir que lorsque la décision finale a été rendue.

Zündel c. Citron (C.A.) 225

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Une formation du TCDP avait été désignée en vue d'entendre des plaintes déposées contre l'intimé Zündel à la suite de la publication d'une brochure sur un site Web — La brochure, intitulée «*Did Six Million Really Die?*» était celle même qui avait entraîné la publication d'un communiqué de presse par la Commission ontarienne des droits de la personne en 1988 — M^{me} Devins, qui était l'un des membres du TCDP, avait été membre de la Commission, qui avait accueilli favorablement le verdict lorsque Zündel avait été reconnu coupable d'avoir publié de fausses déclarations niant l'existence de l'holocauste — Zündel a sollicité le rejet des plaintes en alléguant qu'il existait des craintes raisonnables de partialité à l'égard de M^{me} Devins — Le TCDP a rejeté la requête — Le juge des requêtes a conclu à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité — Le communiqué de presse ne traitait pas de la même question que la plainte dont le TCDP avait été saisi — Un certain nombre d'erreurs ont été commises par le juge des requêtes — La doctrine de la «partialité collective» a été rejetée — Le juge des requêtes a en outre commis une erreur en statuant que, s'il existait une crainte raisonnable de partialité, le TCDP pouvait poursuivre l'audience.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Human rights — Zündel convicted of wilfully publishing pamphlet likely to cause injury, mischief to public interest contrary to Criminal Code, s. 177 — Conviction overturned by S.C.C. as Code, s. 177 infringing Charter — CHRT inquiring into complaints Web site operated by Zündel likely to expose people to hatred, contempt contrary to CHRA, s. 13(1) — One of CHRT members had been member of Ontario Human Rights Commission that previously issued press release applauding Zündel's conviction — Whether subject to reasonable apprehension of bias — Press release not addressing same issue as complaint before CHRT — Related to charge under Criminal Code, s. 177 to which truth defence — CHRA, s. 13 providing no defence, even if discriminatory statement truthful — Impugned statement should not be attributed to member in question.

SOMMAIRE (Fin)

Droits de la personne — Zündel a été reconnu coupable d'avoir volontairement publié une brochure qui était de nature à causer une atteinte ou du tort à l'intérêt public, en violation de l'art. 177 du Code criminel — La déclaration de culpabilité a été infirmée par la C.S.C. pour le motif que l'art. 177 du Code violait la Charte — Le TCDP a enquêté sur des plaintes selon lesquelles le site Web exploité par Zündel était susceptible d'exposer des gens à la haine ou au mépris en violation de l'art. 13(1) de la LCDP — L'un des membres du TCDP avait été membre de la Commission ontarienne des droits de la personne qui avait publié le communiqué de presse dans lequel elle accueillait favorablement la déclaration de culpabilité prononcée contre Zündel — Il s'agit de savoir si cela donnait lieu à une crainte raisonnable de partialité — Le communiqué de presse ne traitait pas de la même question que la plainte dont le TCDP avait été saisi — Il se rapportait à une accusation fondée sur l'art. 177 du Code criminel, à laquelle un moyen de défense fondé sur la véracité pouvait être opposé — L'art. 13 de la LCDP ne prévoit aucun moyen de défense, même si la déclaration discriminatoire est exacte — La déclaration contestée ne devrait pas être attribuée au membre en question.

FEDERAL COURT OF CANADA

RECENT JUDICIAL APPOINTMENT

The Honourable Edmond P. Blanchard was appointed to the Trial Division October 5, 2000.

COUR FÉDÉRALE DU CANADA

NOMINATION RÉCENTE

L'honorable Edmond P. Blanchard a été nommé à la Section de première instance le 5 octobre 2000.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Gerle Gold Ltd. v. Golden Rule Resources Ltd., [1999] 2 F.C. 630 (T.D.), has been reversed on appeal (A-178-99). The reasons for judgment, handed down 25/9/00, will be published in the *Federal Court Reports*.

SUPREME COURT OF CANADA

Musqueam Indian Band v. Glass, [1999] 2 F.C. 138 (C.A.), was reversed by a decision dated 9/11/00, and will be published in the *Supreme Court Reports*.

Applications for Leave to Appeal

Autobus Thomas Inc. v. Canada, A-606-98, Marceau J.A., judgment dated 19/1/00 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. granted, 12/10/00.

Biderman v. Canada, [2000] 3 F.C. D-6 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 19/10/00.

Canada (Attorney General) v. Marinos, [2000] 4 F.C. 98 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 9/11/00.

Devinat v. Canada (Immigration and Refugee Board), [2000] 2 F.C. 212 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 12/10/00.

Kajat v. Arctic Taglu (The), [2000] 3 F.C. 96 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 12/10/00.

Pérusse v. M.N.R., [2000] 3 F.C. D-28 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 12/10/00.

Rosen v. Canada, A-519-99, Malone J.A., judgment dated 31/3/00 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 9/11/00.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Gerle Gold Ltd. c. Golden Rule Resources Ltd.*, [1999] 2 C.F. 630 (1^{re} inst.), a été infirmée en appel (A-178-99). Les motifs du jugement, prononcés le 25-9-00, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Bande indienne de Musqueam c. Glass, [1999] 2 C.F. 138 (C.A.), a été infirmé par une décision en date du 9-11-00, qui sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Demandes d'autorisation de pourvoi

Autobus Thomas Inc. c. Canada, A-606-98, le juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 19-1-00 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, 12-10-00.

Biderman c. Canada, [2000] 3 C.F. F-12 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 19-10-00.

Canada (Procureur général) c. Marinos, [2000] 4 C.F. 98 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 9-11-00.

Devinat c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié), [2000] 2 C.F. 212 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 12-10-00.

Kajat c. Arctic Taglu (L'), [2000] 3 C.F. 96 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 12-10-00.

Pérusse c. M.R.N., [2000] 3 C.F. F-23 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 12-10-00.

Rosen c. Canada, A-519-99, le juge Malone, J.C.A., jugement en date du 31-3-00 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 9-11-00

Siemens Westinghouse Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services), [2000] 4 F.C. D-49 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 12/10/00.

Smithkline Beecham Animal Health Inc. v. Canada, A-721-99, Sharlow J.A., judgment dated 11/2/00 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 12/10/00.

Taylor v. Canada (Attorney General), [2000] 3 F.C. 298 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 12/10/00.

Thangarajan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 4 F.C. 167 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 12/10/00.

Thomas & Betts, Ltd. v. Panduit Corp., [2000] 3 F.C. 3 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 12/10/00.

Thyssen Canada Ltd. v. Mariana (The), [2000] 3 F.C. 398 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 9/11/00.

Wewayakum Indian Band v. Wewayakai Indian Band, [2000] 1 F.C. D-28 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. granted, 12/10/00.

Siemens Westinghouse Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux), [2000] 4 C.F. F-53 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 12-10-00.

Smithkline Beecham Animal Health Inc. c. Canada, A-721-99, le juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 11-2-00 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 12-10-00.

Taylor c. Canada (Procureur général), [2000] 3 C.F. 298 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 12-10-00.

Thangarajan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 4 C.F. 167 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 12-10-00.

Thomas & Betts, Ltd. c. Panduit Corp., [2000] 3 C.F. 3 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 12-10-00.

Thyssen Canada Ltd. c. Mariana (Le), [2000] 3 C.F. 398 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 9-11-00.

Bande indienne Wewayakum c. Bande indienne Wewayakai, [2000] 1 C.F. F-35 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, 12-10-00.

**Canada
Federal Court
Reports**

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

2000, Vol. 4, Part 2

2000, Vol. 4, 2^e fascicule

T-32-99	T-32-99
The Royal Bank of Scotland plc. (Plaintiff)	The Royal Bank of Scotland plc. (demanderesse)
v.	c.
The Owners and all Others Interested in the Ship "Golden Trinity" and Golden Trinity Maritime Inc. (Defendants)	Les propriétaires et toutes les autres personnes ayant un droit sur le navire «Golden Trinity» et Golden Trinity Maritime Inc. (défendeurs)
T-38-99	T-38-99
The Royal Bank of Scotland plc. (Plaintiff)	The Royal Bank of Scotland plc. (demanderesse)
v.	c.
The Owners and all Others Interested in the Ship "Kimisis III" and Madonna Navigation (Malta) Limited (Defendants)	Les propriétaires et toutes les autres personnes ayant un droit sur le navire «Kimisis III» et Madonna Navigation (Malta) Limited (défendeurs)
T-119-99	T-119-99
The Royal Bank of Scotland plc. (Plaintiff)	The Royal Bank of Scotland plc. (demanderesse)
v.	c.
The Owners and all Others Interested in the Ship "Ypapadi" and Ypapadi Maritime Inc. (Defendants)	Les propriétaires et toutes les autres personnes ayant un droit sur le navire «Ypapadi» et Ypapadi Maritime Inc. (défendeurs)

INDEXED AS: ROYAL BANK OF SCOTLAND PLC. v. GOLDEN TRINITY (THE) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: ROYAL BANK OF SCOTLAND PLC. c. GOLDEN TRINITY (LE) (1^{RE} INST.)

Trial Division, Hargrave P.—Vancouver, May 24 and 29, 2000.

Section de première instance, protonotaire Hargrave—Vancouver, 24 et 29 mai 2000.

Practice — Affidavits — Scope of cross-examination on affidavits of claim in proceeding to determine priorities to ship sale proceeds — Extent of deponent's duty to seek information in case of corporate affidavit — Extent of production of documents on which deponents of affidavits might be cross-examined.

Pratique — Affidavits — Portée du contre-interrogatoire sur les affidavits de réclamation dans le cadre d'une procédure visant à faire déterminer l'ordre de priorité pour la répartition du produit de la vente d'un navire — Étendue de l'obligation du déclarant de s'informer dans le cas d'un affidavit de société — Étendue de la production de documents sur lesquels les auteurs des affidavits peuvent être contre-interrogés.

Maritime law — Practice — Scope of cross-examination on affidavits of claim in proceeding to determine priorities to ship sale proceeds — Extent of deponent's duty to seek information in case of corporate affidavit — Extent of production of documents on which deponents of affidavits might be cross-examined.

Droit maritime — Pratique — Portée du contre-interrogatoire sur les affidavits de réclamation dans le cadre d'une procédure visant à faire déterminer l'ordre de priorité pour la répartition du produit de la vente d'un navire — Étendue de l'obligation du déclarant de s'informer dans le cas d'un affidavit de société — Étendue de la production de documents sur lesquels les auteurs des affidavits peuvent être contre-interrogés.

Tramp Oil & Marine Ltd. (Tramp Oil), a necessities supplier claiming against ship sales proceeds, submitted that

Tramp Oil & Marine Ltd. (Tramp Oil), un fournisseur d'approvisionnements nécessaires qui fait une réclamation à

cross-examination on claim affidavits and production of documents ought to be broad; that the scope of cross-examination should go well beyond the four corners of the affidavit, in order to facilitate examination not only on the substance, propriety and priority of the claims of the Royal Bank of Scotland plc. (Bank of Scotland) under its mortgage security, but also the extent of any equities which might exist and which could cut the claims of the Bank of Scotland, making more of the proceeds available for Tramp Oil, which may have a lower priority than that of the Bank of Scotland. It also took the position that the deponents of the claim affidavits ought, when they are unable to answer a relevant question, to be required to inform themselves. The Bank of Scotland submitted that proper cross-examination on the claim affidavits ought to have not a speculative basis, but rather a factual basis founded on the affidavits and any properly available documents. As to documents, the Bank of Scotland submitted that this should be limited to documents which are exhibits to the affidavit. It also balked at having deponents inform themselves when they do not know the answer to a particular question.

It was noted that particular principles may be applicable to cross-examination upon affidavits on motions to determine priorities to ship sale proceeds, for such a summary proceeding, rather than a trial, is the *dénouement* of the action in which the ship has been arrested and sold. Another consideration was the summary nature of a priorities hearing and the need to keep the volume of paper and documentary production at a reasonable level.

There were two approaches to examination on an affidavit, one broad and one narrow, both supported by lines of cases. Both were considered. On examinations on claim affidavits when priorities are to be determined on a motion, the following principles apply.

First, cross-examination on affidavits must be limited to issues of fact found in the deponent's affidavit and in other affidavits filed in the priority determination proceeding, in answers giving rise to collateral questions and in documents attached to affidavits or otherwise produced.

Second, there is, in the case of a corporate affidavit, sworn for use on a priorities determination motion, a duty on the deponent to seek information in order to deal with proper questions to which he or she does not know the answer. In a priorities hearing, the deponent of an affidavit of claim is not so much a witness as an agent for a corporate party or claimant. The necessity to seek

l'égard du produit de la vente du navire, plaide pour une large portée tant du contre-interrogatoire sur les affidavits de réclamation que de la production de documents; soutient que le contre-interrogatoire ne se limite pas à l'affidavit, de sorte qu'il soit possible de s'enquérir non seulement de la nature, du bien-fondé et de la priorité des demandes faites par la Royal Bank of Scotland plc. (Banque d'Écosse) en vertu de sa garantie hypothécaire, mais également de l'étendue de toute valeur nette qui pourrait exister et qui pourrait réduire les réclamations de la Banque d'Écosse, tout en augmentant le produit de la vente disponible pour Tramp Oil qui peut prendre rang après la Banque d'Écosse dans la collocation. De plus, elle a également prétendu que l'auteur de l'affidavit de réclamation doit, lorsqu'il est incapable de répondre à une question pertinente, être tenu de s'informer lui-même. La Banque d'Écosse a fait valoir qu'un contre-interrogatoire acceptable sur les affidavits de réclamation ne doit pas porter sur des conjectures mais sur les faits qui y sont allégués et sur des documents dûment accessibles. En ce qui concerne les documents, la Banque d'Écosse a prétendu qu'il faut se limiter aux documents produits au soutien de l'affidavit. Elle s'oppose également à ce que les déclarants doivent s'informer eux-mêmes lorsqu'ils ne peuvent répondre à une question en particulier.

Le protonotaire a indiqué que des principes particuliers peuvent s'appliquer au contre-interrogatoire sur les affidavits produits au soutien d'une requête pour faire déterminer l'ordre de priorité à l'égard du produit de la vente d'un navire, puisqu'une telle procédure sommaire, qui n'est pas un procès, est l'aboutissement de l'action par laquelle le navire a été saisi et vendu. Il a également tenu compte de la nature sommaire de la procédure pour faire déterminer l'ordre de priorité et du besoin de garder la paperasserie et le nombre de documents produits à l'intérieur de limites raisonnables.

Deux approches s'opposent quant à la portée du contre-interrogatoire sur un affidavit, savoir la portée large et la portée limitée, les deux étant soutenues par des autorités. Les deux ont été étudiées. Lorsque l'ordre de priorité doit être déterminé sur requête, les principes suivants s'appliquent à l'interrogatoire sur des affidavits de réclamation.

Premièrement, le contre-interrogatoire sur des affidavits doit se limiter aux questions de fait ressortant de l'affidavit du déclarant et des autres affidavits produits dans le cadre de l'instance pour faire déterminer l'ordre de priorité, des réponses qui ont suscité des questions accessoires et des documents joints aux affidavits ou autrement déposés.

Deuxièmement, dans le cas d'un affidavit de société souscrit à l'appui d'une requête pour faire déterminer l'ordre de priorité, le déclarant a la responsabilité de s'informer de manière à pouvoir répondre adéquatement aux questions auxquelles il ne peut pas répondre. Dans une instance pour faire déterminer l'ordre de priorité, le souscripteur d'un affidavit de réclamation n'est pas tant un témoin que le

information in order to deal with proper questions to which he or she does not know the answer should therefore be bound by the concept of legal relevance, that is relevance assisting in determining a remedy as described in *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (1997), 80 C.P.R. (3d) 550 (F.C.T.D.) and by whether the inquiry would be unduly onerous.

Third, the production of documents in a situation involving cross-examination on an affidavit is governed by rule 87, paragraph 91(2)(c) and rule 94. It is fairly broad where there has been a request for production of specified documents in a rule 91(2) direction to attend. Under paragraph 91(2)(c), the documents must be relevant and in the possession, power or control of the person being cross-examined. Under subsection 94(2), the production of documents on a cross-examination is bound by the concept of relevance, the amount of material requested and whether it would be unduly onerous to require production.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 223.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of Health) (1998), 80 C.P.R. (3d) 550 (F.C.T.D.); *affd* (2000), 249 N.R. 15 (F.C.A.); *Merck & Co. v. Apotex Inc.* (1996), 67 C.P.R. (3d) 147; 110 F.T.R. 155 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

Bland v. National Capital Commission (1989), 29 F.T.R. 232 (F.C.T.D.); *Swing Paints Ltd. v. Minwax Company, Inc.*, [1984] 2 F.C. 521; (1984), 79 C.P.R. (2d) 59 (T.D.); *Thomson v. Thomson and Elliot*, [1948] O.W.N. 137 (Ont. H.C.); *Laflamme Fourrures (Trois-Rivières) Inc. et al. v. Laflamme Fourrures Inc.* (1986), 8 C.P.R. (3d) 315; 3 F.T.R. 48 (F.C.T.D.); *Bank of Scotland v. Nel (The)*, [1998] F.C.J. No. 1499 (T.D.) (QL); *Bally-Midway Mfg. Co. v. M.J.Z. Electronics Ltd. et al.* (1984), 75 C.P.R. (2d) 160 (F.C.T.D.); *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance) et al.* (1999), 163 F.T.R. 109 (F.C.T.D.); *Stella-Jones Inc. v. Hawknet Ltd.*, [2000] F.C.J. No. 94 (T.D.) (QL).

mandataire d'une société partie à l'instance ou d'un réclamant. L'obligation de s'informer de manière à répondre adéquatement aux questions auxquelles il ne peut pas répondre devrait toutefois être limitée au concept de pertinence juridique, c'est-à-dire la pertinence pour ce qui est de statuer sur le redressement tel que décrit dans l'affaire *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* (1997), 80 C.P.R. (3d) 550 (C.F. 1^{re} inst.) et par la question de savoir si la recherche d'information serait trop onéreuse.

Troisièmement, la production de documents lors d'un contre-interrogatoire sur affidavit est soumise à la règle 87, à l'alinéa 91(2)c) et à la règle 94. Elle a une portée relativement large lorsqu'il s'agit d'une demande d'assignation à comparaître en vertu de l'alinéa 91(2)c) pour la production de documents précis. En vertu de l'alinéa 91(2)c), les documents doivent être pertinents et être en la possession, sous l'autorité ou sous la garde de la personne qui est contre-interrogée. En vertu du paragraphe 94(2), la production de documents lors d'un contre-interrogatoire est limitée par le concept de la pertinence, le nombre de documents demandés et la question de savoir s'il pourrait être trop onéreux d'en exiger la production.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 223.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé) (1998), 80 C.P.R. (3d) 550 (C.F. 1^{re} inst.); *conf. par* (2000), 249 N.R. 15 (C.A.F.); *Merck & Co. c. Apotex Inc.* (1996), 67 C.P.R. (3d) 147; 110 F.T.R. 155 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Bland c. Commission de la capitale nationale (1989), 29 F.T.R. 232 (C.F. 1^{re} inst.); *Swing Paints Ltd. c. Minwax Company, Inc.*, [1984] 2 C.F. 521; (1984), 79 C.P.R. (2d) 59 (1^{re} inst.); *Thomson v. Thomson and Elliot*, [1948] O.W.N. 137 (H.C. Ont.); *Laflamme Fourrures (Trois-Rivières) Inc. et al. c. Laflamme Fourrures Inc.* (1986), 8 C.P.R. (3d) 315; 3 F.T.R. 48 (C.F. 1^{re} inst.); *Bank of Scotland c. Nel (Le)*, [1998] A.C.F. n° 1499 (1^{re} inst.) (QL); *Bally-Midway Mfg. Co. c. M.J.Z. Electronics Ltd. et al.* (1984), 75 C.P.R. (2d) 160 (C.F. 1^{re} inst.); *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances) et al.* (1999), 163 F.T.R. 109 (C.F. 1^{re} inst.); *Stella-Jones Inc. c. Hawknet Ltd.*, [2000] A.C.F. n° 94 (1^{re} inst.) (QL).

ORDER concerning affidavits of claim in a proceeding to determine priorities to ship sale proceeds. Applicable principles.

APPEARANCES:

Peter G. Bernard for plaintiff.
R. Glenn Morgan for claimant Tramp Oil & Marine Ltd.

SOLICITORS OF RECORD:

Campney & Murphy, Vancouver, for plaintiff.
Davis & Co., Vancouver, for claimant Tramp Oil & Marine Ltd.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] HARGRAVE P: These reasons deal in general terms with the scope of cross-examination on affidavits of claim in a proceeding to determine priorities to ship sale proceeds. Also at issue is the extent of production of documents on which the deponents of the affidavits might be cross-examined.

SUBMISSIONS

[2] Counsel for Tramp Oil & Marine Ltd. (Tramp Oil), a necessities supplier which claims against the ship sales proceeds, submits that cross-examination on claim affidavits and production of documents ought to be broad. Tramp Oil submits that the scope of cross-examination should go well beyond the four corners of the affidavit, in order to facilitate examination not only on the substance, propriety and priority of the claims of the Royal Bank of Scotland plc. (Bank of Scotland) under its mortgage security, but also the extent of any equities which might exist and which could cut the claims of the Bank of Scotland, making more of the proceeds available for Tramp Oil which may have a lower priority than that of the Bank of Scotland. Further, Tramp Oil takes the position that

ORDONNANCE sur des affidavits de réclamation dans le cadre d'une procédure visant à faire déterminer l'ordre de priorité pour la répartition du produit de la vente d'un navire. Principes applicables.

ONT COMPARU:

Peter G. Bernard pour la demanderesse.
R. Glenn Morgan pour le réclamant Tramp Oil & Marine Ltd.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Campney & Murphy, Vancouver, pour la demanderesse.
Davis & Co., Vancouver, pour le réclamant Tramp Oil & Marine Ltd.

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

[1] LE PROTONOTAIRE HARGRAVE: Les présents motifs traitent en termes généraux de la portée du contre-interrogatoire sur les affidavits de réclamation dans le cadre d'une procédure visant à faire déterminer l'ordre de priorité pour la répartition du produit de la vente d'un navire. Il s'agit également de déterminer l'étendue de l'obligation de produire des documents sur lesquels les auteurs des affidavits peuvent être contre-interrogés.

PRÉTENTIONS

[2] L'avocat de Tramp Oil & Marine Ltd. (Tramp Oil), un fournisseur d'approvisionnements nécessaires qui fait une réclamation à l'égard du produit de la vente du navire, plaide pour une large portée tant du contre-interrogatoire sur les affidavits de réclamation que de la production de documents. Tramps Oil soutient que le contre-interrogatoire ne se limite pas à l'affidavit, de sorte qu'il est possible de s'enquérir non seulement de la nature, du bien-fondé de la priorité des demandes faites par la Royal Bank of Scotland plc. (Banque d'Écosse) en vertu de sa garantie hypothécaire, mais également de l'étendue de toute valeur nette qui pourrait exister et qui pourrait réduire les réclamations de la Banque d'Écosse tout en augmentant le produit de la vente disponible pour Tramp Oil

the deponents of the claim affidavits ought, when they are unable to answer a relevant question, to be required to inform themselves.

[3] Counsel for the Bank of Scotland submits that proper cross-examination on the claim affidavits ought to have not a speculative basis, but rather a factual basis founded on the affidavits and any properly available documents. As to documents, the Bank of Scotland submits that this should be limited to documents which are exhibits to the affidavit. The Bank of Scotland has also, to date, produced relevant documents referred to in exhibits to the affidavits: that is proper for there are a number of interlocking security documents. The Bank of Scotland, while putting what it believes to be diligent effort into having its deponents reasonably well informed about events which took place over a number of years, so they might properly swear the claim affidavits, balks at having deponents inform themselves when they do not know the answer to a particular question.

CONSIDERATION

[4] Tramp Oil and the Bank of Scotland each rely upon what appear to be two separate lines of cases, or at least different readings of the case law. Here I would note that what might appear to be contrary case law may well, at least to some degree, be merely situation specific case law, or reflect differences between procedure in judicial review and procedure in an action. To that end I have also kept in mind that there may be particular principles applicable to cross-examination on affidavits on motions to determine priorities to ship sale proceeds, for such a summary proceeding, rather than a trial, is the *dénouement* of the action in which the ship has been arrested and sold. A final consideration which I have kept in mind arises out of the hopefully summary nature of a priorities hearing. In recent years cross-examination of lien and mortgage claimants often seems to have a life of its own. The volume of paper generated and documentary production required has from time to time gone beyond what is reasonable.

qui peut prendre rang après la Banque d'Écosse dans la collocation. De plus, selon Tramp Oil, l'auteur de l'affidavit de réclamation doit, lorsqu'il est incapable de répondre à une question pertinente, être tenu de s'informer lui-même.

[3] L'avocat de la Banque d'Écosse fait valoir qu'un contre-interrogatoire acceptable sur les affidavits de réclamation ne doit pas porter sur des conjonctures mais sur les faits qui y sont allégués et sur des documents dûment accessibles. En ce qui concerne les documents, la Banque d'Écosse prétend qu'il faut se limiter aux documents produits au soutien de l'affidavit. À ce jour, la Banque d'Écosse a également déposé les documents pertinents auxquels les documents joints à l'affidavit font référence: cela est légitime, car parmi ceux-ci on retrouve un certain nombre de documents de garantie interreliés. Bien qu'elle croie avoir fait des efforts diligents pour que ses déclarants soient raisonnablement bien informés au sujet des événements survenus au cours des ans et soient ainsi à même de souscrire les affidavits de réclamation, la Banque d'Écosse s'oppose à ce qu'ils doivent s'informer eux-mêmes lorsqu'ils ne peuvent répondre à une question en particulier.

ANALYSE

[4] Tramp Oil et la Banque d'Écosse se fondent toutes deux sur ce qui semble être deux courants jurisprudentiels séparés ou tout au moins sur une interprétation différente de la jurisprudence. Je noterai que des décisions qui peuvent sembler contradictoires peuvent n'être en réalité, jusqu'à un certain point, que des cas d'espèce ou le reflet de différences entre une procédure de contrôle judiciaire et une procédure prenant la forme d'une action. À cette fin, j'ai aussi gardé présent à l'esprit le fait qu'il peut être nécessaire d'appliquer des principes particuliers au contre-interrogatoire sur des affidavits produits au soutien d'une requête pour faire déterminer l'ordre de priorité à l'égard du produit de la vente d'un navire, puisqu'une telle procédure sommaire, qui n'est pas un procès, est l'aboutissement de l'action par laquelle le navire a été saisi et vendu. J'ai également tenu compte de la nature censée être sommaire de la procédure pour faire déterminer l'ordre de priorité. Au cours des dernières années, le contre-interrogatoire sur les récla-

mations fondées sur des garanties et hypothèques semble souvent avoir pris beaucoup d'expansion. La paperasserie et le nombre de documents produits ont de temps à autre dépassé les limites raisonnables.

Broad Approach to Examination on an Affidavit

[5] Tramp Oil, in support of a broader approach to cross-examination, refers to various authorities, including *Bland v. National Capital Commission* (1989), 29 F.T.R. 232 (F.C.T.D.), a decision in which Mr. Justice Martin cites a number of the standard authorities, a survey going back some 50 years, many of those authorities being included in a lengthy passage from *Swing Paints Ltd. v. Minwax Company, Inc.*, [1984] 2 F.C. 521 (T.D.), at pages 529-531.

[6] The principles I take from this line of cases, being a little circumspect about cases predating February 1992, when judicial review could be by way of an action, thus perhaps blurring the line between examination for discovery and cross-examination on affidavits, are that:

1. Cross-examination on an affidavit is not an examination for discovery (*Swing Paints Ltd. v. Minwax Company (supra)*, at page 529).
2. Cross-examination may extend beyond the four corners of the affidavit, including to the determination of the issue in respect of which the affidavit was filed (*Thomson v. Thomson and Elliott*, [1948] O.W.N. 137 (Ont. H.C.)).
3. Cross-examination extends to collateral questions which arise from answers (*Swing Paints Ltd. v. Minwax (supra)*, at page 531).
4. A deponent who does not know the answer to a cross-examination question, although he need not inform himself so extensively as in preparation for examination for discovery, may not rest upon the fact that he does not know the answer to a question (*Bland (supra)*, at page 235) however, Mr. Justice Martin, in *Bland*, acknowledges a contrary position set out by Mr. Justice Walsh in *Laflamme Fourrures (Trois-Rivières) Inc. et al. v. Laflamme Fourrures Inc.*

Thèse de la large portée de l'interrogatoire sur un affidavit

[5] Plaidant pour une portée plus large du contre-interrogatoire, Tramp Oil mentionne diverses autorités, dont l'affaire *Bland c. Commission de la capitale nationale* (1989), 29 F.T.R. 232 (C.F. 1^{re} inst.), dans laquelle le juge Martin cite plusieurs des précédents habituels, qui s'échelonnent sur quelque 50 ans, dont plusieurs sont tirés d'un long passage de l'affaire *Swing Paints Ltd. c. Minwax Company, Inc.*, [1984] 2 C.F. 521 (1^{re} inst.), aux pages 529 à 531.

[6] Tout en faisant preuve d'une certaine prudence à l'égard des décisions antérieures à février 1992, puisque le contrôle judiciaire pouvait alors s'exercer au moyen d'une action, ce qui réduisait peut-être la démarcation entre l'interrogatoire préalable et le contre-interrogatoire sur affidavit, je retiens de ce courant jurisprudentiel les principes suivants:

1. Le contre-interrogatoire sur affidavit n'est pas un interrogatoire préalable (*Swing Paints Ltd. c. Minwax Company* (précité), à la page 529).
2. Le contre-interrogatoire peut aller au-delà du cadre de l'affidavit, et porter sur toute question qui permette de trancher la question à l'égard de laquelle l'affidavit a été produit (*Thomson v. Thomson and Elliott*, [1948] O.W.N. 137 (H.C. Ont.)).
- 3 Le contre-interrogatoire porte également sur les questions accessoires qui découlent des réponses (*Swing Paints Ltd. c. Minwax* (précité), à la page 531).
4. Même s'il n'a pas à faire d'aussi longues recherches que s'il se préparait à un interrogatoire préalable, le déclarant qui, lors d'un contre-interrogatoire, ne connaît pas la réponse à une question ne peut pas se satisfaire du fait qu'il ne connaît pas la réponse à la question (*Bland* (précitée), à la page 235); toutefois, dans l'affaire *Bland*, le juge Martin reconnaît que le juge Walsh a émis une opinion contraire dans l'affaire *Laflamme Fourrures (Trois-Rivières) Inc. et al. c.*

(1986), 8 C.P.R. (3d) 315 (F.C.T.D.), at page 318.

Still dealing with the duty to inform, Mr. Justice Nadon in *Merck & Co. v. Apotex Inc.* (1996), 67 C.P.R. (3d) 147 (F.C.T.D.), at page 149 sets out the view that “a deponent has a duty to inform himself on matters in issue which are within his knowledge or means of knowledge.”

[7] I dealt with the scope of cross-examination on affidavits of claim in *Bank of Scotland v. Nel (The)*, [1998] F.C.J. No. 1499 (T.D.) (QL) there concluding that [at paragraph 6] “cross-examination is not confined by the four corners of an affidavit, but includes any matter relevant to the determination of the issue in respect to which the affidavit is filed”. I also pointed out [at paragraph 6] that “there is a duty on a deponent to become informed of matters and issues that are within his or her knowledge or means of knowledge”. I referred to *Bally-Midway Mfg. Co. v. M.J.Z. Electronics Ltd. et al.* (1984), 75 C.P.R. (2d) 160 (F.C.T.D.) for the propositions that the deponent of an affidavit may be required to produce documents, on cross-examination, which are in addition to those referred to in an affidavit, but with the limitations that “cross-examination upon an affidavit ought not to be as free ranging as an examination for discovery and cannot be used in order to obtain all the information and all the documents which might be useful at a full trial” [at paragraph 7]. I concluded [at paragraph 8] that the nature of the proceeding mandated slightly fuller production of documents, or of a series of documents, than might usually be the case, but that I was not prepared to vest a summary procedure with full documentary discovery as if it were a trial:

Counsel acknowledges some limitation on production pursuant to cross-examination, as compared with examination for discovery, but also points out that the issue of priorities is sometimes dealt with in a trial setting as opposed to being dealt with by motion and that this should influence production of documents, requiring all claimants to make full and frank disclosure. I have, to some degree, kept this in mind, both on this present motion and on past motions in this matter, requiring slightly fuller production of individual documents or a series of documents than would normally be the case. But I am not prepared to vest a

Laflamme Fourrures Inc. (1986), 8 C.P.R. (3d) 315 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 318.

Au sujet de l'obligation de s'informer, le juge Nadon a, dans l'affaire *Merck & Co. c. Apotex Inc.* (1996), 67 C.P.R. (3d) 147 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 149, exprimé l'opinion que «le déposant est tenu de s'informer des questions en litige qu'il connaît ou qu'il est en mesure de connaître».

[7] Je me suis prononcé sur la portée du contre-interrogatoire sur des affidavits de réclamation dans l'affaire *Bank of Scotland c. Nel (Le)*, [1998] A.C.F. n° 1499 (1^{re} inst.) (QL), estimant qu' [au paragraphe 6] le «contre-interrogatoire peut déborder le cadre de l'affidavit, et porter sur toute question pertinente qui permette de trancher la question à l'égard de laquelle l'affidavit a été déposé». J'ai aussi souligné [au paragraphe 6] que «le déposant est tenu de s'informer des questions en litige qu'il connaît ou qu'il est en mesure de connaître». Je me suis également référé à la décision *Bally-Midway Mfg. Co. c. M.J.Z. Electronics Ltd. et al.* (1984), 75 C.P.R. (2d) 160 (C.F. 1^{re} inst.) qui permet d'affirmer que le déclarant peut être contraint à produire, lors de son contre-interrogatoire, des documents en sus de ceux qui sont mentionnés dans son affidavit sauf que «le contre-interrogatoire sur un affidavit ne doit pas avoir une portée aussi large qu'un interrogatoire préalable et qu'on ne peut s'en servir comme un moyen d'obtenir tous les renseignements et tous les documents qui pourraient être utiles à l'instruction» [au paragraphe 7]. J'ai conclu [au paragraphe 8] que la nature de l'instance exige une production légèrement plus complète de documents, ou de séries de documents, que ce que j'aurais normalement fait, mais que je n'étais toutefois pas disposé à exiger une communication intégrale de documents comme si c'était un procès:

L'avocat d'Atkina S.A. reconnaît que la production d'éléments dans le cadre d'un contre-interrogatoire n'est pas illimitée, contrairement à ce qui se produit lors de l'interrogatoire préalable, mais il souligne également que la question de la détermination de l'ordre de priorité est parfois examinée dans le cadre d'un procès plutôt que dans le cadre d'une requête et que cette situation devrait avoir des incidences sur la production de documents, en obligeant tous les créanciers à procéder à une divulgation complète et franche. J'ai tenu compte de ces considérations jusqu'à un certain point tant à l'occasion de la présente requête que lorsque j'ai examiné

summary procedure with full discovery of documents, as though it were a proceeding leading to a trial, particularly where the request is not for individual items, or for groups of individual items, but rather for complete files: a fishing expedition, on cross-examination on an affidavit, is not proper.

This was a conclusion that I reached when dealing with the very issue at stake here, however given the opposing views of counsel and particularly Mr. Justice Hugessen's decision in *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (1997), 80 C.P.R. (3d) 550 (F.C.T.D.), upheld by the Court of Appeal (2000), 249 N.R. 15, the area may require some further consideration.

[8] More generally, as to production of documents, I pointed out in *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance) et al.* (1999), 163 F.T.R. 109 (F.C.T.D.), that production of documents, in the course of cross-examination on an affidavit, is fairly broad. By way of explanation, rule 87 [of the *Federal Court Rules*, 1998, SOR/98-106] defines an examination as including a cross-examination on an affidavit, in the context of rules 88 through 100. Paragraph 91(2)(c) provides that in the case of cross-examination on an affidavit the direction to attend may require the person being examined to produce at the examination "all documents and other material in that person's possession, power or control that are relevant to the application or motion". Subsection 94(1) puts a positive duty upon a person being examined to bring material to the examination, subject to relief, under subsection 94(2), where the Court is of the opinion that the material is irrelevant or that the task would be unduly onerous.

Narrow Approach to Examination on an Affidavit

[9] Counsel for the Bank of Scotland refers to *Merck Frosst (supra)*, a judicial review matter, in which Mr.

d'autres requêtes présentées dans le présent dossier. J'ai en effet exigé une production légèrement plus complète de documents individuels ou de séries de documents que ce que j'aurais normalement fait. Je ne suis toutefois pas disposé à exiger une communication intégrale de documents dans le cadre d'une procédure sommaire comme s'il s'agissait d'une procédure conduisant à un procès, surtout lorsque la demande ne vise pas des éléments individuels ou des groupes d'éléments distincts, mais bien des dossiers complets. Un interrogatoire à l'aveuglette effectué à l'occasion du contre-interrogatoire sur un affidavit n'est pas un procédé acceptable.

J'en suis venu à cette conclusion en me prononçant sur la question même qui est soulevée en l'instance; toutefois, étant donné les opinions opposées des avocats au dossier et plus particulièrement la décision du juge Hugessen dans *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* (1997), 80 C.P.R. (3d) 550 (C.F. 1^{re} inst.), confirmé par la Cour d'appel (2000), 249 N.R. 15, une analyse plus approfondie s'impose peut-être.

[8] De façon générale, en ce qui concerne la production de documents, j'ai indiqué dans *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances) et al.* (1999), 163 F.T.R. 109 (C.F. 1^{re} inst.), que, lors d'un contre-interrogatoire sur un affidavit, la production de documents a une portée passablement large. Cela s'explique par le fait que, dans le cadre des règles 88 à 100 [des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106], la règle 87 définit un interrogatoire comme comprenant un contre-interrogatoire sur un affidavit. L'alinéa 91(2)c prévoit que dans le cas d'un contre-interrogatoire sur affidavit, l'assignation à comparaître peut exiger de la personne à interroger qu'elle produise à cette occasion tous «les documents ou éléments matériels qui [. . .] sont en sa possession, sous son autorité ou sous sa garde et qui sont pertinents à la requête ou la demande». Le paragraphe 94(1) oblige la personne qui est interrogée à produire des documents pour examen, à moins que, en vertu du paragraphe 94(2), la Cour soit d'opinion que le document n'est pas pertinent ou qu'il serait trop onéreux de le produire.

Thèse de la portée limitée de l'interrogatoire sur affidavit

[9] L'avocat de la Banque d'Écosse se reporte à la décision *Merck Frosst* (précitée), une affaire de

Justice Hugessen, at page 555 began with a reference to some elementary principles:

It is well to start with some elementary principles. Cross-examination is not examination for discovery and differs from examination for discovery in several important respects. In particular:

- a) the person examined is a witness not a party;
- b) answers given are evidence not admissions;
- c) absence of knowledge is an acceptable answer; the witness cannot be required to inform himself or herself;
- d) production of documents can only be required on the same basis as for any other witness, i.e. if the witness has the custody or control of the document;
- e) the rules of relevance are more limited.

[10] The principal issue in *Merck Frosst* was relevance. That is also an aspect in the present instance. Therefore it is useful to consider what Mr. Justice Hugessen had to say [at pages 555-556]:

For present purposes, I think it is useful to look at relevance as being of two sorts: formal relevance and legal relevance.

Formal relevance is determined by reference to the issues of fact which separate the parties. In an action those issues are defined by the pleadings, but in an application for judicial review, where there are no pleadings (the notice of motion itself being required to set out only the legal as opposed to the factual grounds for seeking review), the issues are defined by the affidavits which are filed by the parties. Thus, cross-examination of the deponents of an affidavit is limited to those facts sworn to by the deponent and the deponent of any other affidavits filed in the proceeding.

Over and above formal relevance, however, questions on cross-examination must also meet the requirement of legal relevance. Even when a fact has been sworn to in the proceeding, it does not have legal relevance unless its existence or non-existence can assist in determining whether or not the remedy sought can be granted.

In these passages there are several important principles. First, there is the matter of formal relevance

contrôle judiciaire, où le juge Hugessen, à la page 555 expose tout d'abord certaines notions élémentaires:

Il convient tout d'abord de rappeler certaines notions élémentaires. Le contre-interrogatoire n'est pas un interrogatoire préalable et il diffère de celui-ci sous plusieurs rapports importants. Plus particulièrement,

- a) la personne interrogée est un témoin, et non une partie;
- b) les réponses données sont des éléments de preuve, et non des aveux;
- c) le témoin peut légitimement répondre qu'il ignore quelque chose; il n'est pas tenu de se renseigner;
- d) on ne peut exiger d'un témoin qu'il produise un document que s'il en a la garde ou la possession, les mêmes règles s'appliquant à tous les témoins;
- e) les règles relatives à la pertinence sont plus restreintes.

[10] Dans l'affaire *Merck Frosst*, la question principale était la pertinence. Il s'agit également d'un aspect de la présente instance. Par conséquent, il est utile de prendre en considération ce que le juge Hugessen avait à dire [aux pages 555 et 556]:

Aux fins de la présente instance, j'estime utile de scinder la pertinence en deux catégories, soit la pertinence formelle et la pertinence juridique.

La pertinence formelle est liée aux questions de fait qui opposent les parties. Dans le cas d'une action, ces questions sont délimitées par les actes de procédure, mais dans le cas d'une demande de contrôle judiciaire, où aucun acte de procédure n'est déposé (l'avis de requête lui-même ne devant faire état que du fondement juridique, et non factuel, de la demande de contrôle), elles sont circonscrites par les affidavits que déposent les parties. Le contre-interrogatoire de l'auteur d'un affidavit ne peut donc porter que sur les faits énoncés dans celui-ci ou dans un autre affidavit produit dans le cadre de l'instance.

Toutefois, outre la pertinence formelle, les questions posées en contre-interrogatoire doivent avant tout satisfaire à l'exigence de la pertinence juridique. Même le fait énoncé dans un affidavit produit dans le cadre de l'instance n'est pertinent sur le plan juridique que lorsque son existence ou son inexistence peut contribuer à déterminer si le redressement demandé peut ou non être accordé.

Quelques principes importants se dégagent de ces extraits. Premièrement, il est question de la pertinence

based on issues of fact, defined by the pleadings in an action, but by the affidavits in judicial review, there being no pleadings as such. Second, this leads to the observation that cross-examination on an affidavit “is limited to those facts sworn to by the deponent and the deponent of any other affidavits filed in the proceeding.” Third, there is legal relevance, the test there being assistance in determining whether the remedy sought might be granted.

[11] Here I would make two observations. First, that a summary determination of priorities to ship sale proceeds by means of a motion in an action does not fall neatly into either category of formal relevance. This is because the pleadings on which a vessel sale is obtained are usually of marginal relevance, at best, in defining any issues relevant to priorities. Yet the affidavits may also fall short in defining the issues, particularly where a claimant, well aware of weaknesses in its claim, avoids all mention in its affidavit of what may be a basic but hidden problem, leaving the other opposed claimants to perhaps stumble upon the factual weakness if they are able to guess its nature and are allowed to cross-examine outside the deponent’s affidavit. Second, I believe that Mr. Justice Hugessen’s comments point to the proposition that cross-examination must have a factual basis, but that the factual basis may be gleaned not only from the affidavit of the deponent being examined, but also from “any other affidavits filed in the proceeding.”

[12] Mr. Justice Hugessen’s decision in *Merck Frosst* was upheld by the Court of Appeal in very brief reasons. The Court of Appeal seemed to agree on the analysis of relevance, or at least as to the conclusion drawn. However, even though the Court of Appeal did not comment on either the elementary principles or on Mr. Justice Hugessen’s analysis of relevance, one must give very substantial weight to what he had to say.

formelle fondée sur les questions de fait, délimitées par les actes de procédure dans le cas d’une action, mais par les affidavits dans le cas d’un contrôle judiciaire, puisqu’il n’y a aucun acte de procédure comme tel. Deuxièmement, on observera que le contre-interrogatoire sur affidavit «ne peut donc porter que sur les faits énoncés dans celui-ci ou dans un autre affidavit produit dans le cadre de l’instance». Troisièmement, en ce qui a trait à la pertinence juridique, le critère est de savoir si une question peut aider à déterminer si le redressement demandé peut ou non être accordé.

[11] Je voudrais maintenant faire deux observations. Premièrement, la détermination sommaire de l’ordre de priorité dans la répartition du produit de la vente du navire par voie de requête dans une action ne tombe de façon précise dans aucune catégorie de la pertinence formelle. Cela est dû au fait que les actes de procédure qui permettent d’obtenir la vente d’un navire sont habituellement d’une pertinence négligeable, tout au plus dans la définition des questions liées à l’ordre de priorité. Les affidavits ne sont guère d’un plus grand secours dans la définition des questions, particulièrement lorsqu’un demandeur, bien au courant des faiblesses de ses réclamations, évite de mentionner dans son affidavit ce qui peut être un vice fondamental mais caché, laissant aux autres réclamants opposés le fardeau de peut-être en découvrir la faiblesse factuelle s’ils peuvent en deviner la nature et s’ils sont autorisés à faire porter le contre-interrogatoire sur autre chose que le contenu de l’affidavit du déclarant. Deuxièmement, je crois que les commentaires du juge Hugessen posent en principe que le contre-interrogatoire doit être fondé sur des faits, mais que ce fondement peut se trouver non seulement dans l’affidavit du déclarant qui est interrogé mais dans tout «autre affidavit produit dans le cadre de l’instance».

[12] La décision du juge Hugessen dans l’affaire *Merck Frosst* a été maintenue par la Cour d’appel, qui a donné de très courts motifs. Cette dernière semble avoir souscrit à l’analyse de la pertinence, ou du moins à la conclusion qui en a découlé. Toutefois, même si la Cour d’appel n’a fait aucun commentaire sur les notions élémentaires ou l’analyse de la pertinence faite par le juge Hugessen, on doit accorder un poids considérable à ce qu’il avait à dire.

[13] Counsel for the Bank of Scotland also refers to *Stella-Jones Inc. v. Hawknet Ltd.*, [2000] F.C.J. No. 94 (T.D.) (QL) a decision of Mr. Justice Blais in action T-1942-98. There Mr. Justice Blais takes an even more restrictive approach which seems to limit cross-examination to matters arising from the affidavit itself. Further, here relying upon a judicial review concept as a precedent, Mr. Justice Blais is of the view that documents not attached to an affidavit cannot be obtained for the purpose of cross-examination.

Comment on the Two Approaches

[14] The utility of the Hugessen and Blais analyses in *Merck Frosst* and in *Stella-Jones*, is a limitation of the scope of cross-examination and document production which is in keeping with the summary nature of the judicial review process. Hopefully such an approach keeps testimony and document production within manageable bounds. The difficulty with this approach is that such a narrow examination could well make a priorities determination hearing meaningless, for the hearing might not get beyond self-centred proofs of claims, leaving unexplored valid and relevant issues going to the propriety of claims, equities, priority and proper disposition of funds. Yet I am loath to accept, in its entirety, the broad view, espoused by Tramp Oil. The broad view has, in the context of priority determination, resulted in production of masses of documents, many fishing expeditions with usually only minimal benefit and much irrelevant cross-examination transcript.

CONCLUSIONS

[15] From all of this I have arrived at some conclusions applicable to examination on claim affidavits when priorities are to be determined on a motion. First, cross-examination on affidavits must have factual underpinnings. When priorities are determined by motion there are usually no pleadings which are

[13] L'avocat de la Banque d'Écosse a également invoqué l'affaire *Stella-Jones Inc. c. Hawknet Ltd.*, [2000] A.C.F. n° 94 (1^{re} inst.) (QL) une décision qui a été rendue par le juge Blais, le 21 janvier 2000, dans le dossier T-1942-98. Dans cette affaire, celui-ci a adopté une approche encore plus restrictive qui semble limiter le contre-interrogatoire aux sujets qui émanent de l'affidavit lui-même. De plus, s'autorisant d'un concept énoncé dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, le juge Blais est d'avis que les documents qui ne sont pas joints à l'affidavit ne peuvent pas être obtenus pour les fins du contre-interrogatoire.

Commentaire sur les deux thèses

[14] Les analyses des juges Hugessen et Blais dans *Merck Frosst* et *Stella-Jones* sont utiles en ce qu'elles limitent la portée du contre-interrogatoire et de la production de documents dans une mesure compatible avec la nature sommaire du processus de contrôle judiciaire. Ce qu'une telle approche est censée accomplir, c'est fixer des limites raisonnables aux témoignages et à la production de documents. Le problème c'est qu'un interrogatoire aussi limité peut fort bien rendre insignifiante une audition sur la détermination de l'ordre de priorité, puisque l'audition pourrait se limiter aux preuves de réclamation intéressées et laisser de côté d'autres questions valides et pertinentes telles que la régularité des preuves de réclamation, les valeurs nettes, l'ordre de priorité et la répartition appropriée des fonds. J'hésite pourtant à accepter intégralement la thèse de la portée large défendue par Tramp Oil, laquelle a eu, dans le cadre de la détermination de l'ordre de priorité, pour conséquence la production d'une grande quantité de documents, bien des recherches à l'aveuglette qui donnent habituellement très peu de résultats et de longues transcriptions de contre-interrogatoires non pertinents.

CONCLUSIONS

[15] Je tire de ce qui précède quelques conclusions applicables à l'interrogatoire sur affidavit de réclamation lorsque l'ordre de priorité doit être déterminé sur requête. Premièrement, le contre-interrogatoire sur affidavit doit être fondé sur des faits. Lorsque l'ordre de priorité est déterminé au moyen d'une requête, il

useful to define the issues and to provide a basis for the cross-examination. The factual underpinnings must therefore be found elsewhere, specifically in the deponent's affidavit and in other affidavits filed in the proceeding, in answers giving rise to collateral questions and in documents attached to affidavits or otherwise produced. This is consistent with Mr. Justice Nadon's view of *Bland (supra)* as set out in *Merck & Co. v. Apotex Inc. (supra)*, at page 148. I would not, in a priorities hearing setting, go so far as to give *carte blanche* to cross-examination on all matters which could, after a fishing expedition, be relevant to the determination of the issue in respect to which the affidavit was filed, for there must be some factual basis on which to found the cross-examination. This is consistent with Mr. Justice Hugessen's seemingly narrower view in *Merck Frosst (supra)* for in that case no consideration was given to cross-examination on documents produced pursuant to rule 87, paragraph 91(2)(c) and rule 94.

[16] Second, in a priorities hearing the deponent of an affidavit of claim is not so much a witness as he or she is an agent for and swears an affidavit on behalf of a party or claimant. In effect the deponent swears an affidavit on which a corporate claimant founds its claim and has its claim tested by cross-examination. Thus Mr. Justice Hugessen's bar in *Merck Frosst*, to the deponent informing himself or herself, based on the characterization of the deponent as witness, does not apply. Yet the duty to inform must in itself have reasonable bounds, stopping somewhat short of examination for discovery: this is a point made in a number of instances, including by Mr. Justice Nadon in *Merck & Co. v. Apotex Inc. (supra)*, at page 149. Mr. Justice Nadon was able to resolve the problem by recognizing the compartmentalization of the Merck firm and thus required the witness to seek answers only in his own department, not in the firm as a whole. However, as I have pointed out, an affidavit of claim in a priority hearing setting is a corporate affidavit. I would therefore bound the necessity to inquire by the concept of legal relevance, that is

n'y a habituellement aucun acte de procédure qui aurait pu être utile pour définir les questions en litige et fournir un fondement au contre-interrogatoire. Les fondements factuels doivent donc être trouvés ailleurs, plus précisément dans l'affidavit du déclarant et les autres affidavits produits dans le cadre de l'instance, dans les réponses qui ont suscité des questions accessoires et dans les documents joints aux affidavits ou autrement déposés. C'est ce qui se dégage de l'opinion exprimée par le juge Nadon au sujet de l'affaire *Bland* (précitée), à la page 148 de l'affaire *Merck & Co. c. Apotex Inc.* (précitée). S'agissant d'une audition pour fixer l'ordre de priorité, je n'irais pas jusqu'à autoriser un contre-interrogatoire sur tout sujet qui, après une recherche à l'aveuglette, pourrait être pertinent à la détermination de la question relativement à laquelle l'affidavit a été déposé, car, le contre-interrogatoire doit être fondé sur des faits. Ce principe est conforme à l'opinion apparemment favorable à la portée plus limitée que le juge Hugessen a exprimée dans l'affaire *Merck Frosst* (précitée), puisque le contre-interrogatoire sur les documents produits en vertu de la règle 87, de l'alinéa 91(2)c) et de la règle 94 n'y a pas été envisagé.

[16] Deuxièmement, dans une procédure pour fixer l'ordre de priorité, le souscripteur d'un affidavit de réclamation n'est pas tant un témoin que le mandataire d'une partie ou d'un réclamant qui souscrit un affidavit au nom de celui-ci. En effet, le déclarant souscrit un affidavit sur lequel la société demanderesse fonde sa réclamation, la réclamation étant vérifiée au moyen du contre-interrogatoire. Ainsi, l'opinion du juge Hugessen dans l'affaire *Merck Frosst*, selon laquelle le déclarant n'a pas l'obligation de s'informer parce qu'il est un témoin, ne s'applique pas. Néanmoins, l'obligation de s'informer doit elle-même avoir des limites raisonnables, sa portée étant plus limitée dans le cas de l'interrogatoire préalable: ce principe a été énoncé dans plusieurs décisions, y compris par le juge Nadon dans l'affaire *Merck & Co. c. Apotex Inc.* (précitée), à la page 149. Le juge Nadon a pu résoudre le problème en reconnaissant la division en sections de la société Merck et en obligeant ainsi le témoin à trouver des réponses uniquement dans sa section, non pas dans toute l'entreprise. Toutefois, comme je l'ai indiqué, un affidavit de réclamation dans une instance

relevance assisting in determining a remedy as described by Mr. Justice Hugessen in *Merck Frosst* and by whether the inquiry would be unduly onerous. The concepts of relevance and of unduly onerous inquiry lead to a conclusion as to production of documents on cross-examination.

[17] Third, the production of documents on a cross-examination is governed by rule 87, paragraph 91(2)(c) and rule 94. The limits set out in paragraph 91(2)(c) are that documents must be relevant and in the possession, power or control of the person being cross-examined. In the case of an upper echelon corporate deponent, this document production requirement may be fairly broad, however it does not go so far as discovery of documents as described in rule 223. Moreover, subsection 94(2) clearly bounds the production of documents on a cross-examination by the concepts of relevance, the amount of material requested and whether it would be unduly onerous to require production.

[18] In the present instance I would suggest that all concerned keep in mind that the Bank of Scotland has produced a vast number of documents. The production which has occurred may very well be butting up against the relief from production provisions in the Rules. Further, when invoking production of documents, by a direction to attend under subsection 91(2), there should be a clear and concise description of the required documents, not description by broad general category, in an effort both to make the task of selecting documents a precise one and to keep the volume of documents to a reasonable level.

SUMMARY

[19] To summarize, but not to limit my conclusions, which relate to summary determination of priorities on

pour fixer l'ordre de priorité est l'affidavit d'une société. Par conséquent, je lierais la nécessité de s'informer au concept de pertinence juridique, c'est-à-dire la pertinence pour ce qui est de statuer sur le redressement tel que décrit par le juge Hugessen dans l'affaire *Merck Frosst* et par la question de savoir si la recherche d'information serait trop onéreuse. Les concepts de la pertinence et de la recherche trop onéreuse nous permettent de tirer une conclusion sur la production de documents lors d'un contre-interrogatoire.

[17] Troisièmement, la production de documents lors d'un contre-interrogatoire est soumise à la règle 87, à l'alinéa 91(2)c) et à la règle 94. Les limites établies par l'alinéa 91(2)c) sont que les documents doivent être pertinents et être en la possession, sous l'autorité ou sous la garde de la personne qui est contre-interrogée. Dans le cas d'un déclarant qui occupe un poste élevé dans la hiérarchie d'une société, cette obligation de produire des documents peut être passablement large, mais sans aller aussi loin que la communication de documents prévue à la règle 223. De plus, le paragraphe 94(2) limite clairement la production de documents lors d'un contre-interrogatoire selon les critères de la pertinence, du nombre de documents et de la question de savoir s'il pourrait être trop onéreux d'en exiger la production.

[18] En l'instance, je suggérerais que toutes les parties concernées se souviennent que la Banque d'Écosse a produit une nombre imposant de documents. La production de ces documents peut fort bien se butter aux dispositions des Règles limitant la production. De plus, lorsqu'on invoque la production de documents, au moyen d'une assignation à comparaître en vertu du paragraphe 91(2), il faut, en vue à la fois de simplifier la tâche de la sélection des documents et de garder à un niveau raisonnable le volume des documents, donner une description claire et précise des documents requis, et non pas s'en tenir à une catégorie générale.

RÉSUMÉ

[19] Afin de résumer, mais sans vouloir limiter mes conclusions, qui portent sur la détermination sommaire

a motion, cross-examination on an affidavit should be limited to issues of fact found in the deponent's affidavit, in other affidavits filed in the priority determination proceeding, to collateral questions arising out of answers and to documents exhibited to affidavits or otherwise produced.

[20] Second, there is, in the case of a corporate affidavit, sworn for use on a priorities determination motion, a duty on the deponent to seek information in order to deal with proper questions to which he or she does not know the answer.

[21] Third, production of documents, in a situation involving cross-examination on an affidavit, is fairly broad where there has been a request for production of specified documents in a subsection 91(2) direction to attend.

[22] I thank counsel for their thorough submissions.

de l'ordre de priorité sur une requête, le contre-interrogatoire sur affidavit doit se restreindre aux questions de fait ressortant de l'affidavit du déclarant, des autres affidavits déposés dans les procédures de détermination de l'ordre de priorité, des questions connexes découlant des réponses et des documents joints aux affidavits ou autrement déposés.

[20] Deuxièmement, dans le cas de l'affidavit d'une société, souscrit dans le cadre d'une requête pour détermination de l'ordre de priorité, le déclarant a l'obligation de chercher l'information afin de répondre aux questions acceptables auxquelles il ne peut pas répondre.

[21] Troisièmement, lors d'un contre-interrogatoire sur affidavit, la portée de la production de documents est passablement large lorsqu'on requiert la production de documents spécifiés dans une assignation à comparaître en vertu du paragraphe 91(2).

[22] Je remercie les avocats pour leurs observations fouillées.

A-253-99

Sabina Citron, Toronto Mayor's Committee on Community and Race Relations, the Attorney General of Canada, the Canadian Human Rights Commission, Canadian Holocaust Remembrance Association, Simon Wiesenthal Centre, Canadian Jewish Congress and League for Human Rights of B'Nai Brith (*Appellants*)

v.

Ernst Zündel and Canadian Association for Free Expression Inc. (*Respondents*)

INDEXED AS: ZÜNDEL v. CITRON (C.A.)

Court of Appeal, Isaac, Robertson and Sexton J.J.A.—
Toronto, April 4; Ottawa, May 18, 2000.

Administrative law — Judicial review — CHRT panel appointed to hear complaints against respondent Zündel following publication of pamphlet on Web site — Pamphlet, called "Did Six Million Really Die?" same that led to 1988 press release issued by Ontario Human Rights Commission — Ms. Devins, one of CHRT members had been member of Commission applauding verdict when Zündel convicted of publishing false statements denying Holocaust — Zündel seeking to dismiss complaints on basis Ms. Devins subject to reasonable apprehension of bias — Motion dismissed by CHRT — Motions Judge finding reasonable apprehension of bias — Press release not addressing same issue as complaint before CHRT — Number of errors made by Motions Judge — "Corporate taint" doctrine rejected — Motions Judge further erred in holding, if reasonable apprehension of bias existed, CHRT could continue hearing.

Human rights — Zündel convicted of wilfully publishing pamphlet likely to cause injury, mischief to public interest contrary to Criminal Code, s. 177 — Conviction overturned by S.C.C. as Code, s. 177 infringing Charter — CHRT inquiring into complaints Web site operated by Zündel likely to expose people to hatred, contempt contrary to CHRA, s. 13(1) — One of CHRT members had been member of Ontario Human Rights Commission that previously issued press release applauding Zündel's conviction — Whether subject to reasonable apprehension of bias — Press release not addressing same issue as complaint before CHRT —

A-253-99

Sabina Citron, le Comité du maire de Toronto sur les relations entre races et communautés, le procureur général du Canada, la Commission canadienne des droits de la personne, la Canadian Holocaust Remembrance Association, le Simon Wiesenthal Centre, le Congrès juif canadien et la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith (*appelants*)

c.

Ernst Zündel et la Canadian Association for Free Expression Inc. (*intimés*)

RÉPERTORIÉ: ZÜNDEL c. CITRON (C.A.)

Cour d'appel, juges Isaac, Robertson et Sexton, J.C.A.—
Toronto, 4 avril; Ottawa, 18 mai 2000.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Une formation du TCDP avait été désignée en vue d'entendre des plaintes déposées contre l'intimé Zündel à la suite de la publication d'une brochure sur un site Web — La brochure, intitulée «Did Six Million Really Die?» était celle même qui avait entraîné la publication d'un communiqué de presse par la Commission ontarienne des droits de la personne en 1988 — M^{me} Devins, qui était l'un des membres du TCDP, avait été membre de la Commission, qui avait accueilli favorablement le verdict lorsque Zündel avait été reconnu coupable d'avoir publié de fausses déclarations niant l'existence de l'holocauste — Zündel a sollicité le rejet des plaintes en alléguant qu'il existait des craintes raisonnables de partialité à l'égard de M^{me} Devins — Le TCDP a rejeté la requête — Le juge des requêtes a conclu à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité — Le communiqué de presse ne traitait pas de la même question que la plainte dont le TCDP avait été saisi — Un certain nombre d'erreurs ont été commises par le juge des requêtes — La doctrine de la «partialité collective» a été rejetée — Le juge des requêtes a en outre commis une erreur en statuant que, s'il existait une crainte raisonnable de partialité, le TCDP pouvait poursuivre l'audience.

Droits de la personne — Zündel a été reconnu coupable d'avoir volontairement publié une brochure qui était de nature à causer une atteinte ou du tort à l'intérêt public, en violation de l'art. 177 du Code criminel — La déclaration de culpabilité a été infirmée par la C.S.C. pour le motif que l'art. 177 du Code violait la Charte — Le TCDP a enquêté sur des plaintes selon lesquelles le site Web exploité par Zündel était susceptible d'exposer des gens à la haine ou au mépris en violation de l'art. 13(1) de la LCDP — L'un des membres du TCDP avait été membre de la Commission ontarienne des droits de la personne qui avait publié le

Related to charge under Criminal Code, s. 177 to which truth defence — CHRA, s. 13 providing no defence, even if discriminatory statement truthful — Impugned statement should not be attributed to member in question.

This was an appeal from a Trial Division decision finding a reasonable apprehension of bias on the part of one member of the Canadian Human Rights Tribunal hearing complaints based on subsection 13(1) of the *Canadian Human Rights Act*. In May 1988, the respondent, Ernst Zündel, was found guilty of publishing a pamphlet called “Did Six Million Really Die?” that he knew was false or likely to cause injury or mischief to a public interest, contrary to section 177 of the *Criminal Code*. Two days after the jury had reached its verdict, the Ontario Human Rights Commission issued a press release applauding the verdict. Zündel’s criminal conviction was later overturned by the Supreme Court of Canada on the ground that Code section 177 infringed Charter paragraph 2(b). In 1997, approximately four years after that decision, complaints were laid with the Canadian Human Rights Commission that an Internet Web site operated by Zündel would be likely to expose people to hatred or contempt contrary to subsection 13(1) of the *Canadian Human Rights Act*. The Canadian Human Rights Tribunal appointed to inquire into the complaints was composed of three persons, one of them being Reva E. Devins who had been a member of the Ontario Human Rights Commission when it issued the press release in 1988. The respondent brought a motion before the Tribunal, seeking to dismiss the subsection 13(1) complaints on the basis that Ms. Devins was subject to a reasonable apprehension of bias. The Tribunal rejected Zündel’s motion, one of the reasons being that it was brought out of time. On judicial review of that decision, the Motions Judge ruled that at the time the statement was made, the members of the Ontario Human Rights Commission held a strong actual bias against Zündel and that a reasonably informed bystander would apprehend that the “extreme impropriety” of the press release would make Ms. Devins subject to a reasonable apprehension of bias. The Motions Judge concluded, however, that, even though Ms. Devins was subject to a reasonable apprehension of bias, the remaining member of the Tribunal could continue to hear and decide the complaint. Two issues were raised on appeal: (1) whether the finding of the Motions Judge that there was a reasonable apprehension of bias on the part of Ms. Devins was unreasonable, based on erroneous considerations, reached on wrong principle or as a result of insufficient weight being given to relevant matters; (2) whether the

communiqué de presse dans lequel elle accueillait favorablement la déclaration de culpabilité prononcée contre Zündel — Il s’agit de savoir si cela donnait lieu à une crainte raisonnable de partialité — Le communiqué de presse ne traitait pas de la même question que la plainte dont le TCDP avait été saisi — Il se rapportait à une accusation fondée sur l’art. 177 du Code criminel, à laquelle un moyen de défense fondé sur la véracité pouvait être opposé — L’art. 13 de la LCDP ne prévoit aucun moyen de défense, même si la déclaration discriminatoire est exacte — La déclaration contestée ne devrait pas être attribuée au membre en question.

Il s’agissait d’un appel d’une décision par laquelle la Section de première instance avait conclu à l’existence d’une crainte raisonnable de partialité à l’égard d’un membre du Tribunal canadien des droits de la personne, qui entendait des plaintes fondées sur le paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Au mois de mai 1988, l’intimé Ernst Zündel avait été reconnu coupable d’avoir publié une brochure intitulée: «Did Six Million Really Die?», qu’il savait être fausse et qui causait, ou était de nature à causer, une atteinte ou du tort à quelque intérêt public, en violation de l’article 177 du *Code criminel*. Deux jours après que le jury eut rendu son verdict, la Commission ontarienne des droits de la personne a publié un communiqué de presse dans lequel elle accueillait favorablement le verdict. La déclaration de culpabilité prononcée au criminel contre Zündel a par la suite été infirmée par la Cour suprême du Canada, qui a statué que l’article 177 du *Code criminel* violait l’alinéa 2b) de la Charte. En 1997, soit environ quatre ans après que cette décision eut été rendue, des plaintes avaient été déposées devant la Commission canadienne des droits de la personne, selon lesquelles un site Web de l’Internet exploité par Zündel était susceptible d’exposer des personnes à la haine ou au mépris en violation du paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Le Tribunal canadien des droits de la personne désigné en vue d’enquêter sur les plaintes était composé de trois personnes, dont Reva E. Devins, qui était membre de la Commission ontarienne des droits de la personne lorsque cette dernière avait publié le communiqué de presse, en 1988. L’intimé a présenté une requête devant le Tribunal, en vue d’obtenir le rejet des plaintes fondées sur le paragraphe 13(1) en alléguant qu’il existait une crainte raisonnable de partialité à l’égard de M^{me} Devins. Le Tribunal a rejeté la requête de Zündel, notamment pour le motif qu’elle avait été présentée en dehors du délai imparti. Lors du contrôle judiciaire de cette décision, le juge des requêtes a conclu que, au moment où la déclaration avait été faite, les membres de la Commission ontarienne entretenaient un préjugé réel important à l’encontre de Zündel et qu’un observateur relativement bien renseigné craindrait que le «caractère tout à fait déplacé» du communiqué de presse ne donne lieu à une crainte raisonnable de partialité à l’égard de M^{me} Devins. Néanmoins, le juge des requêtes a conclu que, même s’il existait une crainte raisonnable de partialité à

Motions Judge was correct in holding that, if there was a reasonable apprehension of bias, the Tribunal could continue with the hearing.

Held, the appeal should be allowed and the matter remitted for completion of the hearing.

(1) The test for a reasonable apprehension of bias is “what would an informed person, viewing the matter realistically and practically, and having thought the matter through, conclude”. It contains a two-fold objective element: the person considering the alleged bias must be reasonable, and the apprehension of bias itself must also be reasonable in the circumstances of the case. The press release draws a distinction between statements made by the Ontario Human Rights Commission, and statements made by its Chair. It was made in response to a criminal charge that did afford a defence of truthfulness under section 177 of the *Criminal Code*. The statements attributed to the Commission simply criticized Zündel for denying the truthfulness of the Holocaust. Thus, the truth of the statement would provide a complete defence. By contrast, the essence of the complaint before the Canadian Human Rights Tribunal was that certain people were exposed to hatred or contempt. The truth of the statement would provide no defence. Thus, the issue faced by the jury in 1988 was different from that before the Tribunal. The statement contained in the press release that might be material to the subsection 13(1) complaint was attributed to the Chief Commissioner, not to the Commission as a whole. A reasonable and informed observer would not conclude that such statement should be attributed to Ms. Devins.

The Motions Judge made six other errors. First, he failed to take into account the principle that a member of a Tribunal will act fairly and impartially, in the absence of evidence to the contrary. There is a presumption that a decision maker will act impartially. Second, he failed to consider whether the press release demonstrated an objectively justifiable disposition. Third, he failed to properly connect Ms. Devins to the press release. His reasons confused the passage of time with her connection to the press release. There was no evidence that she was aware of it, let alone agreed with its issuance so as to demonstrate

l’égard de M^{me} Devins, le seul membre du Tribunal qui restait pouvait continuer à entendre la plainte et la trancher. Deux questions ont été soulevées en appel, à savoir: 1) si la conclusion du juge des requêtes selon laquelle il existait une crainte raisonnable de partialité à l’égard de M^{me} Devins était déraisonnable, si elle était fondée sur des considérations erronées, si elle découlait d’un mauvais principe, ou si elle était due au fait que le juge n’avait pas accordé suffisamment d’importance aux questions pertinentes; 2) si le juge des requêtes avait eu raison de statuer que, s’il existait une crainte raisonnable de partialité, le Tribunal pouvait poursuivre l’audience.

Arrêt: l’appel doit être accueilli et l’affaire renvoyée pour que l’audience se poursuive.

1) Le critère relatif à la crainte raisonnable de 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». Il comporte un double élément objectif: la personne examinant l’allégation de partialité doit être raisonnable, et la crainte de partialité doit elle-même être raisonnable eu égard aux circonstances de l’affaire. Une distinction est faite, dans le communiqué de presse, entre les déclarations imputables à la Commission ontarienne des droits de la personne et celles imputables à son président. Le communiqué de presse a été publié en réponse à une accusation criminelle qui prévoyait un moyen de défense fondé sur la véracité et prévu à l’article 177 du *Code criminel*. Les déclarations imputées à la Commission visaient simplement à critiquer Zündel pour avoir nié l’existence de l’holocauste. La véracité de la déclaration fournirait donc un moyen de défense complet. D’autre part, la plainte dont le Tribunal canadien des droits de la personne était saisi portait essentiellement que certaines gens étaient exposés à la haine et au mépris. La véracité de la déclaration ne fournirait aucun moyen de défense. Par conséquent, la question à laquelle faisait face le jury en 1988 était différente de celle à laquelle faisait face le Tribunal. La déclaration figurant dans le communiqué de presse qui pourrait être pertinente, aux fins de la plainte fondée sur le paragraphe 13(1), a été attribuée au président de la Commission plutôt qu’à la Commission dans son ensemble. Un observateur raisonnable relativement bien renseigné ne conclurait pas que cette déclaration devrait être imputée à M^{me} Devins.

Le juge des requêtes a commis six autres erreurs. Premièrement, il a omis de tenir compte du principe selon lequel, en l’absence d’une preuve contraire, les membres d’un tribunal agissent d’une façon équitable et impartiale. Il existe une présomption selon laquelle le décideur agit de façon impartiale. Deuxièmement, il a omis d’examiner si le communiqué de presse démontrait l’existence d’une disposition objectivement justifiable. Troisièmement, il a omis d’établir un lien entre M^{me} Devins et le communiqué de presse. Il a confondu dans ses motifs le temps écoulé et l’existence de liens entre M^{me} Devins et le communiqué de

actual bias at the time the press release was issued. Fourth, the Motions Judge failed to give appropriate weight to the amount of time that had passed between the date on which the press release was issued and the date Ms. Devins was asked to hear the subsection 13(1) complaints. A period of nine years between those two dates was sufficient to expunge any taint of bias that might have existed by reason of the press release. Fifth, he erred in concluding that the Ontario Human Rights Commission was only an adjudicative body and had no legitimate purpose in issuing the press release. The press release was not "thoroughly inappropriate"; rather, it was consistent with the Commission's statutory obligation "to forward the policy that the dignity and worth of every person be recognized". Finally, the Motions Judge erred in concluding that there is a doctrine of corporate "taint" that is said to paint all members of a decision-making body with bias in certain circumstances. An inference could not be drawn that each member of the Ontario Human Rights Commission authorized the entire press release.

(2) The Motions Judge also erred in concluding that, where a reasonable apprehension of bias is proven, the remaining members of the Tribunal could continue to hear and determine the complaint. When the bias allegation was raised, the panel of which Ms. Devins was a member had sat for some 40 days, and had made approximately 53 rulings. Where a member of an administrative tribunal is subject to a reasonable apprehension of bias and a number of serious interlocutory orders have been made over the course of a lengthy hearing, the Tribunal's proceedings should be quashed in their entirety.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2(b).
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 13(1).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 177.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 181.
Human Rights Code, S.O. 1981, c. 53, s. 28.
Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P.15.
Public Utilities Act (The), R.S.N. 1970, c. 322, ss. 5, 14, 15, 79, 85.

presse. Rien ne montrait que M^{me} Devins ait été au courant de l'existence du communiqué de presse, et encore moins qu'elle ait consenti à sa publication, ce qui aurait pu démontrer qu'elle était réellement partielle au moment où le communiqué de presse avait été publié. Quatrièmement, le juge des requêtes a omis d'accorder l'importance appropriée au temps qui s'était écoulé entre la date de la publication du communiqué de presse et la date à laquelle on avait demandé à M^{me} Devins d'entendre les plaintes fondées sur le paragraphe 13(1). Le fait que neuf ans s'étaient écoulés entre ces deux dates était suffisant pour éliminer toute apparence de partialité à laquelle le communiqué de presse aurait pu donner lieu. Cinquièmement, le juge des requêtes a commis une erreur en concluant que la Commission ontarienne des droits de la personne était uniquement un organisme décisionnel et qu'elle n'avait aucun motif légitime de publier le communiqué de presse. Le communiqué de presse n'était pas «tout à fait inapproprié»; il était plutôt conforme à l'obligation qui est imposée par la loi à la Commission de «favoriser la reconnaissance de la dignité et de la valeur de la personne». Enfin, le juge des requêtes a commis une erreur en concluant à l'existence d'une doctrine de la «partialité collective», qui aurait pour effet de rendre partiaux tous les membres d'un organisme décisionnel dans certaines circonstances. On ne peut pas inférer que chacun des membres de la Commission ontarienne des droits de la personne a autorisé le communiqué de presse dans son ensemble.

2) Le juge des requêtes a également commis une erreur en concluant que, lorsque la crainte raisonnable de partialité est établie, les autres membres du Tribunal peuvent poursuivre l'audience et se prononcer sur la plainte. Au moment où la partialité a été alléguée, la formation dont M^{me} Devins était membre avait siégé pendant environ 40 jours et avait rendu environ 53 décisions. Lorsqu'un membre d'un tribunal administratif fait l'objet d'une crainte raisonnable de partialité et qu'un certain nombre d'ordonnances interlocutoires importantes ont été rendues au cours d'une longue audience, l'instance engagée devant le Tribunal devrait être annulée en entier.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2b).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 181.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 177.
Code des droits de la personne, S.O. 1981, ch. 53, art. 28.
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 13(1).
Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, ch. P.15.
Public Utilities Act (The), R.S.N. 1970, ch. 322, art. 5, 14, 15, 79, 85.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. v. S. (R.D.), [1997] 3 S.C.R. 484; (1997), 161 N.S.R. (2d) 241; 151 D.L.R. (4th) 193; 1 Admin. L.R. (3d) 74; 118 C.C.C. (3d) 353; 10 C.R. (5th) 1; 218 N.R. 1; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; (1990), 75 D.L.R. (4th) 577; 13 C.H.R.R. D/435; 3 C.R.R. (2d) 116; *Beno v. Canada (Commissioner and Chairperson, Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia)*, [1997] 2 F.C. 527; (1997), 146 D.L.R. (4th) 708; 47 Admin. L.R. (2d) 244; 212 N.R. 357 (C.A.); *E.A. Manning Ltd. v. Ontario Securities Commission* (1995), 23 O.R. (3d) 257; 125 D.L.R. (4th) 305; 32 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.C.L.S. 125; 80 O.A.C. 321 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, [1995] 3 S.C.R. vi; *Finch v. Assn. of Professional Engineers & Geoscientists (British Columbia)*, [1996] 5 W.W.R. 690; (1996), 38 Admin. L.R. (2d) 116; 73 B.C.A.C. 295; 18 B.C.L.R. (3d) 361 (B.C.A.C.); *Bennett v. British Columbia (Securities Commission)* (1992), 94 D.L.R. (4th) 339; [1992] 5 W.W.R. 481; 18 B.C.A.C. 191; 69 B.C.L.R. (2d) 171; 31 W.A.C. 191; *Laws v. Australian Broadcasting Tribunal* (1990), 93 A.L.R. 435 (H.C.).

DISTINGUISHED:

Dulmage v. Ontario (Police Complaints Commissioner) (1994), 21 O.R. (3d) 356; 120 D.L.R. (4th) 590; 30 Admin. L.R. (2d) 203; 75 O.A.C. 305 (Div. Ct.); *Pinochet Ugarte, Re*, [1998] H.L.J. No. 52 (QL); *Pinochet Ugarte, Re*, [1998] H.L.J. No. 41 (QL); *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623; (1992), 95 Nfld. & P.E.I.R. 271; 4 Admin. L.R. (2d) 121; 134 N.R. 241.

CONSIDERED:

R. v. Zündel, [1992] 2 S.C.R. 731; (1992), 95 D.L.R. (4th) 202; 75 C.C.C. (3d) 449; 16 C.R. (4th) 1; 140 N.R. 1; 56 O.A.C. 161.

APPEAL from a Trial Division decision ([1999] 3 F.C. 409; (1999), 165 F.T.R. 113) finding a reasonable apprehension of bias on the part of one member of the Canadian Human Rights Tribunal hearing complaints based on subsection 13(1) of the *Canadian Human Rights Act*. Appeal allowed.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

R. c. S. (R.D.), [1997] 3 R.C.S. 484; (1997), 161 N.S.R. (2d) 241; 151 D.L.R. (4th) 193; 1 Admin. L.R. (3d) 74; 118 C.C.C. (3d) 353; 10 C.R. (5th) 1; 218 N.R. 1; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; (1990), 75 D.L.R. (4th) 577; 13 C.H.R.R. D/435; 3 C.R.R. (2d) 116; *Beno c. Canada (Commissaire et président de la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces armées canadiennes en Somalie)*, [1997] 2 C.F. 527; (1997), 146 D.L.R. (4th) 708; 47 Admin. L.R. (2d) 244; 212 N.R. 357 (C.A.); *E.A. Manning Ltd. v. Ontario Securities Commission* (1995), 23 O.R. (3d) 257; 125 D.L.R. (4th) 305; 32 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.C.L.S. 125; 80 O.A.C. 321 (C.A.); autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée., [1995] 3 R.C.S. vi; *Finch v. Assn. of Professional Engineers & Geoscientists (British Columbia)*, [1996] 5 W.W.R. 690; (1996), 38 Admin. L.R. (2d) 116; 73 B.C.A.C. 295; 18 B.C.L.R. (3d) 361 (C.A.C.-B.); *Bennett v. British Columbia (Securities Commission)* (1992), 94 D.L.R. (4th) 339; [1992] 5 W.W.R. 481; 18 B.C.A.C. 191; 69 B.C.L.R. (2d) 171; 31 W.A.C. 191; *Laws v. Australian Broadcasting Tribunal* (1990), 93 A.L.R. 435 (H.C.).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Dulmage v. Ontario (Police Complaints Commissioner) (1994), 21 O.R. (3d) 356; 120 D.L.R. (4th) 590; 30 Admin. L.R. (2d) 203; 75 O.A.C. 305 (Cour div.); *Pinochet Ugarte, Re*, [1998] H.L.J. No. 52 (QL); *Pinochet Ugarte, Re*, [1998] H.L.J. No. 41 (QL); *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; (1992), 95 Nfld. & P.E.I.R. 271; 4 Admin. L.R. (2d) 121; 134 N.R. 241.

DÉCISION EXAMINÉE:

R. c. Zündel, [1992] 2 R.C.S. 731; (1992), 95 D.L.R. (4th) 202; 75 C.C.C. (3d) 449; 16 C.R. (4th) 1; 140 N.R. 1; 56 O.A.C. 161.

APPEL d'une décision ([1999] 3 C.F. 409; (1999), 165 F.T.R. 113) par laquelle la Section de première instance avait conclu à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité de la part d'un membre du Tribunal canadien des droits de la personne qui entendait des plaintes fondées sur le paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Appel accueilli.

APPEARANCES:

Jane S. Bailey for appellants Sabina Citron and the Canadian Holocaust Remembrance Association.

Andrew A. Weretelnik for appellant Toronto Mayor's Committee on Community and Race Relations.

Richard A. Kramer for appellant Attorney General of Canada.

René Duval for appellant Canadian Human Rights Commission.

Robyn M. Bell for appellant Simon Wiesenthal Centre.

Joel Richler and *Judy Chan* for appellant Canadian Jewish Congress.

Marvin Kurz for appellant League for Human Rights of B'Nai Brith.

Douglas H. Christie and *Barbara Kulaszka* for respondent Ernst Zündel.

Gregory Rhone for respondent Canadian Association for Free Expression Inc.

SOLICITORS OF RECORD:

Torys, Toronto, for appellants Sabina Citron and the Canadian Holocaust Remembrance Association.

City of Toronto, Legal Department, Toronto, for appellant Toronto Mayor's Committee on Community and Race Relations.

Deputy Attorney General of Canada, for appellant Attorney General of Canada.

Canadian Human Rights Commission for appellant Canadian Human Rights Commission.

Bennett Jones, Toronto, for appellant Simon Wiesenthal Centre.

Blake, Cassels & Graydon, Toronto, for appellant Canadian Jewish Congress.

Dale, Streiman & Kurz, Brampton, Ontario, for appellant League for Human Rights of B'Nai Brith.

Douglas H. Christie, Victoria, and *Barbara Kulaszka*, Brighton, Ontario, for respondent Ernst Zündel.

Gregory Rhone, Etobicoke, Ontario, for respondent Canadian Association for Free Expression Inc.

ONT COMPARU:

Jane S. Bailey pour Sabina Citron et la Canadian Holocaust Remembrance Association, appelantes.

Andrew A. Weretelnik pour le Comité du maire de Toronto sur les relations entre races et communautés, appelant.

Richard A. Kramer pour le procureur général du Canada, appelant.

René Duval pour la Commission canadienne des droits de la personne, appelante.

Robyn M. Bell pour le Simon Wiesenthal Centre, appelant.

Joel Richler et *Judy Chan* pour le Congrès juif canadien, appelant.

Marvin Kurz pour la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith, appelante.

Douglas H. Christie et *Barbara Kulaszka* pour Ernst Zündel, intimé.

Gregory Rhone pour la Canadian Association for Free Expression Inc., intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Torys, Toronto, pour Sabina Citron et la Canadian Holocaust Remembrance Association, appelantes.

Le Contentieux de la ville de Toronto, Toronto, pour le Comité du maire de Toronto sur les relations entre races et communautés, appelant.

Le sous-procureur général du Canada pour le procureur général du Canada, appelant.

La Commission canadienne des droits de la personne, pour la Commission canadienne des droits de la personne, appelante.

Bennett Jones, Toronto, pour le Simon Wiesenthal Centre, appelant.

Blake, Cassels & Graydon, Toronto, pour le Congrès juif canadien, appelant.

Dale, Streiman & Kurz, Brampton (Ontario), pour la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith, appelante.

Douglas H. Christie, Victoria, et *Barbara Kulaszka*, Brighton (Ontario), pour Ernst Zündel, intimé.

Gregory Rhone, Etobicoke (Ontario), pour la Canadian Association for Free Expression Inc., intimée.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

SEXTON J.A.:

INTRODUCTION

[1] Ms. Devins is a member of the Canadian Human Rights Tribunal (the Tribunal) that is hearing a complaint brought against Ernst Zündel. At issue in this appeal is whether Ms. Devins is subject to a reasonable apprehension of bias, stemming from a now twelve-year old press release that was issued by the Ontario Human Rights Commission (the Commission or Ontario Human Rights Commission) when Ms. Devins was a member of that Commission, in which the Commission, among other things, applauded a court ruling that found Mr. Zündel to be guilty of publishing false statements that denied the Holocaust.

BACKGROUND FACTS

[2] On May 11, 1988, a jury found Mr. Zündel to be guilty of wilfully publishing a pamphlet called "Did Six Million Really Die?" that he knew was false and that causes or is likely to cause injury or mischief to a public interest, contrary to section 177 of the *Criminal Code*.¹

[3] Two days after the jury had reached its verdict, the Ontario Human Rights Commission issued the following press release:

TIME/DATE: 10:32 Eastern Time May 13, 1988
 SOURCE: Ontario Human Rights Commission
 HEADLINE: *** HUMAN RIGHTS COMMISSION
 COMMENDS RECENT ZÜNDEL
 RULING ***
 PLACELINE: TORONTO

The Ontario Human Rights Commission commends the recent court ruling that found Ernst Zündel guilty of publishing false statements denying the Holocaust.

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

LE JUGE SEXTON, J.C.A.:

INTRODUCTION

[1] M^{me} Devins est membre du Tribunal canadien des droits de la personne (le Tribunal), qui entend une plainte déposée contre Ernst Zündel. Il s'agit de savoir dans le présent appel s'il existe une crainte raisonnable de partialité à l'égard de M^{me} Devins, découlant d'un communiqué de presse datant maintenant d'il y a douze ans qui a été publié par la Commission ontarienne des droits de la personne (la Commission ou la Commission ontarienne des droits de la personne) lorsque M^{me} Devins était membre de cette commission, et dans lequel entre autres choses la Commission se disait très heureuse d'une décision judiciaire concluant que M. Zündel était coupable d'avoir publié de fausses déclarations niant que l'holocauste avait eu lieu.

LES FAITS

[2] Le 11 mai 1988, un jury a conclu que M. Zündel était coupable d'avoir volontairement publié une brochure intitulée: «Did Six Million Really Die?», qu'il savait être fausse et qu'elle causait, ou était de nature à causer, une atteinte ou du tort à quelque intérêt public, en violation de l'article 177 du *Code criminel*.¹

[3] Deux jours après que le jury eut rendu son verdict, la Commission ontarienne des droits de la personne a publié le communiqué de presse suivant:

[TRADUCTION]
 HEURE/DATE: 10 h 32, heure de l'est, 13 mai 1988
 SOURCE: Commission ontarienne des droits de la
 personne
 TITRE: ***LA COMMISSION ONTARIENNE
 DES DROITS DE LA PERSONNE AC-
 CUEILLE FAVORABLEMENT LE RÉ-
 CENT JUGEMENT RENDU DANS
 L'AFFAIRE ZÜNDEL***
 LIEU: TORONTO

La Commission ontarienne des droits de la personne accueille favorablement le récent jugement dans lequel Ernst Zündel a été reconnu coupable de l'accusation d'avoir publié de fausses déclarations visant à nier l'holocauste.

“This decision lays to rest, once and for all, the position that is resurrected from time to time that the Holocaust did not happen and is, in fact, a hoax,” said Chief Commissioner, Raj Anand. “We applaud the jury’s decision since it calls for sanctions against a man responsible for contradicting the truth of the suffering experienced by the Jewish people, which was visited upon them solely because of their religion and ethnicity.”

Mr. Anand also stated that the decision is of broader significance in that it affirms not only the rights of Jews, but also of and [*sic*] other religious and ethnocultural groups to be free from the dissemination of false information that maligns them.

[4] Mr. Zündel’s criminal conviction was eventually overturned by the Supreme Court of Canada [[1992] 2 S.C.R. 731], which held that section 177 of the *Criminal Code*² was contrary to the right of free expression guaranteed by paragraph 2(b) 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]], and that the infringement could not be saved by section 1 of the Charter.³

[5] Approximately four years after the Supreme Court overturned Mr. Zündel’s conviction, two complainants laid complaints with the Canadian Human Rights Commission. The complainants said that they believed that an Internet Web site operated by Mr. Zündel would be “likely to expose a person or persons to hatred or contempt by reason of the fact that that person or those persons are identifiable on the basis of a prohibited ground of discrimination,” contrary to subsection 13(1) of the *Canadian Human Rights Act*.⁴ A panel of the Canadian Human Rights Tribunal was appointed to inquire into the complaints. Reva E. Devins was one of three persons appointed to determine the complaint.

[6] At the inquiry, which commenced on May 26, 1997, the Canadian Human Rights Commission relied heavily on the “Did Six Million Really Die?” pamphlet that had been published on Mr. Zündel’s Web

«Cette décision a pour effet d’enterrer, une fois pour toutes, l’argument qui reprend vie à l’occasion et selon lequel l’holocauste n’est pas survenu et constitue en fait un canular», a dit le président de la Commission, Raj Anand. «Nous sommes très heureux de la décision du jury, puisqu’elle exige à toutes fins utiles que des sanctions soient prises contre un homme qui a cherché à nier la vérité en ce qui a trait aux souffrances infligées au peuple juif uniquement du fait de sa religion et de son origine ethnique.»

M. Anand a ajouté que la décision a une grande importance dans la mesure où elle a pour effet de confirmer non seulement le droit des Juifs, mais aussi celui des autres groupes religieux et ethnoculturels de ne pas être exposés à la dissémination de renseignements erronés qui constituent une calomnie à leur endroit.

[4] La déclaration de culpabilité prononcée au criminel contre M. Zündel a en fin de compte été infirmée par la Cour suprême du Canada [[1992] 2 R.C.S. 731], qui a statué que l’article 177 du *Code criminel*² violait la liberté d’expression garantie à l’alinéa 2b) 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]] et que cette violation n’était pas sauvegardée par l’article premier de la Charte³.

[5] Environ quatre ans après que la Cour suprême eut annulé la déclaration de culpabilité prononcée contre M. Zündel, deux plaignants ont déposé des plaintes devant la Commission canadienne des droits de la personne. Les plaignants déclaraient croire qu’un site Web de l’Internet exploité par M. Zündel était [TRADUCTION] «susceptible d’exposer à la haine ou au mépris des personnes appartenant à un groupe identifiable sur la base des critères énoncés à l’article 3», en violation du paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*⁴. Une formation du Tribunal canadien des droits de la personne a été désignée en vue d’enquêter sur les plaintes. Reva E. Devins était l’une des trois personnes qui devaient se prononcer sur la plainte.

[6] À l’enquête, qui a commencé le 26 mai 1997, la Commission canadienne des droits de la personne s’est fortement fondée sur la brochure intitulée: «Did Six Million Really Die?», qui avait été publiée sur le site

site. This pamphlet was the same one that had led to the earlier criminal charges and to the press release issued by the Ontario Human Rights Commission.

[7] After approximately forty days of hearings, Mr. Zündel requested that the Tribunal fax him the biographies of the three Tribunal members. Approximately one week after the biographies had been faxed to him, counsel for Mr. Zündel located the press release while searching Quicklaw Systems' databases. That same day, counsel for Mr. Zündel brought a motion before the Tribunal, seeking to dismiss the subsection 13(1) complaints on the basis that Ms. Devins was subject to a reasonable apprehension of bias.

THE TRIBUNAL'S DECISION

[8] The Tribunal rejected Mr. Zündel's motion. It concluded that the press release had been made by the then Chief Commissioner of the Ontario Human Rights Commission, not by the Commission or by Ms. Devins personally. Moreover, the Tribunal added, the statements were arguably within the Chief Commissioner's statutory mandate. These factors, the Tribunal held, made it difficult to understand how the press release could be said to create a reasonable apprehension of bias on the part of the Chief Commissioner, or that any bias could then be imputed to Ms. Devins. In any event, the Tribunal held that even if Mr. Zündel's submission had any merit, it held that it was "totally inappropriate at this late state for this matter to be advanced."⁵ The Tribunal reasoned that because the statement had been made long before the hearing had commenced, Mr. Zündel could have raised the bias allegation at the outset of the proceedings. In so doing, the Tribunal implied that Mr. Zündel had waived his right to raise an allegation of reasonable apprehension of bias. Mr. Zündel sought judicial review of the Tribunal's decision to the Federal Court—Trial Division.

Web de M. Zündel. Cette brochure était celle même qui avait donné lieu aux accusations qui avaient antérieurement été portées au criminel et au communiqué de presse publié par la Commission ontarienne des droits de la personne.

[7] Une quarantaine de jours après le début de l'audience, M. Zündel a demandé au Tribunal de lui télécopier les biographies de ses trois membres. Environ une semaine après que les biographies lui eurent été télécopiées, l'avocat de M. Zündel a trouvé le communiqué de presse pendant qu'il effectuait des recherches dans les bases de données de Quicklaw. Le jour même, il a présenté une requête devant le Tribunal, en vue de solliciter le rejet des plaintes fondées sur le paragraphe 13(1) en alléguant qu'il existait des craintes raisonnables de partialité à l'égard de M^{me} Devins.

LA DÉCISION DU TRIBUNAL

[8] Le Tribunal a rejeté la requête de M. Zündel. Il a conclu que le communiqué de presse avait été publié par le président, à l'époque, de la Commission ontarienne des droits de la personne plutôt que par la Commission ou par M^{me} Devins elle-même. Le Tribunal a ajouté que l'on pouvait soutenir que les déclarations relevaient du mandat conféré par la loi au président. Le Tribunal a statué que, compte tenu de ces facteurs, il était difficile de comprendre comment l'on pouvait dire que le communiqué de presse créait une crainte raisonnable de partialité de la part du président, ou que M^{me} Devins puisse être accusée de partialité. Quoi qu'il en soit, le Tribunal a statué que, même si l'argument de M. Zündel était fondé, il n'était [TRADUCTION] «absolument pas approprié à ce stade tardif d'avancer cet argument»⁵. Le Tribunal a conclu qu'étant donné que la déclaration avait été faite bien avant que l'audience commence, M. Zündel aurait pu alléguer la partialité au début de l'instance. Ce faisant, le Tribunal a donné à entendre que M. Zündel avait renoncé au droit qu'il avait d'alléguer l'existence d'une crainte raisonnable de partialité. M. Zündel a sollicité le contrôle judiciaire de la décision du Tribunal devant la Section de première instance de la Cour fédérale.

THE FEDERAL COURT—TRIAL DIVISION’S DECISION

[9] In his decision, the Motions Judge held that the press release was a “gratuitous political statement”⁶ that made “a specific damning statement”⁷ against Mr. Zündel, which was “thoroughly inappropriate for the Chair of the Ontario Commission”⁸ to do. He held that “[a]n institution with adjudicative responsibilities has no legitimate purpose in engaging in such public condemnation.”⁹

[10] The Motions Judge reasoned that because the press release stated that “the Ontario Human Rights Commission commends the present court ruling,”¹⁰ and that “[w]e applaud the jury’s decision,”¹¹ the Chair purported to speak on behalf of all members of the Commission, including Ms. Devins. The Motions Judge added that it would be a “reasonable conclusion to reach that at the time the statement was made, the members of the Ontario Commission held a strong actual bias”¹² against Mr. Zündel. Nevertheless, he concluded that by the time the Canadian Human Rights Tribunal was convened to inquire into the subsection 13(1) complaint, there was “insufficient evidence to find present actual bias”¹³ against Ms. Devins.

[11] The Motions Judge concluded that even though the statement was released some ten years before Ms. Devins was called to inquire into the subsection 13(1) complaint brought against Mr. Zündel, a reasonably informed bystander would apprehend that the “extreme impropriety”¹⁴ of the press release would make her subject to a reasonable apprehension of bias.

[12] The Motions Judge rejected the Tribunal’s decision that Mr. Zündel had waived his right to bring the bias complaint by not bringing it at the outset of the Tribunal’s proceedings. The Motions Judge accepted Mr. Zündel’s evidence that he was not aware of the press release until shortly before the bias allegation was brought.

LA DÉCISION DE LA SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE DE LA COUR FÉDÉRALE

[9] Dans sa décision, le juge des requêtes a statué que le communiqué de presse était une «déclaration politique gratuite»⁶ par laquelle on formulait «une déclaration accablante spécifique»⁷ à l’encontre de M. Zündel, et qu’il était «tout à fait inapproprié [. . .] de la part du président de la Commission ontarienne»⁸ de faire pareille déclaration. Le juge a statué que «[c]ette condamnation publique ne repose sur aucun objectif légitime d’un organisme investi de responsabilités décisionnelles»⁹.

[10] Le juge des requêtes a conclu qu’en déclarant dans le communiqué de presse que [TRADUCTION] «la Commission ontarienne des droits de la personne accueill[ait] favorablement le récent jugement [de la Cour]»¹⁰ et en disant: [TRADUCTION] «[N]ous sommes très heureux de la décision du jury»¹¹, le président entendait parler pour le compte de tous les membres de la Commission, y compris M^{me} Devins. Le juge des requêtes a ajouté qu’il serait «raisonnable de conclure qu’à la date à laquelle la déclaration a été faite, les membres de la Commission ontarienne entretenaient un préjugé réel important»¹² à l’encontre de M. Zündel. Néanmoins, le juge a conclu qu’au moment où le Tribunal canadien des droits de la personne s’était réuni pour examiner la plainte fondée sur le paragraphe 13(1), «la preuve ne permet[tait] pas de conclure à l’existence d’un préjugé réel»¹³ de la part de M^{me} Devins.

[11] Le juge des requêtes a conclu que même si la déclaration avait été publiée une dizaine d’années avant que M^{me} Devins ait eu à examiner la plainte déposée contre M. Zündel en vertu du paragraphe 13(1), un observateur relativement bien renseigné craindrait que le «caractère tout à fait déplacé»¹⁴ du communiqué de presse ne donne lieu à une crainte raisonnable de partialité à l’égard de M^{me} Devins.

[12] Le juge des requêtes a rejeté la décision du Tribunal selon laquelle M. Zündel avait renoncé à son droit de formuler une plainte de partialité du fait qu’il n’avait pas déposé pareille plainte au début de l’instance. Il a accepté le témoignage de M. Zündel, qui déclarait n’avoir été mis au courant du communiqué de presse que peu de temps avant que l’allégation de partialité eût été faite.

[13] Even though he concluded that Ms. Devins was subject to a reasonable apprehension of bias, the Motions Judge declined to prohibit the remaining member of the Tribunal from continuing to hear and to ultimately determine the complaint. He held that because the *Canadian Human Rights Act* permits one Tribunal member to complete an already commenced hearing where other appointed members are unable to continue,¹⁵ the one remaining member of the panel could continue to hear and decide the complaint.

[14] Ms. Citron and the other appellants now appeal the Motion Judge's decision that Ms. Devins was subject to a reasonable apprehension of bias. They have not appealed the Motion Judge's decision that Mr. Zündel did not waive his right to raise the bias allegation by not bringing it at the outset of the Tribunal's proceedings. Mr. Zündel has cross-appealed one aspect of the Motion Judge's decision, arguing that the Motions Judge should have quashed the Tribunal's proceedings in their entirety.

ISSUES

1. Was the finding of the Motions Judge that there was a reasonable apprehension of bias on the part of Ms. Devins unreasonable, based on erroneous considerations, reached on wrong principle, or reached as a result of insufficient weight having been given to relevant matters?

2. Was the Motions Judge correct in holding that, if there was a reasonable apprehension of bias, the Tribunal could continue with the hearing?

ANALYSIS

1. THE REASONABLE APPREHENSION OF BIAS TEST

[15] In *R. v. S. (R.D.)*,¹⁶ Cory J. stated the following manner in which the reasonable apprehension of bias test should be applied:

[13] Même s'il a conclu à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité à l'égard de M^{me} Devins, le juge des requêtes a refusé d'interdire à l'autre membre du Tribunal de continuer à entendre la plainte et de se prononcer sur elle. Il a statué qu'étant donné que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* autorise un membre du Tribunal à continuer à entendre une plainte dont l'audition a déjà débuté lorsque les autres membres sont incapables de continuer¹⁵, le seul membre de la formation qui restait pouvait continuer à entendre la plainte et la trancher.

[14] M^{me} Citron et les autres appelants interjettent maintenant appel contre la conclusion du juge des requêtes selon laquelle il existait une crainte raisonnable de partialité à l'égard de M^{me} Devins. Ils n'ont pas interjeté appel contre la conclusion selon laquelle M. Zündel n'avait pas renoncé au droit qu'il avait d'alléguer la partialité du fait qu'il avait omis de soulever la question au début de l'instance engagée devant le Tribunal. M. Zündel a formé un appel incident sur un point de la décision du juge des requêtes; il a soutenu que le juge aurait dû annuler au complet les procédures engagées devant le Tribunal.

LES POINTS LITIGIEUX

1. La conclusion du juge des requêtes selon laquelle il existait une crainte raisonnable de partialité à l'égard de M^{me} Devins était-elle déraisonnable, était-elle fondée sur des considérations erronées, était-elle tirée à partir d'un mauvais principe, ou parce que le juge n'avait pas accordé suffisamment d'importance aux questions pertinentes?

2. Le juge des requêtes a-t-il eu raison de statuer que, s'il existait une crainte raisonnable de partialité, le Tribunal pouvait poursuivre l'audience?

ANALYSE

1. LE CRITÈRE RELATIF À LA CRAINTE RAISONNABLE DE PARTIALITÉ

[15] Dans l'arrêt *R. c. S. (R.D.)*¹⁶, le juge Cory a énoncé comme suit la façon dont le critère relatif à la crainte raisonnable de partialité devait s'appliquer:

[T]he apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right-minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. . . . [The] test is “what would an informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—conclude”¹⁷

[16] He held that the test contained a two-fold objective element: “the person considering the alleged bias must be reasonable, and the apprehension of bias itself must also be reasonable in the circumstances of the case.”¹⁸

Does the press release address the same issue as the complaint before the Canadian Human Rights Tribunal?

[17] On appeal, Mr. Zündel submits that a reasonable bystander would conclude that the press release, which attributes certain statements directly to the Ontario Human Rights Commission, and not merely to the Chair of that Commission, would cause Ms. Devins (who was a member of the Ontario Human Rights Commission when the press release was issued) to be subject to a reasonable apprehension of bias. Mr. Zündel submits that the criminal charges upon which the press release was based were directly in relation to his publication “Did Six Million Really Die?”, the very same pamphlet that Mr. Zündel had reproduced on his Web site and that led to the subsection 13(1) human rights complaint that Ms. Devins and the other two members of the Tribunal were asked to determine.

[18] In my view, the press release draws a distinction between statements made by the Ontario Human Rights Commission, and statements made by Mr. Anand, the Chair of the Ontario Human Rights Commission. The only statements contained in the press release that are directly attributed to the Ontario Human Rights Commission are the following:

- (i) “The Ontario Human Rights Commission commends the recent court ruling that found Ernst Zündel guilty of publishing false statements denying the Holocaust”;

[L]a crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d’une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. [. . .] [C]e critère consiste à se demander «à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. . . .»¹⁷

[16] Le juge a conclu que le critère comportait un élément objectif double: «la personne examinant l’allégation de partialité doit être raisonnable, et la crainte de partialité doit elle-même être raisonnable eu égard aux circonstances de l’affaire»¹⁸.

Le communiqué de presse porte-t-il sur la même question que la plainte dont le Tribunal canadien des droits de la personne était saisi?

[17] En appel, M. Zündel soutient qu’un observateur raisonnable conclurait que le communiqué de presse, qui impute directement certaines déclarations à la Commission ontarienne des droits de la personne plutôt qu’au président de cette commission seulement, donnerait lieu à une crainte raisonnable de partialité à l’égard de M^{me} Devins (qui était membre de la Commission ontarienne des droits de la personne lorsque le communiqué de presse a été publié). M. Zündel soutient que les accusations criminelles sur lesquelles le communiqué de presse était fondé se rapportaient directement à la publication «Did Six Million Really Die?», soit la brochure même qu’il avait reproduite sur son site Web et qui a donné lieu à la plainte fondée sur le paragraphe 13(1) dont M^{me} Devins et les deux autres membres du Tribunal ont été saisis.

[18] À mon avis, une distinction est faite, dans le communiqué de presse, entre les déclarations imputables à la Commission ontarienne des droits de la personne et les déclarations imputables au président de cette commission, M. Anand. Les seules déclarations figurant dans le communiqué de presse qui sont directement imputées à la Commission ontarienne des droits de la personne sont ci-après énoncées:

[TRADUCTION]

- (i) «La Commission ontarienne des droits de la personne accueille favorablement le récent jugement dans lequel Ernst Zündel a été reconnu coupable de l’accusation d’avoir publié de fausses déclarations visant à nier l’holocauste»;

(ii) “We applaud the jury’s decision since it calls for sanctions against a man responsible for contradicting the truth of the suffering experienced by the Jewish people, which was visited upon them solely because of their religion and ethnicity.”

[19] The criminal charge that the Ontario Human Rights Commission addressed in the press release was section 177 of the *Criminal Code*, later renumbered to section 181. The section states:

181. Every one who wilfully publishes a statement, tale or news that he knows is false and that causes or is likely to cause injury or mischief to a public interest is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years.

[20] By contrast, subsection 13(1) of the *Canadian Human Rights Act* states:

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

[21] In *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*,¹⁹ Dickson C.J. held that “s. 13(1) [of the *Canadian Human Rights Act*] provides no defences to the discriminatory practice it describes, and most especially does not contain an exemption for truthful statements.”²⁰ He concluded that “the *Charter* does not mandate an exception for truthful statements in the context of s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act*.”²¹

[22] The press release was made in response to a criminal charge that did afford a defence of truthfulness (“that he knows is false.”)²² The statements attributed to the Ontario Human Rights Commission simply criticize Mr. Zündel for denying the truthfulness of the Holocaust. By contrast, in a subsection 13(1) complaint, the truth or non-truthfulness of

(ii) «Nous sommes très heureux de la décision du jury, puisqu’elle exige à toutes fins utiles que des sanctions soient prises contre un homme qui a cherché à nier la vérité en ce qui a trait aux souffrances infligées au peuple juif uniquement du fait de sa religion et de son origine ethnique.»

[19] L’accusation criminelle dont la Commission ontarienne des droits de la personne parlait dans le communiqué de presse était définie à l’article 177 du *Code criminel*, qui est par la suite devenu l’article 181. Cette disposition est ainsi libellée:

181. Est coupable d’un acte criminel et passible d’un emprisonnement maximal de deux ans quiconque, volontairement, publie une déclaration, une histoire ou une nouvelle qu’il sait fausse et qui cause, ou est de nature à causer, une atteinte ou du tort à quelque intérêt public.

[20] Par contre, le paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* prévoit ce qui suit:

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

[21] Dans l’arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*¹⁹, le juge en chef Dickson a affirmé que «le par. 13(1) [de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*] ne prévoit aucun moyen de défense à l’égard de l’acte discriminatoire visé et, surtout, il ne renferme pas d’exception pour les déclarations véridiques»²⁰. Il conclut que «la *Charte* n’exige pas une exception pour les déclarations vraies dans le contexte du par. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*»²¹.

[22] Le communiqué de presse a été publié en réponse à une accusation criminelle qui prévoyait un moyen de défense fondé sur la véracité («qu’il sait fausse»)²². Les déclarations imputées à la Commission ontarienne des droits de la personne visent simplement à critiquer M. Zündel pour avoir nié l’existence de l’holocauste. Par contre, dans une plainte fondée sur

statements is immaterial to whether the complaint is substantiated. Consequently, the issue faced by the jury in 1988 is different from the issue faced by the Canadian Human Rights Tribunal.

[23] Shortly stated, the essence of the offence in section 177 of the *Criminal Code* was that the statement was false and that it could or would likely cause injury or mischief to a public interest. Thus, the truth of the statement would provide a complete defence. On the other hand, the essence of the complaint before the Canadian Human Rights Tribunal is that certain people were exposed to hatred or contempt. The truth of the statement would provide no defence.

[24] The only statement contained in the press release that might be material to the subsection 13(1) complaint is the following:

Mr. Anand also stated that the decision is of broader significance in that it affirms not only the rights of Jews, but also of and [sic] other religious and ethnocultural groups to be free from the dissemination of false information that maligns them. [Emphasis added.]

[25] It could be argued that the statement reproduced above states that the information disseminated by Mr. Zündel exposes Jews to hatred, the essence of a subsection 13(1) complaint. However, in my view, an informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—would conclude that the press release draws a distinction between statements made by the Ontario Human Rights Commission (i.e. “the Ontario Human Rights Commission commends” or “we applaud” [emphasis added]) and statements made by Raj Anand, the Chief Commissioner of the Ontario Human Rights Commission. The statement reproduced above is attributed to Mr. Anand, and not to the Commission as a whole. Accordingly, I do not think that a reasonable and informed observer would conclude that the above statement should be attributed to Ms. Devins.

le paragraphe 13(1), l’exactitude ou l’inexactitude des déclarations n’a rien à voir avec la question de savoir si la plainte est fondée. Par conséquent, la question à laquelle faisait face le jury en 1988 est différente de celle à laquelle faisait face le Tribunal canadien des droits de la personne.

[23] Bref, l’infraction prévue à l’article 177 du *Code criminel* était essentiellement que la déclaration était fausse et qu’elle causait, ou était de nature à causer, une atteinte ou du tort à quelque intérêt public. La véracité de la déclaration fournirait donc un moyen de défense complet. D’autre part, la plainte dont le Tribunal canadien des droits de la personne était saisi était fondamentalement que certaines gens étaient exposés à la haine ou au mépris. La véracité de la déclaration ne fournirait aucun moyen de défense.

[24] La seule déclaration figurant dans le communiqué de presse qui pourrait se rapporter à la plainte fondée sur le paragraphe 13(1) est ci-après énoncée:

[TRADUCTION]

M. Anand a ajouté que la décision a une grande importance dans la mesure où elle a pour effet de confirmer non seulement le droit des Juifs, mais aussi celui des autres groupes religieux et ethnoculturels de ne pas être exposés à la dissémination de renseignements erronés qui constituent une calomnie à leur endroit. [Non souligné dans l’original.]

[25] Il serait possible de soutenir que, selon la déclaration précitée, les renseignements disséminés par M. Zündel ont pour effet d’exposer les Juifs à la haine, ce qui constitue l’essence de la plainte fondée sur le paragraphe 13(1). Toutefois, à mon avis, une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique, conclurait qu’une distinction est faite dans le communiqué de presse entre les déclarations de la Commission ontarienne des droits de la personne (à savoir, «la Commission ontarienne des droits de la personne accueille favorablement [. . .]» ou «nous sommes très heureux») et les déclarations du président de la Commission, Raj Anand. La déclaration précitée est attribuée à M. Anand plutôt qu’à la Commission dans son ensemble. Je ne crois donc pas qu’un observateur relativement bien renseigné puisse conclure que la déclaration susmentionnée devrait être imputée à M^{me} Devins.

[26] Counsel for Mr. Zündel relied heavily on the Ontario Divisional Court's judgment in *Dulmage v. Ontario (Police Complaints Commissioner)*²³ to demonstrate that statements made by one member of an organization can be used to demonstrate that a different member of that organization is subject to a reasonable apprehension of bias.

[27] In *Dulmage*, the president of the Mississauga chapter of the Congress of Black Women of Canada had been appointed to a Board of Inquiry pursuant to Ontario's *Police Services Act*.²⁴ The Board was appointed to investigate a complaint that a public strip search had taken place, contrary to the manner provided in the Metropolitan Toronto Police Force's regulations. Approximately one year before the president of the Mississauga chapter of the Congress of Black Women of Canada was appointed to the Board, the vice-president of the Toronto chapter of that organization was reported to have publicly stated that the strip search incident at issue was "not an 'isolated case' and reflects the 'sexual humiliation and abuse of black women.'"²⁵ In a different statement, the vice-president recommended "an RCMP investigation of [the] incident,"²⁶ and urged that the then-Chief of the Metropolitan Toronto Police Force resign, saying that "Chief McCormack has clearly demonstrated an inability to give effective leadership to the Police Force."²⁷

[28] In its decision, the Divisional Court concluded that the president who had been appointed to the Board of Inquiry was subject to a reasonable apprehension of bias. O'Brien J. held:

. . . inflammatory statements dealing with this very incident involved in this inquiry were made by an officer of the Congress of Black Women of Canada. Those statements were made in Toronto, closely adjacent to the City of Mississauga. They deal with an incident which received significant public attention. The statements referred to the incident as an "outrage" and called for the suspension of the

[26] L'avocat de M. Zündel s'est fortement appuyé sur le jugement rendu par la Cour divisionnaire de l'Ontario dans l'affaire *Dulmage v. Ontario (Police Complaints Commissioner)*²³ en vue de démontrer que les déclarations d'un membre d'une organisation peuvent être utilisées pour démontrer qu'un autre membre de l'organisation fait naître une crainte raisonnable de partialité.

[27] Dans la décision *Dulmage*, la présidente de la section de Mississauga du Congrès des femmes noires du Canada avait été nommée membre d'une commission d'enquête conformément à la *Loi sur les services policiers*²⁴ de l'Ontario. La commission avait été constituée afin d'enquêter sur la plainte selon laquelle une fouille à nu avait eu lieu en public, en violation des modalités prévues par les règlements de la Police de la communauté urbaine de Toronto. Environ un an avant que la présidente de la section de Mississauga du Congrès des femmes noires du Canada ait été nommée membre de la commission, la vice-présidente de la section de Toronto de cette organisation avait apparemment déclaré en public que l'incident en question n'était pas un [TRADUCTION] «cas isolé» et qu'il révélait [TRADUCTION] «l'humiliation et l'abus sexuel auxquels sont assujetties les femmes noires»²⁵. Dans une autre déclaration, la vice-présidente avait recommandé [TRADUCTION] «la tenue d'une enquête par la GRC»²⁶ et avait demandé avec instance au chef de la Police de la communauté urbaine de Toronto de l'époque de se désister de ses fonctions, en affirmant que [TRADUCTION] «le chef McCormack a[vait] clairement démontré qu'il était incapable de diriger efficacement les services de police»²⁷.

[28] Dans sa décision, la Cour divisionnaire a conclu à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité à l'égard de la présidente qui avait été nommée membre de la commission d'enquête. Le juge O'Brien a déclaré:

[TRADUCTION] [. . .] les déclarations incendiaires portant sur l'incident même en cause dans l'enquête ont été faites par une dirigeante du Congrès des femmes noires du Canada. Ces déclarations ont été faites à Toronto, tout près de la ville de Mississauga. Elles se rapportent à un incident qui a fortement attiré l'attention du public. Dans ces déclarations, on qualifiait l'incident d'«outrageant» et l'on demandait la

officers involved. Those officers were the very ones involved in this hearing.

Ms. Douglas was the president of the Mississauga chapter of the same organization.²⁸

[29] Similarly, in his dissenting reasons (although not on this point), Moldaver J. held that “[t]he remarks themselves related, at least in part, to the critical issue which the board was required to decide.”²⁹

[30] In my view, *Dulmage* is distinguishable because the statements at issue in *Dulmage* dealt with the very question at issue before the Board of Inquiry, whereas the statements made by the Ontario Human Rights Commission address an issue that is immaterial to the subsection 13(1) Tribunal inquiry that Ms. Devins has been asked to determine.

[31] I think the House of Lords’ decision in *Pinochet, Ugarte, Re*³⁰ can be distinguished on a similar basis. In that appeal, the House of Lords vacated the earlier order it had made in *Pinochet, Ugarte, Re*³¹ because Lord Hoffman, one of the members who heard the appeal, had links to an intervener (Amnesty International) that had argued on the appeal at the House of Lords.

[32] When Lord Hoffman heard the appeal at issue in *Pinochet*, he had been a Director and Chairperson of Amnesty International Charity Limited. That corporation was charged with undertaking charity work for Amnesty International, the entity that had intervened in *Pinochet*.

[33] The type of bias at issue in *Pinochet* was characterized by Lord Browne-Wilkinson as “where the judge is disqualified because he is a judge in his own cause.”³² Lord Browne-Wilkinson then held that “[i]f the absolute impartiality of the judiciary is to be maintained, there must be a rule which automatically disqualifies a judge who is involved, whether personally or as a Director of a company, in promoting the same causes in the same organisation as is a party

suspension des agents en cause. Ces agents étaient les agents mêmes qui sont en cause dans la présente audience.

M^{me} Douglas était présidente de la section de Mississauga de ladite organisation²⁸.

[29] De même, dans les motifs qu’il a prononcés en dissidence (quoique sur un point différent), le juge Moldaver a déclaré que [TRADUCTION] «les remarques elles-mêmes se rapportaient, du moins en partie, à la question cruciale que la commission devait trancher»²⁹.

[30] À mon avis, la décision *Dulmage* peut faire l’objet d’une distinction parce que les déclarations qui étaient en cause portaient sur la question même dont la commission d’enquête était saisie, alors que les déclarations que la Commission ontarienne des droits de la personne a faites portaient sur une question qui n’a rien à voir avec la question dont le Tribunal a été saisi en vertu du paragraphe 13(1) et sur laquelle M^{me} Devins devait se prononcer.

[31] Je crois qu’il est possible de faire une distinction, sur une base similaire, à l’égard de la décision rendue par la Chambre des lords dans *Pinochet, Ugarte, Re*³⁰. Dans cet appel, la Chambre des lords a annulé l’ordonnance qu’elle avait rendue dans l’affaire *Pinochet, Ugarte, Re*³¹ parce que l’un des membres qui avait entendu l’appel, lord Hoffman, était lié à une intervenante (Amnistie Internationale), qui avait présenté des plaidoiries lors de l’appel.

[32] Lorsque lord Hoffman a entendu l’appel contesté dans l’instance *Pinochet*, il avait déjà été directeur et président d’Amnesty International Charity Limited. Cette société était responsable d’activités de bienfaisance pour Amnistie Internationale, soit l’entité qui était intervenue dans l’affaire *Pinochet*.

[33] Dans *Pinochet*, lord Browne-Wilkinson a dit que le genre de partialité en cause se rapportait au cas [TRADUCTION] «où le juge est rendu inhabile parce qu’il est juge dans sa propre cause»³². Il a ensuite déclaré que [TRADUCTION] «pour garantir le maintien de l’impartialité absolue de l’appareil judiciaire, il doit y avoir une règle en vertu de laquelle on rend automatiquement inhabile le juge qui participe, personnellement ou en sa qualité d’administrateur d’une société,

to the suit.”³³ Lord Browne-Wilkinson highlighted that “[t]he facts of this present case are exceptional,”³⁴ holding that “[t]he critical elements are (1) that [Amnesty International] was a party to this appeal; (3) the judge was a Director of a charity closely allied to [Amnesty International] and sharing, in this respect, [Amnesty International’s] objects.”³⁵ He concluded that “[o]nly in cases where a judge is taking an active role as trustee or Director of a charity which is closely allied to and acting with a party to the litigation should a judge normally be concerned either to recuse himself or disclose the position to the parties.”³⁶

[34] Accordingly, *Pinochet* is not analogous to this appeal. It might be so if the Ontario Human Rights Commission was a party to the proceedings before the Tribunal. Since it was not, I do not think that *Pinochet* demonstrates that Ms. Devins is subject to a reasonable apprehension of bias.

OTHER ERRORS MADE BY THE MOTIONS JUDGE

[35] I now turn to other alleged errors made by the Motions Judge. In my view, he committed the following errors, each of which I address at greater length below:

1. He failed to address the presumption of impartiality;
2. He failed to consider whether the press release demonstrated an objectively justifiable disposition;
3. He failed to properly connect Ms. Devins to the press release;
4. He failed to give appropriate weight to the passage of time;
5. He erred in concluding that the Ontario Human Rights Commission was an adjudicative body and had no legitimate purpose in making the press release;

à l’avancement des mêmes causes au sein de la même organisation que celle qui est partie au litige”³³. Lord Browne-Wilkinson a souligné que [TRADUCTION] «[l]es faits de l’affaire [étaient] exceptionnels»³⁴, affirmant que [TRADUCTION] «les éléments cruciaux [étaient] (1) qu’[Amnistie Internationale] était partie à l’appel; [. . .] (3) que le juge était administrateur d’une œuvre de bienfaisance étroitement liée à [Amnistie Internationale] qui partageait, à cet égard, les objectifs d’[Amnistie Internationale]»³⁵. Il a conclu que ce n’est que [TRADUCTION] «dans les cas où un juge exerce activement des fonctions à titre de fiduciaire ou d’administrateur d’une œuvre de bienfaisance qui est étroitement liée à une partie au litige et qui agit avec pareille partie que le juge devrait normalement songer à se récuser ou à communiquer la situation aux parties»³⁶.

[34] Par conséquent, *Pinochet* n’est pas analogue au présent appel. Il pourrait en être ainsi si la Commission ontarienne des droits de la personne était partie à l’instance engagée devant le Tribunal, mais puisqu’elle n’y est pas partie, je ne crois pas que *Pinochet* démontre qu’il existe une crainte raisonnable de partialité à l’égard de M^{me} Devins.

AUTRES ERREURS COMMISES PAR LE JUGE DES REQUÊTES

[35] J’examinerai maintenant les autres erreurs que le juge des requêtes aurait commises. À mon avis, le juge a commis les erreurs suivantes, que j’examinerai ci-dessous plus à fond l’une après l’autre:

1. Il a omis d’aborder la question de la présomption d’impartialité;
2. Il a omis de déterminer si le communiqué de presse démontrait une disposition objectivement justifiable;
3. Il a omis d’établir le lien approprié entre M^{me} Devins et le communiqué de presse;
4. Il a omis d’accorder l’importance appropriée au temps qui s’était écoulé;
5. Il a commis une erreur en concluant que la Commission ontarienne des droits de la personne était un organisme décisionnel et qu’elle n’avait aucun motif légitime de publier le communiqué de presse;

6. He erred in concluding that a doctrine of “corporate taint” exists.

Presumption of impartiality

[36] In my view, the Motions Judge erred by failing to take into account the principle that a member of a Tribunal will act fairly and impartially, in the absence of evidence to the contrary. In *R. v. S. (R.D.)*, Cory J. held that “the reasonable person must be an informed person, with knowledge of all the relevant circumstances, including ‘the traditions of integrity and impartiality that form a part of the background and apprised also of the fact that impartiality is one of the duties the judges swear to uphold’.”³⁷ He added that “the threshold for a finding of real or perceived bias is high,”³⁸ and that “a real likelihood of probability of bias must be demonstrated, and that a mere suspicion is not enough.”³⁹ Further, Cory J. held that “[t]he onus of demonstrating bias lies with the person who is alleging its existence.”⁴⁰

[37] In *Beno v. Canada (Commissioner and Chairperson, Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia)*,⁴¹ this Court held that there is a presumption that a decision maker will act impartially.⁴² Similarly, in *E.A. Manning Ltd. v. Ontario Securities Commission*,⁴³ the Ontario Court of Appeal held, in the context of a bias allegation levelled against a securities commission, that “[i]t must be presumed, in the absence of any evidence to the contrary, that the Commissioners will act fairly and impartially in discharging their adjudicative responsibilities and will consider the particular facts and circumstances of each case.”⁴⁴ And in *Finch v. Assn. of Professional Engineers & Geoscientists (British Columbia)*⁴⁵ the British Columbia Court of Appeal held that it must be assumed, “unless and until the contrary is shown, that every member of this committee will carry out his or her duties in an impartial manner and consider only the evidence in relation to the charges before the panel.”⁴⁶

6. Il a commis une erreur en concluant à l’existence d’une doctrine de la «partialité collective».

Présomption d’impartialité

[36] À mon avis, le juge des requêtes a commis une erreur en omettant de tenir compte du principe selon lequel, en l’absence d’une preuve contraire, les membres d’un tribunal agissent d’une façon équitable et impartiale. Dans l’arrêt *R. c. S. (R.D.)*, le juge Cory a déclaré que «[l]a personne raisonnable doit de plus être une personne bien renseignée, au courant de l’ensemble des circonstances pertinentes, y compris [TRADUCTION] “des traditions historiques d’intégrité et d’impartialité, et consciente aussi du fait que l’impartialité est l’une des obligations que les juges ont fait le serment de respecter”»³⁷. Il a ajouté qu’«[il faut faire preuve de rigueur] pour conclure à la partialité, réelle ou apparente»³⁸ et qu’«il faut établir une réelle probabilité de partialité car un simple soupçon est insuffisant»³⁹. Le juge Cory a en outre affirmé que «[l]a charge d’établir la partialité incombe à la personne qui en allègue l’existence»⁴⁰.

[37] Dans l’arrêt *Beno c. Canada (Commissaire et président de la Commission d’enquête sur le déploiement des Forces armées canadiennes en Somalie)*⁴¹, la Cour a statué qu’il existe une présomption selon laquelle le décideur agit de façon impartiale⁴². De même, dans l’arrêt *E.A. Manning Ltd. v. Ontario Securities Commission*⁴³, la Cour d’appel de l’Ontario a statué, dans le contexte d’une allégation de partialité qui était faite contre une commission des valeurs mobilières, qu’[TRADUCTION] «il faut présumer, en l’absence d’une preuve contraire, que les commissaires agissent d’une façon équitable et impartiale en s’acquittant de leurs responsabilités décisionnelles et qu’ils examinent les faits et circonstances propres à chaque affaire»⁴⁴. Et dans l’arrêt *Finch v. Assn. of Professional Engineers & Geoscientists (British Columbia)*⁴⁵, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a statué qu’il faut supposer, [TRADUCTION] «à moins que le contraire ne soit démontré et tant que le contraire n’est pas démontré, que chaque membre de ce comité exerce ses fonctions d’une façon impartiale et qu’il tient uniquement compte de la preuve relative aux accusations dont la formation est saisie»⁴⁶.

Failure to consider whether the press release demonstrated an objectively justifiable disposition

[38] In *R. v. S. (R.D.)*, Cory J. offered a useful definition of the word “bias.” He held that “bias denotes a state of mind that is in some way predisposed to a particular result, or that is closed with regard to particular issues.”⁴⁷ He added that “not every favourable or unfavourable disposition attracts the label of prejudice.”⁴⁸ He held that where particular unfavourable dispositions are “objectively justifiable,”⁴⁹ such dispositions would not constitute impermissible bias. He offered “those who condemn Hitler”⁵⁰ as examples of objectively justifiable dispositions and, therefore, such comments do not give rise to a reasonable apprehension of bias on the part of the speaker.

[39] In the Supreme Court’s judgment that overturned Mr. Zündel’s criminal conviction for publishing the “Did Six Million Really Die?” pamphlet, McLachlin J. (as she then was) referred to Mr. Zündel’s beliefs as “admittedly offensive,”⁵¹ while Cory and Iacobucci JJ. described the pamphlet as part of a “genre of anti-Semitic literature”⁵² that “makes numerous false allegations of fact.”⁵³ In light of these statements, how could it not be objectively justifiable for the Ontario Human Rights Commission and its Chair to have made similar statements regarding the same pamphlet in their press release?

Failure to connect Ms. Devins to the press release

[40] The Motions Judge held that it would be a reasonable conclusion to think that at the time the press release was issued, both the Chair of the Ontario Human Rights Commission and its members held a strong actual bias (i.e. and not just a reasonable apprehension of bias) as against Mr. Zündel.

Omission de déterminer si le communiqué de presse démontrait l’existence d’une disposition objectivement justifiable

[38] Dans l’arrêt *R. c. S. (R.D.)*, le juge Cory a donné une définition utile du mot «partialité». Il a statué que «la partialité dénote un état d’esprit prédisposé de quelque manière à un certain résultat ou fermé sur certaines questions»⁴⁷. Il a ajouté que «ce ne sont pas toutes les dispositions favorables ou défavorables qui justifieront qu’on parle de partialité ou de préjugé»⁴⁸. Il a affirmé que lorsque des dispositions particulières défavorables sont «objectivement justifiables»⁴⁹, ces dispositions ne constituent pas une partialité inadmissible. Il a mentionné «ceux qui condamnent Hitler»⁵⁰ comme exemples de cas dans lesquels une disposition est objectivement justifiable, de sorte que les commentaires faits ne donnent pas lieu à une crainte raisonnable de partialité de la part de leur auteur.

[39] Dans le jugement par lequel la Cour suprême a annulé la déclaration de culpabilité prononcée au criminel contre M. Zündel par suite de la publication de la brochure intitulée «Did Six Million People Really Die?», le juge McLachlin (maintenant juge en chef) a qualifié les croyances de M. Zündel de croyances «reconnues offensantes»⁵¹, alors que les juges Cory et Iacobucci ont dit que la brochure faisait partie du «genre de littérature antisémite»⁵² qui «contient de nombreuses allégations de fait qui sont fausses»⁵³. Compte tenu de ces remarques, comment ne serait-il pas objectivement justifiable pour la Commission ontarienne des droits de la personne et pour son président d’avoir fait dans leur communiqué de presse des commentaires similaires au sujet de cette brochure?

Omission d’établir un lien entre M^{me} Devins et le communiqué de presse

[40] Le juge des requêtes a affirmé qu’il serait raisonnable de conclure qu’à la date à laquelle le communiqué de presse a été publié, le président de la Commission ontarienne des droits de la personne et les membres de la Commission entretenaient un préjugé réel important (et qu’il ne s’agissait pas simplement d’une crainte raisonnable de partialité) contre M. Zündel.

[41] He later held that “the passage of time does not eradicate the fact that Ms. Devins is reasonably attributed with strong actual bias.”⁵⁴ However, from the Motion Judge’s reasons, it appears that he took Ms. Devins’ present denial of bias into account to conclude that at the time the Tribunal was appointed to inquire into the subsection 13(1) complaint, there was “insufficient evidence to find present actual bias by Ms. Devins against the applicant.”⁵⁵

[42] In my view, the Motions Judge’s reasons confuse the passage of time with Ms. Devins’ actual connection to the press release. There was no evidence that Ms. Devins was aware of the press release, let alone agreed with or was party to its issuance so as to demonstrate actual bias at the time the press release was issued. Similarly, there was no evidence of conduct of Ms. Devins from which one could infer a reasonable apprehension of bias later.

Failure to give appropriate weight to the passage of time

[43] In the instant matter now on appeal, the Motions Judge attributed little or no weight to the time that had passed between the date the press release was issued and the date on which Ms. Devins was appointed to determine the complaint launched against Mr. Zündel. He held that “the passage of time does not eradicate the fact that Ms. Devins is reasonably attributed with strong actual bias.”⁵⁶

[44] In so doing, I think the Motions Judge failed to give appropriate weight to the amount of time that had passed between the date on which the press release was issued and the date Ms. Devins was asked to hear the subsection 13(1) complaint. In *Dulmage*, referred to earlier in these reasons, Moldaver J. concluded that the impugned board member was subject to a reasonable apprehension of bias in part because the press conference during which the statements were made had only taken place one year before the board

[41] Le juge des requêtes a ensuite affirmé que «le temps écoulé ne change rien au fait qu’il est raisonnable d’imputer un préjugé réel important à M^{me} Devins»⁵⁴. Toutefois, il ressort de ses motifs que le juge des requêtes a tenu compte du fait que M^{me} Devins n’ait maintenant toute partialité pour conclure qu’au moment où le Tribunal avait été constitué pour examiner la plainte qui avait été déposée en vertu du paragraphe 13(1), «la preuve ne permet[tait] pas de conclure à l’existence d’un préjugé réel de sa part à l’endroit du demandeur»⁵⁵.

[42] À mon avis, le juge des requêtes confond dans ses motifs le temps écoulé et l’existence de liens réels entre M^{me} Devins et le communiqué de presse. Rien ne montrait que M^{me} Devins ait été au courant de l’existence du communiqué de presse, et encore moins qu’elle ait consenti ou participé à sa publication, ce qui aurait pu démontrer qu’elle était réellement partielle au moment où le communiqué de presse avait été publié. De même, rien, dans la conduite de M^{me} Devins, ne pouvait donner lieu par la suite à une crainte raisonnable de partialité.

Omission d’accorder l’importance appropriée au temps qui s’était écoulé

[43] Dans l’affaire qui fait maintenant l’objet d’un appel, le juge des requêtes n’a guère attribué d’importance au temps qui s’était écoulé entre la date de la publication du communiqué de presse et la date à laquelle M^{me} Devins avait été chargée d’examiner la plainte qui avait été déposée contre M. Zündel. Il a affirmé que «le temps écoulé ne change rien au fait qu’il est raisonnable d’imputer un préjugé réel important à M^{me} Devins»⁵⁶.

[44] Je crois que, ce faisant, le juge des requêtes a omis d’accorder l’importance appropriée au temps qui s’était écoulé entre la date de la publication du communiqué de presse et la date à laquelle on avait demandé à M^{me} Devins d’entendre la plainte fondée sur le paragraphe 13(1). Dans la décision *Dulmage* susmentionnée, le juge Moldaver a conclu que le membre de la commission qui était en cause faisait l’objet d’une crainte raisonnable de partialité en partie parce que la conférence de presse au cours de laquelle

hearing, a period of time that he did not consider to be “sufficient to expunge the taint left in the wake of these remarks.”⁵⁷

[45] In the instant appeal, the Tribunal at issue was appointed some nine years after the press release was issued: a much greater time lag than was at issue in *Dulmage*, and one that, along with the other factors considered in this judgment, I consider to be sufficient to expunge any taint of bias that might have existed by reason of the press release.

Error in concluding that a doctrine of “corporate taint” exists

[46] By concluding that all members of the Ontario Human Rights Commission would be biased by reason of the press release, the Motions Judge appeared to conclude that there is a doctrine of corporate “taint,” a taint that is said to paint all members of a decision-making body with bias in certain circumstances. In *Bennett v. British Columbia (Securities Commission)*,⁵⁸ the British Columbia Court of Appeal rejected the doctrine of corporate taint. It held:

We wish to add one further observation and that is as to the target of a bias allegation. Bias is an attitude of mind unique to an individual. An allegation of bias must be directed against a particular individual alleged, because of the circumstances, to be unable to bring an impartial mind to bear. No individual is identified here. Rather, the effect of the submissions is that all of the members of the commission appointed pursuant to s. 4 of the *Securities Act*, regardless of who they may be, are so tainted by staff conduct that none will be able to be an impartial judge. Counsel were unable to refer us to a single reported case where an entire tribunal of unidentified members had been disqualified from carrying out statutory responsibilities by reason of real or apprehended bias. We think that not to be surprising. The very proposition is so unlikely that it does not warrant serious consideration.⁵⁹

[47] Similarly, in *Laws v. Australian Broadcasting Tribunal*,⁶⁰ Australia’s High Court concluded that the

les commentaires avaient été faits avait eu lieu un an seulement avant que la commission tienne audience, soit un délai qu’il ne considérerait pas comme [TRADUCTION] «suffisant pour éliminer l’apparence de partialité créée par ces remarques»⁵⁷.

[45] Dans le présent appel, le Tribunal en cause a été constitué environ neuf ans après la publication du communiqué de presse: il s’était donc écoulé beaucoup plus de temps que dans l’affaire *Dulmage*; étant donné les autres facteurs dont il est ici tenu compte, je considère que ce délai est suffisant pour éliminer toute apparence de partialité à laquelle le communiqué de presse aurait pu donner lieu.

Erreur commise en ce qui concerne la conclusion à l’existence d’une doctrine de la «partialité collective»

[46] En concluant que tous les membres de la Commission ontarienne des droits de la personne seraient partiaux en raison du communiqué de presse, le juge des requêtes semblait conclure à l’existence d’une doctrine de la «partialité collective», qui aurait apparemment pour effet de rendre partiaux tous les membres d’un organisme décisionnel dans certaines circonstances. Dans l’arrêt *Bennett v. British Columbia (Securities Commission)*⁵⁸, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a rejeté la doctrine de la partialité collective. Elle a statué:

[TRADUCTION] Nous aimerions faire une autre remarque; elle se rapporte à la cible visée par une allégation de partialité. La partialité est un état d’esprit particulier à une personne. Une allégation de partialité doit viser une personne particulière qui, à cause des circonstances, ne serait pas capable de faire preuve d’impartialité. Or, dans ce cas-ci, personne n’a été nommé désigné. On affirme plutôt que la conduite du personnel influe sur les membres de la commission qui ont été nommés en vertu de l’art. 4 de la *Securities Act*, quels qu’ils soient, à un point tel qu’aucun d’entre eux ne sera en mesure d’être un juge impartial. Les avocats n’ont pas pu nous référer à une seule décision dans laquelle un tribunal composé de membres non nommé désigné avait été rendu inhabile à exercer les fonctions qui lui étaient attribuées par la loi en raison d’un préjugé réel ou appréhendé. À notre avis, cela n’est pas surprenant. Cette thèse est si invraisemblable qu’elle ne mérite pas d’être sérieusement examinée.⁵⁹

[47] De même, dans la décision *Laws v. Australian Broadcasting Tribunal*⁶⁰, la Haute Cour de l’Australie

doctrine of corporate taint did not exist, absent circumstances that permit an inference to be drawn that all members of an administrative tribunal authorized or approved statements or conduct that gave rise to a reasonable apprehension of bias on the part of one of its members. In *Laws*, three members of the Australian Broadcasting Tribunal conducted a preliminary investigation of Mr. Laws, and concluded that he had breached broadcasting standards. The Director of the Tribunal's Programs Division later gave an interview in which she repeated the conclusions made by the three Tribunal members. Mr. Laws sought an order prohibiting the entire Tribunal from later holding a formal hearing to determine whether it should exercise regulatory powers against Mr. Laws. His application was brought on the basis that the prejudgment expressed by the three members who had conducted the preliminary investigation and the statements made by the Director of the Programs Division served to taint the entire Tribunal.

[48] Australia's High Court rejected Mr. Laws' application. It held:

However, though it might be correct to regard the interview as a corporate act, it was not necessarily an act done on behalf of each of the individual members of the corporation. The circumstances are not such as to justify the drawing of an inference that each of the individual members of the tribunal authorised the interview or approved of its content. At best, from the appellant's viewpoint, it might be inferred that the three members of the tribunal who made the decision of 24 November so authorised or approved the interview.⁶¹

[49] These decisions, I think, demonstrate that there is no doctrine of corporate taint. I prefer the reasoning in these decisions to the implication drawn by the majority in the *Dulmage* decision that such a taint could be said to exist.⁶²

[50] As I have previously explained in these reasons, I do not think that the proviso contained in the paragraph reproduced above from the *Laws* decision

a conclu à l'inexistence de la doctrine de la partialité collective, en l'absence de circonstances permettant d'inférer que tous les membres d'un tribunal administratif avaient autorisé ou approuvé des déclarations ou une conduite donnant lieu à une crainte raisonnable de partialité de la part de l'un de ses membres. Dans l'affaire *Laws*, trois membres du Broadcasting Tribunal australien avaient effectué une enquête préliminaire au sujet de M. Laws et avaient conclu qu'il avait violé les normes en matière de radiodiffusion. La directrice de la Division des programmes du Tribunal avait par la suite accordé une entrevue au cours de laquelle elle avait repris les conclusions tirées par les trois membres du Tribunal. M. Laws a sollicité une ordonnance interdisant au Tribunal dans son ensemble de tenir par la suite une audience officielle en vue de déterminer s'il devait exercer ses pouvoirs de réglementation contre M. Laws. La demande de M. Laws était fondée sur le fait que le préjugé manifesté par les trois membres qui avaient mené l'enquête préliminaire et les déclarations de la directrice de la Division des programmes faisaient craindre pour l'impartialité du Tribunal au complet.

[48] La Haute Cour de l'Australie a rejeté la demande de M. Laws. Elle a statué:

[TRADUCTION] Toutefois, même s'il est peut-être exact de considérer l'entrevue comme un acte de la société, il ne s'agissait pas nécessairement d'un acte effectué pour le compte de chacun des membres individuels de la société. Les circonstances ne sont pas telles qu'elles permettent d'inférer que chacun des membres individuels du tribunal avait autorisé l'entrevue ou approuvé son contenu. Tout au plus, il pourrait être inféré, selon le point de vue de l'appellant, que les trois membres du tribunal qui ont rendu la décision du 24 novembre avaient autorisé ou approuvé l'entrevue.⁶¹

[49] À mon avis, ces décisions démontrent qu'il n'existe pas de doctrine de la partialité collective. Je préfère le raisonnement suivi dans ces décisions à la conclusion majoritaire dans la décision *Dulmage*, à savoir qu'il serait possible de dire qu'il existe pareille apparence de partialité.⁶²

[50] Comme je l'ai déjà expliqué dans les présents motifs, je ne crois pas que la condition figurant dans le passage précité de la décision *Laws* s'applique

applies in the circumstances of this appeal: one cannot draw an inference that each of the individual members of the Ontario Human Rights Commission authorized the entire press release that was issued. To the extent that the members of the Commission could be said to have authorized certain statements contained in the press release, any such statements are immaterial to the complaint that Ms. Devins has been asked to determine.

THE SUPREME COURT OF CANADA'S JUDGMENT IN *NEWFOUNDLAND TELEPHONE CO. v. NEWFOUNDLAND (BOARD OF COMMISSIONERS OF PUBLIC UTILITIES)*

[51] Counsel for the appellants relied on the Supreme Court of Canada's judgment in *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*⁶³ for the proposition that the Ontario Human Rights Commission was engaged in a policy-making function at the time the press release was issued and therefore the statements contained in the press release were subject to a much lower standard of impartiality.

[52] In *Newfoundland Telephone*, Andy Wells was appointed to a Board that was responsible for the regulation of the Newfoundland Telephone Company Limited. After he was appointed to the Board, and after the Board had scheduled a public hearing to examine Newfoundland Telephone's costs, Mr. Wells made several strong statements against Newfoundland Telephone's executive pay policies. Mr. Wells was one of five who sat on that hearing. Counsel for Newfoundland Telephone objected to Mr. Wells' participation at the hearing, arguing that the strong statements Mr. Wells had made demonstrated that he was subject to a reasonable apprehension of bias.

[53] In *Newfoundland Telephone*, Cory J. recognized that administrative decision makers were subject to

compte tenu des circonstances du présent appel: on ne peut pas inférer que chacun des membres individuels de la Commission ontarienne des droits de la personne a autorisé dans son ensemble le communiqué de presse qui a été publié. Dans la mesure où il serait possible de dire que les membres de la Commission ont autorisé certaines déclarations figurant dans le communiqué de presse, pareilles déclarations ne se rapportent pas à la plainte sur laquelle on avait demandé à M^{me} Devins de se prononcer.

LE JUGEMENT RENDU PAR LA COUR SUPRÊME DU CANADA DANS L'ARRÊT *NEWFOUNDLAND TELEPHONE CO. c. TERRE-NEUVE (BOARD OF COMMISSIONERS OF PUBLIC UTILITIES)*

[51] Les avocats des appelants se sont fondés sur le jugement que la Cour suprême du Canada a rendu dans l'affaire *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*⁶³ à l'appui de la thèse selon laquelle la Commission ontarienne des droits de la personne était chargée de l'élaboration de politiques au moment de la publication du communiqué de presse et que les déclarations figurant dans le communiqué de presse étaient donc assujetties à une norme d'impartialité beaucoup moins rigoureuse.

[52] Dans l'affaire *Newfoundland Telephone*, Andy Wells avait été nommé membre d'une commission qui était responsable de la réglementation de la Newfoundland Telephone Company Limited. Après sa nomination, et après que la commission eut organisé une audience publique en vue d'examiner les frais de Newfoundland Telephone, M. Wells avait fait plusieurs déclarations attaquant énergiquement les politiques de Newfoundland Telephone en matière de rémunération de ses cadres. M. Wells était l'un des cinq membres qui avaient siégé lors de cette audience. L'avocat de Newfoundland Telephone s'était opposé à ce que M. Wells siège dans l'affaire, en affirmant que les déclarations énergiques que ce dernier avait faites justifiaient de l'existence d'une crainte raisonnable de partialité à son égard.

[53] Dans l'arrêt *Newfoundland Telephone*, le juge Cory a reconnu que les commissions administratives

varying standards of impartiality. He held that “those that are primarily adjudicative in their functions will be expected to comply with the standard applicable to courts,”⁶⁴ while boards with popularly elected members are subject to a “much more lenient” standard.⁶⁵ He added that administrative boards that deal with matters of policy should not be subject to a strict application of the reasonable apprehension of bias test, since to do so “might undermine the very role which has been entrusted to them by the legislature.”⁶⁶ Accordingly, he held that “a member of a board which performs a policy formation function should not be susceptible to a charge of bias simply because of the expression of strong opinions prior to the hearing.”⁶⁷

[54] Accordingly, Cory J. held that, had the following statement been made before the Board’s hearing date was set, it would not amount to impermissible bias: “[s]o I want the company hauled in here—all them fat cats with their big pensions—to justify (these expenses) under the public glare . . . I think the rate payers have a right to be assured that we are not permitting this company to be too extravagant.” He supported that conclusion in the following manner:

That comment is no more than a colourful expression of an opinion that the salaries and pension benefits seemed to be unreasonably high. It does not indicate a closed mind. Even Wells’ statement that he did not think that the expenses could be justified, did not indicate a closed mind. However, should a commissioner state that, no matter what evidence might be disclosed as a result of the investigation, his or her position would not change, this would indicate a closed mind.⁶⁸

[55] In *Newfoundland Telephone*, Cory J. held that once a board member charged with a policy-making function is then asked to sit on a hearing, “a greater degree of discretion is required of a member.”⁶⁹ Once a hearing date was set, Cory J. held that the board members at issue in *Newfoundland Telephone* had to “conduct themselves so that there could be no reasonable apprehension of bias.”⁷⁰ In other words, a person who is subject to the “closed mind” standard can later

étaient assujetties à diverses normes d’impartialité. Il a affirmé que «[c]elles qui remplissent des fonctions essentiellement juridictionnelles devront respecter la norme applicable aux cours de justice»⁶⁴ alors que les commissions dont les membres sont élus par le public sont assujetties à une norme «nettement moins sévère»⁶⁵. Il a ajouté que les commissions administratives qui s’occupent de questions de principe ne devraient pas être assujetties à une application stricte du critère de la crainte raisonnable de partialité étant donné que cela «risquerait de miner le rôle que leur a précisément confié le législateur»⁶⁶. Par conséquent, il a conclu que «le membre d’une commission qui remplit une fonction d’élaboration des politiques ne devrait pas être exposé à une accusation de partialité du seul fait d’avoir exprimé avant l’audience des opinions bien arrêtées»⁶⁷.

[54] Par conséquent, le juge Cory a conclu que si la déclaration suivante avait été faite avant que la date de l’audience de la Commission eût été fixée, elle ne donnerait pas lieu à une partialité inadmissible: [TRADUCTION] «Alors, je veux que la société soit traduite devant nous—tous ces richards aux grosses pensions—pour qu’ils justifient (ces dépenses) aux yeux du public [. . .] Je crois que les abonnés ont le droit qu’on les assure de notre intention de ne pas permettre à cette société de se montrer trop prodigue.» Il a étayé cette conclusion de la façon suivante:

Elle n’est que l’expression colorée que les salaires et les prestations de retraite paraissent déraisonnablement élevés. Elle ne révèle pas un esprit fermé. Pas même la déclaration de Wells qu’il tenait ces dépenses pour injustifiables n’est indicative d’un esprit fermé. Si toutefois un commissaire déclarait qu’aucun élément de preuve recueilli au cours de l’enquête ne lui ferait changer d’avis, ce serait là une indication d’un esprit fermé⁶⁸.

[55] Dans l’arrêt *Newfoundland Telephone*, le juge Cory a affirmé que le membre d’une commission responsable de l’élaboration de politiques qui doit ensuite siéger dans une affaire «est tenu à une plus grande discrétion»⁶⁹. Il a conclu qu’une fois que la date de l’audience avait été fixée, les membres de la commission en cause dans l’affaire devaient «se comporte[r] de façon à ne susciter aucune crainte raisonnable de partialité»⁷⁰. En d’autres termes, une

be required to adhere to a stricter “reasonable apprehension of bias” standard.

[56] Counsel for the appellants have seized on these aspects of Cory J.’s judgment in *Newfoundland Telephone* to demonstrate that the Motions Judge erred by concluding that when the Ontario Human Rights Commission issued the press release, it was engaged in adjudicative functions, and was therefore required to abide by a high standard of impartiality. Instead, counsel for the appellants argue that the Ontario Human Rights Commission was engaged in a policy-making function when it issued the press release, and was therefore subject to a much lower standard of impartiality.

[57] While I agree that the Motions Judge erred when he concluded that the Ontario Human Rights Commission was engaged in an adjudicative role when it issued the press release, I do not agree with the further implications sought to be drawn by the appellants.

[58] When the press release was issued by the Ontario Human Rights Commission, it was charged with the following functions:

28. It is the function of the Commission,

(a) to forward the policy that the dignity and worth of every person be recognized and that equal rights and opportunities be provided without discrimination that is contrary to law;

(b) to promote an understanding and acceptance of and compliance with this Act;

. . .

(d) to develop and conduct programs of public information and education and undertake, direct and encourage research designed to eliminate discriminatory practices that infringe rights under this Act.⁷¹

[59] Clauses 28(a), (b) and (d) demonstrate that the Ontario Human Rights Commission is vested with

personne qui est assujettie à la norme de l’«esprit fermé» peut par la suite être tenue de se conformer à la norme plus stricte de la «crainte raisonnable de partialité».

[56] Les avocats des appelants se sont fondés sur ces aspects du jugement que le juge Cory avait prononcé dans l’affaire *Newfoundland Telephone* pour démontrer que le juge des requêtes avait commis une erreur en concluant que, lorsque la Commission ontarienne des droits de la personne avait publié le communiqué de presse, elle remplissait des fonctions juridictionnelles et qu’elle était donc tenue de se conformer à une norme rigoureuse d’impartialité. Les avocats des appelants soutiennent plutôt que la Commission ontarienne des droits de la personne remplissait une fonction d’élaboration de politiques lorsqu’elle a publié le communiqué de presse et qu’elle était donc assujettie à une norme d’impartialité beaucoup moins rigoureuse.

[57] Je souscris à l’avis selon lequel le juge des requêtes a commis une erreur en concluant que la Commission ontarienne des droits de la personne s’acquittait de responsabilités juridictionnelles lorsqu’elle avait publié le communiqué de presse, mais je ne souscris pas aux conclusions additionnelles que les appelants cherchent à tirer.

[58] Lorsque le communiqué de presse a été publié, la Commission ontarienne des droits de la personne était responsable des fonctions suivantes:

28. La Commission exerce les fonctions suivantes:

a) favoriser la reconnaissance de la dignité et de la valeur de la personne et assurer à tous les mêmes droits et les mêmes chances, sans discrimination contraire à la loi;

b) promouvoir la compréhension, l’acceptation et le respect de la présente loi;

[. . .]

d) élaborer et mettre en œuvre des programmes d’information et d’éducation du public, et entreprendre, diriger et encourager la recherche visant à éliminer les pratiques discriminatoires qui portent atteinte aux droits reconnus dans la présente loi;⁷¹ [. . .]

[59] Les alinéas 28a), b) et d) démontrent que la Commission ontarienne des droits de la personne est

policy-making functions and with an obligation to educate and to inform the public. Accordingly, I do not agree with the Motion Judge's conclusion that the press release issued by the Ontario Human Rights Commission was "thoroughly inappropriate." Rather, the statement was consistent with its statutory obligation, *inter alia*, "to forward the policy that the dignity and worth of every person be recognized."

[60] However, I do not think that the *Newfoundland Telephone* case provides much assistance to the appellants. In my view, one should bear in mind that in *Newfoundland Telephone*, the Board was specifically charged with dual functions: investigatory ones and adjudicative ones. Among its investigatory powers, the Board was permitted to "make all necessary examinations and enquiries to keep itself informed as to the compliance by public utilities with the provisions of law,"⁷² to "enquire into any violation of the laws or regulations in force,"⁷³ to "summarily investigate . . . [w]hensoever the Board believes that any rate or charge is unreasonable or unjustly discriminatory."⁷⁴ In the same breath, the Board was permitted to hold hearings "[i]f after making any summary investigation, the Board becomes satisfied that sufficient grounds exist to warrant a formal hearing."⁷⁵ Accordingly, the statute specifically envisaged that Board members who had acted in an investigatory capacity could later act as adjudicators. Indeed, in *Newfoundland Telephone*, Cory J. [at page 644] held that even when the Board at issue in that appeal was required to abide by the reasonable apprehension of bias standard, the standard "need not be as strict for this Board dealing with policy matters as it would be for a board acting solely in an adjudicative capacity."

[61] By contrast, the Canadian Human Rights Tribunal is vested with no policy functions or with dual functions: it is simply charged with the adjudication of human rights complaints. Accordingly, unlike *Newfoundland Telephone*, there is no statutory authority for the proposition that Parliament specifically

chargée d'élaborer des politiques et qu'elle est tenue d'éduquer et d'informer le public. Je ne souscris donc pas à la conclusion tirée par le juge des requêtes, à savoir que le communiqué de presse publié par la Commission ontarienne des droits de la personne était «tout à fait inapproprié». La déclaration était plutôt conforme à l'obligation qui était entre autres imposée par la loi à la Commission de «favoriser la reconnaissance de la dignité et de la valeur de la personne».

[60] Toutefois, je ne crois pas que l'arrêt *Newfoundland Telephone* soit bien utile aux appelants. À mon avis, il faut se rappeler que dans l'affaire *Newfoundland Telephone*, la commission remplissait expressément une double fonction, à savoir mener une enquête et exercer une compétence juridictionnelle. Parmi ses pouvoirs en matière d'enquête, la commission pouvait «procéder à tous les examens et à toutes les enquêtes nécessaires et vérifier si les entreprises de services publics respect[aient] les dispositions de la loi»⁷², «faire enquête sur toute violation des lois ou des règlements en vigueur»⁷³, «procéder à une enquête sommaire [. . .] si elle juge[ait] déraisonnables ou injustement discriminatoires un tarif ou des frais»⁷⁴. En même temps, la commission était autorisée à tenir des audiences «[s]i au terme d'une enquête sommaire, elle [était] convaincue de l'existence de motifs suffisants pour justifier la tenue d'une audience en règle»⁷⁵. Par conséquent, la loi prévoyait expressément que les membres de la commission qui avaient agi à titre d'enquêteurs pouvaient par la suite exercer des fonctions juridictionnelles. En fait, dans l'arrêt *Newfoundland Telephone*, le juge Cory [aux pages 644 et 645] a conclu que même lorsque la commission était tenue de se conformer à la norme de la crainte raisonnable de partialité, la norme «n'[avait] pas à être aussi sévère dans le cas de la Commission en cause, qui traite de questions de principe, qu'[elle] le serait dans le cas d'une commission remplissant des fonctions purement juridictionnelles».

[61] Par contre, le Tribunal canadien des droits de la personne n'est pas investi de fonctions d'élaboration de politiques ou d'une double fonction: il est simplement chargé de statuer sur les plaintes qui sont déposées en matière de droits de la personne. Par conséquent, contrairement à ce qui se produisait dans

envisaged that members of the Canadian Human Rights Tribunal would have engaged in policy-making functions with regard to the very same issues that they would later be asked to adjudicate.

CONCLUSION ON BIAS

[62] In my view, the Motions Judge erred when he concluded that Ms. Devins was subject to a reasonable apprehension of bias. I would set aside his decision, and remit the matter to the Canadian Human Rights Tribunal.

2. Was the Motions Judge correct in holding that, if there was a reasonable apprehension of bias, the Tribunal could continue with the hearing?

[63] In the event I am wrong on the first issue it is necessary to deal with the second issue: namely, whether the Motions Judge erred by concluding that even though Ms. Devins was subject to a reasonable apprehension of bias, the remaining member of the Tribunal could continue to determine the as-yet undetermined complaint at issue before the Canadian Human Rights Tribunal.

[64] In my view, the Motions Judge erred by concluding that where a reasonable apprehension of bias is proven, the remaining members of the Tribunal could continue to hear and determine the complaint. At the time the bias allegation was raised, the panel of which Ms. Devins was a member had sat for some 40 days, and had made approximately 53 rulings. Counsel for Mr. Zündel argued that each one of those rulings was contrary to the result for which he had argued.

[65] Viewed in this light, I cannot see how the Tribunal's proceedings could somehow be remedied merely by virtue of there being one remaining member of the Tribunal who could determine the complaint. How could one ever know whether the Tribunal's ultimate decision was somehow affected by one or more of the Tribunal's rulings? How could one ever know whether the biased member had expressed her

l'affaire *Newfoundland Telephone*, il n'existe aucune disposition légale à l'appui de la thèse selon laquelle le législateur voulait expressément que les membres du Tribunal canadien des droits de la personne remplissent des fonctions d'élaboration de politiques à l'égard des questions mêmes sur lesquelles ils devraient par la suite statuer.

CONCLUSION RELATIVE À LA PARTIALITÉ

[62] À mon avis, le juge des requêtes a commis une erreur en concluant que M^{me} Devins suscitait une crainte raisonnable de partialité. J'infirmerais sa décision et je renverrais l'affaire au Tribunal canadien des droits de la personne.

2. Le juge des requêtes a-t-il eu raison de statuer que, s'il existait une crainte raisonnable de partialité, le Tribunal pouvait poursuivre l'audience?

[63] Au cas où je me tromperais au sujet de la première question, je dois examiner la seconde question, à savoir si le juge des requêtes a commis une erreur en concluant que, même si M^{me} Devins suscitait une crainte raisonnable de partialité, l'autre membre du Tribunal pouvait poursuivre l'audience en vue de se prononcer sur la plainte dont le Tribunal canadien des droits de la personne avait été saisi.

[64] À mon avis, le juge des requêtes a commis une erreur en concluant que, lorsque la crainte raisonnable de partialité est établie, les autres membres du Tribunal pourraient poursuivre l'audience et se prononcer sur la plainte. Au moment où la partialité a été alléguée, la formation dont M^{me} Devins était membre avait siégé pendant environ 40 jours et avait rendu environ 53 décisions. L'avocat de M. Zündel a soutenu que chacune de ces décisions allait à l'encontre du résultat qu'il prônait.

[65] Si l'affaire est considérée sous cet angle, je ne puis voir comment il serait possible de remédier à la situation du simple fait qu'il reste un autre membre du Tribunal qui pourrait se prononcer sur la plainte. Comment serait-il possible de savoir si l'une des décisions rendues par le Tribunal a influé de quelque façon sur la décision finale du Tribunal? Comment serait-il possible de savoir si le membre partial avait

preliminary views on the merits of the complaint before she was ordered to be recused from the proceedings? And how could one ever know whether those consultations might have somehow affected the remaining member's decisions on the interlocutory rulings? These concerns, I think, demonstrate that where one member of an administrative tribunal is subject to a reasonable apprehension of bias and a number of serious interlocutory orders have been made over the course of a lengthy hearing, the tribunal's proceedings should be quashed in their entirety, even though a statutory provision on its face permits the tribunal to proceed with fewer members where a member is, for some reason, unable to proceed.

[66] My conclusions are supported by Cory J.'s reasons in *R. v. S. (R.D.)*, where he held:

If a reasonable apprehension of bias arises, it colours the entire trial proceedings and it cannot be cured by the correctness of the subsequent decision. See *Newfoundland Telephone, supra*, at p. 645; see also *Curragh, supra*, at para. 6. Thus, the mere fact that the judge appears to make proper findings of credibility on certain issues or comes to the correct result cannot alleviate the effects of a reasonable apprehension of bias arising from other words or conduct of the judge. In the context of an application to disqualify a judge from sitting in a particular lawsuit, it has been held that where there is a reasonable apprehension of bias, "it is impossible to render a final decision resting on findings as to credibility made under such circumstances."⁷⁶

CONCLUSION

[67] I would allow the appeal, with costs and set aside the order of the Motions Judge dated April 13, 1999 and remit the matter back to the Tribunal for completion of the hearing.

ISAAC J.A.: I agree.

ROBERTSON J.A.: I agree.

exprimé des opinions préliminaires sur le bien-fondé de la plainte avant qu'on lui ordonne de se récuser? Et comment serait-il possible de savoir si ces consultations ont de quelque façon influé sur les décisions interlocutoires rendues par l'autre membre? À mon avis, ces questions démontrent que lorsqu'un membre d'un tribunal administratif fait l'objet d'une crainte raisonnable de partialité et qu'un certain nombre d'ordonnances interlocutoires importantes ont été rendues au cours d'une longue audience, l'instance engagée devant le tribunal devrait être annulée en entier, même si une disposition légale autorise à première vue le tribunal à poursuivre l'affaire avec un moins grand nombre de membres lorsqu'un membre est pour une raison ou pour une autre incapable de la poursuivre.

[66] Mes conclusions sont étayées par les motifs que le juge Cory a prononcés dans l'arrêt *R. c. S. (R.D.)* lorsqu'il a affirmé ce qui suit:

S'il y a une crainte raisonnable de partialité, c'est l'ensemble des procédures du procès qui sont viciées et la décision subséquente aussi bien fondée soit-elle ne peut y remédier. Voir l'arrêt *Newfoundland Telephone*, précité, à la p. 645; voir aussi l'arrêt *Curragh*, précité, au par. 6. Ainsi, le simple fait que le juge paraît, sur certains points, avoir tiré des conclusions justes quant à la crédibilité ou qu'il arrive à un résultat correct ne peut dissiper les effets de la crainte raisonnable de partialité que d'autres paroles ou actes du juge ont pu susciter. Dans le contexte d'une requête en récusation du juge siégeant dans une poursuite donnée, on a statué que lorsqu'il y a une crainte raisonnable de partialité, «on ne peut rendre une décision finale à partir de conclusions sur la crédibilité formulées dans de pareilles conditions»⁷⁶.

CONCLUSION

[67] J'accueillerais l'appel avec dépens, j'infirmerais l'ordonnance que le juge des requêtes a rendue le 13 avril 1999 et je renverrais l'affaire au Tribunal pour qu'il poursuive l'audience.

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

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

¹ R.S.C. 1970, c. C-34.

¹ S.R.C. 1970, ch. C-34.

² By the time the Supreme Court heard Mr. Zündel's appeal, s. 177 of the *Criminal Code* had been renumbered to s. 181 [of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46].

³ [1992] 2 S.C.R. 731, at p. 778, *per* McLachlin J. (as she then was).

⁴ R.S.C., 1985, c. H-6.

⁵ Appeal Book, at p. 74.

⁶ *Zündel v. Citron*, [1999] 3 F.C. 409 (T.D.), at p. 421.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.* (emphasis in original).

¹¹ *Ibid.* (emphasis in original).

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*, at p. 422.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ The Motions Judge never specifically identified the provision of the *Canadian Human Rights Act* on which he relied.

¹⁶ [1997] 3 S.C.R. 484.

¹⁷ *Ibid.*, at p. 530.

¹⁸ *Ibid.*, at p. 531.

¹⁹ [1990] 3 S.C.R. 892.

²⁰ *Ibid.*, at p. 934.

²¹ *Ibid.*, at p. 935.

²² S. 177 (which was later renumbered to s. 181) stated that "[e]very one who wilfully publishes a statement, tale or news that he knows is false and that causes or is likely to cause injury or mischief to a public interest is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for two years" (emphasis added).

²³ (1994), 21 O.R. (3d) 356 (Div. Ct.).

²⁴ R.S.O. 1990, c. P.15.

²⁵ *Dulmage*, *supra*, note 23, at p. 360.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*, at p. 361.

²⁸ *Ibid.*, at p. 363 (emphasis added).

²⁹ *Ibid.*, at p. 365.

³⁰ [1998] H.L.J. No. 52 (QL).

³¹ [1998] H.L.J. No. 41 (QL).

³² *Pinochet, Ugarte, Re*, *supra*, note 30, at para. 30.

³³ *Ibid.*, at para. 37 (emphasis added).

³⁴ *Ibid.*, at para. 40.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.* (emphasis added).

³⁷ *R. v. S. (R.D.)*, *supra*, note 16, at p. 531 (emphasis in original).

³⁸ *Ibid.*, at p. 532.

³⁹ *Ibid.*, at p. 531.

⁴⁰ *Ibid.*, at p. 532.

⁴¹ [1997] 2 F.C. 527 (C.A.).

² Lorsque la Cour suprême a entendu l'appel de M. Zündel, l'art. 177 du *Code criminel* était devenu l'art. 181 [du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46].

³ [1992] 2 R.C.S. 731, à la p. 778, le juge McLachlin (maintenant juge en chef).

⁴ L.R.C. (1985), ch. H-6.

⁵ Dossier d'appel, à la p. 74.

⁶ *Zündel c. Citron*, [1999] 3 C.F. 409 (1^{re} inst.), à la p. 421.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.* (souligné dans l'original).

¹¹ *Ibid.* (souligné dans l'original).

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*, à la p. 422.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Le juge des requêtes n'a jamais expressément mentionné la disposition de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* sur laquelle il s'est fondé.

¹⁶ [1997] 3 R.C.S. 484.

¹⁷ *Ibid.*, à la p. 530.

¹⁸ *Ibid.*, à la p. 531.

¹⁹ [1990] 3 R.C.S. 892.

²⁰ *Ibid.*, à la p. 934.

²¹ *Ibid.*, à la p. 935.

²² L'art. 177 (qui est par la suite devenu l'art. 181) prévoyait qu'«[e]st coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans quiconque volontairement publie une déclaration, une histoire ou une nouvelle qu'il sait fausse et qui cause, ou est de nature à causer, une atteinte ou du tort à quelque intérêt public» (non souligné dans l'original).

²³ (1994), 21 O.R. (3d) 356 (C. div.).

²⁴ L.R.O. 1990, ch. P.15.

²⁵ *Dulmage*, *supra*, note 23, à la p. 360.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*, à la p. 361.

²⁸ *Ibid.*, à la p. 363 (non souligné dans l'original).

²⁹ *Ibid.*, à la p. 365.

³⁰ [1998] H.L.J. n° 52 (QL).

³¹ [1998] H.L.J. n° 41 (QL).

³² *Pinochet, Ugarte, Re*, *supra*, note 30, au par. 30.

³³ *Ibid.*, au par. 37 (non souligné dans l'original).

³⁴ *Ibid.*, au par. 40.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.* (non souligné dans l'original).

³⁷ *R. c. S. (R.D.)*, *supra*, note 16, à la p. 531 (souligné dans l'original).

³⁸ *Ibid.*, à la p. 532.

³⁹ *Ibid.*, à la p. 531.

⁴⁰ *Ibid.*, à la p. 532.

⁴¹ [1997] 2 C.F. 527 (C.A.).

⁴² *Ibid.*, at p. 542.

⁴³ (1995), 23 O.R. (3d) 257 (C.A.), application for leave to appeal to S.C.C. dismissed August 17, 1995 [[1995] 3 S.C.R. vi].

⁴⁴ *Ibid.*, at p. 267.

⁴⁵ [1996] 5 W.W.R. 690 (B.C.C.A.).

⁴⁶ *Ibid.*, at p. 704.

⁴⁷ *R. v. S. (R.D.)*, *supra*, note 16, at p. 528.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *R. v. Zündel*, *supra*, note 3, at p. 743.

⁵² *Ibid.*, at p. 779.

⁵³ *Ibid.*, at p. 781.

⁵⁴ *Zündel*, *supra*, note 6, at p. 422.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Dulmage*, *supra*, note 23, at p. 365.

⁵⁸ (1992), 94 D.L.R. (4th) 339 (B.C.C.A.).

⁵⁹ *Ibid.*, at p. 349.

⁶⁰ (1990), 93 A.L.R. 435 (A.H.C.).

⁶¹ *Ibid.*, at p. 445.

⁶² In his dissenting reasons, Moldaver J. appeared to recognize that no such doctrine exists. He held that “a member need not automatically withdraw solely because of statements made by a representative of an affiliated community organization about issues before the board” (at p. 364). Later in his judgment (at p. 366), he repeated the point, holding:

Lest there be any doubt about it, I wish to emphasize that mere association, either past or present, on the part of a board member with an organization, which, by its very nature, might be said to favour one side or the other, will not of itself satisfy the test for reasonable apprehension of bias.

⁶³ [1992] 1 S.C.R. 623.

⁶⁴ *Ibid.*, at p. 638.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*, at pp. 638-639.

⁶⁷ *Ibid.*, at p. 639.

⁶⁸ *Ibid.*, at pp. 642-643.

⁶⁹ *Ibid.*, at p. 643.

⁷⁰ *Ibid.*, at p. 644.

⁷¹ *Human Rights Code*, S.O. 1981, c. 53.

⁷² *The Public Utilities Act*, R.S.N. 1970, c. 322, ss. 5 (as am. by S.N. 1979, c. 30, s. 1), 14.

⁷³ *Ibid.*, s. 15.

⁷⁴ *Ibid.*, s. 79.

⁷⁵ *Ibid.*, s. 85.

⁷⁶ *Supra*, note 16, at p. 526.

⁴² *Ibid.*, à la p. 542.

⁴³ (1995), 23 O.R. (3d) 257 (C.A.), demande d'autorisation de pourvoi à la C.S.C. rejetée le 17 août 1995 [[1995] 3 R.C.S. vi].

⁴⁴ *Ibid.*, à la p. 267.

⁴⁵ [1996] 5 W.W.R. 690 (C.A.C.-B.).

⁴⁶ *Ibid.*, à la p. 704.

⁴⁷ *R. c. S. (R.D.)*, *supra*, note 16, à la p. 528.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *R. c. Zündel*, *supra*, note 3, à la p. 743.

⁵² *Ibid.*, à la p. 779.

⁵³ *Ibid.*, à la p. 781.

⁵⁴ *Zündel*, *supra*, note 6, à la p. 422.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Dulmage*, *supra*, note 23, à la p. 365.

⁵⁸ (1992), 94 D.L.R. (4th) 339 (C.A.C.-B.).

⁵⁹ *Ibid.*, à la p. 349.

⁶⁰ (1990), 93 A.L.R. 435 (H.C. Aust.).

⁶¹ *Ibid.*, à la p. 445.

⁶² Dans les motifs qu'il a prononcés en dissidence, le juge Moldaver paraît ne pas reconnaître l'existence d'une doctrine de ce genre. Il a affirmé qu'[TRADUCTION] «un membre n'a pas à se désister automatiquement simplement à cause des déclarations qui ont été faites par un représentant d'une organisation communautaire affiliée au sujet des questions dont la commission est saisie» (à la p. 364). Plus loin, dans ses motifs (à la p. 366), il a repris cette remarque, en affirmant ce qui suit:

[TRADUCTION] De peur qu'il ne subsiste un doute à ce sujet, je tiens à souligner que la simple association, présente ou passée, d'un membre d'une commission avec une organisation qui, par sa nature même, pourrait être considérée comme favorisant une partie ou l'autre, ne satisfait pas en soi au critère de la crainte raisonnable de partialité.

⁶³ [1992] 1 R.C.S. 623.

⁶⁴ *Ibid.*, à la p. 638.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*, aux p. 638 et 639.

⁶⁷ *Ibid.*, à la p. 639.

⁶⁸ *Ibid.*, aux p. 642 et 643.

⁶⁹ *Ibid.*, à la p. 643.

⁷⁰ *Ibid.*, à la p. 644.

⁷¹ *Code des droits de la personne*, L.O. 1981, ch. 53.

⁷² *The Public Utilities Act*, R.S.N. 1970, ch. 322, art. 5 (mod. par S.N. 1979, ch. 30, art. 1), 14.

⁷³ *Ibid.*, art. 15.

⁷⁴ *Ibid.*, art. 79.

⁷⁵ *Ibid.*, art. 85.

⁷⁶ *Supra*, note 16, à la p. 526.

A-258-99

A-258-99

A-269-99

A-269-99

Sabina Citron, Toronto Mayor's Committee on Community and Race Relations, the Attorney General of Canada, the Canadian Human Rights Commission, Canadian Holocaust Remembrance Association, Simon Wiesenthal Centre, Canadian Jewish Congress and League for Human Rights of B'Nai Brith (*Appellants*)

Sabina Citron, le Comité du maire de Toronto sur les relations entre races et communautés, le procureur général du Canada, la Commission canadienne des droits de la personne, la Canadian Holocaust Remembrance Association, le Simon Wiesenthal Centre, le Congrès juif canadien et la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith (*appelants*)

v.

c.

Ernst Zündel and Canadian Association for Free Expression Inc. (*Respondents*)

Ernst Zündel et la Canadian Association for Free Expression Inc. (*intimés*)

INDEXED AS: ZÜNDEL v. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) (C.A.)

RÉPERTORIÉ: ZÜNDEL c. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (C.A.)

Court of Appeal, Isaac, Robertson and Sexton JJ.A.—Toronto, April 4; Ottawa, May 18, 2000.

Cour d'appel, juges Isaac, Robertson et Sexton, J.C.A.—Toronto, 4 avril; Ottawa, 18 mai 2000.

Administrative law — Judicial review — Appeal from F.C.T.D. decision allowing applications for judicial review of two evidentiary rulings made by CHRT — Whether applications premature — Rulings made during tribunal's proceedings should not be challenged until latter completed as applications for judicial review may ultimately be unnecessary — Unnecessary delays, expenses resulting from judicial review of such rulings could bring administration of justice into disrepute — Judicial review of 53 rulings made by tribunal would delay hearing unduly — Word "decision" in Federal Court Act, s. 18.1(2) not referring to every interlocutory decision made by tribunal — Time period prescribed in s. 18.1(2) starts running when final decision rendered.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Appel interjeté contre une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale accueillant les demandes de contrôle judiciaire de deux décisions rendues par le TCDP en matière de preuve — Il s'agit de savoir si les demandes étaient prématurées — Les décisions rendues dans le cours d'une instance devant un tribunal ne devraient pas être contestées tant que cette dernière n'a pas été menée à terme étant donné que les demandes de contrôle judiciaire peuvent en fin de compte être inutiles — Les retards et frais inutiles associés au contrôle judiciaire de pareilles décisions peuvent avoir pour effet de jeter le discrédit sur l'administration de la justice — Le contrôle judiciaire des 53 décisions rendues par le Tribunal retarderait l'audience pour une période déraisonnablement longue — Le mot «décision» figurant à l'art. 18.1(2) de la Loi sur la Cour fédérale ne se rapporte pas à toutes les décisions interlocutoires qu'un tribunal rend — Le délai prescrit à l'art. 18.1(2) ne commence à courir que lorsque la décision finale a été rendue.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 13(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).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 13(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).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Anti-dumping Act (In re) and in re Danmor Shoe Co. Ltd., [1974] 1 F.C. 22; (1974), 1 N.R. 422 (C.A.); *R. v.*

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

La Loi antidumping (In re) et in re Danmor Shoe Co. Ltd., [1974] 1 C.F. 22; (1974), 1 N.R. 422 (C.A.); *R. c.*

Seaboyer; R. v. Gayme, [1991] 2 S.C.R. 577; (1991), 83 D.L.R. (4th) 193; 7 C.R. (4th) 117; 128 N.R. 81; *Szczecka v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 116 D.L.R. (4th) 333; 25 Imm. L.R. (2d) 70; 170 N.R. 58 (F.C.A.); *Howe v. Institute of Chartered Accountants of Ontario* (1994), 19 O.R. (3d) 483; 118 D.L.R. (4th) 129; 27 Admin. L.R. (2d) 118; 74 O.A.C. 26 (C.A.); *Doman v. British Columbia (Securities Commission)*, [1995] 10 W.W.R. 649; 10 B.C.L.R. (3d) 295; 34 Admin. L.R. (2d) 102; 9 C.C.L.S. 13; 42 C.P.C. (3d) 156 (B.C.S.C.).

CONSIDERED:

Zündel v. Citron, [2000] 4 F.C. 225 (C.A.).

REFERRED TO:

Canada v. Schmurser Estate, [1997] 2 F.C. 545; (1997), 208 N.R. 339 (C.A.); *People First of Ontario v. Porter, Regional Coroner Niagara* (1992), 6 O.R. (3d) 289; 87 D.L.R. (4th) 765; 54 O.A.C. 187 (C.A.); *Pfeiffer v. Canada (Superintendent of Bankruptcy)*, [1996] 3 F.C. 584; (1996), 42 C.B.R. (3d) 245; 116 F.T.R. 173 (T.D.).

APPEAL from a Trial Division decision ([1999] F.C.J. No. 495 (QL)) allowing applications for judicial review of two evidentiary rulings made by the Canadian Human Rights Tribunal in hearing a complaint against respondent Ernst Zündel. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Jane S. Bailey for appellants Sabina Citron and the Canadian Holocaust Remembrance Association.

Andrew A. Weretelnik for appellant Toronto Mayor's Committee on Community and Race Relations.

Richard A. Kramer for appellant Attorney General of Canada.

René Duval for appellant Canadian Human Rights Commission.

Robyn M. Bell for appellant Simon Weisenthal Centre.

Joel Richler and *Judy Chan* for appellant Canadian Jewish Congress.

Marvin Kurz for appellant League for Human Rights of B'Nai Brith.

Seaboyer; R. c. Gayme, [1991] 2 R.C.S. 577; (1991), 83 D.L.R. (4th) 193; 7 C.R. (4th) 117; 128 N.R. 81; *Szczecka c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1993), 116 D.L.R. (4th) 333; 25 Imm. L.R. (2d) 70; 170 N.R. 58 (C.A.F.); *Howe v. Institute of Chartered Accountants of Ontario* (1994), 19 O.R. (3d) 483; 118 D.L.R. (4th) 129; 27 Admin. L.R. (2d) 118; 74 O.A.C. 26 (C.A.); *Doman v. British Columbia (Securities Commission)*, [1995] 10 W.W.R. 649; 10 B.C.L.R. (3d) 295; 34 Admin. L.R. (2d) 102; 9 C.C.L.S. 13; 42 C.P.C. (3d) 156 (C.S.C.-B.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Zündel c. Citron, [2000] 4 C.F. 225 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Canada c. Succession Schmurser, [1997] 2 C.F. 545; (1997), 208 N.R. 339 (C.A.); *People First of Ontario v. Porter, Regional Coroner Niagara* (1992), 6 O.R. (3d) 289; 87 D.L.R. (4th) 765; 54 O.A.C. 187 (C.A.); *Pfeiffer c. Canada (Surintendant des faillites)*, [1996] 3 C.F. 584; (1996), 42 C.B.R. (3d) 245; 116 F.T.R. 173 (1^{re} inst.).

APPEL d'une décision de la Section de première instance ([1999] A.C.F. n° 495 (QL)) accueillant des demandes de contrôle judiciaire de deux décisions rendues par le Tribunal canadien des droits de la personne en matière de preuve dans le cadre d'une audience se rapportant à une plainte déposée contre l'intimé Ernst Zündel. Appel accueilli.

ONT COMPARU:

Jane S. Bailey pour Sabina Citron et la Canadian Holocaust Remembrance Association, appelantes.

Andrew A. Weretelnik pour le Comité du maire de Toronto sur les relations entre races et communautés, appelant.

Richard A. Kramer pour le procureur général du Canada, appelant.

René Duval pour la Commission canadienne des droits de la personne, appelante.

Robyn M. Bell pour le Simon Weisenthal Centre, appelant.

Joel Richler et *Judy Chan* pour le Congrès juif canadien, appelant.

Marvin Kurz pour la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith, appelante.

Douglas H. Christie and Barbara Kulaszka for respondent Ernst Zündel.

Gregory Rhone for respondent Canadian Association for Free Expression Inc.

SOLICITORS OF RECORD:

Torys, Toronto, for appellants Sabina Citron and the Canadian Holocaust Remembrance Association.

City of Toronto, Legal Department, for appellant Toronto Mayor's Committee on Community and Race Relations.

Deputy Attorney General of Canada for appellant Attorney General of Canada.

Canadian Human Rights Commission, Ottawa, for appellant Canadian Human Rights Commission.

Bennet Jones, Toronto, for appellant Simon Weisenthal Centre.

Blake, Cassels & Graydon, Toronto, for appellant Canadian Jewish Congress.

Dale, Streiman & Kurz for appellant League for Human Rights of B'Nai Brith.

Douglas H. Christie, Victoria, and *Barbara Kulaszka*, Brighton, Ontario, for respondent Ernst Zündel.

Gregory Rhone, Etobicoke, Ontario, for respondent Canadian Association for Free Expression Inc.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

SEXTON J.A.:

INTRODUCTION

[1] This is an appeal from an application for judicial review of two rulings made by the Canadian Human Rights Tribunal in the course of hearing a human rights complaint made against Mr. Zündel. In the first ruling (A-258-99), the Tribunal ruled that counsel for Mr. Zündel could not engage in a certain line of cross-examination. In the second ruling (A-269-99), the Tribunal refused to qualify a witness tendered by Mr. Zündel as an expert witness. The issue in these appeals is whether Mr. Zündel's applications for

Douglas H. Christie et Barbara Kulaszka pour Ernst Zündel, intimé.

Gregory Rhone pour la Canadian Association for Free Expression Inc., intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Torys, Toronto, pour Sabina Citron et la Canadian Holocaust Remembrance Association, appelantes.

Le Contentieux de la ville de Toronto, pour le Comité du maire de Toronto sur les relations entre races et communautés, appellant.

Le sous-procureur général du Canada pour le procureur général du Canada, appellant.

La Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa, pour la Commission canadienne des droits de la personne, appelante.

Bennet Jones, Toronto, pour le Simon Weisenthal Centre, appellant.

Blake, Cassels & Graydon, Toronto, pour le Congrès juif canadien, appellant.

Dale, Streiman & Kurz pour la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith, appelante.

Douglas H. Christie, Victoria, et *Barbara Kulaszka*, Brighton (Ontario), pour Ernst Zündel, intimé.

Gregory Rhone, Etobicoke (Ontario), pour la Canadian Association for Free Expression Inc., intimée.

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

LE JUGE SEXTON, J.C.A.:

INTRODUCTION

[1] Il s'agit d'un appel interjeté à la suite d'une demande de contrôle judiciaire de deux décisions rendues par le Tribunal canadien des droits de la personne dans le cours d'une audience relative à une plainte déposée contre M. Zündel en matière de droits de la personne. Dans la première décision (A-258-99), le Tribunal a décidé que l'avocat de M. Zündel ne pouvait pas effectuer un certain genre de contre-interrogatoire. Dans la seconde décision (A-269-99), le Tribunal a refusé d'admettre le témoin que

judicial review of the Tribunal's rulings are premature on the basis that the rulings are interlocutory decisions made during the course of the Tribunal's proceedings. This set of reasons deals with both appeals and a copy will be placed in each file.

BACKGROUND FACTS

[2] Prior to the time that these applications for judicial review were brought, the Canadian Human Rights Tribunal was inquiring into whether an Internet Web site operated by Mr. Zündel contravened subsection 13(1) of the *Canadian Human Rights Act* [R.S.C., 1985, c. H-6].

Ruling at issue in A-258-99

[3] During the hearing, counsel for the Canadian Human Rights Commission called a witness described as "an expert historian in the field of anti-Semitism and Jewish-Christian relations."¹ During the course of cross-examination of that witness, counsel for Mr. Zündel sought to cross-examine the witness on the "truth" of certain statements found on Mr. Zündel's Web site, which the witness had testified were anti-Semitic.

[4] Counsel for the Canadian Human Rights Commission objected to the line of questioning, arguing that the so-called "truth" of the statements was irrelevant, since truth was not a defence to the subsection 13(1) complaint at issue before the Tribunal.

[5] The Tribunal accepted the Commission's arguments. It held that "questions as to the truth or falsity of the statements found on the Zündel site [i.e. the Web site at issue] add nothing to our ability to determine the issues before us, and potentially will add a significant dimension of delay, cost and affront to the dignity of those who are alleged to have been victimized by these statements."²

M. Zündel avait produit à titre d'expert. Dans les présents appels, il s'agit de savoir si les demandes de contrôle judiciaire que M. Zündel a présentées à la suite des décisions du Tribunal sont prématurées pour le motif qu'il s'agit de décisions interlocutoires qui ont été rendues dans le cours de l'instance engagée devant le Tribunal. Les présents motifs se rapportent aux deux appels; une copie sera versée dans chaque dossier.

LES FAITS

[2] Avant la présentation des demandes de contrôle judiciaire en cause, le Tribunal canadien des droits de la personne enquêtait sur la question de savoir si un site Web de l'Internet exploité par M. Zündel contrevenait au paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [L.R.C. (1985), ch. H-6].

Décision en cause dans l'appel A-258-99

[3] Pendant l'audience, l'avocat de la Commission canadienne des droits de la personne a cité un témoin qui a été décrit comme étant [TRADUCTION] «expert en histoire dans le domaine de l'antisémitisme et des relations entre les juifs et les chrétiens»¹. Durant le contre-interrogatoire, l'avocat de M. Zündel a voulu poser des questions au témoin au sujet de la «vérité» de certaines déclarations qui avaient été faites sur le site Web de M. Zündel et que le témoin avait qualifiées de déclarations antisémites.

[4] L'avocat de la Commission canadienne des droits de la personne s'est opposé au genre de questions qui étaient posées, en soutenant que la soi-disant «vérité» des déclarations n'était pas pertinente, étant donné que la vérité ne constituait pas un moyen de défense qu'il était possible d'invoquer contre la plainte dont le Tribunal était saisi en vertu du paragraphe 13(1).

[5] Le Tribunal a retenu les arguments de la Commission. Il a statué que [TRADUCTION] «les questions relatives à la vérité ou à la fausseté des déclarations qui figurent sur le site Zündel [c'est-à-dire le site Web en cause] ne nous aident pas à trancher les questions dont nous sommes ici saisis; elles pourraient occasionner des retards et des frais et constituer un affront à la dignité des personnes qui auraient été les victimes de ces déclarations»².

Ruling at issue in A-269-99

[6] In its second ruling, the Tribunal was asked to qualify a witness tendered by Mr. Zündel as an expert. It declined to do so, holding that an expert witness “must be capable of giving an objective, disinterested and unbiased opinion.”³ The Tribunal held that the witness tendered by Mr. Zündel was not capable of doing so, since it considered his views on anti-Semitism to be “so extreme as to render his opinion well beyond the impartial and objective standard required of an expert.”⁴ The Tribunal added that the witness did “not bear any of the essential indicia of an expert in the subject area.”⁵

[7] Mr. Zündel applied to the Federal Court—Trial Division for judicial review of the Tribunal’s two rulings.

THE FEDERAL COURT—TRIAL DIVISION’S DECISION

[8] In short reasons, the Motions Judge held that he was satisfied that “special circumstances exist to hear the present judicial review applications which are with respect to interlocutory evidentiary decisions.”⁶ He held that because he had concluded in a related application for judicial review that one of the members who had participated in the two evidentiary rulings was subject to a reasonable apprehension of bias, the two rulings should be quashed.

ANALYSIS

[9] In a related appeal (A-253-99) [*Zündel v. Citron*, [2000] 4 F.C. 225 (C.A.)], I have concluded that the member who participated in the two evidentiary rulings at issue in this appeal is not subject to a reasonable apprehension of bias. Accordingly, I disagree with the Motion Judge’s reasons for allowing Mr. Zündel’s applications for judicial review in these matters. Consequently, the interlocutory rulings must be dealt with on an alternative ground.

Décision en cause dans l’appel A-269-99

[6] Pour ce qui est de la seconde décision, on avait demandé au Tribunal d’admettre un témoin produit par M. Zündel à titre d’expert. Le Tribunal a refusé de le faire, en statuant qu’un témoin expert [TRADUCTION] «doit être en mesure d’exprimer une opinion objective, désintéressée et impartiale»³. Le Tribunal a statué que le témoin produit par M. Zündel n’était pas capable d’exprimer pareille opinion; il estimait que les opinions exprimées par ce témoin au sujet de l’antisémitisme étaient [TRADUCTION] «si extrêmes que son avis ne satisfait absolument pas à la norme d’impartialité et d’objectivité exigée d’un expert»⁴. Le Tribunal a ajouté que le témoin [TRADUCTION] «n’avait aucun des attributs essentiels d’un expert en la matière»⁵.

[7] M. Zündel a demandé à la Section de première instance de la Cour fédérale d’effectuer le contrôle judiciaire des deux décisions du Tribunal.

LA DÉCISION DE LA SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE DE LA COUR FÉDÉRALE

[8] Dans des brefs motifs, le juge des requêtes a affirmé qu’il était convaincu que «des circonstances extraordinaires justifient que les présentes demandes de contrôle judiciaire concernant des décisions interlocutoires en matière de preuve soient entendues»⁶. Il a affirmé qu’étant donné qu’il avait conclu dans une demande connexe de contrôle judiciaire que l’un des membres qui avaient participé aux deux décisions en matière de preuve suscitait une crainte raisonnable de partialité, les deux décisions devaient être annulées.

ANALYSE

[9] Dans un appel connexe (A-253-99) [*Zündel c. Citron*, [2000] 4 C.F. 225 (C.A.)], j’ai conclu que le membre qui avait participé aux deux décisions en matière de preuve qui sont ici en cause ne suscitait pas une crainte raisonnable de partialité. Je ne souscris donc pas aux motifs du juge des requêtes, lorsqu’il a accueilli les demandes de contrôle judiciaire de M. Zündel dans ces affaires. Les décisions interlocutoires doivent donc être examinées quant à un autre motif.

[10] Are the applications for judicial review premature? As a general rule, absent jurisdictional issues, rulings made during the course of a tribunal's proceeding should not be challenged until the tribunal's proceedings have been completed. The rationale for this rule is that such applications for judicial review may ultimately be totally unnecessary: a complaining party may be successful in the end result, making the applications for judicial review of no value. Also, the unnecessary delays and expenses associated with such appeals can bring the administration of justice into disrepute. For example, in the proceedings at issue in this appeal, the Tribunal made some 53 rulings. If each and every one of the rulings was challenged by way of judicial review, the hearing would be delayed for an unconscionably long period. As this Court held in *Anti-dumping Act (In re) and in re Danmor Shoe Co. Ltd.*,⁷ "a right, vested in a party who is reluctant to have the tribunal finish its job, to have the Court review separately each position taken, or ruling made, by a tribunal in the course of a long hearing would, in effect, be a right vested in such a party to frustrate the work of the tribunal."⁸

[11] This rule has been reaffirmed by many courts. Although her remarks were made in the context of criminal proceedings, I think McLachlin J.'s remarks in *R. v. Seaboyer; R. v. Gayme*⁹ are apposite here:

. . . I would associate myself with the view that appeals from rulings on preliminary enquiries ought to be discouraged. While the law must afford a remedy where one is needed, the remedy should, in general, be accorded within the normal procedural context in which an issue arises, namely the trial. Such restraint will prevent a plethora of interlocutory appeals and the delays which inevitably flow from them. It will also permit a fuller view of the issue by the reviewing courts, which will have the benefit of a more complete picture of the evidence and the case.¹⁰

[12] In *Szcezecka v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,¹¹ Létourneau J.A. held:

. . . unless there are special circumstances there should not be any appeal or immediate judicial review of an interlocu-

[10] Les demandes de contrôle judiciaire sont-elles prématurées? En règle générale, si aucune question de compétence ne se pose, les décisions qui sont rendues dans le cours d'une instance devant un tribunal ne devraient pas être contestées tant que l'instance engagée devant le tribunal n'a pas été menée à terme. Cette règle est fondée sur le fait que pareilles demandes de contrôle judiciaire peuvent en fin de compte être tout à fait inutiles: un plaignant peut en fin de compte avoir gain de cause, de sorte que la demande de contrôle judiciaire n'a plus aucune valeur. De plus, les retards et frais inutiles associés à pareils appels peuvent avoir pour effet de jeter le discrédit sur l'administration de la justice. Ainsi, dans l'instance en cause, le Tribunal a rendu environ 53 décisions. Si chacune des décisions était contestée au moyen d'un contrôle judiciaire, l'audience serait retardée pour une période déraisonnablement longue. Comme notre Cour l'a affirmé dans *La Loi antidumping (In re) et in re Danmor Shoe Co. Ltd.*,⁷ «si une des parties, peu désireuse de voir le tribunal s'acquitter de sa tâche, avait le droit de demander à la Cour d'examiner séparément chaque position prise ou chaque décision rendue par un tribunal, lors de la conduite d'une longue audience, elle aurait en fait le droit de faire obstacle au tribunal»⁸.

[11] Cette règle a été confirmée par de nombreux tribunaux. Les remarques du juge McLachlin dans l'arrêt *R. c. Seaboyer; R. c. Gayme*⁹ ont été faites dans le contexte d'une instance pénale, mais je crois qu'elles sont néanmoins pertinentes:

[. . .] je partage l'opinion qu'il faut décourager les appels de décisions rendues à l'enquête préliminaire. Bien que la loi doive au besoin offrir une réparation, cette réparation devrait en général être accordée dans le contexte de la procédure habituelle, savoir le procès. Cette restriction évitera qu'il y ait une pléthore d'appels interlocutoires avec les retards qu'ils entraînent nécessairement. Les tribunaux chargés de l'examen pourront ainsi avoir un meilleur aperçu de la question, en ce qu'ils disposeront d'un tableau plus complet de la preuve et de l'affaire.¹⁰

[12] Dans l'arrêt *Szcezecka c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*¹¹, le juge Létourneau, J.C.A. a affirmé ce qui suit:

[. . .] il ne doit pas, sauf circonstances spéciales, y avoir d'appel ou de révision judiciaire immédiate d'un jugement

tory judgment. Similarly, there will not be any basis for judicial review, especially immediate review, when at the end of the proceedings some other appropriate remedy exists. These rules have been applied in several court decisions specifically in order to avoid breaking up cases and the resulting delays and expenses which interfere with the sound administration of justice and ultimately bring it into disrepute.¹²

[13] Similarly, in *Howe v. Institute of Chartered Accountants of Ontario*,¹³ the Ontario Court of Appeal held that it was “trite law that the court will only interfere with a preliminary ruling made by an administrative tribunal where the tribunal never had jurisdiction or has irretrievably lost it.”¹⁴

[14] Notwithstanding the general rule, counsel for Mr. Zündel argued that the two rulings made by the Tribunal constituted “special circumstances” that warranted immediate judicial review. He argued that the Tribunal’s rulings were so significant that they went to the Tribunal’s very jurisdiction.

[15] I disagree. The rulings at issue in these appeals are mere evidentiary rulings made during the course of a hearing. Such rulings are made constantly by trial courts and tribunals and if interlocutory appeals were allowed from such rulings, justice could be delayed indefinitely. Matters like bias and a tribunal’s jurisdiction to determine constitutional questions or to make declaratory judgments have been held to go to the very jurisdiction of a tribunal and have therefore constituted special circumstances that warranted immediate judicial review of a tribunal’s interlocutory decision.¹⁵ By contrast, rulings made by a coroner refusing to permit certain questions to be asked have been considered not to result in the loss of jurisdiction sufficient to warrant immediate judicial review of an interlocutory decision.¹⁶ Similarly, in *Doman v. British Columbia (Securities Commission)*,¹⁷ Huddart J. (as she then was) held that “[t]he fact that an evidentiary ruling may give rise to a breach of natural justice is not sufficient reason for a court to intervene in the hearing process.”¹⁸ Huddart J. added:

interlocutoire. De même, il ne doit pas y avoir ouverture au contrôle judiciaire, particulièrement un contrôle immédiat, lorsqu’il existe, au terme des procédures, un autre recours approprié. Plusieurs décisions de justice sanctionnent ces deux principes, précisément pour éviter une fragmentation des procédures ainsi que les retards et les frais inutiles qui en résultent, qui portent atteinte à une administration efficace de la justice et qui finissent par la discréditer¹².

[13] De même, dans l’arrêt *Howe v. Institute of Chartered Accountants of Ontario*¹³, la Cour d’appel de l’Ontario a statué qu’il était [TRADUCTION] «de droit constant que la cour interviendra dans une décision préliminaire rendue par un tribunal administratif uniquement si le tribunal n’a jamais eu compétence ou s’il l’a perdue d’une façon irréversible»¹⁴.

[14] Malgré la règle générale, l’avocat de M. Zündel a soutenu que les deux décisions rendues par le Tribunal constituaient des [TRADUCTION] «circonstances spéciales» justifiant un contrôle judiciaire immédiat. Il a soutenu que les décisions du Tribunal étaient si importantes qu’elles impliquaient la compétence même du Tribunal.

[15] Je ne suis pas d’accord. Les décisions en cause dans ces appels sont de simples décisions en matière de la preuve qui ont été rendues au cours d’une audience. Pareilles décisions sont constamment rendues par les cours de première instance et par les tribunaux et s’il était permis d’interjeter appel contre ces décisions, la justice pourrait être retardée pour une période indéfinie. Il a été statué que des questions comme la partialité et la compétence que possède un tribunal de trancher des questions constitutionnelles ou de rendre des jugements déclaratoires impliquent la compétence même du tribunal et qu’elles constituent donc des circonstances spéciales justifiant le contrôle judiciaire immédiat d’une décision interlocutoire rendue par un tribunal¹⁵. Par contre, il a été considéré que les décisions rendues par un coroner qui refuse d’autoriser que certaines questions soient posées n’entraînent pas une perte de compétence suffisante justifiant le contrôle judiciaire immédiat d’une décision interlocutoire¹⁶. De même, dans la décision *Doman v. British Columbia (Securities Commission)*¹⁷, le juge Huddart (tel était alors son titre) a affirmé que [TRADUCTION] «le fait qu’une décision en matière de

I find support for that conclusion in the policy of the appeal courts not to review a judge's ruling under the *Charter* made during the course of a trial. Substantive rights are at stake, the trial judge can be wrong, evidence may be inadmissible, the decision may be over-turned, a new trial may be required, but nothing should be allowed to interfere with the trial process, once it has begun.¹⁹

[16] In oral argument, counsel for Mr. Zündel argued that had he waited until the Tribunal determined the merits of the complaint, subsection 18.1(2) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] would have deprived him of the ability to seek judicial review of the two rulings at issue in this appeal. Subsection 18.1(2) states:

18.1 . . .

(2) An application for judicial review in respect of a decision or order of a federal board, commission or other tribunal shall be made within thirty days after the time the decision or order was first communicated by the federal board, commission or other tribunal to the office of the Deputy Attorney General of Canada or to the party directly affected thereby, or within such further time as a judge of the Trial Division may, either before or after the expiration of those thirty days, fix or allow.

[17] In light of my conclusion that each and every ruling made by a tribunal in the course of its proceedings cannot be the subject of an application for judicial review, it follows that the word "decision" contained in subsection 18.1(2) cannot refer to every interlocutory decision a tribunal makes. A party against whom an interlocutory order has been made is not therefore under an obligation to immediately appeal in order to preserve his rights. In my view, the time period prescribed in subsection 18.1(2) of the *Federal Court Act* does not begin to run until the final decision in the proceedings has been rendered. If the Tribunal's final decision is appealed, any objection to procedures taken during the hearing of the appeal can be raised at that time.

preuve peut donner lieu à une violation de la justice naturelle ne constitue pas un motif suffisant pour permettre à une cour d'intervenir dans la procédure d'audience»¹⁸. Le juge Huddart a ajouté ce qui suit:

[TRADUCTION] Cette conclusion est étayée par la politique des cours d'appel de ne pas examiner une décision rendue par un juge en vertu de la *Charte* au cours d'un procès. Des droits fondamentaux sont en jeu, le juge du procès peut se tromper, la preuve peut être inadmissible, la décision peut être infirmée, un nouveau procès peut être nécessaire, mais rien ne devrait permettre d'intervenir dans le procès une fois qu'il a commencé¹⁹.

[16] Dans sa plaidoirie, l'avocat de M. Zündel a soutenu que, s'il avait attendu que le Tribunal statue sur le bien-fondé de la plainte, le paragraphe 18.1(2) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] l'aurait privé de la possibilité de solliciter le contrôle judiciaire des deux décisions en cause dans le présent appel. Le paragraphe 18.1(2) est ainsi libellé:

18.1 [. . .]

(2) Les demandes de contrôle judiciaire sont à présenter dans les trente jours qui suivent la première communication, par l'office fédéral, de sa décision ou de son ordonnance au bureau du sous-procureur général du Canada ou à la partie concernée, ou dans le délai supplémentaire qu'un juge de la Section de première instance peut, avant ou après l'expiration de ces trente jours, fixer ou accorder.

[17] Étant donné que j'ai conclu que les décisions rendues par un tribunal dans le cours d'une instance dont il est saisi ne peuvent toutes et chacune faire l'objet d'une demande de contrôle judiciaire, il s'ensuit que le mot «décision» figurant au paragraphe 18.1(2) ne peut pas se rapporter à toutes les décisions interlocutoires qu'un tribunal rend. Une partie contre laquelle une ordonnance interlocutoire a été rendue n'est donc pas tenue d'interjeter immédiatement appel afin de préserver ses droits. À mon avis, le délai prescrit au paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur la Cour fédérale* ne commence à courir que lorsque la décision finale a été rendue dans l'instance. Si la décision finale du Tribunal est portée en appel, toute objection aux procédures engagées au cours de l'audition de l'appel peut être soulevée à ce moment-là.

CONCLUSION

[18] I would allow the appeal, with costs and set aside the order of the Motions Judge dated April 13, 1999.

ISAAC J.A.: I agree.

ROBERTSON J.A.: I agree.

¹ Appeal Book, A-258-99, at p. 37 XXXX.

² *Ibid.*, at pp. 37 DDDDD -37 EEEEE.

³ Appeal Book, A-269-99, at p. 234.

⁴ *Ibid.*, at p. 231.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Zündel v. Canada (Canadian Human Rights Commission) (re Canadian Jewish Congress)*, [1999] F.C.J. No. 495 (T.D.) (QL), at para. 1.

⁷ [1974] 1 F.C. 22 (C.A.), cited approvingly by this Court in *Canada v. Schnurer Estate*, [1997] 2 F.C. 545 (C.A.).

⁸ *Ibid.*, at p. 34.

⁹ [1991] 2 S.C.R. 577.

¹⁰ *Ibid.*, at p. 641.

¹¹ (1993), 116 D.L.R. (4th) 333 (F.C.A.).

¹² *Ibid.*, at p. 335. See also *People First of Ontario v. Porter, Regional Coroner Niagara* (1992), 6 O.R. (3d) 289 (C.A.), at p. 292, "We entirely agree with the Divisional Court that it is undesirable to interrupt inquests with applications for judicial review. Whenever possible, it is best to let the inquest proceed to its resolution and then perhaps, if circumstances dictate, to take judicial proceedings."

¹³ (1994), 19 O.R. (3d) 483 (C.A.).

¹⁴ *Ibid.*, at p. 490.

¹⁵ *Pfeiffer v. Canada (Superintendent of Bankruptcy)*, [1996] 3 F.C. 584 (T.D.).

¹⁶ *People First of Ontario v. Porter, Regional Coroner Niagara* (1992), 6 O.R. (3d) 289 (C.A.).

¹⁷ [1995] 10 W.W.R. 649 (B.C.S.C.).

¹⁸ *Ibid.*, at p. 655.

¹⁹ *Ibid.*, at p. 656.

CONCLUSION

[18] J'accueillerais l'appel avec dépens et j'infirmes l'ordonnance que le juge des requêtes a rendue le 13 avril 1999.

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

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

¹ Dossier d'appel, A-258-99, à la p. 37 XXXX.

² *Ibid.*, aux p. 37 DDDDD à 37 EEEEE.

³ Dossier d'appel, A-269-99, à la p. 234.

⁴ *Ibid.*, à la p. 231.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Zündel c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne) (re Congrès juif canadien)*, [1999] A.C.F. n° 495 (1^{re} inst.) (QL), au par. 1.

⁷ [1974] 1 C.F. 22 (C.A.), cité avec approbation par notre Cour dans *Canada c. Succession Schnurer*, [1997] 2 C.F. 545 (C.A.).

⁸ *Ibid.*, à la p. 34.

⁹ [1991] 2 R.C.S. 577.

¹⁰ *Ibid.*, à la p. 641.

¹¹ (1993), 116 D.L.R. (4th) 333 (C.A.F.).

¹² *Ibid.*, à la p. 335. Voir également *People First of Ontario v. Porter, Regional Coroner Niagara* (1992), 6 O.R. (3d) 289 (C.A.), à la p. 292 [TRADUCTION] «Nous sommes entièrement d'accord avec la Cour divisionnaire pour dire qu'il n'est pas souhaitable d'interrompre les enquêtes par des demandes de contrôle judiciaire. Il est préférable de laisser si possible l'enquête suivre son cours jusqu'à la fin et d'engager peut-être ensuite des procédures judiciaires, au besoin.»

¹³ (1994), 19 O.R. (3d) 483 (C.A.).

¹⁴ *Ibid.*, à la p. 490.

¹⁵ *Pfeiffer c. Canada (Surintendant des faillites)*, [1996] 3 C.F. 584 (1^{re} inst.).

¹⁶ *People First of Ontario v. Porter, Regional Coroner Niagara* (1992), 6 O.R. (3d) 286 (C.A.).

¹⁷ [1995] 10 W.W.R. 649 (C.S.C.-B.).

¹⁸ *Ibid.*, à la p. 655.

¹⁹ *Ibid.*, à la p. 656.

A-922-96

A-922-96

Apotex Inc. (Appellant) (Applicant)**Apotex Inc. (appelante) (demanderesse)**

v.

c.

The Attorney General of Canada, The Minister of National Health and Welfare, Merck & Co., Inc. and Merck Frosst Canada Inc. (Respondents) (Respondents)

Le procureur général du Canada, le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social, Merck & Co., Inc. et Merck Frosst Canada Inc. (intimés) (défendeurs)

and

et

Eli Lilly Canada Inc., Pharmaceutical Manufacturers Association of Canada and Canadian Drug Manufacturers Association (Intervenors) (Intervenors)

Eli Lilly Canada Inc., l'Association canadienne de l'industrie du médicament et l'Association canadienne des fabricants de produits pharmaceutiques (intervenantes) (intervenantes)

INDEXED AS: APOTEX INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (C.A.)

RÉPERTORIÉ: APOTEX INC. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.A.)

Court of Appeal, Décary, Sexton and Evans J.J.A.—Toronto, February 28, 29; Ottawa, May 12, 2000.

Cour d'appel, juges Décary, Sexton et Evans, J.C.A.—Toronto, 28 et 29 février; Ottawa, 12 mai 2000.

Patents — Validity of Patented Medicines (NOC) Regulations upheld as not ultra vires Patent Act, s. 55.2(4) — Latter provision to be construed broadly, not limited to those who have availed themselves of benefits conferred by Act, s. 55.2(1) or (2) in connection with particular medicine in dispute — Within Governor in Council's authority conferred by Act, s. 55.2(4) to provide expressly Regulations apply to submissions made before they came into effect, but not yet decided by Minister.

Brevets — Validité du Règlement sur les médicaments brevetés (ADC) confirmée étant donné qu'il n'est pas ultra vires l'art. 55.2(4) de la Loi sur les brevets — Cette dernière disposition doit être interprétée d'une façon libérale et ne s'applique pas uniquement aux personnes qui se sont prévaluées des avantages conférés par l'art. 55.2(1) ou (2) de la Loi à l'égard du médicament particulier en cause — Le gouverneur en conseil était autorisé en vertu de l'art. 55.2(4) de la Loi à prévoir expressément que le Règlement s'appliquait aux présentations qui avaient été faites mais à l'égard desquelles aucune décision n'avait été prise par le ministre, lorsque le Règlement est entré en vigueur.

Practice — Pleadings — Mootness, abuse of process — As Notice of Compliance (NOC) issued to Apotex for norfloxacin, request for order to issue NOC for same drug moot — Furthermore, as appellant had opportunity to challenge validity of Patented Medicines (NOC) Regulations in earlier prohibition proceedings with respect to same drug, Court could have applied res judicata and issue estoppel to refuse to permit Apotex to raise it herein — However, proceeding not dismissed as validity of Regulations remaining live issue (NOC issued on basis of single allegation), and declaration of legal status would still serve useful purpose — Furthermore, in view of uncertainty about Regulations when litigation started, obvious and continuing interest of Apotex in having validity of Regulations determined, and fact parties had prepared full argument on merits, Motions Judge properly exercised discretion not to dismiss proceeding on this ground without getting to merits.

Pratique — Actes de procédure — Question théorique, abus de procédure — Étant donné qu'un avis de conformité (l'ADC) avait été délivré à Apotex pour la norfloxacine, la demande visant l'obtention d'une ordonnance de délivrance de l'ADC à l'égard de la même drogue n'a plus qu'un intérêt théorique — En outre, étant donné que l'appelante a eu la possibilité de contester la validité du Règlement sur les médicaments brevetés (ADC) dans des procédures d'interdiction antérieures se rapportant à la même drogue, la Cour aurait pu appliquer les notions de chose jugée et d'irrecevabilité à remettre en cause une question pour refuser de permettre à Apotex de soulever la question en l'espèce — Toutefois, les procédures n'ont pas été rejetées étant donné que la validité du Règlement est encore pertinente (ADC délivré sur la base d'une seule allégation) et qu'il serait encore utile de rendre un jugement déclaratoire portant sur la situation juridique — En outre, compte tenu de l'incertitude qui existait au sujet du Règlement au début

Administrative law — Judicial review — Doctrine of legitimate expectations — Minister's undertaking to consult Canadian Drug Manufacturers Association before Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations enacted at best personal undertaking of political nature not enforceable by Court; in any event, not binding on decision maker, i.e. Governor in Council.

Construction of statutes — Retroactivity — Application of Patented Medicines (NOC) Regulations to new drug submissions in pipeline when 1993 Regulations came into effect did not engage presumption against retroactivity — No vested right abrogated: in absence of clear legislative indication to contrary, no legal right to have application for statutory benefit determined in accordance with eligibility criteria in place when application made.

Apotex sought a compulsory licence for the generic form of Merck Frosst Canada's patented drug norfloxacin, an antibiotic, under the system in effect before the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* was enacted. In 1993, before Apotex could obtain the authorization to market the generic drug, the compulsory licence system was abolished. In the application for judicial review with which this appeal is concerned, Apotex sought an order directing the Minister of National Health and Welfare to issue a NOC for its version of norfloxacin and declaring that the Regulations were invalid because they were not authorized by subsection 55.2(4) of the *Patent Act*. The validity of the Regulations was also attacked on the ground that they were promulgated without prior consultation, in breach of a promise made by the Minister responsible for the statutory amendments that regulations would not be enacted until there had been consultation with the Canadian Drug Manufacturers Association (CDMA), a trade association representing primarily the interests of generic pharmaceutical manufacturers. This was an appeal from the Trial Division decision dismissing the application for judicial review.

Held, the appeal should be dismissed.

Per Décaré J.A. (Sexton J.A. concurring): the reasons for judgment of Evans J.A. were agreed with except with respect to the issue of the breach of the undertaking to consult the CDMA before the enactment of regulations.

du litige, de l'intérêt évident et continu d'Apotex, lorsqu'il s'agissait de faire régler la question de la validité du Règlement et du fait que les parties avaient préparé des arguments complets sur le fond, le juge des requêtes a exercé à juste titre son pouvoir discrétionnaire en vue de ne pas rejeter la procédure pour ce motif sans examiner l'affaire au fond.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Doctrine de l'expectative légitime — L'engagement que le ministre avait pris de consulter l'Association canadienne des fabricants de produits pharmaceutiques avant la prise du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) est au mieux un engagement personnel de nature politique qui n'est pas exécutoire devant une cour; de toute façon, il ne lie pas le décideur, c'est-à-dire le gouverneur en conseil.

Interprétation des lois — Rétroactivité — L'application du Règlement sur les médicaments brevetés (ADC) aux présentations de drogue nouvelle en cours de traitement lorsque le Règlement de 1993 a pris effet ne mettait pas en cause une présomption à l'encontre de la rétroactivité — Aucun droit acquis n'a été abrogé: en l'absence d'une indication législative contraire claire, personne n'a le droit légal de faire trancher une demande visant l'obtention d'un avantage conféré par la loi conformément aux critères d'admissibilité qui s'appliquaient au moment du dépôt de la demande.

Apotex avait demandé une licence obligatoire à l'égard de la version générique d'un médicament breveté appelé norfloxacine de Merck Frosst Canada, lequel était un antibiotique, selon le système qui s'appliquait avant la prise du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. En 1993, avant qu'Apotex puisse obtenir l'autorisation de commercialiser le médicament générique, le système des licences obligatoires a été aboli. Dans la demande de contrôle judiciaire qui est en cause en l'espèce, Apotex sollicitait une ordonnance enjoignant au ministre de la Santé et du Bien-être social de délivrer un ADC pour sa version de norfloxacine et déclarant le Règlement invalide parce qu'il n'était pas autorisé par le paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*. La validité du Règlement a également été contestée pour le motif qu'il avait été promulgué sans consultation préalable, en violation d'une promesse faite par le ministre responsable des modifications législatives, à savoir qu'aucun règlement ne serait pris tant qu'il n'y aurait pas eu consultation avec l'Association canadienne des fabricants de produits pharmaceutiques (l'ACFPP), qui est une association commerciale représentant principalement les intérêts des fabricants de produits pharmaceutiques génériques. Il s'agissait d'un appel de la décision de la Section de première instance rejetant la demande de contrôle judiciaire.

Arrêt: l'appel doit être rejeté.

Le juge Décaré, J.C.A. (le juge Sexton, J.C.A. souscrivant à son avis): les motifs prononcés par le juge Evans, J.C.A. ont été adoptés sauf en ce qui concerne la question de la violation de l'engagement de consulter l'ACFPP avant que le règlement soit pris.

The *Patent Act* did not contain provisions stating that regulations proposed to be made pursuant to the Act must be published prior to their coming into force. Regulations made by the Governor in Council under section 55.2 of the Act were therefore subject to the general provisions of the *Statutory Instruments Act* and not required by law to be published prior to their coming into force. And unlike some of the other provisions of the *Patent Act*, section 55.2 imposed no duty to consult.

Assuming that the doctrine of legitimate expectations may apply to the regulation-making power of the Governor in Council, it would not apply in the circumstances of this case because the alleged undertaking is at best a personal undertaking of a political nature that is not enforceable in a court of law. In any event, even if the alleged undertaking could have bound the Minister and be enforceable by a court, it would not, in the circumstances, have bound the Governor in Council, the decision maker. Absent statutory authority or authority expressly delegated to a minister by the Governor in Council, a minister cannot bind the Governor in Council in the exercise of its regulation-making power.

Serious reservations were expressed as to the applicability of the doctrine of legitimate expectations to Cabinet in the exercise of its regulation-making power. In any event, Evans J.A.'s comments on this point were *obiter dicta*. The judiciary should be reluctant to move in and impose procedural restrictions of its own creation on the process leading to the making of regulations by the Governor in Council.

Per Evans J.A.: (1) Given the decision of the Supreme Court of Canada in *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1998] 2 S.C.R. 193, as a result of which Apotex was issued with a NOC for norfloxacin, the issue was moot. However, since the NOC was issued on the basis of a single allegation, the validity of the Regulations remained a live issue, and therefore the declaration of their legal status would still serve a useful purpose. Although Apotex had had an opportunity to challenge the validity of the NOC Regulations in the earlier prohibition proceeding brought by Merck Frosst with respect to norfloxacin, the Motions Judge properly exercised his discretion not to dismiss the proceeding on this ground without getting to the merits in view of the uncertainty about the Regulations when the litigation started, the obvious and continuing interest of Apotex in having the validity of the Regulations determined, and the fact that the parties had prepared full argument on the merits.

(2) Subsection 55.2(4) of the *Patent Act* was not limited to authorizing the making of Regulations that apply to

La *Loi sur les brevets* (la Loi) ne renferme pas de disposition prévoyant qu'un projet de règlement d'application de la Loi doit être publié avant d'entrer en vigueur. Les règlements que le gouverneur en conseil prend en vertu du paragraphe 55(2) de la Loi sont donc assujettis aux dispositions générales de la *Loi sur les textes réglementaires*. Il n'est pas nécessaire en vertu de la Loi de les publier avant leur entrée en vigueur. Contrairement à certaines autres dispositions de la *Loi sur les brevets*, l'article 55.2 n'imposait pas d'obligation de consulter.

À supposer que la théorie de l'expectative légitime puisse s'appliquer au pouvoir de réglementation du gouverneur en conseil, cette théorie ne s'appliquerait pas aux circonstances de l'espèce parce que le présumé engagement est au mieux un engagement personnel d'une nature politique qui n'est pas exécutoire devant une cour de justice. Quoi qu'il en soit, même si le présumé engagement était de nature à lier le ministre et s'il était exécutoire devant une cour de justice, il n'aurait pas lié, eu égard aux circonstances, le gouverneur en conseil, qui est le décideur. En l'absence d'un pouvoir prévu par la loi, ou d'un pouvoir expressément délégué au ministre par le gouverneur en conseil, le ministre ne peut pas lier le gouverneur en conseil dans l'exercice de son pouvoir de réglementation.

De sérieuses réserves ont été exprimées au sujet de l'application de la théorie de l'expectative légitime au cabinet dans l'exercice de son pouvoir de réglementation. Quoi qu'il en soit, les remarques que le juge Evans a faites sur ce point étaient des remarques incidentes. L'appareil judiciaire devrait hésiter à intervenir de façon à imposer ses propres restrictions procédurales à l'égard du processus de réglementation du gouverneur en conseil.

Le juge Evans, J.C.A.: 1) La question n'avait plus qu'un intérêt théorique étant donné la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] 2 R.C.S. 193, par suite de laquelle un ADC avait été délivré à Apotex pour la norfloxacin. Toutefois, étant donné que l'ADC a été délivré sur la base d'une seule allégation, la validité du Règlement était encore pertinente, de sorte qu'il était encore utile de rendre un jugement déclaratoire portant sur la situation juridique y afférente. Bien qu'Apotex ait eu la possibilité de contester la validité du Règlement concernant les ADC dans les procédures d'interdiction antérieures engagées par Merck Frosst au sujet de la norfloxacin, le juge des requêtes a exercé à juste titre son pouvoir discrétionnaire en vue de ne pas rejeter la procédure pour ce motif sans examiner l'affaire au fond compte tenu de l'intercétitude qui existait au sujet du Règlement au début du litige, de l'intérêt évident et continu d'Apotex, lorsqu'il s'agissait de faire régler la question de la validité du Règlement, et du fait que les parties avaient préparé des arguments complets sur le fond.

2) Le paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets* n'auto-risait pas uniquement la prise d'un règlement qui s'applique

persons who have taken advantage of subsection 55.2(1) or (2) in respect of new drug products that are the subject of prohibition proceeding. If Parliament had intended to limit the scope to the regulation-making power in that way, it would have used more precise, explicit language. The wording in the English and French versions support a broad interpretation. Furthermore, the nature and subjective definition of the purpose for which the power may be exercised supports a broad interpretation: "such regulations as the Governor in Council considers necessary for preventing the infringement of a patent". For these reasons, and in accordance with the general directive of section 12 of the *Interpretation Act* (enactments deemed remedial), subsection 55.2(4) should be construed broadly.

(3) The Regulations, which purport to apply to NOC submissions that had been made, but not decided, when the Regulations came into effect, did not engage the presumption against retroactivity.

No vested right was thereby abrogated: in the absence of clear legislative indication to the contrary, no one has a legal right to have an application for a statutory benefit determined in accordance with the eligibility criteria in place when the application was made. Applicants for statutory rights normally have no more than a hope that the granting authority will render a favourable decision. As the applicant's right herein was neither "accrued" nor "accruing", the paragraph 44(c) of the *Interpretation Act* presumption against retroactive operation of the repeal of an enactment did not apply.

(4) The fact that the Minister of Consumer and Corporate Affairs did not consult the CDMA before regulations were enacted under subsection 55.2(4) of the *Patent Act* in spite of an undertaking to do so did not make the Regulations invalid.

It is settled law in Canada that the duty of fairness does not apply to the exercise of powers of a legislative nature, which would include the Regulations herein. However, it does not necessarily follow that subordinate legislation can lawfully be made in breach of a categorical and specific assurance of prior consultation given to an individual by a responsible minister of the Crown in the course of discharging departmental business. Nor does the law so provide.

In *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, the Supreme Court specifically said that the doctrine of legitimate expectations has no application to the exercise of legislative powers as it would place a fetter on an essential feature of democracy. However, similar considerations do not apply to the exercise of delegated legisla-

à une personne qui s'est prévalu des paragraphes 55.2(1) ou (2) à l'égard du nouveau produit pharmaceutique qui fait l'objet de la procédure d'interdiction. Si le législateur avait l'intention de limiter ainsi l'étendue du pouvoir de réglementation, il aurait employé des termes plus précis et explicites. Le libellé des versions anglaise et française étaye une interprétation libérale. En outre, la nature et la définition subjectives du but dans lequel le pouvoir peut être exercé étaye une interprétation libérale: «Afin d'empêcher la contrefaçon du brevet d'invention [. . .] le gouverneur en conseil peut prendre des règlements [. . .].» Pour ces raisons, et conformément à la directive générale énoncée à l'article 12 de la *Loi d'interprétation*, (les textes législatifs sont censés apporter une solution de droit), le paragraphe 55.2(4) devait être interprété d'une manière libérale.

3) Le Règlement, qui est réputé s'appliquer aux demandes d'ADC qui avaient été déposées, mais à l'égard desquelles aucune décision n'avait été prise lorsque le Règlement est entré en vigueur, ne mettait pas en cause la présomption à l'encontre de la rétroactivité.

Aucun droit acquis n'a ainsi été abrogé: en l'absence d'une indication législative claire contraire, personne n'a le droit de faire trancher une demande visant l'obtention d'un avantage conféré par la loi conformément aux critères d'admissibilité qui s'appliquaient au moment du dépôt de la demande. Les personnes qui revendiquent des droits prévus par la loi n'ont normalement qu'un simple espoir que l'autorité responsable prenne une décision qui leur est favorable. Étant donné que le droit de la demanderesse en l'espèce n'était ni un droit «acquis» ni un droit «naissant», la présomption à l'encontre de l'application rétroactive de l'abrogation d'un texte de loi prévue à l'alinéa 44c) de la *Loi d'interprétation* ne s'appliquait pas.

4) Le Règlement n'est pas invalide du fait qu'il a été pris en violation d'un engagement pris par le ministre de la Consommation et des Affaires commerciales envers l'ACFPP, à savoir que l'Association serait consultée avant que des règlements soient pris en vertu du paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*.

Il est bien établi au Canada que l'obligation d'équité ne s'applique pas à l'exercice de pouvoirs d'une nature législative, ce qui comprendrait le Règlement contesté en l'espèce. Toutefois, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'un règlement puisse licitement être pris en violation d'une assurance catégorique précise de consultation préalable donnée par un ministre responsable dans l'exercice de fonctions ministérielles. Ce n'est pas non plus ce que prévoit la jurisprudence.

Dans le *Renvoi relatif au régime d'assistance du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, la Cour suprême a clairement dit que la doctrine de l'expectative légitime ne s'appliquait pas à l'exercice de pouvoirs législatifs étant donné que cela aurait pour effet d'imposer une restriction à un trait essentiel de la démocratie. Toutefois, des considérations similaires ne

tive powers which is not subject to the same level of scrutiny as primary legislation that must pass through the full legislative process. Moreover, the procedural rights created by the doctrine of legitimate expectations are always subject to proof that, in particular circumstances, the public interest requires that administrative action be taken promptly without complying with the promised procedures.

The legitimate expectations doctrine is not simply a branch of the duty of fairness, in the sense that it serves the same purposes as the participatory rights conferred by the duty of fairness. Hence, there is no reason to limit its reach to the exercise of statutory powers to which the duty applies. In the absence of binding authority to the contrary, the doctrine of legitimate expectations applies in principle to delegated legislative powers so as to create participatory rights when none would otherwise arise, provided that honouring the expectation would not breach some other legal duty, or unduly delay the enactment of regulations for which there was a demonstrably urgent need.

On the facts of this case, the words used were capable of creating a legitimate expectation that the Minister would consult the CDMA before any regulations made under subsection 55.2(4) came into effect. However an undertaking given by a minister that there will be consultation prior to the enactment of regulations cannot give rise to a legitimate expectation when the Governor in Council, not the minister, has the statutory authority to make the regulations in question. While there was no evidence that the Governor in Council expressly delegated to the Minister of Consumer and Corporate Affairs the authority to impose procedural restrictions on the exercise of the Cabinet's regulation-making power, when, as here, the promise of prior consultation is made by the minister with primary responsibility for developing regulations and bringing them before the Cabinet, it may be open to those to whom the promise was made to seek judicial review to prevent the minister from taking proposed regulations to Cabinet until the promised consultation has occurred.

However, when, as here, the Cabinet has already approved the regulations, their validity cannot be impugned because they were enacted in the absence of the consultation that the minister promised. Given the legal protection afforded by the law to the confidentiality of cabinet proceedings and the narrow grounds on which the courts review the exercise of powers by the Cabinet, it would be impermissible for a court to enquire into the state of knowledge possessed by members of the Cabinet about prior procedural assurances given by a minister in order to determine whether otherwise valid regulations were knowingly enacted in breach of a

s'appliquent pas à l'exercice de pouvoirs législatifs délégués qui ne sont pas assujettis au même degré d'examen qu'un texte de loi principal qui doit être soumis au processus législatif complet. En outre, les droits procéduraux créés par la théorie de l'expectative légitime sont toujours assujettis à la preuve selon laquelle, dans des circonstances particulières, l'intérêt public exige que des mesures administratives soient prises promptement sans que les procédures promises soient observées.

La doctrine de l'expectative légitime ne constitue pas simplement un volet de l'obligation d'équité, en ce sens qu'elle sert aux mêmes fins que les droits de participation conférés par l'obligation d'équité. Il n'y a donc pas lieu de limiter sa portée à l'exercice des pouvoirs reconnus par la loi auxquels l'obligation s'applique. Par conséquent, en l'absence d'arrêts contraires faisant autorité, la théorie de l'expectative légitime s'applique en principe aux pouvoirs législatifs délégués de façon à créer des droits de participation dans des circonstances où aucun droit de ce genre n'aurait par ailleurs pris naissance, à condition que le fait de respecter l'expectative ne viole pas certaines autres obligations légales ou ne retarde pas indûment la prise de règlements à l'égard desquels l'existence d'un besoin urgent est démontrée.

Eu égard aux faits de la présente affaire, le libellé de la lettre permettait légitimement de croire que le ministre consulterait l'ACFPP avant qu'un règlement pris en vertu du paragraphe 55.2(4) entre en vigueur. Toutefois, un engagement pris par un ministre selon lequel il y aura consultation avant qu'un règlement soit pris ne peut pas donner lieu à une expectative légitime lorsque c'est le gouverneur en conseil, plutôt que le ministre, qui est autorisé par la loi à prendre le règlement en question. Rien ne montrait que le gouverneur en conseil eût expressément délégué au ministre de la Consommation et des Affaires commerciales le pouvoir d'imposer des restrictions procédurales à l'exercice du pouvoir de réglementation du cabinet, mais lorsque la promesse de consultation préalable est, comme en l'espèce, faite par le ministre qui est le principal responsable de l'élaboration des règlements et de leur soumission au cabinet, il peut être loisible aux personnes à qui la promesse a été faite de solliciter le contrôle judiciaire, de façon à empêcher le ministre de soumettre le projet de règlement au cabinet tant que la consultation promise n'a pas eu lieu.

Toutefois, lorsque, comme en l'espèce, le cabinet a déjà approuvé le Règlement, la validité du Règlement ne peut pas être contestée pour le motif qu'il a été pris sans consultation, contrairement à ce que le ministre avait promis. Compte tenu de la protection juridique fournie par la loi en ce qui concerne la confidentialité des délibérations du cabinet et les motifs restreints pour lesquels les tribunaux examinent l'exercice de pouvoirs par le cabinet, il ne serait pas permis à un tribunal d'enquêter sur ce que savaient les membres du cabinet au sujet des assurances données par un ministre, sur le plan de la procédure, afin de déterminer si

ministerial undertaking.

In any event, the extensive and effective consultation that occurred after 1993, and prior to the amendments of the Regulations in 1998 which ironed out many of the subsequently identified wrinkles, would make it inappropriate to declare invalid the original Regulations as amended.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Assistance Plan*, R.S.C. 1970, c. C-1, s. 8.
Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 159(2) (as enacted by S.C. 1996, c. 12, s. 3).
Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9, s. 95(1) (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 6, s. 5).
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 15(4) (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 10).
Civil Air Navigation Services Commercialization Act, S.C. 1996, c. 20, s. 12(2).
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], ss. 11, 12, 13.
Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, s. 66.6(2) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 12).
Hazardous Materials Information Review Act, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 24, Part III, s. 48(1).
Hazardous Products Act, R.S.C., 1985, c. H-3, s. 19 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 24, s. 1).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, ss. 12, 35 "Governor in Council", 44(c).
Interpretation Act (The), R.S.S. 1978, c. I-11, s. 23(1)(c).
Mackenzie Valley Resource Management Act, S.C. 1998, c. 25, ss. 90, 143, 150.
North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2, Art. 1709(10).
Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, ss. 84, 86.
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 42 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 16), 55.2 (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4), 101(2) (as enacted *idem*, s. 7).
Patent Act Amendment Act, 1992, S.C. 1993, c. 2, ss. 4, 7, 11(1), 12(1).
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 2, 5(1) (as am. by SOR/98-166, s. 4), 6(1) (as am. *idem*, s. 5), (5) (as enacted, *idem*), 7(1) (as am. *idem*, s. 6).
Regulations Act, R.S.Q., c. R-18.1, ss. 8, 10, 12, 13.
Statutory Instruments Act, R.S.C., 1985, c. S-22.

un règlement par ailleurs valide a sciemment été pris en violation d'un engagement ministériel.

De toute façon, étant donné les consultations longues et efficaces qui ont eu lieu après 1993 et avant que le Règlement ait été modifié en 1998, par lequel un grand nombre de difficultés qui ont subséquemment été décelées étaient aplanies, il ne serait pas approprié de déclarer invalide le Règlement initial tel qu'il a été modifié.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2, art. 1709(10).
Code canadien du travail, L.R.C. (1985) ch. L-2, art. 159(2) (édicte par L.C. 1996, ch. 12, art. 3).
Interpretation Act (The), R.S.S. 1978, ch. I-11, art. 23(1)(c).
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 15(4) (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 10).
Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 11, 12, 13.
Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets, L.C. 1993, ch. 2, art. 4, 7, 11(1), 12(1).
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12, 35 «gouverneur en conseil», 44c).
Loi sur la commercialisation des services de navigation aérienne civile, L.C. 1996, ch. 20, art. 12(2).
Loi sur la gestion des ressources de la vallée du Mackenzie, L.C. 1998, ch. 25, art. 90, 143, 150.
Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 95(1) (mod. par L.R.C., (1985) (3^e suppl.), ch. 6, art. 5).
Loi sur le contrôle des renseignements relatifs aux matières dangereuses, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 24, partie III, art. 48(1).
Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 66.6(2) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 10, art. 12).
Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 42 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.) ch. 33, art. 16), 55.2 (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4), 101(2) (édicte, *idem*, art. 7).
Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31, art. 84, 86.
Loi sur les produits dangereux, L.R.C. (1985), ch. H-3, art. 19 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 24, art. 1).
Loi sur les règlements, L.R.Q., ch. R-18.1, art. 8, 10, 12, 13.

Loi sur les textes réglementaires, L.R.C. (1985), ch. S-22.

Régime d'assistance publique du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-1, art. 8.

Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 2, 5(1) (mod. par DORS/98-166, art. 4), 6(1) (mod., *idem*, art. 5), (5) (édicte, *idem*), 7(1) (mod., *idem*, art. 6).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Pulp, Paper and Woodworkers of Canada, Local 8 et al. v. Canada (Minister of Agriculture) et al. (1994), 174 N.R. 37 (F.C.A.); *Scott v. College of Physicians and Surgeons of Saskatchewan* (1992), 95 D.L.R. (4th) 706; [1993] 1 W.W.R. 533; 100 Sask. R. 291 (C.A.).

CONSIDERED:

Reference re Canada Assistance Plan (B.C.), [1991] 2 S.C.R. 525; (1991), 83 D.L.R. (4th) 297; [1991] 6 W.W.R. 1; 58 B.C.L.R. (2d) 1; 127 N.R. 161; *Hutchins v. Canada (National Parole Board)*, [1993] 3 F.C. 505; (1993), 16 Admin. L.R. (2d) 236; 83 C.C.C. (3d) 563; 156 N.R. 205 (C.A.); *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742; (1993), 18 Admin. L.R. (2d) 122; 51 C.P.R. (3d) 339; 162 N.R. 177 (C.A.); affd [1994] 3 S.C.R. 1100; (1994), 176 N.R. 1; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; (1990), 75 D.L.R. (4th) 385; [1991] 2 W.W.R. 145; 2 M.P.L.R. (2d) 217; 69 Man.R. (2d) 134; 46 Admin. L.R. 161; 116 N.R. 46; *R v Secretary of State for Health, ex p US Tobacco International Inc.*, [1992] 1 All ER 212 (Q.B.D.).

REFERRED TO:

Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare), [1998] 2 S.C.R. 193; (1998), 161 D.L.R. (4th) 47; 80 C.P.R. (3d) 368; *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1998), 80 C.P.R. (3d) 110; 144 F.T.R. 299 (F.C.T.D.); affd (1999), 86 C.P.R. (3d) 489; 236 N.R. 179 (F.C.A.); *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1998), 84 C.P.R. (3d) 492; 160 F.T.R. 161 (F.C.T.D.); *Apotex Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1997), 153 D.L.R. (4th) 68; 76 C.P.R. (3d) 1; 219 N.R. 151 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, [1998] 1 S.C.R. viii; *Deprenyl Research Ltd. v. Apotex Inc.* (1994), 55 C.P.R. (3d) 171; 77 F.T.R. 62 (F.C.T.D.); affd (1995), 60 C.P.R. (3d) 501; 180 N.R.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Travailleurs des pâtes, des papiers et du bois du Canada, section locale et al. c. Canada (Ministre de l'Agriculture) et al. (1994), 174 N.R. 37 (C.A.F.); *Scott v. College of Physicians and Surgeons of Saskatchewan* (1992), 95 D.L.R. (4th) 706; [1993] 1 W.W.R. 533; 100 Sask. R. 291 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.), [1991] 2 R.C.S. 525; (1991), 83 D.L.R. (4th) 297; [1991] 6 W.W.R. 1; 58 B.C.L.R. (2d) 1; 127 N.R. 161; *Hutchins c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1993] 3 C.F. 505; (1993), 16 Admin. L.R. (2d) 236; 83 C.C.C. (3d) 563; 156 N.R. 205 (C.A.); *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742; (1993), 18 Admin. L.R. (2d) 122; 51 C.P.R. (3d) 339; 162 N.R. 177 (C.A.); conf. par [1994] 3 R.C.S. 1100; (1994), 176 N.R. 1; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; (1990), 75 D.L.R. (4th) 385; [1991] 2 W.W.R. 145; 2 M.P.L.R. (2d) 217; 69 Man.R. (2d) 134; 46 Admin. L.R. 161; 116 N.R. 46; *R v Secretary of State for Health, ex p US Tobacco International Inc.*, [1992] 1 All ER 212 (Q.B.D.).

DÉCISIONS CITÉES:

Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social), [1998] 2 R.C.S. 193; (1998), 161 D.L.R. (4th) 47; 80 C.P.R. (3d) 368; *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1998), 80 C.P.R. (3d) 110; 144 F.T.R. 299 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (1999), 86 C.P.R. (3d) 489; 236 N.R. 179 (C.A.F.); *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1998), 84 C.P.R. (3d) 492; 160 F.T.R. 161 (C.F. 1^{re} inst.); *Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1997), 153 D.L.R. (4th) 68; 76 C.P.R. (3d) 1; 219 N.R. 151 (C.A.F.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1998] 1 R.C.S. viii; *Deprenyl Research Ltd. c. Apotex Inc.* (1994), 55 C.P.R. (3d)

323 (F.C.A.); *Smith Kline and French Laboratories Limited v. Douglas Pharmaceuticals Limited*, [1991] F.S.R. 522 (N.Z.C.A.); *Roche Products, Inc. v. Bolar Pharmaceutical Co. Inc.*, 733 F.2d 858 (Fed. Cir. 1984); *Hoffmann-LaRoche Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1996), 67 C.P.R. (3d) 484; 109 F.T.R. 216 (F.C.T.D.); affd (1996), 70 C.P.R. (3d) 1; 70 C.P.R. (3d) 206; 205 N.R. 360 (F.C.A.); *Director of Public Works v. Ho Po Sang*, [1961] A.C. 901 (P.C.); *Coughlan v. North and East Devon Health Authority*, [1999] E.W.J. No. 3774 (C.A.) (QL); *Lehndorff United Properties (Canada) Ltd. et al. v. Edmonton (City)* (1993), 146 A.R. 37; 14 Alta. L.R. (3d) 67; 18 M.P.L.R. (2d) 146 (Q.B.); affd (1994), 157 A.R. 169; 23 Alta. L.R. (3d) 1; 23 M.P.L.R. (2d) 146 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, [1995] 2 S.C.R. vii; *Bezaire v. Windsor Roman Catholic Separate School Board* (1992), 9 O.R. (3d) 737; 94 D.L.R. (4th) 310; 8 Admin. L.R. (2d) 29; 57 O.A.C. 39 (Div. Ct.); *Sunshine Coast Parents for French v. School District No. 46 (Sunshine Coast)* (1990), 44 Admin. L.R. 252; 49 B.C.L.R. (2d) 252 (B.C.S.C.); *Regina v. Liverpool Corpn. Ex parte Liverpool Taxi Fleet Operators' Association*, [1972] 2 Q.B. 299 (C.A.); *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] A.C. 374 (H.L.); *R. v. Lord Chancellor's Department, ex parte Law Society*, Crown Office List CO/991/93, June 22, 1993 (Q.B.D.); *R. v. Brent London Borough Council, Ex p Gunning* (1985), 84 L.G.R. 168 (Q.B.D.); *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; *Thorne's Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 106; (1983), 143 D.L.R. (3d) 577; 46 N.R. 91; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 247; (1994), 17 Admin. L.R. (2d) 121; 164 N.R. 342 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, [1994] 2 S.C.R. vi; *Carpenter Fishing Corp. v. Canada*, [1998] 2 F.C. 548; (1997), 155 D.L.R. (4th) 572; 221 N.R. 372 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, [1998] 2 S.C.R. vi; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22.

171; 77 F.T.R. 62 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (1995), 60 C.P.R. (3d) 501; 180 N.R. 323 (C.A.F.); *Smith Kline and French Laboratories Limited v. Douglas Pharmaceuticals Limited*, [1991] F.S.R. 522 (N.Z.C.A.); *Roche Products, Inc. v. Bolar Pharmaceutical Co. Inc.*, 733 F.2d 858 (Fed. Cir. 1984); *Hoffmann-LaRoche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1996), 67 C.P.R. (3d) 484; 109 F.T.R. 216 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (1996), 70 C.P.R. (3d) 1; 70 C.P.R. (3d) 206; 205 N.R. 360 (C.A.F.); *Director of Public Works v. Ho Po Sang*, [1961] A.C. 901 (P.C.); *Coughlan v. North and East Devon Health Authority*, [1999] E.W.J. No. 3774 (C.A.) (QL); *Lehndorff United Properties (Canada) Ltd. et al. v. Edmonton (City)* (1993), 146 A.R. 37; 14 Alta. L.R. (3d) 67; 18 M.P.L.R. (2d) 146 (B.R.); conf. par (1994), 157 A.R. 169; 23 Alta. L.R. (3d) 1; 23 M.P.L.R. (2d) 146 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1995] 2 R.C.S. vii; *Bezaire v. Windsor Roman Catholic Separate School Board* (1992), 9 O.R. (3d) 737; 94 D.L.R. (4th) 310; 8 Admin. L.R. (2d) 29; 57 O.A.C. 39 (Cour div.); *Sunshine Coast Parents for French v. School District No. 46 (Sunshine Coast)* (1990), 44 Admin. L.R. 252; 49 B.C.L.R. (2d) 252 (C.S.C.-B.); *Regina v. Liverpool Corpn. Ex parte Liverpool Taxi Fleet Operators' Association*, [1972] 2 Q.B. 299 (C.A.); *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] A.C. 374 (H.L.); *R. v. Lord Chancellor's Department, ex parte Law Society*, Crown Office List CO/991/93, 22 juin 1993 (Q.B.D.); *R. v. Brent London Borough Council, Ex p Gunning* (1985), 84 L.G.R. 168 (Q.B.D.); *Cardinal et al. v. 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; *Thorne's Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autre*, [1983] 1 R.C.S. 106; (1983), 143 D.L.R. (3d) 577; 46 N.R. 91; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Association canadienne des importateurs réglementés c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 247; (1994), 17 Admin. L.R. (2d) 121; 164 N.R. 342 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1994] 2 R.C.S. vi; *Carpenter Fishing Corp. c. Canada*, [1998] 2 C.F. 548; (1997), 155 D.L.R. (4th) 572; 221 N.R. 372 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1998] 2 R.C.S. vi; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22.

AUTHORS CITED

Joseph, Philip Austin. *Constitutional and Administrative Law in New Zealand*. Sydney, N.S.W.: Law Book Co., 1993.

DOCTRINE

Joseph, Philip Austin. *Constitutional and Administrative Law in New Zealand*. Sydney, N.S.W.: Law Book Co., 1993.

Mullan, David. "Canada Assistance Plan — Denying Legitimate Expectation a Fair Start?" (1993), 7 Admin. L.R. (2d) 269.

Mullan, David. "Confining the Reach of Legitimate Expectations: Case Comment: *Sunshine Coast Parents for French v. School District No. 46 (Sunshine Coast)*" (1991), 44 Admin. L.R. 245.

Small, Joan G. "Legitimate Expectations, Fairness and Delegated Legislation" (1995), 8 C.J.A.L.P. 129.

Wright, David. "Rethinking the Doctrine of Legitimate Expectations in Canadian Administrative Law" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 139.

Mullan, David. «Canada Assistance Plan — Denying Legitimate Expectation a Fair Start?» (1993), 7 Admin. L.R. (2d) 269.

Mullan, David. «Confining the Reach of Legitimate Expectations: Case Comment: *Sunshine Coast Parents for French v. School District No. 46 (Sunshine Coast)*» (1991), 44 Admin. L.R. 245.

Small, Joan G. «Legitimate Expectations, Fairness and Delegated Legislation» (1995), 8 C.J.A.L.P. 129.

Wright, David. «Rethinking the Doctrine of Legitimate Expectations in Canadian Administrative Law» (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 139.

APPEAL from a Trial Division decision (*Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*), [1997] 1 F.C. 518; (1996), 71 C.P.R. (3d) 166; 123 F.T.R. 161) dismissing an application for judicial review wherein an order was sought directing the Minister of National Health and Welfare to issue a notice of compliance for the drug norfloxacin and for a declaration that the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* are *ultra vires* the authority of the Governor in Council under subsection 55.2(4) of the *Patent Act*. Appeal dismissed.

APPEL d'une décision de la Section de première instance (*Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*), [1997] 1 C.F. 518; (1996), 71 C.P.R. (3d) 166; 123 F.T.R. 161) rejetant une demande de contrôle judiciaire visant à l'obtention d'une ordonnance enjoignant au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de délivrer un avis de conformité pour la drogue appelée norfloxacine ainsi qu'un jugement déclaratoire portant que le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* est *ultra vires* du pouvoir conféré au gouverneur en conseil en vertu du paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*. Appel rejeté.

APPEARANCES:

H. B. Radomski and *David M. Scrimger* for appellant.

Frederick B. Woyiwada for defendant Attorney General of Canada.

W. H. Richardson and *Caroline Zayid* for defendant Merck & Co. Inc.

Anthony G. Creber for defendants Eli Lilly Canada Inc. and Pharmaceutical Manufacturers Association of Canada.

Ronald G. Slaght and *Timothy H. Gilbert* for interveners Canadian Drug Manufacturers Association.

ONT COMPARU:

H. B. Radomski et *David M. Scrimger* pour l'appelante.

Frederick B. Woyiwada pour le procureur général du Canada, intimé.

W. H. Richardson et *Caroline Zayid* pour Merck & Co. Inc., intimée.

Anthony G. Creber pour Eli Lilly Canada Inc. et l'Association canadienne de l'industrie du médicament, intimées.

Ronald G. Slaght et *Timothy H. Gilbert* pour l'Association canadienne des fabricants de produits pharmaceutiques, intervenante.

SOLICITORS OF RECORD:

Goodman Phillips & Vineberg, Toronto, for appellant.

Deputy Attorney General of Canada for defendant Attorney General of Canada.

McCarthy Tétrault, Toronto, for defendant Merck & Co. Inc.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Goodman Phillips & Vineberg, Toronto, pour l'appelante.

Le sous-procureur général du Canada, pour le procureur général du Canada, intimé.

McCarthy Tétrault, Toronto, pour Merck & Co, Inc., intimée.

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for defendants *Eli Lilly Canada Inc. and Pharmaceutical Manufacturers Association of Canada*.

Lenzner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto, for intervener *Canadian Drug Manufacturers Association*.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] DÉCARY J.A.: The facts and the issues have been described by my brother Evans and there is no need repeating them here. Like him, I have reached the conclusion that the appeal should be dismissed. I adopt his reasons with respect to the first three issues he has identified. I disagree, however, with his reasoning with regards to the fourth issue. The fourth issue is stated as follows:

Issue 4: Are the Regulations invalid because they were made in breach of an undertaking by the Minister of Consumer and Corporate Affairs to the Canadian Drug Manufacturers Association that it would be consulted before regulations were enacted under subsection 55.2(4)?

[Answer: No.]

[2] I will preface my analysis with a few words about the statutory context.

[3] The *Patent Act*¹ (the Act), unlike many other statutes,² does not contain provisions stating that regulations proposed to be made pursuant to the Act must be published prior to their coming into force. Regulations made by the Governor in Council under section 55.2 [as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4] of the Act are therefore subject to the general provisions of the *Statutory Instruments Act*.³ They are not required by law to be published prior to their coming into force.

[4] The *Patent Act*, like many other statutes,⁴ contains provisions requiring prior consultation before

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour *Eli Lilly Canada Inc.* et l'Association canadienne de l'industrie du médicament, intimées.

Lenzner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto, pour l'Association canadienne des fabricants de produits pharmaceutiques, intervenante.

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

[1] LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Les faits et les questions en litige ont été décrits par mon collègue le juge Evans; il n'est pas nécessaire de les reprendre. Comme mon collègue, je conclus que l'appel doit être rejeté. J'adopte les motifs que le juge Evans a prononcés en ce qui concerne les trois premières questions dont il a fait mention. Toutefois, je ne souscris pas au raisonnement qu'il a fait au sujet de la quatrième question, qui est ci-après énoncée:

Quatrième question: Le Règlement est-il invalide du fait qu'il a été pris en violation d'un engagement que le ministre de la Consommation et des Affaires commerciales avait pris envers l'Association canadienne des fabricants de produits pharmaceutiques, à savoir qu'il consulterait l'Association avant de prendre le règlement en vertu du paragraphe 55.2(4)?

[Réponse: non.]

[2] Avant de procéder à l'analyse, j'examinerai brièvement le contexte législatif.

[3] La *Loi sur les brevets*¹ (la Loi), contrairement à de nombreuses autres lois², ne renferme pas de disposition prévoyant qu'un projet de règlement d'application de la Loi doit être publié avant d'entrer en vigueur. Les règlements que le gouverneur en conseil prend en vertu de l'article 55.2 [édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4] de la Loi sont donc assujettis aux dispositions générales de la *Loi sur les textes réglementaires*³. Il n'est pas nécessaire en vertu de la Loi de les publier avant leur entrée en vigueur.

[4] Comme de nombreuses autres lois⁴, la *Loi sur les brevets* renferme des dispositions exigeant qu'une

certain regulations are adopted. Subsection 101(2) [as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 7] provides that certain regulations pertaining to the pricing of a medicine can only be made by the Governor in Council.

101. . . .

(2) . . . on the recommendation of the Minister, made after the Minister has consulted with the provincial ministers of the Crown responsible for health and with such representatives of consumer groups and representatives of the pharmaceutical industry as the Minister considers appropriate.

Parliament has therefore clearly imposed on a minister of the Crown, acting on behalf of the Governor in Council, a statutory duty to consult with certain persons in certain circumstances. No such duty is imposed under section 55.2 of the Act.

[5] Some statutes, such as the *Official Languages Act*, require both prior consultation with respect to proposed regulations (section 84) and prior publication of the proposed regulations once the consultation has been done (section 86).

[6] In other jurisdictions, such as in the province of Quebec, a statute sets out the general rule that every proposed regulation shall be pre-published "with a notice stating, in particular, the period within which no proposed regulation may be made or submitted for approval but within which interested persons may transmit their comments to a person designated in the notice".⁵ In the Quebec statute, provision is made for the making of regulations without pre-publication in special circumstances such as when the situation is urgent (section 12), in which case the reason justifying the absence of prior publication must be published with the regulation (section 13).

[7] All this to say that Parliament has already turned its mind to the need for pre-consultation and pre-publication and that courts should examine each given case both in light of the statute at issue and in light of the general statutory framework.

[8] Turning now to my analysis, I would summarize as follows the conclusions I have reached:

consultation ait lieu avant que certains règlements soient adoptés. Le paragraphe 101(2) [édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 7] prévoit que certains règlements concernant le prix d'un médicament peuvent être pris uniquement par le gouverneur en conseil:

101. [. . .]

(2) [. . .] sur recommandation du ministre faite après consultation par celui-ci des ministres provinciaux responsables de la santé et des représentants des groupes de consommateurs et de l'industrie pharmaceutique qu'il juge utile de consulter.

Le législateur a donc clairement imposé au ministre fédéral, agissant pour le compte du gouverneur en conseil, l'obligation légale de consulter certaines personnes dans certaines circonstances. Aucune obligation de ce genre n'est imposée en vertu de l'article 55.2 de la Loi.

[5] Certaines lois, comme la *Loi sur les langues officielles*, exigent tant la consultation préalable au sujet des projets de règlement (article 84) que la publication préalable de pareils projets une fois que la consultation a eu lieu (article 86).

[6] Dans d'autres ressorts, comme au Québec, il existe une loi énonçant la règle générale selon laquelle tout projet de règlement «est accompagné d'un avis qui indique notamment le délai avant l'expiration duquel le projet ne pourra être édicte ou soumis pour approbation et le fait que tout intéressé peut, durant ce délai, transmettre des commentaires à la personne qui y est désignée»⁵. Une disposition de la loi du Québec prévoit qu'un règlement est pris sans être publié au préalable dans des circonstances spéciales, par exemple en cas d'urgence (article 12), auquel cas le motif justifiant l'absence de publication préalable doit être publié avec le règlement (article 13).

[7] Somme toute, le législateur a déjà songé à la nécessité d'une consultation et d'une publication préalables et les tribunaux doivent examiner chaque cas particulier à la lumière de la loi en cause et du contexte législatif général.

[8] J'effectuerai maintenant l'analyse; je résumerai comme suit les conclusions que j'ai tirées:

(1) Assuming, for the sake of discussion, that the doctrine of legitimate expectations may apply to the regulation-making power of the Governor in Council, it would not apply in the circumstances of this case:

(a) because the alleged undertaking is at best a personal undertaking of a political nature that is not enforceable in a court of law

(b) in any event, it is not an undertaking that binds the decision maker, i.e. the Governor in Council.

(2) My brother Evans having found that the alleged undertaking did not in the circumstances bind the Governor in Council, his comments on the application of the doctrine of legitimate expectations to the regulation-making power of the Governor in Council are *obiter dicta* with respect to which I need only say that I have serious reservations.

1(a) The alleged undertaking is at best a personal undertaking of a political nature that is not enforceable in a court of law

[9] The alleged undertaking was made on February 5, 1993 by the then recently appointed Minister of Consumer and Corporate Affairs, Mr. Pierre A. Vincent. The six-page letter addressed to Mr. Kay, the president of the Canadian Drug Manufacturers Association (the Association) begins as follows:⁶

Dear Mr. Kay:

On behalf of my predecessor, the Honourable Pierre Blais, I acknowledge receipt of your letters of November 16, 1992 and December 3, 1992, concerning Bill C-91. The office of the President of the Privy Council, the Minister of National Defence and the Leader of the House of Commons, have also written to us on your behalf.

I would like to reply to the questions and observations that you raise in these letters:

[10] The Minister then goes on to address seven issues that had been raised by Mr. Kay. His comments

1) À supposer, aux fins de la discussion, que la théorie de l'expectative légitime puisse s'appliquer au pouvoir de réglementation du gouverneur en conseil, cette théorie ne s'appliquerait pas aux circonstances de l'espèce:

a) parce que le présumé engagement est au mieux un engagement personnel d'une nature politique qui n'est pas exécutoire devant une cour de justice;

b) parce que, de toute façon, il ne s'agit pas d'un engagement qui lie le décideur, c'est-à-dire le gouverneur en conseil.

2) Mon collègue le juge Evans ayant conclu qu'en regard aux circonstances, le présumé engagement ne liait pas le gouverneur en conseil, les remarques qu'il a faites au sujet de l'application de la théorie de l'expectative légitime au pouvoir de réglementation du gouverneur en conseil sont des remarques incidentes à l'égard desquelles je me contenterai d'exprimer de sérieuses réserves.

1a) Le présumé engagement est au mieux un engagement personnel d'une nature politique qui n'est pas exécutoire devant une cour de justice

[9] Le présumé engagement a été pris le 5 février 1993 par M. Pierre A. Vincent, qui venait d'être nommé ministre de la Consommation et des Affaires commerciales. La lettre de six pages adressée au président de l'Association canadienne des fabricants de produits pharmaceutiques (l'Association), M. Kay, commence comme suit⁶:

[TRADUCTION]
Monsieur,

Pour le compte de mon prédécesseur, l'honorable Pierre Blais, j'accuse réception de vos lettres du 16 novembre et du 3 décembre 1992, concernant le projet de loi C-91. Le bureau du président du Conseil privé, le ministre de la Défense nationale et le leader de la Chambre des communes nous ont également écrit pour votre compte.

J'aimerais répondre aux questions que vous avez soulevées et aux observations que vous avez faites dans ces lettres:

[10] Le ministre traite ensuite de sept questions que M. Kay avait soulevées. Les remarques qu'il a faites

on the last issue (issue No. 7), and his concluding words, are as follows:⁷

7. "Patentees do not need the additional remedy of (*sic*) that will be conferred on them if the government proceeds to condition the regulatory approval of generic medicines on the patent status of their innovative counterparts".

Finally, you have objected to an amendment to Bill C-91 giving the Governor in Council authority to prescribe regulations preventing applicants, who use an innovator's patent to obtain regulatory approval to sell their products, from obtaining such approval when an innovative competitor holds a valid patent pertaining to the item. You suggest that a patentee's right to pursue patent infringement actions in the courts is sufficient as innovators are entitled to pursue interlocutory relief and to be compensated in damages if an injunction is not granted and it turns out that there was infringement. You further suggest that regulations under this amendment will serve to keep generic competitors off the market when any allegation of patent infringement is made.

I agree that, as a general rule, judicial remedies are sufficient to address patent infringement. However, the Government, in allowing generic competitors to make use of an innovator's patent to obtain regulatory approval, will remove a patent right that would have otherwise been available to a patentee to prevent a generic competitor from undertaking such activities. The amendment to which you refer must be read in this context. It is designed to enable the Government to mitigate any harm flowing from its decision to allow these activities that would otherwise constitute patent infringement.

Subsection 55.2(1) will ensure that a generic competitor is in a position to market its product immediately after the expiry of any relevant patents. It is not the Government's intention to keep a generic competitor off the market unless there is a valid patent that will be infringed by sale of the generic product. Any regulations drafted pursuant to the newly added subsection 55.2(4) will reflect this intention. Rest assured that you will be consulted before any such regulations are established.

I appreciate your bringing your views to our attention.

Yours sincerely,
Pierre A. Vincent

au sujet de la dernière question (la septième question) et ses paroles finales sont les suivantes⁷:

[TRADUCTION]

7. «Les titulaires de brevet n'ont pas besoin du recours additionnel qui leur sera accordé si le gouvernement fait dépendre l'approbation réglementaire des médicaments génériques de la situation de leurs homologues innovateurs relativement aux brevets.»

Enfin, vous vous êtes opposé à une modification au projet de loi C-91 conférant au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre un règlement empêchant les demandeurs qui utilisent le brevet d'un innovateur afin d'obtenir une approbation réglementaire en vue de la vente de leurs produits d'obtenir pareille approbation lorsqu'un concurrent innovateur est titulaire d'un brevet valide concernant le produit en question. Vous affirmez que le droit du titulaire de brevet d'intenter devant les tribunaux une action en contrefaçon de brevet est suffisant puisque les innovateurs ont le droit d'obtenir un redressement interlocutoire et des dommages-intérêts si aucune injonction n'est accordée et s'il y a en fin de compte contrefaçon. Vous affirmez en outre que le règlement pris en vertu de cette modification vise à tenir les concurrents génériques à l'écart du marché lorsqu'il est allégué qu'un brevet est contrefait.

Je conviens qu'en règle générale, les recours judiciaires suffisent à réprimer les contrefaçons de brevet. Toutefois, en permettant aux sociétés génériques concurrentes de se servir des brevets des sociétés innovatrices pour obtenir une approbation réglementaire, le gouvernement abolit un droit de brevet que les titulaires de brevet auraient autrement pu invoquer pour empêcher ce type d'action de la part de concurrents. La modification dont vous faites mention doit être interprétée dans ce contexte. Elle vise à permettre au gouvernement de limiter tout préjudice découlant de sa décision d'autoriser un type d'action qui, autrement, constituerait une contrefaçon de brevet.

Le paragraphe 55.2(1) fait en sorte qu'un concurrent générique puisse commercialiser ses produits immédiatement après l'expiration des brevets pertinents. Le gouvernement n'a pas l'intention d'écartier un concurrent générique du marché à moins que la vente de produits génériques ne contrefasse un brevet valide. Tout règlement pris en application du paragraphe 55.2(4) nouvellement ajouté sera rédigé conformément à cette intention. Soyez assuré que vous serez consulté avant la prise d'un tel règlement.

Je vous remercie de nous avoir fait part de vos commentaires.

Veuillez agréer, Monsieur, l'expression de mes meilleurs sentiments.

Pierre A. Vincent

cc. The Honourable Kim Campbell, P.C., Q.C., M.P.
Minister of National Defence
and Minister of Veterans Affairs

The Right Honourable Joe Clark, P.C., M.P.
President of the Queen's Privy Council
or Canada and Minister Responsible for
Constitutional Affairs

The Honourable Harvie Andre, P.C., M.P.
Government House Leader and Minister of State
to Assist the Prime Minister and Minister
Responsible for the Canada Post

[Emphasis added.]

c.c. L'honorable Kim Campbell, C.P., c.r., député
Ministre de la Défense nationale
et ministre des Anciens combattants

Le très honorable Joe Clark, C.P., député
Président du Conseil privé de la Reine
pour le Canada et ministre responsable
des Affaires constitutionnelles

L'honorable Harvie Andre, C.P., député
Leader du gouvernement à la Chambre et
ministre d'État chargé d'assister le premier
ministre et ministre responsable de la
Société canadienne des postes

[Non souligné dans l'original.]

[11] In my respectful view, the alleged undertaking, underlined *supra*, is nothing more in its full context than a brief assurance made in passing by a minister wearing his political hat. One would expect a true undertaking by a minister of the Crown to be salient, to include some specifics as to the form and timetable of the consultation and to be given to all interested persons in some official form. I find nothing of the sort in these casual words found at the end of the last paragraph of a lengthy letter. The words used by the Minister may, in retrospect, have been imprudent but the Association was naive if it believed that such a comment would be enforceable against the Minister in a court of law.

[12] Furthermore, I am not so sure that the Association was that naive. Subsequent events tend, to the contrary, to confirm that the "undertaking argument" was a mere afterthought.

[13] Neither the originating notice of motion dated October 14, 1993 by Apotex Inc. (Apotex), a member of the Association whose president in an affidavit filed in support of the motion describes himself as acting on behalf of the Association, nor the application for leave to intervene filed in July 21, 1994 by the Association refer to the February 5, 1993 letter containing the alleged undertaking by the Minister.

[14] It further appears from the proceedings and affidavits filed in the Trial Division that the argument

[11] À mon avis, le présumé engagement, que j'ai ci-dessus souligné, constitue tout au plus, compte tenu du contexte dans son ensemble, une brève assurance donnée en passant par un ministre exerçant une fonction politique. On s'attendrait à ce qu'un véritable engagement pris par un ministre soit évident, à ce qu'il renferme des détails au sujet des modalités et du calendrier de consultation et à ce qu'il soit fourni à tous les intéressés sous une forme officielle quelconque. Je ne puis constater rien de la sorte dans les simples remarques qui figurent à la fin du dernier paragraphe d'une longue lettre. En rétrospective, le ministre s'est peut-être montré imprudent en s'exprimant ainsi, mais l'Association était naïve si elle croyait que pareilles remarques pourraient être invoquées contre le ministre devant une cour de justice.

[12] En outre, je ne suis pas certain que l'Association ait été à ce point naïve. Les événements subséquents tendent au contraire à confirmer que l'«argument relatif à l'engagement» a simplement été invoqué après coup.

[13] Ni l'avis de requête introductive d'instance daté du 14 octobre 1993 déposé par Apotex Inc. (Apotex), membre de l'Association dont le président, dans un affidavit déposé à l'appui de la requête, déclare agir pour le compte de l'Association, ni la demande d'autorisation d'intervenir présentée le 21 juillet 1994 par l'Association ne font mention de la lettre du 5 février 1993 dans laquelle le ministre avait censément pris l'engagement.

[14] Il ressort en outre des procédures et des affidavits qui ont été déposés devant la Section de première

originally raised by Apotex and by the Association was with respect to the lack of consultation, not with respect to the breaking of a ministerial undertaking. It was only at the hearing before Mr. Justice MacKay, in 1996, that reference was made to the alleged undertaking of the Minister.⁸

[15] Had the alleged undertaking contained in the February 5, 1993 letter the importance the Association now claims it has, one would have expected the Association to raise it much earlier in the process.

[16] The short answer, therefore, to the Association's submissions is that the alleged undertaking is not, and was never perceived by the Association to be, an undertaking enforceable in a court of law.

1(b) The alleged undertaking is not an undertaking that binds the decision maker, i.e. the Governor in Council

[17] In any event, even if the alleged undertaking was such as to bind the Minister and be enforceable in a court of law, it would not, in the circumstances, have bound the Governor in Council who is, after all, the decision maker.

[18] A minister can make an undertaking having some legal consequences only with respect to a decision which is his, and his alone to make.⁹ Absent statutory authority such as that found in subsection 101(2) of the Act or, arguably, absent authority expressly delegated to a minister by the Governor in Council, a minister cannot bind the Governor in Council in the exercise of its regulation-making power. It may be useful to recall that the Governor in Council, as defined by section 35 of the *Interpretation Act*,¹⁰ is "the Governor General of Canada acting by and with the advice of [. . .] the Queen's Privy Council for Canada", an obvious reference to sections 11, 12 and 13 of the *Constitution Act, 1867*.¹¹

[19] Given the absence of evidence that the Governor in Council expressly delegated to the Minister

instance que l'argument initialement soulevé par Apotex et par l'Association se rapportait à l'absence de consultation, plutôt qu'à la violation d'un engagement ministériel. Ce n'est qu'à l'audience qui a eu lieu devant M. le juge MacKay, en 1996, qu'il a été fait mention du présumé engagement du ministre⁸.

[15] Si le présumé engagement figurant dans la lettre du 5 février 1993 avait l'importance que l'Association affirme maintenant qu'il a, on se serait attendu à ce que l'Association invoque cet argument beaucoup plus tôt.

[16] Bref, il est possible de répondre brièvement aux arguments de l'Association en disant que cette dernière ne considère pas, et n'a jamais considéré, le présumé engagement comme exécutoire devant une cour de justice.

1b) Le présumé engagement n'est pas un engagement qui lie le décideur, c'est-à-dire le gouverneur en conseil

[17] Quoi qu'il en soit, même si le présumé engagement était de nature à lier le ministre et s'il était exécutoire devant une cour de justice, il n'aurait pas lié, eu égard aux circonstances, le gouverneur en conseil, qui est somme toute le décideur.

[18] Un ministre ne peut prendre un engagement ayant certaines conséquences juridiques qu'à l'égard d'une décision qu'il lui appartient de prendre et qu'il appartient à lui seul de prendre⁹. En l'absence d'un pouvoir tel que celui qui est prévu au paragraphe 101(2) de la Loi, ou peut-être en l'absence d'un pouvoir expressément délégué au ministre par le gouverneur en conseil, le ministre ne peut pas lier le gouverneur en conseil dans l'exercice de son pouvoir de réglementation. Il peut être utile de rappeler que le gouverneur en conseil, telle que cette expression est définie à l'article 35 de la *Loi d'interprétation*¹⁰, est «[l]e gouverneur général du Canada agissant sur l'avis [. . .] du Conseil privé de la Reine pour le Canada», ce qui se rapporte de toute évidence aux articles 11, 12 et 13 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹¹.

[19] Étant donné qu'il n'est pas établi que le gouverneur en conseil ait expressément délégué au ministre

“the authority to impose procedural restrictions on the exercise of the Cabinet’s regulation-making power”, to use the words of my brother Evans at paragraph 133 of his reasons, it follows, in my respectful view, that even if the alleged undertaking by the Minister were found to attract judicial attention, it could not be invoked in the case at bar against the Governor in Council.

[20] The ultimate finding made by my colleague, that the Minister did not bind the Cabinet in the circumstances, makes his intermediate finding with respect to the application of the doctrine of legitimate expectations *obiter dictum*.

(2) *Obiter dicta*

[21] While I would not normally feel the need to comment on what has ended up being *obiter*, the issue has been so thoroughly canvassed by my colleague that I must at least state that I have serious reservations as to the applicability of the doctrine of legitimate expectations to Cabinet in the exercise of its regulation-making power and that I would have been inclined to reach the same conclusion as that reached by Mr. Justice MacKay in the Trial Division.

[22] As I have shown earlier, the need for prior consultation and for prior publication is something that has not escaped Parliament’s attention. Some may be of the view that what is now an exception in federal statutes should be raised to the status of a legal requirement applicable to all regulations, but that decision should in my opinion rest with Parliament. I would be reluctant to have the judiciary move in and impose procedural restrictions of its own creation on the process leading to the making of regulations by the Governor in Council.

[23] When courts enter the realm of general public policy and are asked as in this case to hold Cabinet to an undertaking such that its discretion to make regulations would be fettered, they should be reminded of the comments made by Sopinka J. in *Reference re*

«le pouvoir d’imposer des restrictions procédurales à l’exercice du pouvoir de réglementation du cabinet», comme l’a dit mon collègue le juge Evans au paragraphe 133 de ses motifs, il s’ensuit, à mon humble avis, que même s’il était conclu que le présumé engagement pris par le ministre pouvait faire l’objet d’un examen judiciaire, cet engagement ne pourrait pas en l’espèce être invoqué contre le gouverneur en conseil.

[20] Étant donné la conclusion finale tirée par mon collègue, à savoir qu’eu égard aux circonstances, le ministre ne liait pas le cabinet, la conclusion intermédiaire que le juge a tirée au sujet de l’application de la théorie de l’expectative légitime est une remarque incidente.

2) Remarques incidentes

[21] Normalement, je n’estimerais pas nécessaire de faire des remarques au sujet de ce qui était en fin de compte une remarque incidente, mais mon collègue a examiné la question d’une façon si approfondie que je dois au moins indiquer que j’ai de sérieuses réserves au sujet de l’applicabilité de la théorie de l’expectative légitime au cabinet dans l’exercice de son pouvoir de réglementation et que j’aurais été porté à tirer la même conclusion que celle que M. le juge MacKay a tirée en première instance.

[22] Comme je l’ai déjà dit, la nécessité de la consultation et de la publication préalables est quelque chose qui n’a pas échappé à l’attention du législateur. Certains sont peut-être d’avis que ce qui constitue maintenant une exception dans les lois fédérales devrait être élevé au rang d’exigence juridique applicable à tous les règlements, mais cette décision devrait à mon avis appartenir au législateur. J’hésiterais à faire intervenir l’appareil judiciaire de façon qu’il impose ses propres restrictions procédurales à l’égard du processus de réglementation du gouverneur en conseil.

[23] Lorsque les tribunaux s’immiscent dans le domaine de l’ordre public en général et qu’on leur demande, comme en l’espèce, de tenir le cabinet responsable d’un engagement, de sorte qu’il serait porté atteinte au pouvoir discrétionnaire que celui-ci

Canada Assistance Plan (B.C.),¹² on the application of the doctrine of legitimate expectations to the exercise of legislative powers.

[24] I appreciate that Sopinka J. was not dealing in that case with regulations made by the Governor in Council, but it seems to me that it would also be an extraordinary remedy to strike down regulations made by the Governor in Council solely because of the failure of a minister of the Crown to fulfill a promise of consultation given on behalf of Cabinet. I need not, however, reach a firm conclusion as the issue, in my view, does not arise in this case.

[25] I note that in all the decisions relied upon by my colleague the regulations at issue were made either by a minister in his capacity as a minister, by a municipal authority or by a school board. No precedent was cited that related to regulations made by the Governor in Council.

[26] In the end, I would dismiss the appeal with costs in favour of the Attorney General of Canada and Merck Frosst Canada Inc. and against Apotex Inc. and the Canadian Drug Manufacturers Association.

SEXTON J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

EVANS J.A.:

A. INTRODUCTION

[27] In this appeal Apotex Inc. maintains that the learned Motions Judge erred in law when he dismissed Apotex' contention that the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 were invalid because they were not authorized by subsection 55.2(4) of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, as

possède en matière de réglementation, il faudrait rappeler les remarques que le juge Sopinka a faites dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*¹², au sujet de l'application de la théorie de l'expectative légitime à l'exercice de pouvoirs législatifs.

[24] Je me rends bien compte que, dans cette affaire-là, le juge Sopinka n'examinait pas un règlement pris par le gouverneur en conseil, mais il me semble que l'annulation d'un règlement pris par le gouverneur en conseil pour le seul motif qu'un ministre n'a pas respecté la promesse de consultation qu'il avait faite au nom du cabinet constituerait également un redressement extraordinaire. Toutefois, je n'ai pas à tirer une conclusion ferme puisque, à mon avis, la question ne se pose pas en l'espèce.

[25] Je remarque que dans toutes les décisions sur lesquelles mon collègue se fonde, le règlement en cause avait été pris soit par un ministre en sa qualité de ministre, soit par une autorité municipale ou par un conseil scolaire. Aucun précédent n'a été cité à l'égard d'un règlement pris par le gouverneur en conseil.

[26] En fin de compte, je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens en faveur du procureur général du Canada et de Merck Frosst Canada Inc. et contre Apotex Inc. et l'Association canadienne des fabricants de produits pharmaceutiques.

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

* * *

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

LE JUGE EVANS, J.C.A.:

A. INTRODUCTION

[27] Dans cet appel, Apotex Inc. maintient que le juge des requêtes a commis une erreur de droit en rejetant la prétention selon laquelle le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, était invalide parce qu'il n'était pas autorisé par le paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les*

amended by the *Patent Act Amendment Act, 1992*, S.C. 1993, c. 2, section 4.

[28] These Regulations are an important part of the major reform of patent law as it affects pharmaceutical products that came into effect in 1993. For the first time the law linked the protection of the rights of patent holders to the system of regulatory approval for new drugs by the Minister. The Regulations thus handed to the “brand-name” companies an important new weapon in their battles with generic drug manufacturers.

[29] Previously, regulatory approval was issued in the form of a Notice of Compliance [NOC] as soon as the Minister of National Health and Welfare was satisfied that a new drug was safe and effective. However, the 1993 Regulations enabled a “brand-name” company that held a patent which might be infringed by a new generic drug to institute proceedings to prohibit the Minister from issuing an NOC for the new drug during the life of the patent. Meanwhile, from the date that a company applies for an order of prohibition the Regulations impose an automatic stay of 30 months (reduced to 24 months in 1998 [SOR/98-166]) restraining the Minister from issuing an NOC in respect of the generic drug pending the determination of the judicial review proceeding.

[30] In view of the courts’ reluctance to grant interlocutory injunctions in patent infringement actions, it is not surprising that this statutory scheme has been described as “a draconian regime”: *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1998] 2 S.C.R. 193, at page 214.

[31] In the application for judicial review with which this appeal is concerned Apotex seeks an order directing the Minister of National Health and Welfare to issue an NOC for its version of norfloxacin, an

brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, telle qu’elle a été modifiée par la *Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets*, L.C. 1993, ch. 2, article 4.

[28] Ce règlement constitue une partie importante de la réforme majeure de la législation sur les brevets telle qu’elle s’applique aux produits pharmaceutiques, laquelle est entrée en vigueur en 1993. Pour la première fois, la législation liait la protection des droits des titulaires de brevet au système d’approbation réglementaire de drogues nouvelles par le ministre. Le Règlement fournissait ainsi aux sociétés fabriquant des médicaments d’origine une nouvelle arme importante dans leur lutte contre les fabricants de médicaments génériques.

[29] Auparavant, l’approbation réglementaire était donnée sous la forme d’un avis de conformité (ADC) dès que le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social était convaincu de l’innocuité et de l’efficacité d’une nouvelle drogue. Toutefois, le Règlement de 1993 permettait à une société fabriquant des médicaments d’origine qui était titulaire d’un brevet susceptible d’être contrefait par un nouveau médicament générique d’engager des procédures visant à interdire au ministre de délivrer un ADC pour la drogue nouvelle tant que le brevet était en vigueur. Dans l’intervalle, à compter de la date à laquelle une société demandait une ordonnance d’interdiction, le Règlement imposait une suspension automatique de 30 mois (délai qui a été ramené à 24 mois en 1998 [DORS/98-166]) interdisant au ministre de délivrer un ADC à l’égard d’un médicament générique tant que la procédure de contrôle judiciaire n’avait pas été réglée.

[30] Étant donné que les tribunaux hésitent à accorder des injonctions interlocutoires dans des actions en contrefaçon de brevet, il n’est pas surprenant que ce régime législatif ait été qualifié de «régime [. . .] draconien»: *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] 2 R.C.S. 193, à la page 214.

[31] Dans la demande de contrôle judiciaire qui est en cause en l’espèce, Apotex sollicite une ordonnance enjoignant au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de délivrer un ADC pour sa version

antibiotic, and declaring that the Regulations are invalid. Apotex maintains that, properly construed, subsection 55.2(4) of the *Patent Act* authorizes the making of regulations that link patent protection and regulatory approval in a significantly narrower range of situations than those currently included in the Regulations.

[32] The validity of the Regulations is also attacked on the ground that they were promulgated without prior consultation, in breach of a promise made by the Minister responsible for the statutory amendments that regulations would not be enacted until there had been consultation with the Canadian Drug Manufacturers Association, a trade association representing primarily the interests of generic pharmaceutical manufacturers.

B. THE LEGISLATIVE FRAMEWORK

[33] Although the statutory scheme from which this litigation arises is complex, it is only necessary to set out here those provisions that are of most direct relevance to the issues in dispute in this appeal.

Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4 [sections 42 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp), c. 33, s. 16), 55.2 (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4)].

42. Every patent granted under this Act . . . shall, subject to this Act, grant to the patentee and the patentee's legal representatives for the term of the patent, from the granting of the patent, the exclusive right, privilege and liberty of making, constructing and using the invention and selling it to others to be used, . . .

. . .

55.2 (1) It is not an infringement of a patent for any person to make, construct, use or sell the patented invention solely for uses reasonably related to the development and submission of information required under any law of Canada, a province or a country other than Canada that regulates the manufacture, construction, use or sale of any product.

(2) It is not an infringement of a patent for any person who makes, constructs, uses or sells a patented invention in accordance with subsection (1) to make, construct or use the

d'un antibiotique appelé norfloxacine et déclarant le Règlement invalide. Apotex maintient que, s'il est interprété de la façon appropriée, le paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets* autorise la prise d'un règlement liant la protection accordée par un brevet et l'approbation réglementaire dans un nombre de cas beaucoup plus restreint que ce que prévoit, à l'heure actuelle, le Règlement.

[32] La validité du Règlement est également contestée pour le motif qu'il a été promulgué sans consultation préalable, en violation d'une promesse faite par le ministre responsable des modifications législatives, à savoir qu'aucun règlement ne serait pris tant qu'il n'y aurait pas eu consultation avec l'Association canadienne des fabricants de produits pharmaceutiques, qui est une association commerciale représentant principalement les intérêts des fabricants de produits pharmaceutiques génériques.

B. LE CONTEXTE LÉGISLATIF

[33] Le régime législatif qui a donné lieu au présent litige est complexe, mais il suffit d'énoncer ici les dispositions qui sont les plus directement pertinentes quant aux questions en litige dans le présent appel.

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4 [articles 42 (mod par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 16), 55.2 (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4)].

42. Tout brevet accordé en vertu de la présente loi [. . .] et accorde, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, au breveté et à ses représentants légaux, pour la durée du brevet à compter de la date où il a été accordé, le droit, la faculté et le privilège exclusif de fabriquer, construire, exploiter et vendre à d'autres, pour qu'ils l'exploitent, l'objet de l'invention, sauf jugement en l'espèce par un tribunal compétent.

[. . .]

55.2 (1) Il n'y a pas contrefaçon de brevet lorsque l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente d'une invention brevetée se justifie dans la seule mesure nécessaire à la préparation et à la production du dossier d'information qu'oblige à fournir une loi fédérale, provinciale ou étrangère réglementant la fabrication, la construction, l'utilisation ou la vente d'un produit.

(2) Il n'y a pas contrefaçon de brevet si l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente d'une invention brevetée, au sens du paragraphe (1), a lieu dans la période

invention, during the applicable period provided for by the regulations, for the manufacture and storage of articles intended for sale after the date on which the term of the patent expires.

(3) The Governor in Council may make regulations for the purposes of subsection (2), but any period provided for by the regulations must terminate immediately preceding the date on which the term of the patent expires.

(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

. . .

(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.

(5) In the event of any inconsistency or conflict between

(a) this section or any regulations made under this section, and

(b) any Act of Parliament or any regulations made thereunder,

this section or the regulations made under this section shall prevail to the extent of the inconsistency or conflict.

Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133 [sections 5(1) (as am. by SOR/98-166, s. 4), 6(1) (as am. *idem*, s. 5), (5) (as enacted *idem*), 7(1) (as am. *idem*, s. 6)].

5. (1) Where a person files or has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug and wishes to compare that drug with, or make reference to, another drug that has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent on the register in respect of the other drug,

(a) state that the person accepts that the notice of compliance will not issue until the patent expires; or

(b) allege that

(i) the statement made by the first person pursuant to paragraph 4(2)(c) is false,

prévue par règlement et qu'elle a pour but la production et l'emmagasinage d'articles déterminés destinés à être vendus après la date d'expiration du brevet.

(3) Le gouverneur en conseil peut, par règlement, prendre les mesures nécessaires à l'application du paragraphe (2) étant entendu que toute période ainsi prévue doit se terminer à la date qui précède immédiatement celle où expire le brevet.

(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:

[. . .]

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.

(5) Une disposition réglementaire prise sous le régime du présent article prévaut sur toute disposition législative ou réglementaire fédérale divergente.

Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133 [articles 5(1) (mod. par DORS/98-166, art. 4), 6(1) (mod., *idem*, art. 5), (5) (édicte, *idem*), 7(1) (mod., *idem*, art. 6)].

5. (1) Lorsqu'une personne dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une drogue et souhaite en faire la comparaison, ou faire renvoi, à une autre drogue qui a été commercialisée au Canada aux termes d'un avis de conformité délivré à la première personne et à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise, elle doit inclure dans la demande, à l'égard de chaque brevet inscrit au registre qui se rapporte à cette autre drogue:

a) soit une déclaration portant qu'elle accepte que l'avis de conformité ne sera pas délivré avant l'expiration du brevet;

b) soit une allégation portant que, selon le cas:

(i) la déclaration faite par la première personne aux termes de l'alinéa 4(2)c) est fautive,

- (ii) the patent has expired,
- (iii) the patent is not valid, or

(iv) no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed by the making, constructing, using or selling by that person of the drug for which the submission for the notice of compliance is filed.

...

6. (1) A first person may, within 45 days after being served with a notice of an allegation pursuant to paragraph 5(3)(b) or (c), apply to a court for an order prohibiting the Minister from issuing a notice of compliance until after the expiration of a patent that is the subject of the allegation.

...

(5) In a proceeding in respect of an application under subsection (1), the court may, on the motion of a second person, dismiss the application

(a) if the court is satisfied that the patents at issue are not eligible for inclusion on the register or are irrelevant to the dosage form, strength and route of administration of the drug for which the second person has filed a submission for a notice of compliance; or

(b) on the ground that the application is redundant, scandalous, frivolous or vexatious or is otherwise an abuse of process.

...

7. (1) The Minister shall not issue a notice of compliance to a second person before the latest of

...

(e) subject to subsections (2), (3) and (4), the expiration of 24 months after the receipt of proof of the making of any application under subsection 6(1), and

[34] While not immediately germane to the particular issues raised here, it is important to note that section 55.2 and the implementing Regulations were, in a sense, ancillary to the principal reform made to the *Patent Act* by the *Patent Act Amendment Act, 1992*. This was the abolition of the compulsory licence under which, subject to the payment of a royalty, generic drug manufacturers had been able to market in Canada a competing drug that infringed another's patent.

- (ii) le brevet est expiré,
- (iii) le brevet n'est pas valide,

(iv) aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne seraient contrefaites advenant l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par elle de la drogue faisant l'objet de la demande d'avis de conformité.

[. . .]

6. (1) La première personne peut, dans les 45 jours après avoir reçu signification d'un avis d'allégation aux termes des alinéas 5(3)b) ou c), demander au tribunal de rendre une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité avant l'expiration du brevet visé par l'allégation.

[. . .]

(5) Lors de l'instance relative à la demande visée au paragraphe (1), le tribunal peut, sur requête de la seconde personne, rejeter la demande si, selon le cas:

a) il estime que les brevets en cause ne sont pas admissibles à l'inscription au registre ou ne sont pas pertinents quant à la forme posologique, la concentration et la voie d'administration de la drogue pour laquelle la seconde personne a déposé une demande d'avis de conformité;

b) il conclut qu'elle est inutile, scandaleuse, frivole ou vexatoire ou constitue autrement un abus de procédure.

[. . .]

7. (1) Le ministre ne peut délivrer un avis de conformité à la seconde personne avant la plus tardive des dates suivantes:

[. . .]

e) sous réserve des paragraphes (2), (3) et (4), la date qui suit de 24 mois la date de réception de la preuve de présentation de la demande visée au paragraphe 6(1);

[34] Bien que la chose ne se rapporte pas directement aux questions particulières qui sont soulevées en l'espèce, il importe de noter que l'article 55.2 et son Règlement d'application étaient, d'une certaine façon, accessoires aux principaux changements qui ont été apportés à la *Loi sur les brevets* par la *Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets*. On a aboli les licences obligatoires en vertu desquelles, sous réserve du paiement d'une redevance, les fabricants de médicaments génériques pouvaient commercialiser au Canada un médicament concurrent qui contrefaisait le brevet d'une autre personne.

[35] The effect of the 1992 Act was thus to restore the rights of those holding patents in pharmaceutical products to their position before the introduction of compulsory licensing in 1923 and to bring them back into the mainstream of patent law as it applies to other inventions. Compulsory licences were abolished in Canada in order to comply with Article 1709(10) of the North American Free Trade Agreement [*North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2].

[36] However, in order to ensure that a generic company is in a position to have its infringing drug on the market the moment that the patent on the brand-name expires, subsections 55.2(1) and (2) authorize activities that would otherwise constitute an infringement of the patent. Subsection (1) permits use of the patented invention by a “second person” to demonstrate in its new drug submission for an NOC that its drug is equivalent to the patented medicine. Subsection (2) allows a “second person” to stockpile its otherwise infringing product for sale immediately after the expiry of the patent.

[37] Although not relevant to the disposition of this appeal, I note that in a recent ruling the World Trade Organisation has upheld the “regulatory work-up” exemption in subsection (1), but not the “stockpiling” exemption in subsection (2): *Canada-Patent Protection of Pharmaceutical Products* (Complaint by the European Communities) (2000) W.T.O. Doc. WT/DS114/R (Panel Report).

[38] Subsection 55.2(4) is something of a *quid pro quo* for the concessions contained in subsections (1) and (2), in the sense that it authorizes the Governor in Council to make regulations to protect patent holders against competition from infringing pharmaceutical products before the patent expires by linking patent rights to the issue of an NOC.

[35] La Loi de 1992 avait donc pour effet de rétablir les droits que possédaient les personnes détenant des brevets sur des produits pharmaceutiques, tels qu'ils existaient avant l'introduction du système d'octroi de licences obligatoires, en 1923, et de les harmoniser avec la législation sur les brevets telle qu'elle s'applique aux autres inventions. Les licences obligatoires ont été abolies au Canada de façon à assurer l'observation de l'article 1709(10) de l'Accord de libre-échange nord-américain [*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2].

[36] Toutefois, afin d'assurer qu'une société fabriquant des produits génériques soit en mesure de mettre sur le marché le médicament contrefait dès l'expiration du brevet relatif au médicament d'origine, les paragraphes 55.2(1) et (2) autorisent des activités qui constitueraient par ailleurs une contrefaçon du brevet. Le paragraphe (1) permet à une «seconde personne» d'utiliser l'invention brevetée afin de démontrer, dans la présentation de drogue nouvelle visant à l'obtention d'un ADC, que le médicament équivaut au médicament breveté. Le paragraphe (2) autorise une «seconde personne» à stocker le produit par ailleurs contrefait en vue de le vendre dès l'expiration du brevet.

[37] Même si cela n'a rien à voir avec le règlement de cet appel, je note que dans une décision récente, l'Organisation mondiale du commerce a confirmé l'«exception réglementaire relative aux démarches nécessaires» prévue au paragraphe (1), mais qu'elle n'a pas confirmé l'«exception relative au stockage» prévue au paragraphe (2): *Canada-Patent Protection of Pharmaceutical Products* (plainte présentée par les communautés européennes) (2000) W.T.O. Doc. WT/DS114/R (rapport du comité).

[38] Le paragraphe 55.2(4) représente un genre de compromis qui a été fait en échange des concessions mentionnées aux paragraphes (1) et (2), en ce sens qu'il autorise le gouverneur en conseil à prendre des règlements en vue de protéger les titulaires de brevets contre la concurrence de produits pharmaceutiques contrefaits avant l'expiration du brevet en liant les droits de brevet à la délivrance d'un ADC.

[39] Before the Motions Judge, whose decision is reported as *Apotex v. Canada (Attorney General)*, [1997] 1 F.C. 518 (T.D.), Apotex relied on several grounds for alleging that the Regulations were invalid. At the hearing of the appeal, however, the issues were reduced to four, and it is to these that I now turn.

C. ISSUES AND ANALYSIS

Issue 1: Should the appeal be dismissed for mootness or abuse of process?

[40] The respondents argued as a preliminary point that the appeal should be dismissed as moot because, as a result of a decision by the Supreme Court of Canada in favour of Apotex (*Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1998] 2 S.C.R. 193), the Minister issued it with an NOC for norfloxacin. Accordingly, the request for an order directing the Minister to issue an NOC would seem redundant. Moreover, since the attack on the validity of the Regulations provided the basis for the order sought to direct the Minister to issue the NOC, the request for declaratory relief, too, had been overtaken by events. Further, it was argued, it was not appropriate to consider aspects of the validity of the Regulations beyond those raised by the facts of this case.

[41] The decision of the Trial Division under appeal in the instant case was rendered before the litigation referred to above had been decided by the Supreme Court of Canada. Counsel for Apotex conceded, in effect, that the request for an order directing the Minister to issue an NOC was now moot. However, the validity of the Regulations remains a live issue, and therefore a declaration of their legal status would still serve a useful purpose. As a major generic drug manufacturer and marketer, Apotex has an interest in the validity of the Regulations that is not confined to this particular case.

[39] Devant le juge des requêtes, dont la décision est publiée sous l'intitulé *Apotex c. Canada (Procureur général)*, [1997] 1 C.F. 518 (1^{re} inst.), Apotex s'est fondée sur plusieurs motifs pour alléguer que le Règlement était invalide. Toutefois, à l'audition de l'appel, le nombre de questions a été ramené à quatre questions, que j'examine maintenant.

C. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

Première question: L'appel devrait-il être rejeté pour le motif qu'il n'a plus qu'un intérêt théorique ou qu'il y a abus de procédure?

[40] Les intimés ont soutenu à titre préliminaire que l'appel devrait être rejeté pour le motif qu'il n'a plus qu'un intérêt théorique parce que, par suite d'une décision que la Cour suprême du Canada a rendue en faveur d'Apotex (*Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] 2 R.C.S. 193), le ministre lui a délivré un ADC pour la norfloxacin. Par conséquent, la demande visant l'obtention d'une ordonnance enjoignant au ministre de délivrer un ADC semblerait redondante. En outre, étant donné que la contestation de la validité du Règlement servait de fondement à l'ordonnance visant à enjoindre au ministre de délivrer l'ADC, la demande de jugement déclaratoire a également été devancée par les événements. Il a en outre été soutenu qu'il n'était pas approprié de tenir compte d'aspects de la validité du Règlement autres que ceux qui étaient soulevés par les faits de la présente affaire.

[41] La décision de la Section de première instance frappée d'appel en l'espèce a été rendue avant que l'affaire susmentionnée ait été tranchée par la Cour suprême du Canada. L'avocat d'Apotex a en fait admis que la demande visant l'obtention d'une ordonnance enjoignant au ministre de délivrer un ADC n'avait plus qu'un intérêt théorique. Toutefois, la validité du Règlement est encore pertinente, de sorte qu'il serait encore utile de rendre un jugement déclaratoire portant sur la situation juridique y afférente. En sa qualité de grosse entreprise fabriquant et commercialisant des médicaments génériques, Apotex a, en ce qui concerne la validité du Règlement, un intérêt qui n'est pas limité à la présente instance.

[42] In addition, while Apotex had indeed secured an NOC authorizing it to market norfloxacin, this regulatory approval only applies to the particular allegation on which Apotex had successfully answered the prohibition proceeding brought by Merck Frosst. This was that Apotex was not infringing the norfloxacin patent, of which Merck Frosst was an exclusive sublicensee, because Apotex had purchased norfloxacin in bulk from a supplier who had manufactured it under a compulsory licence from Merck Frosst.

[43] However, when Apotex has exhausted this source it will need another NOC to permit it to market norfloxacin, and battle is likely to be rejoined on whether there is another ground on which Apotex may successfully allege that it is not infringing Merck Frosst's norfloxacin patent. Indeed, this Court has already upheld a decision of a Trial Division judge who concluded that an allegation of a non-infringing process for producing norfloxacin was unfounded because the process relied on was not substantially different from Merck Frosst's: *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1998), 80 C.P.R. (3d) 110 (F.C.T.D.); aff'd (1999), 86 C.P.R. (3d) 489 (F.C.A.). At least one other decision respecting an allegation of a different non-infringing process for manufacturing norfloxacin is apparently on its way to this Court: *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1998), 84 C.P.R. (3d) 492 (F.C.T.D.).

[44] Despite the costs, both public and private, inevitably associated with proceedings instituted *seriatim*, it is settled law in this Court that a "second person" may make a series of distinct allegations of non-infringement and thereby force the patent holder to institute a new prohibition proceeding to counter each one: *Apotex Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1997), 153 D.L.R. (4th) 68 (F.C.A.); leave to appeal refused, [1998] 1 S.C.R. viii. In order to prevent abuse of the process of the Court,

[42] De plus, Apotex avait de fait obtenu un ADC l'autorisant à commercialiser la norfloxacine, mais cette approbation réglementaire s'applique uniquement à l'allégation particulière à l'égard de laquelle Apotex s'est défendue avec succès dans les procédures d'interdiction engagées par Merck Frosst. En effet, Apotex a répondu qu'elle ne contrefaisait pas le brevet relatif à la norfloxacine, pour lequel Merck Frosst détenait une sous-licence exclusive, parce qu'elle avait acheté en vrac la norfloxacine d'un fournisseur, qui l'avait fabriquée en vertu d'une licence obligatoire obtenue de Merck Frosst.

[43] Toutefois, lorsque Apotex aura épuisé cette source, elle aura besoin d'un autre ADC pour commercialiser la norfloxacine, ce qui donnera vraisemblablement lieu à d'autres litiges au sujet de la question de savoir s'il existe un autre motif pour lequel Apotex peut alléguer avec succès qu'elle ne contrefait pas le brevet relatif à la norfloxacine de Merck Frosst. De fait, la Cour a déjà confirmé une décision rendue par un juge de la Section de première instance, qui avait conclu qu'une allégation de non-contrefaçon d'un procédé de fabrication de la norfloxacine n'était pas fondée parce que le procédé invoqué n'était pas vraiment différent de celui de Merck Frosst: *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1998), 80 C.P.R. (3d) 110 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (1999), 86 C.P.R. (3d) 489 (C.A.F.). Au moins une autre décision concernant une allégation de non-contrefaçon d'un procédé différent de fabrication de la norfloxacine est apparemment sur le point d'être portée en appel devant la Cour. *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1998), 84 C.P.R. (3d) 492 (C.F. 1^{re} inst.).

[44] Malgré les coûts, tant publics que privés, inévitablement associés aux procédures engagées en série, il est bien établi à la Cour qu'une «seconde personne» peut faire une série d'allégations distinctes de non-contrefaçon et contraindre ainsi le titulaire du brevet à engager de nouvelles procédures d'interdiction pour réfuter chaque allégation: *Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1997), 153 D.L.R. (4th) 68 (C.A.F.); autorisation de pourvoi refusée, [1998] 1 R.C.S. viii.

this should only be permitted when the subsequent allegation is based on new facts, such as the later discovery of another process for making the medicine that does not infringe the patent.

[45] The Motions Judge considered a different abuse of process argument. This was to the effect that this proceeding was an abuse of the process of the Court because Apotex had had an opportunity to challenge the validity of the NOC Regulations in the earlier prohibition proceeding brought by Merck Frosst with respect to norfloxacin, in which Apotex eventually succeeded in the Supreme Court of Canada: see *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, *supra*.

[46] The learned Motions Judge was of the view that Apotex could have raised the validity of the Regulations in that proceeding and that, since *res judicata* and issue estoppel apply in principle to prohibition proceedings brought under the NOC Regulations, the Court could refuse to permit Apotex to raise it in the present proceeding. However, in view of the uncertainty about the Regulations when the litigation was started, the obvious and continuing interest of Apotex in having the validity of the Regulations determined, and the fact that the parties had prepared full argument on the merits, the Motions Judge exercised his discretion not to dismiss the proceeding on this ground without getting to the merits.

[47] I am not persuaded that the Motions Judge erred in the exercise of his discretion to hear and determine the application for judicial review in so far as it seeks a declaration that the Regulations are *ultra vires*, despite Apotex' failure to challenge the validity of the Regulations in the previous prohibition proceedings dealing with the same medicine.

Afin d'empêcher l'abus de la procédure de la Cour, la chose devrait uniquement être autorisée lorsque l'allégation subséquente est fondée sur de nouveaux faits, tels que la découverte ultérieure d'un autre procédé de fabrication du médicament qui ne contre-fait pas le brevet.

[45] Le juge des requêtes a tenu compte d'un argument différent en ce qui concerne l'abus de procédure. Selon cet argument, la présente instance constituait un abus de la procédure de la Cour parce que Apotex avait eu la possibilité de contester la validité du Règlement concernant les ADC dans les procédures d'interdiction antérieures engagées par Merck Frosst au sujet de la norfloxacine, à la suite desquelles Apotex a finalement eu gain de cause devant la Cour suprême du Canada: voir *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, précité.

[46] Le juge des requêtes était d'avis qu'Apotex aurait pu soulever la question de la validité du Règlement dans cette instance-là et qu'étant donné que les notions de chose jugée et d'irrecevabilité à remettre en cause une question s'appliquent en principe aux procédures d'interdiction engagées en vertu du Règlement sur les ADC, la Cour pourrait refuser de permettre à Apotex de la soulever dans la présente instance. Toutefois, compte tenu de l'incertitude qui existait au sujet du Règlement au début du litige, de l'intérêt évident et continu d'Apotex, lorsqu'il s'agissait de faire régler la question de la validité du Règlement, et du fait que les parties avaient préparé des arguments complets sur le fond, le juge des requêtes a exercé son pouvoir discrétionnaire en vue de ne pas rejeter la procédure pour ce motif sans examiner l'affaire au fond.

[47] Je ne suis pas convaincu que le juge des requêtes ait commis une erreur dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qu'il avait d'entendre et de régler la demande de contrôle judiciaire, dans la mesure où elle visait l'obtention d'un jugement déclaratoire portant que le Règlement était *ultra vires*, même si Apotex n'avait pas contesté la validité du Règlement dans les procédures d'interdiction antérieures portant sur le même médicament.

[48] For reasons similar to those given by the Motions Judge on the abuse of process point, I would not dismiss the request for a declaration of invalidity as moot. However, this does not necessarily mean that the Court will be prepared to determine the validity of the Regulations in the abstract, rather than on the basis of the facts of this case.

Issue 2: Does subsection 55.2(4) only authorize the making of regulations that apply to a person who has taken advantage of subsection 55.2(1) or (2) in respect of the new drug product that is the subject of the prohibition proceeding?

[49] Apotex made its new drug submission (NDS) for norfloxacin in 1989, well before the statutory abolition of compulsory licences by the 1992 Act and the statutory linkage of patent protection with the issue of NOCs. It contended that its NDS could not validly be brought within the scope of the Regulations. It is true that subsection 5(1) [prior to the 1998 amendment] of the Regulations states that they apply to “a person files or, before the coming into force of these Regulations, has filed a submission for a notice of compliance” [emphasis added]. However, in the submission of Apotex, Parliament did not authorize this.

[50] Apotex argues that the underlined words in subsection 5(1) are invalid because they purport to give the Regulations retroactive effect. In the absence of an express or necessarily implied grant of statutory power to this effect, it is normally presumed that Parliament does not intend a regulation-making power to be exercised retroactively. This argument is considered separately as Issue 3.

[51] In addition, Apotex challenges the validity of the Regulations on a broader basis. It will be convenient at this point to set out again the part of the provision on which Apotex relies for this argument:

[48] Pour des motifs semblables à ceux que le juge des requêtes a prononcés au sujet de la question de l’abus de la procédure, je ne suis pas d’avis de rejeter la demande visant l’obtention d’un jugement déclaratoire d’invalidité pour le motif qu’elle n’a plus qu’un intérêt théorique. Toutefois, cela ne veut pas nécessairement dire que la Cour sera prête à déterminer la validité du Règlement dans l’abstrait, au lieu de se fonder sur les faits de l’espèce.

Deuxième question: Le paragraphe 55.2(4) autorise-t-il uniquement la prise d’un règlement qui s’applique à une personne qui s’est prévalu des paragraphes 55.2(1) ou (2) à l’égard du nouveau produit pharmaceutique qui fait l’objet de la procédure d’interdiction?

[49] Apotex a fait sa présentation de drogue nouvelle (la PDN) pour la norfloxacine en 1989, bien avant que les licences obligatoires soient abolies par la Loi de 1992 et que la protection fournie par les brevets soit liée par la loi à la délivrance des ADC. Apotex a soutenu que sa PDN ne pouvait pas valablement être visée par le Règlement. Il est vrai que le paragraphe 5(1) [avant la modification de 1998] prévoit que le Règlement s’applique à «une personne [qui] dépose ou, avant la date d’entrée en vigueur du présent règlement, a déposé une demande d’avis de conformité» [non souligné dans l’original]. Toutefois, de l’avis d’Apotex, le législateur n’a pas autorisé la chose.

[50] Apotex soutient que les mots soulignés figurant dans le paragraphe 5(1) sont invalides parce qu’ils visent à donner au Règlement un effet rétroactif. En l’absence d’un pouvoir expressément reconnu par la loi ou d’un pouvoir nécessairement implicite, il est normalement présumé que le législateur ne veut pas qu’un pouvoir de réglementation soit exercé rétroactivement. Cet argument sera examiné séparément en tant que troisième question.

[51] De plus, Apotex conteste la validité du Règlement sur une base plus générale. Il est ici opportun d’énoncer de nouveau la partie de la disposition sur laquelle Apotex se fonde à l’appui de cet argument:

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

[52] Apotex argues that this provision expressly imposes two limitations on the Governor in Council's regulation-making power. First, regulations can only be made to the extent that the Governor in Council considers them necessary for preventing the infringement of a patent. However, in view of the subjective terms in which this power is granted, counsel for Apotex wisely abandoned his previous argument that, since the Regulations covered situations in which there may have been no breach of a patent, they were not "necessary for preventing the infringement of a patent". I would only note at this point that the broad, subjective nature of the power delegated by subsection 55.2(4) may have a more general relevance in determining the validity of the Regulations.

[53] Second, such regulations can only be applied to a "second person" who has used a patented invention "in accordance with subsection (1) or (2)". This means, according to counsel, that since Apotex has not availed itself of either subsection, because it made its NDS before subsection 55.2 was enacted, the Regulations cannot apply to the submission for an NOC for norfloxacin that is under consideration here. Further, since Apotex had a licence to use the patented product, it did not need the benefit of subsection 55.2(1) in any event.

[54] Hence, the argument goes, subsection 5(1) of the Regulations is invalid in so far as it purports to extend the Regulations to a submission filed, but not decided, before the Regulations came into effect, or to apply them to second persons who for other reasons have not availed themselves of the benefit of subsection 55.2(1) or (2).

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:

[52] Apotex soutient que cette disposition impose expressément deux restrictions au pouvoir de réglementation du gouverneur en conseil. En premier lieu, les règlements peuvent uniquement être pris dans la mesure où le gouverneur en conseil les considère comme nécessaires en vue d'empêcher la contrefaçon d'un brevet. Toutefois, étant donné les termes subjectifs dans lesquels ce pouvoir est conféré, l'avocat d'Apotex a sagement renoncé à son argument antérieur, selon lequel puisque le Règlement couvrait des cas dans lesquels un brevet n'était peut-être violé, ce règlement n'était pas [TRADUCTION] «nécessaire en vue d'empêcher la contrefaçon d'un brevet». Je ferais uniquement ici remarquer que la nature subjective générale du pouvoir délégué par le paragraphe 55.2(4) peut avoir une pertinence plus générale lorsqu'il s'agit de déterminer la validité du Règlement.

[53] En second lieu, ce règlement peut uniquement s'appliquer à une «seconde personne» qui a utilisé une invention brevetée «au sens des paragraphes (1) ou (2)». Selon l'avocat, cela veut dire qu'étant donné qu'Apotex ne s'était pas prévalu d'une disposition ou de l'autre, parce qu'elle avait déposé sa PDN avant que l'article 55.2 soit édicté, le Règlement ne peut pas s'appliquer à la demande d'ADC pour la norfloxacine qui est en cause en l'espèce. En outre, étant donné qu'Apotex était titulaire d'une licence l'autorisant à utiliser le produit breveté, elle n'avait de toute façon pas à se prévaloir du paragraphe 55.2(1).

[54] Par conséquent, selon l'argument, le paragraphe 5(1) du Règlement est invalide en ce sens qu'il vise à appliquer le Règlement à une demande qui a été déposée, mais à l'égard de laquelle aucune décision n'a été prise, avant l'entrée en vigueur du Règlement, ou à l'appliquer à une seconde personne qui, pour d'autres raisons, ne s'est pas prévalu des paragraphes 55.2(1) ou (2).

[55] In addition to the plain meaning of subsection 55.2(4), counsel for Apotex relies on the Regulatory Impact Analysis Statement issued with the Regulations as evidence of the legislative intent underlying the scheme. It says that regulations are needed to ensure that generic drug companies do not abuse the authorization by subsections (1) and (2) of what would otherwise have been a patent infringement: using the patented invention as a comparator for the purpose of obtaining an NOC and stockpiling, and then starting to sell an infringing product prior to the expiry of the patent.

[56] Hence, if the “second person” has not availed itself of subsection (1) or (2), it will not have gained an advantage which it could abuse, and thus it is outside the mischief at which subsection 55.2(4) is aimed. If the “brand-name” company believes that a generic product infringes its patent, it is open to it to institute an action for infringement.

[57] Moreover, counsel submitted, the purpose of the *Patent Act Amendment Act, 1992* was to abolish compulsory licences for infringing pharmaceutical products, including those already granted after December 20, 1991 (subsection 12(1)) and, with some exceptions, to place patent holders for these products in much the same position as other patentees. If a generic manufacturer can produce and market a patented medicine without infringing the patent (for example, by discovering a non-infringing process when the patent is for the product manufactured by a particular process, or by obtaining a licence from the patentee), it is free to do so, provided that it obtained an NOC as a result of satisfying the Minister that its product is safe and effective.

[58] However, in recognition of the special features and importance of the pharmaceutical industry, the *Patent Act Amendment Act, 1992* in some ways limits the rights of pharmaceutical patent holders. For example, compulsory licences granted prior to December 20, 1991 remain valid (subsection 11(1)), and the

[55] En plus de se fonder sur le sens clair du paragraphe 55.2(4), l’avocat d’Apotex invoque le Résumé de l’étude d’impact de la réglementation qui a été publié avec le Règlement comme preuve de l’intention législative sous-tendant le régime. Selon ce résumé, les règlements sont nécessaires en vue d’assurer que les sociétés fabricant des produits génériques n’abusent pas de l’autorisation prévue aux paragraphes (1) et (2) en se livrant à des activités qui auraient par ailleurs constitué une contrefaçon de brevet: l’utilisation de l’invention brevetée comme élément de comparaison afin d’obtenir un ADC et le stockage, puis la mise en vente d’un produit contrefait avant l’expiration du brevet.

[56] Par conséquent, la «seconde personne» qui ne s’est pas prévalu des paragraphes (1) ou (2) n’a pas obtenu un avantage dont elle pourrait abuser, et elle n’a donc pas commis le tort visé par le paragraphe 55.2(4). Si la société fabricant un médicament d’origine croit qu’un produit générique contrefait son brevet, il lui est loisible d’intenter une action en contrefaçon.

[57] En outre, l’avocat a soutenu que la *Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets* visait à abolir les licences obligatoires pour les produits pharmaceutiques contrefaits, notamment celles qui avaient déjà été accordées après le 20 décembre 1991 (paragraphe 12(1)) et, à certaines exceptions près, à placer les titulaires de brevets se rapportant à ces produits à peu près dans la même situation que les autres brevetés. Si un fabricant de médicaments génériques peut produire et commercialiser un médicament breveté sans contrefaire le brevet (par exemple, en découvrant un procédé non contrefait lorsque le brevet se rapporte au produit fabriqué par un procédé particulier, ou en obtenant une licence du titulaire du brevet), il lui est loisible de le faire, à condition d’avoir obtenu un ADC après avoir convaincu le ministre de l’innocuité et de l’efficacité de son produit.

[58] Toutefois, compte tenu des aspects spéciaux et de l’importance de l’industrie pharmaceutique, la *Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets* limite de certaines façons les droits des titulaires de brevets pharmaceutiques. Ainsi, les licences obligatoires accordées avant le 20 décembre 1991 continuent à être

Patented Medicines Review Board was given additional powers over the prices charged for patented medicines (section 7).

[59] Subsections 55.2(1) and (2) are the modifications to the statutory restoration of patent holders' rights relevant to this appeal. They are designed to ensure that patentees do not enjoy a *de facto* monopoly beyond the life of the patent by virtue of the length of time that it would take for a generic to obtain an NOC if it could not start its "regulatory work-up", or its manufacture and stockpiling of the product, until the patent had expired. Hence, it was argued, in order to ensure minimal deviation from the Act's central purpose, subsection 55.2(4) should be interpreted to authorize regulations that enhance the rights of patentees only in situations where a "second person" has taken advantage of the relaxation of patentees' rights contained in subsections (1) and (2).

[60] This narrow interpretation of the scope of subsection 55.2(4) is said to be justified because there is nothing in the overall scheme of the Act to indicate that it was the intention of Parliament to afford patentees of pharmaceutical products a degree of protection, such as that conferred by the Regulations, that goes well beyond that enjoyed by patentees of other products who must rely on the normal legal remedies available in the courts for preventing, or seeking compensation for, patent infringement.

[61] The learned Motions Judge rejected this argument, preferring an interpretation of subsection 55.2(4) in which the words, "any person who makes, constructs, uses or sells a patented invention in accordance with subsection (1) or (2)" are interpreted as "describing the general class of persons to whom regulations may be made applicable", not the activity in which a second person has engaged with respect to the particular product that is the subject of the proceeding. Hence, he concluded (*supra*, at page 550):

valides (paragraphe 11(1)), et le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés s'est vu conférer des pouvoirs additionnels à l'égard des prix exigés pour les médicaments brevetés (article 7).

[59] Les paragraphes 55.2(1) et (2) sont les dispositions modificatrices visant à rétablir les droits des titulaires de brevet qui sont pertinentes dans le présent appel. Ces dispositions visent à assurer que les titulaires de brevet ne bénéficient pas d'un monopole de fait après l'expiration de leur brevet compte tenu du temps qu'il faudrait pour qu'un fabricant de produits génériques obtienne un ADC s'il ne pouvait pas entreprendre les «démarches réglementaires nécessaires», ou fabriquer et stocker le produit tant que le brevet n'était pas expiré. Il est donc soutenu qu'afin de déroger le moins possible à l'objectif primordial de la Loi, le paragraphe 55.2(4) devrait être interprété de façon à autoriser les règlements qui accroissent les droits des titulaires de brevet uniquement dans les cas où une «seconde personne» s'est prévaluée, en vertu des paragraphes (1) et (2), de l'assouplissement des droits conférés à ceux-ci.

[60] Il est soutenu que cette interprétation stricte de la portée du paragraphe 55.2(4) est justifiée parce que rien, dans le texte de la Loi dans son ensemble, n'indique que le législateur ait eu l'intention de fournir aux titulaires de brevets relatifs à des produits pharmaceutiques une protection, telle que celle qui est conférée par le Règlement, beaucoup plus étendue que celle dont bénéficient les titulaires de brevets se rapportant à d'autres produits, qui doivent se fonder sur les recours juridiques normaux qu'ils peuvent exercer devant les tribunaux pour empêcher la contrefaçon d'un brevet ou pour obtenir une indemnité y afférente.

[61] Le juge des requêtes a rejeté cet argument; il a préféré une interprétation du paragraphe 55.2(4) dans laquelle les mots «l'utilisateur, le fabricant, le constructeur ou le vendeur d'une invention brevetée au sens des paragraphes (1) ou (2)» sont interprétés comme «décriv[ant] [. . .] la catégorie générale de personnes à laquelle le règlement peut s'appliquer» plutôt que l'activité à laquelle une seconde personne s'est livrée à l'égard du produit particulier qui fait l'objet de la procédure. Il a donc conclu ce qui suit (précité, à la page 550):

. . . regulations under subsection 55.2(4) may be adopted, with reference to all applicants for an NOC who did not have a vested right to a licence at the time the amending Act was adopted, whether or not they had already applied.

[62] Any other interpretation, he held, would lead to the anomaly of giving a compulsory licence to Apotex and others whose applications for an NOC were in the pipeline when the new statutory regime came into effect, even though the provisions creating such licences were repealed when the *Patent Act Amendment Act, 1992* came into force and compulsory licences granted before that date, but after December 20, 1991, were invalidated.

[63] Counsel seized on this part of the Motions Judge's reasons as indicative of a confusion between an NOC and a compulsory licence. Counsel pointed out that, before 1993 a "second person" who produced a pharmaceutical product by a non-infringing process did not require a compulsory licence, and thus would not have to have paid a royalty to the patent holder on the sales. It would be consistent with the new regime, it was argued, that NOC applications in the pipeline be examined by the Minister for safety and effectiveness, and an NOC issued if they satisfied these criteria. If, when the product was marketed, a "first person" believed that its patent was thereby infringed it could institute an action for patent infringement in the normal manner.

[64] Despite the argument seductively advanced on behalf of Apotex by Mr. Radomski, I am unable to accept it. The text of subsection 55.2(4) is linguistically capable of bearing either of the meanings that were posited in argument. However, if Parliament had intended to limit the scope of the regulation-making power to those who had taken advantage of subsection (1) or (2), it would have been more natural if the subsection had referred to "any person who has made, constructed, used or sold a patented invention in accordance with subsection (1) or (2)". The use of the present tense is more apt to describe a generic drug

[. . .] le paragraphe 55.2(4) peut présider à la prise d'un règlement applicable à toutes les personnes demandant un ADC qui n'avaient pas de droit acquis à une licence au moment où la Loi modificatrice a été adoptée, que leur demande ait ou non été présentée.

[62] Le juge des requêtes a statué que toute autre interprétation entraînerait une anomalie, à savoir qu'une licence obligatoire serait accordée à Apotex et à d'autres personnes dont les demandes d'ADC étaient en cours de traitement lorsque le nouveau régime législatif est entré en vigueur, même si les dispositions par lesquelles ce type de licences ont été créées ont été abrogées lorsque la *Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets* est entrée en vigueur et que les licences obligatoires accordées avant cette date, mais après le 20 décembre 1991, ont été invalidées.

[63] L'avocat s'est fondé sur cette partie des motifs du juge des requêtes pour affirmer qu'ils indiquaient que le juge confondait l'ADC et la licence obligatoire. L'avocat a souligné qu'avant 1993, une «seconde personne» qui fabriquait un produit pharmaceutique au moyen d'un procédé non contrefait n'avait pas besoin d'une licence obligatoire, et qu'elle n'aurait donc pas été tenue de verser une redevance sur les ventes au titulaire du brevet. Il a été soutenu qu'il serait conforme au nouveau régime que les demandes d'ADC en cours de traitement soient examinées par le ministre pour déterminer l'innocuité et l'efficacité du produit, et qu'un ADC soit délivré si ces critères étaient satisfaits. Lorsque le produit est commercialisé, la «première personne» qui croit que son brevet a ainsi été contrefait pourrait tenter une action en contrefaçon de brevet de la façon normale.

[64] M^e Radomski a avancé un argument habile pour le compte d'Apotex, mais je ne puis retenir cet argument. Le texte du paragraphe 55.2(4) peut, au point de vue linguistique, avoir l'un ou l'autre des sens qui ont été invoqués au cours des plaidoiries. Toutefois, si le législateur avait l'intention de limiter l'étendue du pouvoir de réglementation aux personnes qui s'étaient prévaluées des paragraphes (1) ou (2), il aurait été plus naturel que la version anglaise de la disposition parle de «any person who has made, constructed, used or sold a patented invention in accordance with subsection (1) or (2)». L'emploi du

manufacturer at large, rather than one who has done any of the listed things on a particular occasion.

[65] While I recognize that the words chosen are a singularly odd way of expressing this idea, I find some comfort in the French version of subsection 55.2(4) which does not use the word “person”, and uses the expression “*au sens des paragraphes (1) ou (2)*”, instead of “*en conformité avec les paragraphes (1) ou (2)*” meaning “in accordance with”.

[66] Since the words of the statutory text do not point ineluctably to one conclusion, does the statutory context resolve the ambiguity? In my opinion, the nature and subjective definition of the purpose for which the power may be exercised supports a broad interpretation: “such regulations as the Governor in Council considers necessary for preventing the infringement of a patent”.

[67] Thus, the Governor in Council could well consider that any second person, who was seeking an NOC for a new medicine that was on a first person’s patent list, might be tempted, if the NOC were granted, to market its product prior to the expiry of the patent, and leave the first person to resort to whatever rights it was able to establish in a patent action. Given the reluctance of the courts to grant interlocutory injunctions in patent cases, and the length of time that it typically takes for a keenly contested patent matter to get to trial, the second person, armed with an NOC, would be able, in effect, to help itself to a *de facto* compulsory licence. The “royalty” payable would be the figure at which the dispute was settled, or the sum that a court ultimately awarded by way of damages or an accounting of profits following a finding of infringement.

[68] It would certainly have been consistent with the abolition of the compulsory licence for Parliament to

présent dans la version anglaise est plus apte à décrire un fabricant de médicaments génériques en général qu’une personne qui a fait l’une des choses énumérées à un moment donné.

[65] Je reconnais que les mots qui ont été employés constituent une façon singulièrement étrange d’exprimer cette idée, mais je me fonde sur la version française du paragraphe 55.2(4), dans laquelle le mot «personne» n’est pas employé et dans laquelle l’expression «au sens des paragraphes (1) ou (2)» est employée plutôt que l’expression «en conformité avec les paragraphes (1) ou (2)», qui correspond à la version anglaise «*in accordance with*».

[66] Étant donné que les mots du texte de loi n’indiquent pas une conclusion inéluctable, le contexte législatif résout-il l’ambiguïté? À mon avis, la nature et la définition subjectives du but dans lequel le pouvoir peut être exercé étaye une interprétation libérale: «Afin d’empêcher la contrefaçon du brevet d’invention [. . .] le gouverneur en conseil peut prendre des règlements.»

[67] Par conséquent, le gouverneur en conseil pourrait bien considérer qu’une seconde personne, qui a demandé un ADC pour un nouveau médicament qui figurait sur la liste de brevets de la première personne, pourrait être tentée, si l’ADC était délivré, de commercialiser son produit avant l’expiration du brevet et de laisser la première personne recourir aux droits qu’elle peut établir dans une action fondée sur son brevet. Étant donné que les tribunaux hésitent à accorder des injonctions interlocutoires en matière de brevets, et compte tenu du temps qu’il faut normalement pour qu’une affaire de brevet qui est vigoureusement contestée soit entendue, la seconde personne, armée d’un ADC, pourrait en fait s’attribuer de fait une licence obligatoire. La «redevance» payable s’élèverait au montant auquel le litige serait réglé, ou à la somme qu’un tribunal accorderait en fin de compte au titre des dommages-intérêts ou dans le cadre d’une reddition de comptes exigée à la suite d’une conclusion de contrefaçon.

[68] Il aurait certes été conforme à l’abolition des licences obligatoires de conférer un pouvoir de règle-

have conferred a regulation-making power that was wide enough to prevent this kind of abuse. Viewed in this light, it would seem immaterial to the legislative intent whether or not the second person had taken advantage of the relaxation in patent law effected by subsection (1) or (2) with respect to a particular drug.

[69] Counsel for Apotex argued that this interpretation offends the scheme of the 1992 Act because, if accepted, it would create new rights for patentees, rather than simply restoring rights removed by the previous compulsory licensing provisions. However, it is more accurate to say that the Act creates only a new remedy for protecting the existing rights of patentees from infringement, namely enforcement proceedings for marketing a medicine without an NOC.

[70] Of course, there will be situations in which the second person is able to establish, in either a prohibition proceeding or a private patent action, that its product is made by a non-infringing process or that the first person's patent is invalid. Meanwhile, the second person will have been denied an NOC and kept out of the market. Again, it may be asked, how is this result consistent with the stated legislative aim of protecting patentees from infringement?

[71] The answer, surely, is that whether a second person is infringing may not be self-evident, but will require proof, which may be highly technical or inconclusive, or the determination of difficult legal questions about the construction or validity of the patent. An NOC is withheld from all second persons, even those who ultimately succeed in defeating the first person's claim, in order to protect patentees against those who, if granted an NOC, might be tempted to infringe. Moreover, since the time taken to process an NOC application means that the 24 months' statutory stay will often have expired by the time that the process is complete, the regime may be less draconian in operation than it may seem on paper.

mentation suffisamment large pour empêcher ce genre d'abus. Si l'affaire était considérée sous cet angle, il ne serait pas pertinent, semble-t-il, en ce qui concerne l'intention du législateur, que la seconde personne ait tiré parti de l'assouplissement de la législation en matière de brevets résultant de l'application des paragraphes (1) ou (2) à un médicament particulier.

[69] L'avocat d'Apotex a soutenu que cette interprétation était contraire au régime de la Loi de 1992 parce que, si elle était retenue, elle conférerait de nouveaux droits aux titulaires de brevet, au lieu de simplement rétablir les droits qui avaient été supprimés par les dispositions antérieures concernant les licences obligatoires. Toutefois, il est plus exact de dire que la Loi prévoit uniquement un nouveau recours visant à protéger les droits existants des titulaires de brevet contre la contrefaçon, à savoir une action résultant de la commercialisation d'un médicament en l'absence d'un ADC.

[70] Bien sûr, dans certains cas, la seconde personne pourra établir, dans des procédures d'interdiction ou dans une action privée fondée sur un brevet, que son produit est fabriqué au moyen d'un procédé non contrefait ou que le brevet de la première personne est invalide. Dans l'intervalle, la seconde personne se sera vu refuser un ADC et aura été mise à l'écart du marché. On peut encore une fois se demander de quelle façon ce résultat est conforme au but exprimé par le législateur, à savoir protéger les titulaires de brevet contre la contrefaçon.

[71] À coup sûr, la réponse est que la question de savoir si une seconde personne se livre à la contrefaçon n'est peut-être pas évidente en soi, mais qu'il faut fournir une preuve, qui peut être fort technique ou non concluante, ou qu'il faut résoudre des questions de droit difficiles se rapportant à l'interprétation ou à la validité du brevet. Un ADC est refusé à toute seconde personne, même si elle réussit en fin de compte à réfuter l'allégation de la première personne, afin de protéger les titulaires de brevet contre les personnes qui, si un ADC leur était accordé, pourraient tenter de se livrer à la contrefaçon. En outre, étant donné que compte tenu du temps qu'il faut pour traiter une demande d'ADC, la suspension de 24 mois prévue par

[72] For these reasons, and in accordance with the general directive of section 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985 c. I-21, I have concluded that subsection 55.2(4) should be construed broadly, so that its application is not limited to those who have availed themselves of the benefits conferred by subsection (1) or (2) in connection with the particular medicine in dispute.

[73] I recognize that the Regulatory Impact Analysis Statement supports the more limited interpretation advanced on behalf of Apotex, as does a letter of February 5, 1993 from the Minister of Consumer and Corporate Affairs to the Canadian Drug Manufacturers Association (CDMA), in which the Minister said of subsection 55.2(4):

It is designed to enable the Government to mitigate any harm flowing from its decision to allow those activities that would otherwise constitute a patent infringement.

[74] However, I see no reason to regard these as necessarily more reliable guides to Parliament's intention than the fact that, in enacting the Regulations, the Governor in Council obviously took a broader view of the legislative power delegated by subsection 55.2(4) than that indicated by these documents.

[75] Although this suffices to dispose of Apotex' main contention on the validity of the Regulations, I should also deal with another line of argument that was debated at some length at the hearing. This concerns the relationships between subsections 55.2(1) and (2) of the Act on the one hand, and subsection 5(1) of the Regulations on the other. The question is whether the persons caught by subsection 5(1) must by definition also have availed themselves of subsection (1) or (2). If so, the Regulations will still be valid, even if subsection 55.2(4) is construed as

la loi aura dans bien des cas pris fin avant que le processus ait été mené à bonne fin, le régime est peut-être en pratique moins draconien qu'il ne semble l'être en théorie.

[72] Pour ces raisons, et conformément à la directive générale énoncée à l'article 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, j'ai conclu que le paragraphe 55.2(4) devait être interprété d'une manière libérale, de façon que son application ne soit pas limitée aux personnes qui se sont prévaluées des avantages conférés par les paragraphes (1) ou (2) à l'égard du médicament particulier en litige.

[73] Je reconnais que le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation étaye l'interprétation plus stricte avancée pour le compte d'Apotex, comme le fait la lettre du 5 février 1993 adressée à l'Association canadienne des fabricants de produits pharmaceutiques (l'ACFPP), dans laquelle le ministre de la Consommation et des Affaires commerciales a dit ce qui suit au sujet du paragraphe 55.2(4):

[TRADUCTION] Il vise à permettre au gouvernement de limiter tout préjudice découlant de sa décision d'autoriser un type d'action qui, autrement, constituerait une contrefaçon de brevet.

[74] Toutefois, je ne vois pas pourquoi ces documents devraient être considérés comme indiquant l'intention du législateur d'une façon nécessairement plus convaincante que le fait que, en prenant le Règlement, le gouverneur en conseil a de toute évidence adopté au sujet du pouvoir législatif délégué par le paragraphe 55.2(4) une interprétation plus libérale que ce qu'indiquent ces documents.

[75] Ces remarques suffisent pour régler la principale prétention qu'Apotex a avancée au sujet de la validité du Règlement, mais je dois également examiner une autre série d'arguments qui ont été débattus d'une façon passablement approfondie à l'audience. Il s'agit du rapport qui existe entre les paragraphes 55.2(1) et (2) de la Loi d'une part, et le paragraphe 5(1) du Règlement d'autre part. Il s'agit de savoir si les personnes qui sont visées par le paragraphe 5(1) doivent par définition s'être également prévaluées des paragraphes (1) ou (2). Dans l'affirmative, le Règle-

narrowly as Apotex argues that it should be.

[76] Subsection 5(1) provides that the Regulations apply to persons who have filed a submission for an NOC and wish “to compare that drug with, or make reference to, another drug that has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person in respect of which a patent list has been submitted” [emphasis added]. On the other hand, subsection 55.2(1) refers to a person who has used the “patented invention” [emphasis added] for the purpose of obtaining regulatory approval for that person’s new medicine.

[77] Counsel for Apotex argued that, contrary to the assumption on which subsection 5(1) of the Regulations seems to have been drafted, a person could use a drug for comparison or reference purposes without thereby necessarily making use of a “patented invention” within the meaning of subsection 55.2(1). He submitted that this would be true, for example, in the case of a “product by process” patent, since to compare two drugs in order to obtain an NOC would not involve use of the “patented invention”, which was not simply the drug, but the drug as made by a particular process. The process by which the medicine is manufactured is irrelevant to the comparative exercise undertaken to establish the equivalence of the medicines for the purpose of demonstrating safety and effectiveness.

[78] I cannot accept this argument. In *Deprenyl Research Ltd. v. Apotex Inc.* (1994), 55 C.P.R. (3d) 171 (F.C.T.D.); affd (1995), 60 C.P.R. (3d) 501 (F.C.A.), it was held that a claim for a particular process for producing a product, or a “pure process” claim, was not covered by the NOC Regulations because it was not a “claim for the medicine itself” within the meaning of section 2. However, the Regulations do include patents that contain a claim for a medicine when made by a particular process, or

ment est encore valide, même si le paragraphe 55.2(4) est interprété d’une façon aussi stricte qu’Apotex le prône.

[76] Le paragraphe 5(1) prévoit que le Règlement s’applique à la personne qui a déposé une demande d’ADC et qui souhaite «en faire la comparaison, ou faire renvoi, à une autre drogue qui a été commercialisée au Canada aux termes d’un avis de conformité délivré à la première personne et à l’égard de laquelle une liste de brevets a été soumise» [non souligné dans l’original]. D’autre part, le paragraphe 55.2(1) parle de l’utilisation d’une «invention brevetée» [non souligné dans l’original] aux fins de l’obtention d’une approbation réglementaire à l’égard d’un nouveau médicament.

[77] L’avocat d’Apotex a soutenu que, contrairement à la présomption sur laquelle la rédaction du paragraphe 5(1) du Règlement semble être fondée, une personne pourrait utiliser un médicament aux fins de comparaison ou de renvoi sans nécessairement utiliser une «invention brevetée» au sens du paragraphe 55.2(1). Il a soutenu que tel serait par exemple le cas d’un brevet relatif à un [TRADUCTION] «produit fabriqué selon un procédé» étant donné que la comparaison de deux médicaments visant l’obtention d’un ADC ne comporterait pas l’utilisation de l’«invention brevetée», celle-ci ne se rapportant pas simplement au médicament, mais aussi au médicament tel qu’il est fabriqué au moyen d’un procédé particulier. Le procédé par lequel le médicament est fabriqué n’entre pas en ligne de compte aux fins de la comparaison visant à établir l’équivalence des médicaments lorsqu’il s’agit de démontrer l’innocuité et l’efficacité du produit.

[78] Je ne puis retenir cet argument. Dans l’arrêt *Deprenyl Research Ltd. c. Apotex Inc.* (1994), 55 C.P.R. (3d) 171 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (1995), 60 C.P.R. (3d) 501 (C.A.F.), il a été statué qu’une revendication relative à un procédé particulier de fabrication, ou une revendication relative au «simple procédé», n’était pas visée par le Règlement sur les ADC parce qu’il ne s’agissait pas d’une «revendication pour le médicament en soi» au sens de l’article 2. Toutefois, le Règlement s’applique aux brevets

“a process dependant claim”.

[79] Accordingly, since the product is always included in the patent’s claim, whenever a generic manufacturer submits an abbreviated new drug submission and compares its product with a product on a first person’s patent list, it is using “a patented invention” (assuming, of course, that the patent is subsequently held to be valid), whether it is the subject of a “process dependant patent” or a “product only” patent.

[80] Although initially made prior to the introduction of the Regulations, Apotex’ submission for an NOC for its noxflaxacin, including the comparative analysis, remained before the Minister after March 1993, until July when the licence arrangement came into effect. This, together with Apotex’ possession for regulatory purposes of a sample of the patented product, constituted use of a patented invention within the meaning of subsection 55.2(1): see *Smith Kline and French Laboratories Limited v. Douglas Pharmaceuticals Limited*, [1991] F.S.R. 522 (N.Z.C.A.); *Roche Products, Inc. v. Bolar Pharmaceutical Co. Inc.*, 733 F.2d 858 (Fed. Cir. 1984); *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1996), 67 C.P.R. (3d) 484 (F.C.T.D.), at page 489; affd (1996), 70 C.P.R. (3d) 1 and 206 (F.C.A.).

[81] For these reasons Apotex has not established that the NOC Regulations are in a substantive sense *ultra vires* subsection 55.2(4).

Issue 3: In the absence of an express statutory power authorizing the Governor in Council to enact regulations with retroactive effect, are the Regulations invalid in so far as they purport to apply to NOC submissions that had been made, but not decided, when the Regulations came into effect?

qui contiennent une revendication relative à un médicament qui est fabriqué au moyen d’un procédé particulier, ou à une «revendication dépendant du procédé».

[79] Par conséquent, étant donné que le produit est toujours inclus dans la revendication de brevet, dès qu’un fabricant de médicaments génériques soumet une présentation abrégée de drogue nouvelle et compare son produit à un produit qui figure sur la liste de brevets d’une première personne, il utilise «une invention brevetée» (à supposer, bien sûr, que la validité du brevet soit par la suite confirmée), et ce, tant dans le cas d’un «brevet dépendant d’un procédé» que d’un «brevet relatif au produit seulement».

[80] Même si elle a initialement été faite avant l’entrée en vigueur du Règlement, la demande d’ADC d’Apotex relative à la norfloxacine, y compris l’analyse comparative, était encore entre les mains du ministre après le mois de mars 1993; elle l’a été jusqu’au mois de juillet, lorsque l’accord relatif à la licence a pris effet. Ce fait, auquel vient s’ajouter le fait qu’Apotex possédait, aux fins réglementaires, un échantillon du produit breveté, constituait une utilisation d’une invention brevetée au sens du paragraphe 55.2(1): voir *Smith Kline and French Laboratories Limited v. Douglas Pharmaceuticals Limited*, [1991] F.S.R. 522 (C.A.N.-Z.); *Roche Products, Inc. v. Bolar Pharmaceutical Co. Inc.*, 733 F.2d 858 (Fed. Cir. 1984); *Hoffmann-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1996), 67 C.P.R. (3d) 484 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 489; conf. par (1996), 70 C.P.R. (3d) 1 et 206 (C.A.F.).

[81] Pour ces motifs, Apotex n’a pas établi que le Règlement sur les ADC est, quand au fond, *ultra vires* du paragraphe 55.2(4).

Troisième question: En l’absence d’un pouvoir exprès conféré par la loi autorisant le gouverneur en conseil à prendre des règlements ayant un effet rétroactif, le Règlement est-il invalide dans la mesure où il est réputé s’appliquer aux demandes d’ADC qui avaient été

déposées, mais à l'égard desquelles aucune décision n'avait été prise, lorsque le Règlement est entré en vigueur?

[82] In my view, the application of the Regulations to new drug submissions that were in the pipeline when the 1993 Regulations came into effect did not engage the presumption against retroactivity. No vested right was thereby abrogated: in the absence of a clear legislative indication to the contrary, no one has a legal right to have an application for a statutory benefit determined in accordance with the eligibility criteria in place when the application was made. Applicants for statutory rights normally have no more than a hope that the granting authority will render a favourable decision (see, for example, *Director of Public Works v. Ho Po Sang*, [1961] A.C. 901 (P.C.)), although a refusal of an application may be set aside if not in accordance with the law in force when the decision was made.

[83] By virtue of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, paragraph 44(c), the presumption against retroactive operation of the repeal of an enactment protects rights that are both "accrued" and "accruing". If Apotex' application to the Minister did not constitute an accrued right to an NOC on the basis of statutory criteria in place when the application was made, was its right "accruing" within the meaning of paragraph 44(c), and thus presumptively not subject to the regulation-making power conferred on the Governor in Council by subsection 55.2(4) of the *Patent Act*?

[84] Writing a separate concurring opinion in *Scott v. College of Physicians and Surgeons of Saskatchewan* (1992), 95 D.L.R. (4th) 706 (Sask. C.A.), Cameron J.A. held (at page 719) that the identical provision in paragraph 23(1)(c) of *The Interpretation Act*, R.S.S. 1978, c. I-11 protected only rights that would inevitably arise in due course, and not those that may

[82] À mon avis, l'application du Règlement aux présentations de drogue nouvelle qui étaient en cours de traitement lorsque le Règlement de 1993 a pris effet ne mettait pas en cause la présomption à l'encontre de la rétroactivité. Aucun droit acquis n'a ainsi été abrogé: en l'absence d'une indication législative claire contraire, personne n'a le droit de faire trancher une demande visant l'obtention d'un avantage conféré par la loi conformément aux critères d'admissibilité qui s'appliquaient au moment du dépôt de la demande. Les personnes qui revendiquent des droits prévus par la loi n'ont normalement qu'un simple espoir que l'autorité responsable prenne une décision qui leur est favorable (voir, par exemple, *Director of Public Works v. Ho Po Sang*, [1961] A.C. 901 (C.P.)), mais le refus de faire droit à une demande peut être annulé s'il n'est pas conforme au droit qui s'appliquait au moment où la décision a été prise.

[83] En vertu de l'alinéa 44c) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, la présomption à l'encontre de l'application rétroactive de l'abrogation d'un texte de loi protège les droits qu'une personne a «acquis» et ses droits «naissants». Si la demande qu'Apotex a présentée au ministre ne donnait pas naissance à un droit acquis à l'égard d'un ADC sur la base des critères prévus par la loi qui existaient au moment du dépôt de la demande, Apotex avait-elle un droit «naissant» au sens de l'alinéa 44c), de sorte qu'il était présumé qu'elle n'était pas visée par le pouvoir de réglementation conféré au gouverneur en conseil par le paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*?

[84] Dans les motifs concourants distincts qu'il a rédigés dans l'arrêt *Scott v. College of Physicians and Surgeons of Saskatchewan* (1992), 95 D.L.R. (4th) 706 (C.A. Sask.), le juge Cameron a statué (à la page 719) que la disposition identique figurant à l'alinéa 23(1)c) de *The Interpretation Act*, R.S.S. 1978, ch. I-11, protégeait uniquement les droits qui prendraient inévitablement naissance en temps opportun, et non ceux qui peuvent

. . . ripen into an acquired or accrued right or obligation at a future time. As will be readily apparent, the implications of that in relation to the effectiveness of repeal are simply too wide to be acceptable.

[85] A similar point was made in *Hutchins v. Canada (National Parole Board)*, [1993] 3 F.C. 505 (F.C.A.), leave to appeal refused [1994] 1 S.C.R. vii, where the Court held that the right of a prisoner to a hearing under a repealed provision in the statute was not “accruing” at the time of the repeal, even though the applicant had taken all the steps that he could take to institute the proceeding prior to the repeal.

[86] On the other hand, *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742 (C.A.); affd [1994] 3 S.C.R. 1100, provides an example of an “accruing” right within the scope of the presumption. In that case, the Minister had completed the regulatory approval process when the 1993 Regulations came into effect, so that all that remained was the formal step of issuing the NOC. In other words, at the time of the repeal, the grant of an NOC did not depend on a determination by the Minister, but followed inevitably from the approval of the application.

[87] It was therefore within the authority for the Governor in Council conferred by subsection 55.2(4) to provide expressly in the Regulations that they apply to submissions made before they came into effect, but not yet decided by the Minister. Accordingly, it was not unlawful for the Minister to refuse to issue an NOC to Apotex for the medicine norfloxacin, even though the submission was made before the grant of regulatory approval was linked to patent protection.

Issue 4: Are the Regulations invalid because they were made in breach of an undertaking by the Minister of Consumer and Corporate Affairs to the Canadian Drug Manufacturers Association that it would be consulted

[TRADUCTION] [. . .] donner naissance à un droit acquis ou à une obligation acquise dans l’avenir. Comme il est possible de le constater, les conséquences, en ce qui concerne l’efficacité de l’abrogation, sont tout simplement trop importantes pour être acceptables.

[85] Une remarque similaire a été faite dans l’arrêt *Hutchins c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1993] 3 C.F. 505 (C.A.F.), autorisation de pourvoi refusée [1994] 1 R.C.S. vii, où la Cour a statué que le droit que possède un détenu d’obtenir une audience en vertu d’une disposition de la loi qui a été abrogée n’était pas un droit «naissant» au moment de l’abrogation, même si le demandeur avait pris toutes les mesures qu’il pouvait prendre afin d’engager des procédures avant l’abrogation.

[86] D’autre part, l’arrêt *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742 (C.A.); conf. par [1994] 3 R.C.S. 1100, est un exemple de cas dans lequel il y existait un droit «naissant» visé par la présomption. Dans cette affaire, le ministre avait déjà procédé à l’approbation réglementaire lorsque le Règlement de 1993 était entré en vigueur, de sorte qu’il restait uniquement à délivrer officiellement l’ADC. En d’autres termes, au moment de l’abrogation, la délivrance d’un ADC ne dépendait pas d’une décision prise par le ministre, mais découlait inévitablement de l’approbation de la demande.

[87] Le gouverneur en conseil était donc autorisé, en vertu du paragraphe 55.2(4), à prévoir expressément dans le Règlement que celui-ci s’appliquerait aux demandes qui avaient été déposées avant l’entrée en vigueur du Règlement, mais sur lesquelles le ministre ne s’était pas encore prononcé. Par conséquent, il n’était pas illicite pour le ministre de refuser de délivrer un ADC à Apotex pour la norfloxacin, même si la demande avait été déposée avant que l’octroi de l’approbation réglementaire soit liée à la protection fournie par un brevet.

Quatrième question: Le Règlement est-il invalide du fait qu’il a été pris en violation d’un engagement pris par le ministre de la Consommation et des Affaires commerciales

before regulations were enacted under subsection 55.2(4)?

(i) Factual background

[88] In July 1992 the CDMA was advised by a senior official in National Health and Welfare that regulatory approval of new drugs through the issue of a Notice of Compliance would be linked to the protection of the rights of existing patent holders although, as then drafted, Bill C-91 contained nothing to this effect.

[89] In the following month, the Association responded to record its opposition to any such scheme. These sentiments were repeated in November during the public hearings while Bill C-91 was in Committee stage. Meanwhile, the Pharmaceutical Manufacturers Association of Canada, a not-for-profit corporation representing primarily "brand-name" pharmaceutical companies, urged before the Committee that such a linkage be established through regulations.

[90] In December 1992, the CDMA met with officials from the Department of Consumer and Corporate Affairs which had the carriage of the amendments to the *Patent Act*. The officials advised the Association that an amendment to Bill C-91 was to be introduced which would authorize the Governor in Council to enact regulations linking the previously separate issues of possible patent infringement and the grant of regulatory approval by the Minister of National Health and Welfare for new drugs.

[91] Despite the strong objection of the CDMA, which it communicated in letters to the Minister of Consumer and Corporate Affairs, and to the Minister of Industry, Science and Technology Canada, Bill C-91 was amended at third reading to add what became subsection 55.2(4) of the *Patent Act*. This

envers l'Association canadienne des fabricants de produits pharmaceutiques, à savoir que l'Association serait consultée avant que des règlements soient pris en vertu du paragraphe 55.2(4)?

(i) Les faits

[88] Au mois de juillet 1992, un haut fonctionnaire du ministère de la Santé nationale et du Bien-être social a informé l'ACFP que l'approbation réglementaire d'une drogue nouvelle au moyen de la délivrance d'un avis de conformité serait liée à la protection des droits des titulaires de brevets existants même si, lorsqu'il avait été rédigé, le projet de loi C-91 ne renfermait aucune disposition en ce sens.

[89] Le mois suivant, l'Association a répondu en s'opposant à tout régime législatif de ce genre. Elle a réitéré son opposition au mois de novembre, au cours d'audiences publiques, pendant que le projet de loi C-91 était entre les mains d'un comité. Dans l'intervalle, l'Association canadienne de l'industrie du médicament, qui est une société à but non lucratif représentant principalement les sociétés fabricant des médicaments d'origine, a soutenu devant le Comité que pareil lien devait être établi au moyen de règlements.

[90] Au mois de décembre 1992, l'ACFP a rencontré les représentants du ministère de la Consommation et des Affaires commerciales qui étaient responsables de la modification de la *Loi sur les brevets*. Les représentants du Ministère ont informé l'Association qu'une modification au projet de loi C-91 devant être présentée autorisait le gouverneur en conseil à prendre des règlements liant les questions autrefois distinctes de la contrefaçon possible d'un brevet et de l'octroi de l'approbation réglementaire de drogues nouvelles par le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social.

[91] L'ACFP a vigoureusement manifesté son opposition, qui a été communiquée dans des lettres adressées au ministre de la Consommation et des Affaires commerciales et au ministre de l'Industrie, des Sciences et de la Technologie du Canada, mais le projet de loi C-91 a néanmoins été modifié en

authorized the making of regulations of the kind to which the CDMA had objected.

[92] After the passage of the Bill in the House of Commons, including this enabling provision, industry representatives made further submissions in January 1993 before the Senate Committee that was considering it. Meetings were also held at this time between the CDMA and a Deputy Minister of National Health and Welfare at which it was said that the Government intended to consult with the industry before enacting implementing regulations.

[93] In a letter dated February 5, 1993 written to Mr. Kay, the Chair of the CDMA, the new Minister of Consumer and Corporate Affairs, Mr. Vincent, reiterated the reasons for the amendment to Bill C-91 to which the CDMA had objected. He explained that the rationale for the proposed regulations was the need to minimize harm to patent holders that might otherwise result from the provisions permitting generic drug companies to use the patented product to obtain an NOC and to stockpile the product pending the expiry of the patent. The letter ended with the following sentence: "Rest assured that you will be consulted before any such regulations are established."

[94] On February 15, 1993, Bill C-91 came into force as the *Patent Act Amendment Act, 1992*, with the exception of section 55.2, which includes the controversial provision enabling the making of regulations. This section came into force on March 12, 1993, along with the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* that created the statutory scheme implementing the linkage of the protection of patent rights and the issue of an NOC. Despite the assurance contained in the Minister's letter of February 5, 1993, the CDMA was not consulted on the content of the Regulations prior to their enactment.

troisième lecture de façon à ajouter la disposition qui est devenue le paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*. Cela avait pour effet d'autoriser la prise de règlements tels que ceux auxquels l'ACFPP s'était opposée.

[92] Le projet de loi, et notamment cette disposition habilitante, ayant été adoptés par la Chambre des communes, les représentants de l'industrie ont présenté d'autres observations, au mois de janvier 1993, devant le Comité du Sénat qui était chargé d'examiner ce projet de loi. Des rencontres ont également eu lieu à ce moment-là entre l'ACFPP et un sous-ministre de la Santé nationale et du Bien-être social, au cours desquelles on a affirmé que le gouvernement avait l'intention de consulter l'industrie avant d'édicter le règlement d'application.

[93] Dans une lettre datée du 5 février 1993 adressée au président de l'ACFPP, M. Kay, le nouveau ministre de la Consommation et des Affaires commerciales, M. Vincent, a réitéré les motifs pour lesquels le projet de loi C-91 avait été modifié, modification à laquelle l'ACFPP s'était opposée. Il a expliqué que le projet de règlement était fondé sur la nécessité de minimiser le préjudice que les titulaires de brevet pourraient par ailleurs subir par suite des dispositions permettant aux sociétés fabricant des médicaments génériques d'utiliser le produit breveté afin d'obtenir un ADC et de stocker le produit en attendant l'expiration du brevet. À la fin de sa lettre, l'auteur disait ce qui suit: [TRA-DUCTION] «Soyez assuré que vous serez consulté avant la prise d'un tel règlement.»

[94] Le 15 février 1993, le projet de loi C-91 est entré en vigueur sous le titre de *Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets*, à l'exception de l'article 55.2, qui renferme la disposition controversée autorisant la prise de règlements. Cette disposition est entrée en vigueur le 12 mars 1993, en même temps que le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, par lequel était créé le régime législatif établissant un lien entre la protection des droits de brevet et la délivrance d'un ADC. Malgré l'assurance que le ministre avait donnée dans sa lettre du 5 février 1993, l'ACFPP n'a pas été consultée au sujet du contenu du Règlement avant qu'il soit édicté.

[95] The Regulatory Impact Analysis Statement issued with the Regulations stated that, while the principal stakeholders had been consulted on the principle of Bill C-91, “given the importance of quickly giving effect to the new statute” there had been no consultation on the text of the Regulations prior to their coming into force. Under the Federal Regulatory Plan early notice of regulations is normally given so that those interested may comment on them before they are promulgated. However, since these Regulations were new, the Government undertook to consult on their operation and to refine them if and as necessary.

[96] Over the next few years there were extensive consultations with industry members and their representative associations. As a result of the experience obtained from the operation of the Regulations and, no doubt, from the consultations, extensive amendments were made to the Regulations, which came into force in 1998 as the *Regulations Amending the Patented Medicines, (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/98-166.

[97] Among other things, the amendments which, for the most part, favoured generic drug manufacturers, reduced from 30 months to 24 months the automatic stay on the grant of an NOC that comes into effect when a proceeding for a prohibition is instituted: subsection 6(2) of the 1998 Regulations, amending paragraph 7(1)(e) of the 1993 Regulations. The statutorily imposed stay is the aspect of the Regulations that generic drug manufacturers believe to be perhaps most damaging to their interests.

[98] While of a relatively technical nature, these amendments cumulatively may have mitigated the adverse impact that the statutory linkage of patent protection and regulatory approval had on generic manufacturers. Nonetheless, the essential principle and general design of the scheme remained in place.

[95] Le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation publié avec le Règlement disait que les principaux intéressés avaient été consultés au sujet du principe sur lequel le projet de loi C-91 était fondé, mais que «comme il [était] important de mettre le règlement en vigueur rapidement pour appliquer la nouvelle loi», il n'y avait pas eu de consultation au sujet du texte du Règlement avant son entrée en vigueur. En vertu des Projets de réglementation fédérale, un préavis est normalement donné de façon que les intéressés puissent faire connaître leurs commentaires avant qu'un règlement soit promulgué. Toutefois, étant donné que ce règlement était nouveau, le gouvernement s'est engagé à procéder à une consultation au sujet de son application, en remaniant le Règlement au besoin.

[96] Au cours des années suivantes, il y a eu de longues consultations avec les membres de l'industrie et les associations qui les représentaient. Par suite de l'expérience acquise grâce à l'application du Règlement et, sans doute, grâce aux consultations, des modifications importantes ont été apportées au Règlement, lesquelles sont entrées en vigueur en 1998 sous le titre *Règlement modifiant le Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/98-166.

[97] Entre autres choses, les modifications qui, en général, favorisaient les fabricants de médicaments génériques, ramenaient de 30 à 24 mois la période de suspension automatique de la délivrance d'un ADC qui s'applique lorsque des procédures d'interdiction sont engagées: paragraphe 6(2) du Règlement de 1998, modifiant l'alinéa 7(1)e) du Règlement de 1993. La suspension imposée par la loi constitue l'aspect du Règlement qui, selon les fabricants de médicaments génériques, porte peut-être le plus atteinte à leurs intérêts.

[98] Tout en étant d'une nature relativement technique, ces modifications, considérées dans leur ensemble, peuvent avoir mitigé les répercussions défavorables que le lien établi par la loi entre la protection fournie par un brevet et l'approbation réglementaire avaient pour les fabricants de médicaments génériques. Néanmoins, le principe essentiel et la conception générale du régime législatif sont encore les mêmes.

(ii) Subordinate legislation and legitimate expectations

[99] There is an easy answer to the question of whether the 1993 Regulations are invalid because they were enacted without the consultation that the CDMA had been promised by the Minister. It is that, in the absence of any statutory requirement of consultation prior to the promulgation of regulations, the duty of fairness is the only legal source for a legal obligation to consult.

[100] However, the duty of fairness does not apply to the exercise of powers of a legislative nature (*Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735), including regulations that apply to a particular industry (*Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 247 (C.A.), leave to appeal refused [1994] 2 S.C.R. vi; *Carpenter Fishing Corp. v. Canada*, [1998] 2 F.C. 548 (C.A.), leave to appeal refused [1998] 2 S.C.R. vi). Accordingly, there was no legal obligation to consult with the CDMA prior to the enactment of the 1993 Regulations.

[101] Nor, according to this argument, could the Minister's undertaking to consult attract a legal duty to do so. This is because the basis of such a duty could only be that it created a legitimate expectation of consultation and, since this doctrine is no more than an aspect of the duty of fairness, it can have no application to the exercise of a power to which the duty itself does not apply.

[102] Indeed, in *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at pages 557-560, it was specifically said that the doctrine of legitimate expectations has no application to the exercise of legislative powers. In addition, in *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170, at page 1204, the Court rejected a challenge to the validity of municipal bylaws that was based on an allegation that they were passed in breach of a legitimate expectation of prior consultation.

(ii) La législation subordonnée et l'expectative légitime

[99] Il est facile de répondre à la question de savoir si le Règlement de 1993 est invalide du fait qu'il a été édicté sans que l'ACFPP soit consultée comme le ministre l'avait promis. En l'absence d'une exigence légale prévoyant la consultation avant la promulgation d'un règlement, l'obligation d'équité constitue l'unique source juridique de l'obligation légale de consultation.

[100] Toutefois, l'obligation d'équité ne s'applique pas à l'exercice de pouvoirs d'une nature législative (*Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735), y compris les règlements qui s'appliquent à une industrie particulière (*Assoc. canadienne des importateurs réglementés c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 247 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée [1994] 2 R.C.S. vi; *Carpenter Fishing Corp. c. Canada*, [1998] 2 C.F. 548 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée [1998] 2 R.C.S. vi). Par conséquent, il n'existait aucune obligation légale de consulter l'ACFPP avant que le Règlement de 1993 soit édicté.

[101] Selon cet argument, l'engagement pris par le ministre ne pouvait pas non plus donner naissance à une obligation légale de consultation, et ce, parce que pareille obligation pourrait uniquement être fondée sur le fait qu'elle créait une expectative légitime de consultation; or, puisque cette théorie ne constitue qu'un aspect de l'obligation d'équité, elle ne peut pas s'appliquer à l'exercice d'un pouvoir auquel l'obligation elle-même ne s'applique pas.

[102] De fait, dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, aux pages 557 à 560, il a expressément été dit que la théorie de l'expectative légitime ne s'appliquait pas à l'exercice de pouvoirs législatifs. De plus, dans l'arrêt *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170, à la page 1204, la Cour a rejeté une contestation de la validité de règlements municipaux qui était fondée sur l'allégation selon laquelle ces règlements avaient été édictés en violation d'une expectative légitime de consultation préalable.

[103] This was the ground on which the learned Motions Judge dismissed the legitimate expectation argument in the instant case. He buttressed it by noting that, in any event, the statutory power in question, namely the power to enact regulations, was conferred on the Governor in Council which itself gave no procedural undertaking to the CDMA and could not be bound by the one given by the Minister.

[104] It is settled law in Canada that the duty of fairness does not apply to the exercise of powers of a legislative nature, which would include the Regulations impugned in this case. Although they applied to a relatively small and readily identifiable group, the Regulations are at the “legislative” end of the spectrum of powers ranging from the legislative, through the administrative, to the judicial. This is because they were made under a broad statutory discretion by the Governor in Council conferred by subsection 55.2(4): “The Governor in Council may make such regulations as the Governor in Council considers necessary” [emphasis added], and are of general application to all those engaged in the pharmaceutical industry.

[105] However, it does not necessarily follow that subordinate legislation can lawfully be made in breach of a categorical and specific assurance of prior consultation given to an individual by a responsible minister of the Crown in the course of discharging departmental business. Nor, on closer examination, does the case law so provide.

[106] While in the *Canada Assistance Plan* case, *supra*, the Supreme Court of Canada clearly reiterated (at page 558) the orthodox position that the duty of fairness does not apply to legislative powers so as to require prior notice before their exercise, that case does not, in my opinion, also support the view that the legitimate expectations doctrine is equally inapplicable.

[103] Tel était le motif pour lequel, en l’espèce, le juge des requêtes a rejeté l’argument fondé sur l’expectative légitime. Le juge a étayé sa conclusion en faisant remarquer que, de toute façon, le pouvoir en question conféré par la loi, soit le pouvoir de prendre des règlements, avait été conféré au gouverneur en conseil, qui n’avait lui-même pris aucun engagement procédural envers l’ACFP et qui ne pouvait pas être lié par l’engagement pris par le ministre.

[104] Il est bien établi au Canada que l’obligation d’équité ne s’applique pas à l’exercice de pouvoirs d’une nature législative, ce qui comprendrait le Règlement contesté en l’espèce. Le Règlement s’appliquait à un groupe relativement restreint et facilement identifiable, mais il se situe à l’extrémité «législative» du spectre des pouvoirs, qui s’étend des pouvoirs législatifs aux pouvoirs judiciaires, en passant par les pouvoirs administratifs. Il en est ainsi parce que le Règlement a été pris en vertu du vaste pouvoir discrétionnaire conféré au gouverneur en conseil par le paragraphe 55.2(4): «*The Governor in Council may make such regulations as the Governor in Council considers necessary*» [non souligné dans l’original], «le gouverneur en conseil peut prendre des règlements» dans la version française et qu’il s’applique d’une façon générale à toutes les personnes en cause dans l’industrie pharmaceutique.

[105] Toutefois, il ne s’ensuit pas nécessairement qu’un règlement puisse licitement être pris en violation d’une assurance catégorique précise de consultation préalable donnée par un ministre responsable dans l’exercice de fonctions ministérielles. Ce n’est pas non plus ce que prévoit la jurisprudence, si on l’examine de plus près.

[106] Dans le *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada*, précité, la Cour suprême du Canada a clairement repris (à la page 558) la position orthodoxe selon laquelle l’obligation d’équité ne s’applique pas aux pouvoirs législatifs de façon à exiger qu’un avis soit donné avant que pareils pouvoirs soient exercés, mais à mon avis, cet arrêt n’étaye pas la thèse selon laquelle la théorie de l’expectative légitime ne s’applique pas elle non plus.

[107] The issue in that case relevant here concerned the legal effect of a breach of section 8 of the *Canada Assistance Plan*, R.S.C. 1970, c. C-1. This provided that the terms of the agreement entered into under the Plan would not be amended by the federal government except with the consent of the province, and could only be terminated by either party on the giving of twelve months' notice of an intention to terminate.

[108] The Court held that this provision did not impose a substantive fetter on the right of Parliament from time to time to pass such legislation within its constitutional powers as it thinks fit. The Court then considered whether this provision created a legitimate expectation of prior consultation before a unilateral amendment to the Plan was made, and whether the federal government acted unlawfully when it introduced legislation in Parliament to amend the funding formula without consulting the Province.

[109] The Court dismissed the argument (at pages 559-560) on the ground that, to invoke the doctrine of legitimate expectations to create a procedural entitlement in this case would unduly limit the exercise by Parliament of its power to enact legislation in the normal manner and form on matters within its constitutional competence, and thus "place a fetter on this essential feature of democracy."

[110] Similar constitutional considerations do not apply to the exercise of delegated legislative powers which is not subject to the same level of scrutiny as primary legislation that must pass through the full legislative process. Moreover, the procedural rights created by the legitimate expectations doctrine are always subject to proof that, in particular circumstances, the public interest requires that administrative action be taken promptly without complying with the promised procedures.

[111] The *Old St. Boniface* case, *supra*, might seem to be more on point because it concerned the

[107] Dans cette affaire, la question pertinente en l'espèce se rapportait à l'effet juridique de la violation de l'article 8 du *Régime d'assistance publique du Canada*, S.R.C. 1970, ch. C-1. Cette disposition prévoyait que le gouvernement fédéral ne modifierait pas les conditions de l'accord conclu dans le cadre du Régime sans le consentement de la province et que l'une ou l'autre partie ne pouvait résilier l'accord qu'après avoir donné un préavis de douze mois de son intention.

[108] La Cour suprême a statué que cette disposition n'imposait pas une restriction fondamentale au droit du législateur d'édicter de temps en temps, dans le cadre de ses pouvoirs constitutionnels, les dispositions législatives qu'il juge indiquées. La Cour s'est ensuite demandé si cette disposition créait une expectative légitime de consultation avant que le Régime soit modifié unilatéralement et si le gouvernement fédéral avait agi illicitement en présentant une loi au Parlement en vue de modifier la formule de financement sans consulter la province.

[109] La Cour suprême a rejeté l'argument (aux pages 559 et 560) pour le motif que le fait d'invoquer la théorie de l'expectative légitime en vue de créer un droit procédural dans ce cas-là limiterait indûment l'exercice par le législateur du pouvoir qu'il possédait d'édicter, selon les modalités et dans la forme normales, une loi portant sur des questions relevant de sa compétence constitutionnelle et, par conséquent, que cela «aurait pour effet d'imposer une restriction à ce trait essentiel de la démocratie».

[110] Des considérations constitutionnelles similaires ne s'appliquent pas à l'exercice de pouvoirs législatifs délégués qui ne sont pas assujettis au même degré d'examen qu'un texte de loi principal qui doit être soumis au processus législatif complet. En outre, les droits procéduraux créés par la théorie de l'expectative légitime sont toujours assujettis à la preuve selon laquelle, dans des circonstances particulières, l'intérêt public exige que des mesures administratives soient prises promptement sans que les procédures promises soient observées.

[111] L'arrêt *Vieux St-Boniface*, précité, pourrait sembler plus pertinent parce qu'il se rapportait à un

enactment by a municipality of zoning bylaws which, like regulations, are a species of delegated legislation. However, in dismissing the argument that a promise by a committee Chair of further consultation created a legitimate expectation, the Court emphasized (at page 1204) the presence of a procedural code specifically created by the statute for the enactment of zoning bylaws. For the courts to add to this process through the doctrine of fairness, by way of the legitimate expectations doctrine, would be both unnecessary for achieving fairness and inconsistent with the statutory procedural scheme which was “an elaborate structure designed to enable all those affected not only to be consulted but to be heard.”

[112] In contrast, there are no statutory provisions requiring consultation with those interested before regulations are enacted under the *Patent Act*. There is no reason, therefore, why, to borrow the words of Sopinka J. in *Old St. Boniface, supra* (at page 1204), the Court in this case should not, supply

. . . the omission where, based on the conduct of the public official, a party has been led to believe that his or her rights would not be affected without consultation.

[113] Nor do I think that *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 is opposed to the application of the legitimate expectations doctrine to delegated legislative powers so as to require prior consultation before they may be validly exercised. In that case L’Heureux-Dubé J. stated (at page 839, paragraph 26), that in Canada a legitimate expectation can increase the procedural content of the duty of fairness beyond that which it would otherwise have had. I infer from the context in which this statement was made that L’Heureux-Dubé J. simply intended to make it clear that in our law the doctrine does not give rise to substantive rights, contrary, for example, to the position recently taken in England by the Court of Appeal in the important case of *Coughlan v. North and East Devon Health Authority*, [1999] E.W.J. No. 3774 (C.A.) (QL).

règlement de zonage municipal qui, comme un règlement, relève de la législation déléguée. Toutefois, en rejetant l’argument selon lequel une promesse faite par le président d’un comité au sujet de consultations additionnelles créait une expectative légitime, la Cour suprême a mis l’accent (à la page 1204) sur l’existence d’un code de procédure expressément créé par la loi aux fins de l’adoption de règlements de zonage. Pour assurer l’équité, il ne serait pas nécessaire que les tribunaux ajoutent la théorie de l’équité à ce processus, au moyen de la théorie de l’expectative légitime; cela ne serait pas non plus conforme au régime procédural prévu par la loi, lequel constituait «un ensemble complexe destiné à permettre que toutes les personnes concernées soient non seulement consultées mais aussi entendues».

[112] Par contre, aucune disposition législative n’exige la consultation des intéressés avant qu’un règlement soit pris en vertu de la *Loi sur les brevets*. Il n’existe donc aucune raison pour laquelle, et je reprends ce qu’a dit le juge Sopinka dans l’arrêt *Vieux St-Boniface*, précité (à la page 1204), la Cour ne devrait pas en l’espèce suppléer à

[. . .] l’omission dans un cas où, par sa conduite, un fonctionnaire public a fait croire à quelqu’un qu’on ne toucherait pas à ses droits sans le consulter.

[113] Je ne crois pas non plus que l’arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, empêche l’application de la théorie de l’expectative légitime aux pouvoirs législatifs délégués, de façon à exiger qu’il y ait consultation avant que ces pouvoirs puissent être validement exercés. Dans cet arrêt, le juge L’Heureux-Dubé a dit (à la page 839, paragraphe 26) qu’au Canada, une expectative légitime peut accroître le contenu procédural de l’obligation d’équité au-delà du contenu qu’elle aurait par ailleurs eu. Étant donné le contexte dans lequel cette remarque a été faite, je déduis que le juge L’Heureux-Dubé voulait simplement dire que, dans notre droit, la doctrine ne donne pas naissance à des droits fondamentaux, contrairement par exemple à la position qui a récemment été prise en Angleterre par la Cour d’appel dans l’arrêt important *Coughlan v. North and East Devon Health Authority*, [1999] E.W.J. n° 3774 (C.A.) (QL).

[114] Hence, I do not interpret L'Heureux-Dubé J. also to be saying that a representation that a person will have an opportunity to participate can never give rise to a legitimate expectation of participatory rights in respect of administrative action to which the duty of fairness would not otherwise apply. Indeed, later in the same paragraph (at page 840), L'Heureux-Dubé J. committed herself to the general proposition that the doctrine of legitimate expectations is based on the premise that it is generally unfair for decision makers to go back on a procedural undertaking. She did not limit this statement of principle to instances where the effect of applying the legitimate expectations doctrine is simply to enhance the content of the duty of fairness in a situation where it would otherwise have imposed some, but lesser, participatory rights.

[115] Indeed, there are decisions holding that the doctrine of legitimate expectations may apply to a public authority that represents that it will follow a certain procedure before exercising a power to which the duty of fairness would probably not otherwise extend, including those of a policy or legislative nature. See, for example, *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, *supra*; *Lehndorff United Properties (Canada) Ltd. et al. v. Edmonton (City)* (1993), 146 A.R. 37 (Q.B.) and cases cited therein, *aff'd* on other grounds (1994), 157 A.R. 169 (C.A.), leave to appeal refused [1995] 2 S.C.R. vii; *Bezaire v. Windsor Roman Catholic Separate School Board* (1992), 9 O.R. (3d) 737 (Div. Ct.).

[116] However, not all decisions point in this direction: see, for example, *Sunshine Coast Parents for French v. School District No. 46 (Sunshine Coast)* (1990), 44 Admin. L.R. 252 (B.C.S.C.), which has been the subject of trenchant criticism: see David J. Mullan, "Confining the Reach of Legitimate Expectations: Case Comment: *Sunshine Coast Parents for French v. School District No. 46 (Sunshine Coast)*" (1991), 44 Admin. L.R. 245.

[114] Je n'interprète donc pas non plus les remarques du juge L'Heureux-Dubé comme voulant dire que la déclaration selon laquelle une personne aura la possibilité de participer à un processus ne peut jamais donner naissance à une expectative légitime, en ce qui concerne la prise de mesures administratives auxquelles l'obligation d'équité ne s'appliquerait par ailleurs pas. De fait, plus loin dans le même paragraphe (à la page 840), le juge L'Heureux-Dubé a reconnu la thèse générale selon laquelle la théorie de l'expectative légitime est fondée sur la prémisse voulant qu'il soit en général inéquitable pour les décideurs de ne pas donner suite à un engagement procédural. Le juge n'a pas limité cet énoncé de principe aux cas dans lesquels l'application de la théorie de l'expectative légitime a simplement pour effet d'augmenter le contenu de l'obligation d'équité dans une situation où cette obligation aurait par ailleurs comporté certains droits de participation qui ne seraient toutefois pas aussi étendus.

[115] De fait, dans certaines décisions, il a été statué que la théorie de l'expectative légitime peut s'appliquer à une autorité publique qui déclare qu'elle suivra une certaine procédure avant d'exercer un pouvoir auquel l'obligation d'équité ne s'appliquerait par ailleurs probablement pas, y compris les pouvoirs d'une nature politique ou législative. Voir, par exemple, *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, précité; *Lehndorff United Properties (Canada) Ltd. et al. v. Edmonton (City)* (1993), 146 A.R. 37 (B.R.) et les décisions qui y sont citées, *conf.* pour d'autres motifs par (1994), 157 A.R. 169 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée [1995] 2 R.C.S. vii; *Bezaire v. Windsor Roman Catholic Separate School Board* (1992), 9 O.R. (3d) 737 (C. Div.).

[116] Toutefois, les décisions ne confirment pas toutes ce point de vue: voir, par exemple, la décision *Sunshine Coast Parents for French v. School District No. 46 (Sunshine Coast)* (1990), 44 Admin. L.R. 252 (C.S.C.-B.), qui a fait l'objet de critiques tranchantes: voir David J. Mullan, «Confining the Reach of Legitimate Expectations: Case Comment: *Sunshine Coast Parents for French v. School District No. 46 (Sunshine Coast)*» (1991), 44 Admin. L.R. 245.

[117] It is also of interest that other common law jurisdictions have been prepared to apply the legitimate expectations doctrine in its procedural sense to the exercise of rule-making powers, especially when, as here, the delegated legislation applies most immediately to a defined group, even though, like Canada, these jurisdictions do not normally apply the duty of fairness to legislative powers or policy-based decisions: see, for example, *Regina v. Liverpool Corpn., Ex parte Liverpool Taxi Fleet Operators' Association*, [1972] 2 Q.B. 299 (C.A.); *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] A.C. 374 (H.L.); *R. v. Lord Chancellor's Department, ex parte Law Society* (Q.B.D. Crown Office List; June 22, 1993; CO/991/93); Philip A. Joseph, *Constitutional and Administrative Law in New Zealand* (Sydney, N.S.W.: Law Book Co., 1993), at pages 754-756.

[118] There is also impressive support in the secondary literature for the proposition that the creation of a legitimate expectation of consultation should limit the general principle that the duty of fairness does not apply to the exercise of powers of a legislative nature: see, for example, David J. Mullan, "Canada Assistance Plan—Denying Legitimate Expectation a Fair Start?" (1993), 7 *Admin. L.R.* (2d) 269, and the particularly valuable analysis by Joan G. Small, "Legitimate Expectations, Fairness and Delegated Legislation" (1995), 8 *C.J.A.L.P.* 129.

[119] A somewhat different view is advanced by David Wright, "Rethinking the Doctrine of Legitimate Expectations in Canadian Administrative Law" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 139, at pages 188-193, where the author argues that the essential problem with the common law in this area is its unnuanced refusal to extend the duty of fairness, so as to confer on those affected a general right to participate in the legislative process prior to the enactment of delegated legislation or the making of other policy-based decisions.

[120] To impose a duty on rule makers to consult, or to engage in some other form of public participation only when a legitimate expectation of a procedural

[117] Il est également intéressant de noter que dans d'autres ressorts de common law, on est prêt à appliquer à l'exercice de pouvoirs de réglementation la théorie de l'expectative légitime au sens procédural du terme, en particulier lorsque, comme en l'espèce, le règlement s'applique directement à un groupe déterminé, et ce, même si, comme au Canada, on n'applique normalement pas l'obligation d'équité aux pouvoirs législatifs ou aux décisions de principe; voir, par exemple, *Regina v. Liverpool Corpn., Ex parte Liverpool Taxi Fleet Operators' Association*, [1972] 2 Q.B. 299 (C.A.); *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] A.C. 374 (H.L.); *R. v. Lord Chancellor's Department, ex parte Law Society* (Q.B.D. Crown Office List; 22 juin 1993; CO/991/93); Philip A. Joseph, *Constitutional and Administrative Law in New Zealand* (Sydney, N.S.W.: Law Book Co., 1993), aux pages 754 à 756.

[118] La doctrine complémentaire étaye également d'une façon impressionnante la thèse selon laquelle la création d'une expectative légitime de consultation devrait limiter le principe général selon lequel l'obligation d'équité ne s'applique pas à l'exercice de pouvoirs d'une nature législative: voir, par exemple, David J. Mullan, «Canada Assistance Plan—Denying Legitimate Expectation a Fair Start?» (1993), 7 *Admin. L.R.* (2d) 269, ainsi que l'analyse particulièrement utile que Joan G. Small a effectuée dans «Legitimate Expectations, Fairness and Delegated Legislation» (1995), 8 *C.J.A.L.P.* 129.

[119] Une opinion quelque peu différente est exprimée par David Wright, «Rethinking the Doctrine of Legitimate Expectations in Canadian Administrative Law» (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 139, aux pages 188 à 193, où l'auteur soutient que le problème essentiel que pose la common law dans ce domaine est le refus catégorique d'étendre l'obligation d'équité de façon à conférer aux intéressés le droit général de participer au processus législatif avant la prise d'un règlement ou d'autres décisions de principe.

[120] Wright soutient qu'imposer aux organismes de réglementation l'obligation de consulter, ou l'obligation de faire participer le public sous quelque autre

nature has been created as a result of the conduct of officials, Wright argues, is an oblique and incomplete solution to the more basic problem: the failure of the law to strengthen the democratic legitimacy of delegated legislation by imposing through the common law duty of fairness a process in which those interested are entitled to participate.

[121] However, in my view the interests protected by the doctrine of legitimate expectations are not the same as those protected by a general duty to afford an opportunity to those affected to participate in the rule-making exercise. The bases of this latter duty are the democratic values of accountability, the claim of the governed to attempt to influence the content of the law to which they will be subject, and the belief that a better considered measure is likely to emerge from a consultative process. In contrast, holding government to a procedural undertaking that was solemnly given on its behalf to an individual is more a matter of individual justice.

[122] When a legitimate expectation arises from an agency's past practice, or non-statutory procedural guidelines, it serves to preclude procedural arbitrariness, not the actual expectation of the individual who may have been unaware of its existence. However, where the legitimate expectation arises from a promise or undertaking, categorically and specifically given to an individual or a defined group, the rationale for holding the government to it derives from the individual's reliance interest or, in the absence of a detrimental reliance, from the individual's right to expect that, in the absence of a compelling reason for not so doing, the government will act with basic decency by keeping promises that it makes to individuals.

[123] The interests underlying the legitimate expectations doctrine are the non-discriminatory application in public administration of the procedural norms established by past practice or published guidelines, and the protection of the individual from an abuse of power

forme, uniquement lorsqu'une expectative légitime a été créée, sur le plan de la procédure, par suite de la conduite de ces organismes est une façon indirecte et incomplète de résoudre le problème fondamental, à savoir le fait que le droit ne renforce pas la légitimité démocratique de la législation déléguée en imposant, au moyen de l'obligation d'équité qui existe en common law, un processus auquel les intéressés ont le droit de participer.

[121] Toutefois, à mon avis, les droits protégés par la théorie de l'expectative légitime ne sont pas les mêmes que ceux qui sont protégés par l'obligation générale de donner aux intéressés la possibilité de participer à l'élaboration de règlements. Cette dernière obligation est fondée sur les valeurs démocratiques de l'obligation de rendre compte, sur le fait que les citoyens cherchent à influencer sur le contenu du droit qui les régit et sur la conviction selon laquelle un processus consultatif est susceptible d'entraîner la prise de mesures plus réfléchies. Par contre, le fait de tenir le gouvernement responsable d'un engagement procédural qui a solennellement été pris pour son compte envers un individu est davantage une question de justice individuelle.

[122] Lorsqu'elle découle de la pratique passée d'un organisme, ou de lignes directrices procédurales non prévues par la loi, l'expectative légitime sert à empêcher la partialité procédurale, et non pas à faire obstacle à une expectative réelle de la part d'un individu qui n'était peut-être pas au courant de la situation. Toutefois, lorsque l'expectative légitime découle d'une promesse ou d'un engagement qui a catégoriquement et expressément été donné à un individu ou à un groupe déterminé, le gouvernement est tenu responsable en raison du droit de l'individu de faire confiance ou, à défaut de confiance préjudiciable, parce que l'individu a le droit de s'attendre à ce que le gouvernement respecte les règles élémentaires de la décence en tenant ses promesses, à moins qu'il n'existe un motif impérieux de ne pas le faire.

[123] Les droits sous-tendant la théorie de l'expectative légitime se rapportent à l'application non discriminatoire, au sein de l'administration publique, des normes procédurales établies par la pratique passée ou par des lignes directrices publiées, et à la protection de

through the breach of an undertaking. These are among the traditional core concerns of public law. They are also essential elements of good public administration. In these circumstances, consultation ceases to be a matter only of political process, and hence beyond the purview of the law, but enters the domain of judicial review.

[124] Accordingly, in my view the legitimate expectations doctrine is not simply a branch of the duty of fairness, in the sense that it serves the same purposes as the participatory rights conferred by the duty of fairness. Hence, there is no reason to limit its reach to the exercise of statutory powers to which the duty applies.

[125] On the other hand, as with the duty of fairness, a breach will lead to the imposition of procedural duties, generally of a participatory nature, on the person or body empowered to take some administrative action, rather than requiring a particular substantive outcome to the exercise of power. Indeed, when in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, *supra*, at page 839, paragraph 26, the Supreme Court of Canada recently located the legitimate expectations doctrine within the duty of fairness it was in response to an argument that a person may have a legitimate expectation of receiving a substantive, and not merely a procedural benefit. And, in the *Canada Assistance Plan* case, *supra*, the Court's concern was to preserve the sovereignty of Parliament from the imposition of novel manner and form requirements on the enactment of legislation. However, in *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, *supra*, where no contrast was made with substantive rights, it was said only that, as developed in the English cases, the legitimate expectations doctrine was an extension of the duty of fairness.

[126] Therefore, in the absence of binding authority to the contrary, I conclude that the doctrine of

l'individu contre l'abus de pouvoir résultant de la violation d'un engagement. Telles sont les préoccupations traditionnelles fondamentales qui existent en droit public. Ce sont également les éléments essentiels d'une administration publique saine. Dans ces conditions, la consultation cesse d'être uniquement une question de processus politique ne relevant donc pas du droit, et entre dans la sphère du contrôle judiciaire.

[124] À mon avis, la doctrine de l'expectative légitime ne constitue donc pas simplement un volet de l'obligation d'équité, en ce sens qu'elle sert aux mêmes fins que les droits de participation conférés par l'obligation d'équité. Il n'y a donc pas lieu de limiter sa portée à l'exercice des pouvoirs reconnus par la loi auxquels l'obligation s'applique.

[125] D'autre part, comme c'est le cas pour l'obligation d'équité, une violation entraînera l'imposition d'obligations procédurales, en général sur le plan de la participation, à la personne ou à l'organisme autorisé à prendre des mesures administratives, plutôt que d'exiger que l'exercice d'un pouvoir donne un résultat substantiel particulier. De fait, lorsque, dans le récent arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, à la page 839, paragraphe 26, la Cour suprême du Canada a considéré la théorie de l'expectative légitime comme faisant partie de l'obligation d'équité en réponse à l'argument selon lequel une personne est en droit de s'attendre à bénéficier d'un avantage quant au fond, et non simplement sur le plan de la procédure. Et dans l'arrêt *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada*, précité, la Cour cherchait à protéger la souveraineté du Parlement contre l'imposition d'exigences nouvelles auxquelles l'adoption d'une loi devait satisfaire, relativement aux modalités et à la forme. Toutefois, dans l'arrêt *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, précité, où aucune comparaison n'a été faite avec les droits fondamentaux, il a uniquement été dit que la théorie de l'expectative légitime, telle qu'elle avait été élaborée dans les arrêts anglais, était une extension de l'obligation d'équité.

[126] Par conséquent, en l'absence d'arrêts contraires faisant autorité, je conclus que la théorie de l'expecta-

legitimate expectations applies in principle to delegated legislative powers so as to create participatory rights when none would otherwise arise, provided that honouring the expectation would not breach some other legal duty, or unduly delay the enactment of regulations for which there was a demonstrably urgent need (see *R. v. Lord Chancellor's Department, ex parte Law Society* (Q.B.D. Crown Office List; June 22, 1993; CO/991/93)).

[127] A court may set aside, or declare invalid, subordinate legislation made in breach of a legal duty to consult: *R v Secretary of State for Health, ex p US Tobacco International Inc.*, [1992] 1 All ER 212 (Q.B.D.), at page 225. For this purpose it should not matter whether the duty arose from statute or by virtue of a promise that created a legitimate expectation of consultation. It remains to consider whether a legitimate expectation arose on the facts of this case and, if it did, whether the Regulations were enacted in breach of it.

(iii) Did a legitimate expectation arise on these facts?

[128] Whether a promise by a public official or body that consultation will precede administrative action gives rise to a legitimate expectation that attracts a legal obligation to consult depends on the surrounding facts. The question has both factual and normative aspects: would a reasonable person think that the promise was serious, and should a reasonable person be entitled so to think?

[129] On the facts of this case, I have no doubt that the words used were capable of creating a legitimate expectation that the Minister would consult the CDMA before any regulations made under subsection 55.2(4) came into effect. This is because of the specific and categorical nature of the assurance of consultation, given in a letter written by the Minister responsible for the development of regulations in response to the

tive légitime s'applique en principe aux pouvoirs législatifs délégués de façon à créer des droits de participation dans des circonstances où aucun droit de ce genre n'aurait par ailleurs pris naissance, à condition que le fait de respecter l'expectative ne viole pas certaines autres obligations légales ou ne retarde pas indûment la prise de règlements à l'égard desquels l'existence d'un besoin urgent est démontrée (voir *R. v. Lord Chancellor's Department, ex parte Law Society* (Q.B.D. Crown Office List; 22 juin 1993; CO/991/93)).

[127] Un tribunal peut annuler, ou déclarer invalide, un règlement qui viole l'obligation légale de consultation: *R v Secretary of State for Health, ex p US Tobacco International Inc.*, [1992] 1 All ER 212 (Q.B.D.), à la page 225. C'est pourquoi il ne devrait pas importer que l'obligation découle de la loi ou d'une promesse ayant pour effet de créer une expectative légitime de consultation. Il reste à savoir si, eu égard aux faits de la présente espèce, il y avait une expectative légitime et, dans l'affirmative, si le Règlement a été pris en violation de cette expectative.

(iii) Eu égard aux faits, existait-il une expectative légitime?

[128] La question de savoir si une promesse faite par un fonctionnaire ou par un organisme public, selon laquelle il y aura consultation avant qu'une mesure administrative soit prise, crée une expectative légitime donnant naissance à l'obligation légale de consultation dépend des faits de l'affaire. La question comporte des aspects tant factuels que normatifs: une personne raisonnable croirait-elle qu'il s'agit d'une promesse sérieuse, ou une personne raisonnable devrait-elle avoir le droit de croire qu'il s'agit d'une promesse sérieuse?

[129] Eu égard aux faits de la présente affaire, je ne doute aucunement que le libellé de la lettre permettait légitimement de croire que le ministre consulterait l'ACFPP avant qu'un règlement pris en vertu du paragraphe 55.2(4) entre en vigueur, et ce, en raison de la nature précise et catégorique de l'assurance donnée au sujet de la consultation, laquelle avait été donnée dans une lettre rédigée par le ministre respon-

concerns expressed by the Association in the course of discussions about the course on which the Government appeared set.

[130] I do not think that it is necessary for the Minister to have gone further in the letter by, for example, proposing a timetable for the consultation process. I note that in the *Liverpool Taxi* case, *supra*, a legitimate expectation was held to have been created when the town clerk wrote to the solicitors of the taxi owners' association that, before a decision was taken to increase the number of licences available, "you have my assurance that interested parties would be fully consulted." A similar assurance was given orally by the chair of the relevant committee of the municipal council.

[131] In my opinion, Canadians would expect, and are entitled to expect, that a clear and unequivocal undertaking of consultation, given in writing to an individual or an association by a minister of the Crown, will be honoured, in the absence of some compelling reason for not so doing.

[132] There is, however, another aspect of the legitimacy of the expectation to be addressed: can an undertaking given by a minister that there will be consultation prior to the enactment of regulations give rise to a legitimate expectation when the Governor in Council, not the minister, has the statutory authority to make the regulations in question?

[133] Not surprisingly, there is no evidence that the Governor in Council expressly delegated to the Minister of Consumer and Corporate Affairs the authority to impose procedural restrictions on the exercise of the Cabinet's regulation-making power. Nonetheless, when the promise of prior consultation is made by the minister with primary responsibility for developing regulations and bringing them before Cabinet, a citizen may reasonably assume that in so doing the minister is acting within his or her authority, whether express or implied. Accordingly, it may be open to those to whom the promise was made to seek

sable de l'élaboration des règlements en réponse aux préoccupations exprimées par l'Association au cours des discussions qui avaient eu lieu au sujet de la conduite que le gouvernement semblait vouloir adopter.

[130] À mon avis, le ministre n'avait pas à aller plus loin dans sa lettre, par exemple, en proposant un calendrier aux fins du processus de consultation. Je remarque que dans le jugement *Liverpool Taxi*, précité, il a été statué qu'une expectative légitime avait été créée lorsque le secrétaire municipal avait assuré par écrit aux avocats de l'association des propriétaires de taxis qu'avant qu'une décision soit prise au sujet de l'augmentation du nombre de permis disponibles, les intéressés seraient pleinement consultés». Le président du comité responsable du conseil municipal avait oralement donné une assurance similaire.

[131] À mon avis, les Canadiens s'attendraient, et ils ont le droit de s'attendre, à ce qu'un engagement clair et non équivoque de consultation qu'un ministre donne par écrit à un individu ou à une association soit respecté à moins qu'il n'existe des motifs impérieux de ne pas le faire.

[132] Toutefois, il faut examiner un autre aspect de la légitimité de l'expectative: un engagement pris par un ministre selon lequel il y aura consultation avant qu'un règlement soit pris peut-il donner lieu à une expectative légitime lorsque c'est le gouverneur en conseil, plutôt que le ministre, qui est autorisé par la loi à prendre le règlement en question?

[133] Comme on peut s'y attendre, rien ne montre que le gouverneur en conseil ait expressément délégué au ministre de la Consommation et des Affaires commerciales le pouvoir d'imposer des restrictions procédurales à l'exercice du pouvoir de réglementation du cabinet. Néanmoins, lorsque la promesse de consultation préalable est faite par le ministre qui est le principal responsable de l'élaboration des règlements et de leur soumission au cabinet, un citoyen peut raisonnablement supposer que, ce faisant, le ministre agit dans les limites de ses attributions, expresses ou implicites. Par conséquent, il peut être loisible aux

judicial review to prevent the minister from taking proposed regulations to Cabinet until the promised consultation has occurred.

[134] In this case, however, the Cabinet has already approved the regulations, and the question is whether their validity can be impugned because they were enacted in the absence of the consultation that the minister promised. In my view, it cannot. If the Cabinet enacts regulations in ignorance of an undertaking of consultation given by a minister, it would not seem to me to have abused its statutory power. And, given the legal protection afforded by the law to the confidentiality of cabinet proceedings and the narrow grounds on which the courts review the exercise of powers by the Cabinet, it would be impermissible for a court to enquire into the state of knowledge possessed by members of the Cabinet about prior procedural assurances given by a minister in order to determine whether otherwise valid regulations were knowingly enacted in breach of a ministerial undertaking.

[135] Hence, in my view, the Minister's assurance did not create in the CDMA a legitimate expectation of consultation that, if breached, would invalidate Regulations enacted by the Cabinet without the promised consultation. This is sufficient to dispose of the challenge to the validity of the NOC Regulations based on the legitimate expectations doctrine. However, I should also consider another argument advanced before us, namely, that any duty to consult attracted by the Minister's undertaking was in fact discharged.

(iv) Was there sufficient consultation?

[136] An undertaking to consult prior to the enactment of delegated legislation cannot be discharged without affording the individual to whom it was given a reasonable opportunity to attempt to influence its content, especially on matters of a secondary policy or technical nature. In order to honour such an undertaking

personnes à qui la promesse a été faite de solliciter le contrôle judiciaire, de façon à empêcher le ministre de soumettre le projet de règlement au cabinet tant que la consultation promise n'a pas eu lieu.

[134] Toutefois, en l'espèce, le cabinet a déjà approuvé le Règlement; il s'agit donc de savoir si la validité du Règlement peut être contestée pour le motif qu'il a été pris sans consultation, contrairement à ce que le ministre avait promis. À mon avis, la validité du Règlement ne peut pas être contestée. Si le cabinet prend un règlement en ne sachant pas qu'un ministre s'est engagé à procéder à la consultation, il n'abuse pas du pouvoir qui lui est conféré par la loi, me semble-t-il. Et, compte tenu de la protection juridique fournie par la loi, en ce qui concerne la confidentialité des délibérations du cabinet et les motifs restreints pour lesquels les tribunaux examinent l'exercice de pouvoirs par le cabinet, il ne serait pas permis à un tribunal d'enquêter sur ce que savaient les membres du cabinet au sujet des assurances données par un ministre, sur le plan de la procédure, afin de déterminer si un règlement par ailleurs valide a sciemment été pris en violation d'un engagement ministériel.

[135] À mon avis, l'assurance donnée par le ministre ne créait donc pas d'expectative légitime de consultation de la part de l'ACFP, expectative qui, si elle n'était pas respectée, aurait pour effet d'invalider le Règlement pris par le cabinet sans que la consultation promise ait eu lieu. Cela suffit pour répondre à l'argument fondé sur la doctrine de l'expectative légitime qui a été invoqué pour contester la validité du Règlement sur les ADC. Toutefois, je dois également examiner un autre argument qui a été avancé devant nous, à savoir que toute obligation de consultation découlant de l'engagement pris par le ministre avait de fait été satisfaite.

(iv) Y a-t-il eu consultation suffisante?

[136] L'engagement de procéder à la consultation avant qu'un règlement soit pris ne peut pas être respecté sans donner à l'individu envers lequel il a été pris une possibilité raisonnable de tenter d'influer sur son contenu, en particulier en ce qui concerne des questions se rapportant à des principes secondaires ou

ing the process of consultation should generally include the disclosure of the text of the proposed regulations, together with an explanatory statement, and sufficient time for this material to be studied and a response prepared: see, for instance, *R. v. Brent London Borough Council, Ex p Gunning* (1985), 84 L.G.R. 168 (Q.B.D.).

[137] None of these elements of consultation was present in this case prior to the publication of the 1993 Regulations. However, there had been consultations between the Government and the CDMA and others on Bill C-91, including the regulation-making provision which was added only at third reading. At this point it was made clear to the CDMA that the Government intended to provide by regulations for the linkage of patent protection and the issue of NOCs.

[138] The CDMA is a sophisticated combatant in the high-stakes battles that the “generic” and “brand-name” branches of the pharmaceutical industry have waged for years, with both political and legal weaponry, over regulatory approval for new drugs and patent rights. Although the 1992 Act and the implementing Regulations undoubtedly represented a serious setback for the generic drug manufacturers, the CDMA cannot plausibly claim that the essential scheme of the 1993 Regulations came as a complete surprise.

[139] Indeed, after the addition to Bill C-91 of what became subsection 55.2(4) of the amended *Patent Act*, the PMAC, to the knowledge of the CDMA, continued to press the Government to put in place regulations that would ensure that an NOC could not be issued to a generic manufacturer in circumstances that might enable it to market a drug that infringed a patent held by a “brand-name” company. However, despite the political know-how of the CDMA, it is plausible to believe that it ceased to make further representations of its own after it received the Minister’s assurance of

des questions de nature technique. Pour que pareil engagement soit honoré, le processus de consultation doit en général inclure la communication du texte du projet de règlement ainsi que des explications, et l’on doit donner aux intéressés suffisamment de temps pour leur permettre d’étudier ce document et de préparer une réponse: voir, par exemple, *R. v. Brent London Borough Council, Ex p Gunning* (1985), 84 L.G.R. 168 (Q.B.D.).

[137] En l’espèce, aucun de ces éléments de consultation n’était présent avant la publication du Règlement de 1993. Toutefois, il y avait eu des consultations entre le gouvernement et l’ACFPP et d’autres intéressés au sujet du projet de loi C-91, et notamment au sujet de la disposition de réglementation qui n’avait été ajoutée qu’en troisième lecture. On a alors clairement fait savoir à l’ACFPP que le gouvernement avait l’intention de prévoir par règlement l’existence d’un lien entre la protection fournie par un brevet et la délivrance d’un ADC.

[138] L’ACFPP participe d’une façon experte à une lutte aux enjeux élevés entre les fabricants de «médicaments génériques» et les fabricants de «médicaments d’origine» de l’industrie pharmaceutique au sujet de l’approbation réglementaire de drogues nouvelles et des droits de brevet; cette lutte, qui se livre tant sur le plan politique que sur le plan juridique, dure depuis bien des années. La Loi de 1992 et son Règlement d’application représentaient indubitablement un recul sérieux pour les fabricants de médicaments génériques, mais l’ACFPP ne peut pas vraisemblablement alléguer que l’essentiel du régime prévu par le Règlement de 1993 l’a complètement prise par surprise.

[139] De fait, après que la disposition qui est devenue le paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets* modifiée eut été ajoutée au projet de loi C-91, l’ACIM, à la connaissance de l’ACFPP, a continué à exercer des pressions sur le gouvernement pour que celui-ci mette en place des règlements qui assureraient qu’un ADC ne puisse pas être délivré à un fabricant de produits génériques dans des circonstances qui pourraient lui permettre de commercialiser un médicament contrefaisant un brevet détenu par une société fabricant des médicaments d’origine. Toutefois, malgré

consultation. It might, for example, have been using the time to organize for the forthcoming consultations that it had been led to believe would take place.

[140] Even for a body with the knowledge, resources and experience that it is reasonable to attribute to the CDMA, there is a very big difference, especially given the technical complexity of the scheme, between being able to anticipate the general content of regulations likely to be enacted to implement known government policy, and having time to study and comment on the text of the proposed regulations and their stated rationale. Indeed, subsequent events suggest that, if consultation had occurred as promised by the Minister, it might have enabled the CDMA to persuade the Government to modify some features of the proposed regulations before their enactment by Cabinet.

[141] Accordingly, standing alone the consultation that took place before the Minister gave his assurance, and in the absence of a published text of proposed regulations, would not be sufficient to mitigate the abuse of power inherent in the failure to honour the undertaking of prior consultation.

[142] However, after the Regulations came into effect in March 1993 the CDMA, along with other members of the pharmaceutical industry, met and communicated often and at great length with the relevant ministers and their senior officials about the Regulations. And, as I have already noted, the 1993 Regulations were significantly modified in 1998.

[143] In these circumstances, it was submitted, any failure to consult on the text of the 1993 Regulations before they were enacted was effectively "cured". The Minister's promise had been so substantially performed that it would be inappropriate for the Court to invalidate complex regulations that seek to strike a

son savoir-faire politique, il est possible de croire que l'ACFPP a cessé de faire elle-même des représentations additionnelles après que le ministre lui eut assuré qu'elle serait consultée. Ainsi, l'ACFPP a peut-être utilisé ce temps pour se préparer aux fins des consultations qui, comme on le lui avait fait croire, devaient avoir lieu.

[140] Même dans le cas d'un organisme ayant les connaissances, les ressources et l'expérience qu'il est raisonnable d'attribuer à l'ACFPP, il existe une différence énorme, compte tenu en particulier de la complexité technique du régime, entre le fait d'être en mesure de prévoir le contenu général de règlements susceptibles d'être pris en vue d'assurer la mise en œuvre d'une politique gouvernementale connue et le fait d'avoir le temps d'étudier le texte du projet de règlement et son fondement déclaré et de faire des commentaires à ce sujet. De fait, les événements qui se sont ensuite produits laissent entendre que, si la consultation avait eu lieu comme le ministre l'avait promis, l'ACFPP aurait peut-être réussi à convaincre le gouvernement de modifier certains aspects du projet de règlement avant que le cabinet l'approuve.

[141] Par conséquent, considérée isolément, la consultation qui a eu lieu avant que le ministre donne son assurance et sans que le projet de règlement ait été publié, ne suffirait pas pour atténuer l'abus de pouvoir inhérent à la violation de l'engagement pris au sujet de la consultation préalable.

[142] Toutefois, après l'entrée en vigueur du Règlement, au mois de mars 1993, l'ACFPP ainsi que d'autres membres de l'industrie pharmaceutique ont rencontré les ministres concernés et les hauts fonctionnaires et ont eu avec eux des communications fréquentes et longues au sujet du Règlement. Or, comme je l'ai déjà fait remarquer, le Règlement de 1993 a été modifié en profondeur en 1998.

[143] Dans ces conditions, il a été soutenu qu'il avait de fait été «remédié» à toute omission de consulter les intéressés au sujet du texte du Règlement de 1993 avant qu'il soit pris. La promesse du ministre avait été respectée au point qu'il ne serait pas approprié pour la Cour d'invalider un règlement complexe

balance between two sets of conflicting interests: on the one hand, the commercial interests of the “brand-name” companies in protecting their proprietary rights and of the “generic” companies in competing in the market and, on the other, the public’s interests in better drugs and cheaper drugs.

[144] It goes without saying that, as a general rule, consultation will generally be more effective if it occurs well before administrative action is finalized than if it occurs after the die is cast for all practical purposes, save, perhaps, for relatively minor adjustments. Indeed, in other administrative contexts it is rare that a duty to conduct a hearing before a decision is made will be satisfied by an after-the-fact hearing by the same body. However, in our case it can be inferred from the context, including the addition of subsection 55.2(4), that the consultation promised related to the implementing details of the scheme and not to the principle of linking patent protection and regulatory approval.

[145] In my opinion, the extensive and effective consultations that occurred after 1993, and prior to the amendments of the Regulations in 1998, would make it inappropriate to declare invalid the original Regulations as amended. I am not satisfied that the procedures eventually afforded to the CDMA were so inadequate that the failure to provide an opportunity to consult at the promised time would warrant the invalidation of the Regulations as an abuse of power, especially given the CDMA’s involvement in the process before the enactment of Bill C-91, and its understanding of the issues.

[146] It is certainly possible to argue that, if the consultations had occurred when promised, many of the subsequently identified wrinkles in the 1993 Regulations would have been ironed out much earlier. On the other hand, it is also possible that the

qui vise à établir l’équilibre entre deux ensembles d’intérêts contradictoires: les intérêts commerciaux des sociétés fabricant des médicaments d’origine qui cherchent à protéger leurs droits propriétaires et les intérêts des sociétés fabricant des médicaments génériques qui veulent leur faire concurrence sur le marché d’une part, et les intérêts du public, lorsqu’il s’agit d’obtenir de meilleurs médicaments à moindres frais, d’autre part.

[144] Il va sans dire qu’en règle générale, si elle a lieu bien avant la prise de mesures administratives, la consultation est plus efficace que dans le cas où elle a lieu une fois que les dés sont à toutes fins utiles jetés, sauf peut-être pour des ajustements relativement mineurs. De fait, dans d’autres contextes administratifs, il est rare qu’un organisme satisfasse à l’obligation exigeant la tenue d’une audience préalable à la prise d’une décision en tenant pareille audience après coup. Toutefois, dans le cas qui nous occupe, le contexte, y compris l’ajout du paragraphe 55.2(4), permet de déduire que la consultation promise se rapportait aux détails de mise en œuvre du régime et non au principe de l’établissement d’un lien entre la protection fournie par un brevet et l’approbation réglementaire.

[145] À mon avis, étant donné les consultations longues et efficaces qui ont eu lieu après 1993 et avant que le Règlement ait été modifié en 1998, il ne serait pas approprié de déclarer invalide le Règlement initial tel qu’il a été modifié. Je ne suis pas convaincu que le processus dont l’ACFPP a en fin de compte pu se prévaloir ait été inadéquat au point que l’omission de donner une possibilité de consultation au moment promis permette d’invalider le Règlement pour le motif qu’un abus de pouvoir a été commis, et ce, compte tenu du fait que l’ACFPP a participé au processus avant que le projet de loi C-91 ait été adopté ainsi que de sa compréhension des questions qui se posaient.

[146] Il est certes possible de soutenir que, si les consultations avaient eu lieu au moment où on l’avait promis, un grand nombre de difficultés qui ont subsequmment été décelées dans le Règlement de 1993 auraient été aplanies beaucoup plus tôt. D’autre part,

Government was only prepared to modify the 1993 Regulations in light of several years of experience with the new scheme. Hence, whether the amendments made in 1998 following consultation with the CDMA and others would have been made earlier if the consultations had taken place as promised is a matter of mere speculation.

[147] Of course, courts do not normally determine whether a breach of the duty of fairness occurred or, if it did, whether it should result in the quashing of the decision or order concerned, by asking whether the result would have been different if the decision maker had meticulously observed the procedural proprieties: *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643.

[148] However, given the narrow grounds on which the courts have normally subjected regulations to judicial review (*Thorne's Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 106) and the realities of the political context of the consultative process, the consultations that occurred after the Regulations came into force in 1993 effectively drew the sting of the abuse of power that occurred when the Minister breached his solemn undertaking to consult prior to the enactment of the 1993 Regulations.

(v) Standing

[149] Although the point was not raised by the parties, I had some concerns about whether it was open for an intervener, the CDMA, to rely on a ground of review that was probably not available to the applicant: normally only those to whom a promise was made may rely on it as the basis for relief in an application for judicial review. And, since the CDMA is an intervener in, and not a party to, the application for judicial review, it is difficult to see how relief could be granted to the applicant, Apotex, on the basis of a defeat of the CDMA's legitimate expectation of consultation.

[150] In view of my earlier conclusion that the Minister's undertaking could not invalidate the

il se peut également que le gouvernement ait uniquement été prêt à modifier le Règlement de 1993 après avoir fait l'expérience du nouveau régime pendant plusieurs années. Par conséquent, il est loin d'être certain que les modifications qui ont été effectuées en 1998 à la suite de la consultation de l'ACFPP et d'autres intéressés auraient été effectuées plus tôt s'il y avait eu consultation, comme on l'avait promis.

[147] Bien sûr, les tribunaux ne déterminent pas normalement si l'obligation d'équité a été violée ou, dans l'affirmative, si pareille violation doit entraîner l'annulation de la décision ou de l'ordonnance en question, en cherchant à savoir quel aurait été le résultat si le décideur avait méticuleusement observé les formalités procédurales: *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643.

[148] Toutefois, compte tenu des motifs stricts pour lesquels les tribunaux exercent normalement un contrôle judiciaire lorsqu'un règlement est en cause (*Thorne's Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autre*, [1983] 1 R.C.S. 106), et du contexte politique du processus de consultation, les consultations qui ont eu lieu après l'entrée en vigueur du Règlement en 1993 ont effectivement remédié à l'abus de pouvoir résultant de la violation de l'engagement solennel que le ministre avait pris de procéder à la consultation avant que le Règlement de 1993 soit édicté.

(v) La qualité pour agir

[149] La question n'a pas été soulevée par les parties, mais je me suis demandé s'il était loisible à une intervenante, l'ACFPP, de se fonder sur un motif d'examen dont la demanderesse ne pouvait probablement pas se prévaloir: normalement, seules les personnes à qui une promesse a été faite peuvent se fonder sur cette promesse pour solliciter une réparation dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire. Or, étant donné que l'ACFPP est une intervenante dans la demande de contrôle judiciaire plutôt qu'une partie, il est difficile de voir comment une réparation pourrait être accordée à la demanderesse Apotex pour le motif que l'expectative légitime de l'ACFPP, relativement à la consultation, n'a pas été respectée.

[150] Étant donné que j'ai déjà conclu que l'engagement pris par le ministre ne pouvait pas invalider le

Regulations enacted by the Governor in Council, it is not necessary for me to provide a definitive answer to this question. However, the fact that the CDMA was given leave to intervene in the application does not preclude the Court, after hearing the application on its merits, from deciding that the intervener's point, though meritorious in principle, does not warrant judicial intervention because it is not one on which the applicant could rely.

[151] On the other hand, since the applicant, Apotex, is the largest generic drug manufacturer in Canada and hence, as a member of the association, can be expected to play a major role in the affairs of the CDMA, it would be unduly formalistic to draw such a sharp distinction between Apotex, the applicant, and the industry association, the intervener, that a breach of an undertaking given to the latter could not be the basis for granting a declaration of invalidity to the former, one of its members.

D. CONCLUSION

[152] For these reasons I would dismiss the appeal on the terms set out in paragraph 26 of the reasons of my colleague, Décarý J.A.

¹ R.S.C., 1985, c. P-4, as amended.

² See, for ex., the *Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9, s. 95(1) [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 6, s. 5]; the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 15(4) [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 10] and the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 66.6(2) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 12].

³ R.S.C., 1985, c. S-22.

⁴ See, for example, the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 159(2) [as enacted by S.C. 1996, c. 12, s. 3]; the *Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, s. 84; the *Civil Air Navigation Services Commercialization Act*, S.C. 1996, c. 20, s. 12(2); the *Hazardous Materials Information Review Act*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 24, Part III, s. 48(1); the *Hazardous Products Act*, R.S.C. 1985, c. H-3, s. 19 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 24, s. 1] and the *Mackenzie Valley Resource Management Act*, S.C. 1998, c. 25, ss. 90, 143, 150.

Règlement pris par le gouverneur en conseil, je n'ai pas à répondre d'une façon définitive à cette question. Toutefois, le fait que l'ACFPP a obtenu l'autorisation d'intervenir dans la demande n'empêche pas la Cour, après avoir entendu la demande au fond, de décider que la question soulevée par l'intervenante, aussi méritoire soit-il en principe, ne justifie pas une intervention judiciaire parce qu'il ne s'agit pas d'une question sur laquelle la demanderesse pouvait se fonder.

[151] D'autre part, puisque la demanderesse Apotex est le principal fabricant de médicaments génériques au Canada et, par conséquent, puisqu'on peut s'attendre à ce qu'elle ait un rôle de premier plan dans les affaires de l'ACFPP, en sa qualité de membre de l'association, il serait beaucoup trop formaliste de faire entre la demanderesse Apotex et l'intervenante, c'est-à-dire l'association représentant l'industrie, une distinction tellement grande que la violation d'un engagement pris envers cette dernière ne puisse pas servir de fondement pour accorder à Apotex, qui est membre de l'association, un jugement déclarant le Règlement invalide.

D. CONCLUSION

[152] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel selon les modalités énoncées au paragraphe 26 des motifs de mon collègue, le juge Décarý, J.C.A.

¹ L.R.C. (1985), ch. P-4, dans sa forme modifiée.

² Voir par ex. la *Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 95(1) [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 6, art. 5]; la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 15(4) [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 10] et la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 66.6(2) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 10, art. 12].

³ L.R.C. (1985), ch. S-22.

⁴ Voir par exemple le *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 159(2) [édicte par L.C. 1996, ch. 12, art. 3]; la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31, art. 84; la *Loi sur la commercialisation des services de navigation aérienne civile*, L.C. 1996, ch. 20, art. 12(2); la *Loi sur le contrôle des renseignements relatifs aux matières dangereuses*, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 24, partie III, art. 48(1); la *Loi sur les produits dangereux*, L.R.C. (1985), ch. H-3, art. 19 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 24, art. 1], et la *Loi sur la gestion des*

⁵ *Regulations Act*, R.S.Q., c. R-18.1, ss. 8, 10.

⁶ A.B., vol. 7, at p. 1847.

⁷ *Ibid.*, at pp. 1851-1852.

⁸ See [1997] 1 F.C. 518 (T.D.), at p. 536.

⁹ See, for ex., *Pulp, Paper and Woodworkers of Canada, Local 8, et al. v. Canada (Minister of Agriculture) et al.* (1994), 174 N.R. 37 (F.C.A.), at p. 49, Desjardins J.A.

¹⁰ R.S.C., 1985, c. I-21.

¹¹ 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]].

¹² [1991] 2 S.C.R. 525, at pp. 557-560.

ressources de la vallée du Mackenzie, L.C. 1998, ch. 25, art. 90, 143, 150.

⁵ *Loi sur les règlements*, L.R.Q., ch. R-18.1, art. 8, 10.

⁶ D.A., vol. 7, à la p. 1847.

⁷ *Ibid.*, aux p. 1851 et 1852.

⁸ Voir [1997] 1 C.F. 518 (1^{re} inst.), à la p. 536.

⁹ Voir par ex. *Travailleurs des pâtes, des papiers et du bois du Canada, section locale 8 et al. c. Canada (Ministre de l'Agriculture) et al.* (1994), 174 N.R. 37 (C.A.F.), à la p. 49, juge Desjardins, J.C.A.

¹⁰ L.R.C. (1985), ch. I-21.

¹¹ 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]].

¹² [1991] 2 R.C.S. 525, aux p. 557 à 560.

<p style="text-align: right;">A-823-99</p> <p>Angelo Del Zotto (Appellant)</p> <p>v.</p> <p>The Minister of National Revenue and John Edward Thompson (Respondents)</p>	<p style="text-align: right;">A-823-99</p> <p>Angelo Del Zotto (appellant)</p> <p>c.</p> <p>Le ministre du Revenu national et John Edward Thompson (intimés)</p>
---	--

<p style="text-align: right;">A-106-99</p> <p>Herbert Noble (Appellant)</p> <p>v.</p> <p>The Minister of National Revenue and John Edward Thompson (Respondents)</p>	<p style="text-align: right;">A-106-99</p> <p>Herbert Noble (appellant)</p> <p>c.</p> <p>Le ministre du Revenu national et John Edward Thompson (intimés)</p>
--	---

INDEXED AS: DEL ZOTTO v. M.N.R. (C.A.)

RÉPERTORIÉ: DEL ZOTTO c. M.R.N. (C.A.)

Court of Appeal, Desjardins, Rothstein and McDonald JJ.A.—Ottawa, May 26, 2000.

Cour d'appel, juges Desjardins, Rothstein et McDonald, J.C.A.—Ottawa, 26 mai 2000.

Judges and Courts — Appeal from dismissal of application for judicial review of decision of hearing officer under Income Tax Act, s. 231.4 — Prior to appointment to Court, F.C.T.D. Judge partner in law firm acting for appellant Del Zotto — Logged 0.4 hours on file — Del Zotto since changing counsel — Cases suggesting fact judge hearing case in which firm was involved not raising reasonable apprehension of bias were ones where no direct, indirect involvement by judge in matter when at firm — In abundance of caution, appeal allowed notwithstanding Judge's involvement minimal, peripheral, six years before heard application — Under Federal Court Act, s. 52(b)(i), judicial review application dismissed.

Juges et tribunaux — Appel du rejet d'une demande de contrôle judiciaire de la décision d'un président d'enquête nommé en vertu de l'art. 231.4 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Avant d'être nommé à la Cour, le juge de la Section de première instance de la Cour fédérale était associé au cabinet qui agissait pour l'appellant M. Del Zotto — Il a effectué 0,4 heure de travail sur le dossier — M. Del Zotto a changé d'avocat depuis — Dans certains arrêts selon lesquels le fait qu'un juge entende une affaire dans laquelle son cabinet était en cause ne donne pas lieu à une crainte raisonnable de partialité, le juge ne s'était pas occupé du dossier, que ce soit directement ou indirectement, lorsqu'il travaillait au cabinet en question — La Cour accueille l'appel avec la plus grande prudence en dépit du fait que la participation du juge a été minimale et d'importance secondaire et qu'il a effectué du travail dans le dossier six ans avant d'avoir entendu la demande — Compte tenu de l'art. 52b(i) de la Loi sur la Cour fédérale, la demande de contrôle judiciaire est rejetée.

Income tax — Appeal from dismissal of application for judicial review of decision of hearing officer under Income Tax Act, s. 231.4 permitting Minister to authorize inquiry with reference to anything relating to administration, enforcement of Act — In alleging terms of reference too broad, appellants seeking to challenge terms of reference, but that decision not subject of judicial review — Prior disclosure of names of witnesses, subject-matter of evidence, documents not required by statute, procedural fairness, although within hearing officer's discretion to require — Statutory right to representation by counsel not implying right to cross-examine witnesses — No authority for proposition subpoena expiring with passage of time — Open to

Impôt sur le revenu — Appel du rejet d'une demande de contrôle judiciaire de la décision d'un président d'enquête nommé en vertu de l'art. 231.4 de la Loi de l'impôt sur le revenu permettant au ministre d'autoriser une personne à faire une enquête sur quoi que ce soit qui se rapporte à l'application et l'exécution de la Loi — En alléguant que le mandat est trop général, les appelants cherchent à contester celui-ci, mais cette décision n'était pas visée par la demande de contrôle judiciaire — La communication au préalable du nom des témoins, de l'objet de leur témoignage et des documents n'est pas exigée par la Loi ou par l'équité procédurale, bien que le président d'enquête ait le pouvoir discrétionnaire de l'exiger — Le droit reconnu par la loi

hearing officer to order prior disclosure of questions to be asked if necessary to efficacy of inquiry — Noble's counsel not wrongly excluded — Inquiry private to assist in efficacy of investigation — Right to have counsel present not converting inquiry into public investigation at taxpayer's discretion.

This was an appeal from a Trial Division judgment dismissing an application for judicial review of a decision of a hearing officer appointed under *Income Tax Act*, subsection 231.4(2), which permits the Minister of National Revenue to authorize such inquiry as deemed necessary with reference to anything relating to the administration or enforcement of the Act. The authorization permitted an "inquiry into the financial affairs of . . . Angelo Del Zotto, for the taxation years 1979 to 1985 inclusive".

The issues were: (1) whether the terms of reference of the inquiry were too broad; (2) whether Del Zotto was entitled to prior disclosure of the names of witnesses, the subject-matter of their evidence and the documents that will be presented; (3) whether the right to cross-examine witnesses is implicit in the statutory right to representation by counsel; (4) whether the subpoena requiring appellant Noble to appear has expired; (5) whether Noble was wrongfully denied prior disclosure of the evidence that he will be asked to provide; (6) whether Noble's counsel was wrongly excluded from the inquiry after Noble's evidence was completed; and (7) whether there was a reasonable apprehension of bias in respect of the Trial Division Judge who, prior to his appointment to the Federal Court, was a partner in the law firm that was counsel for Del Zotto.

Held, the appeal should be allowed and the decision of the Trial Division set aside.

(1) The appellants are seeking to challenge the terms of reference established by the Deputy Minister when the inquiry was authorized, but that decision was not the subject of the judicial review application.

(2) The hearing officer must conduct the inquiry as he considers necessary and appropriate, in accordance with the statute and having regard to considerations of procedural fairness applicable in the circumstances. None of these obligations require prior disclosure as a matter of right, although it is open to the hearing officer to require prior notification of evidence to be sought, or to provide witnesses or counsel with reasonable time to provide evidence or review documents, as matters pertaining to the conduct of the inquiry under the control and subject to the discretion of the hearing officer.

d'être représenté par un avocat ne comporte pas le droit de contre-interroger les témoins — Aucun arrêt selon lequel une assignation prend fin avec le temps — Il est loisible au président d'enquête d'ordonner la communication préalable de questions qui doivent être posées si cela est nécessaire pour assurer l'efficacité de l'enquête — L'avocat de M. Noble n'a pas été exclu à tort — L'enquête est privée pour assurer l'efficacité de celle-ci — Le droit à la présence d'un avocat n'a pas pour effet de transformer l'enquête, au gré du contribuable, en une enquête publique.

Il s'agit d'un appel contre un jugement dans lequel la Section de première instance a rejeté une demande de contrôle judiciaire de la décision d'un président d'enquête nommé en vertu du paragraphe 231.4(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qui permet au ministre du Revenu national d'autoriser une personne à faire toute enquête que celle-ci estime nécessaire sur quoi que ce soit qui se rapporte à l'application et l'exécution de la Loi. L'autorisation permettait de «[f]aire enquête sur les affaires financières d'Angelo Del Zotto pour les années d'imposition 1979 à 1985 inclusivement».

Les questions litigieuses sont les suivantes: 1) le mandat relatif à l'enquête est-il trop général? 2) M. Del Zotto a-t-il droit à une communication préalable du nom des témoins, de l'objet de leur témoignage et des documents qui seront présentés? 3) le droit de contre-interroger les témoins fait-il implicitement partie du droit reconnu par la loi d'être représenté par avocat? 4) l'assignation enjoignant à l'appellant M. Noble de comparaître est-elle périmée? 5) M. Noble se voit-il à tort refuser la communication préalable de la preuve qu'il devra fournir? 6) l'avocat de M. Noble est-il exclu à tort de l'enquête après que son client aura présenté sa preuve? et 7) existe-t-il une crainte raisonnable de partialité de la part du juge de première instance qui, avant sa nomination à la Cour fédérale, était associé au cabinet d'avocats qui agissait pour M. Del Zotto?

Arrêt: l'appel devrait être accueilli et la décision de la Section de première instance annulée.

1) Les appelants cherchent à contester le mandat établi par le sous-ministre quand la tenue de l'enquête a été autorisée, mais cette décision n'était pas visée par la demande de contrôle judiciaire.

2) Le président d'enquête doit mener l'enquête de la façon dont il l'estime nécessaire et appropriée, conformément à la Loi et eu égard aux considérations relatives à l'équité procédurale qui s'appliquent compte tenu des circonstances. Aucune de ces obligations ne prévoit la communication préalable de plein droit, bien qu'il soit loisible au président d'enquête d'exiger qu'un préavis soit signifié au sujet de la preuve qui sera demandée ou de donner aux témoins ou aux avocats suffisamment de temps pour leur permettre de fournir des éléments de preuve ou pour examiner des documents, parce qu'il s'agit de questions se rapportant à la

(3) A statutory right to be represented by counsel, without further directive, does not necessarily imply a right to cross-examine. The role of counsel will be determined by the hearing officer. The right to object to improper questions and to clarify testimony of witnesses in order that the full story be communicated is sufficient for purposes of this inquiry.

(4) Counsel for Noble cited no authority for the proposition that a subpoena expires with the passage of time. Noble was a party in the litigation that culminated in the Supreme Court of Canada's decision on a constitutional challenge to the inquiry. He knows what is going on and has not demonstrated any reason why the subpoena should not continue to have effect.

(5) If the hearing officer considers it necessary for the efficacy of the inquiry, it is open to him to order prior disclosure of some of the questions to be asked or the documents to be provided by Noble.

(6) While a taxpayer's privacy may be a relevant consideration, it is not the sole reason for the inquiry being a private investigation. It is private to assist in the efficacy of the investigation itself. The right of a witness and the taxpayer whose affairs are being investigated to have counsel present does not convert the inquiry into a public one at the discretion of the taxpayer.

(7) Del Zotto had changed counsel when the matter came before the Trial Division Judge in December 1999. There were two relevant considerations: (i) the Judge's former firm was directly involved in the matter of the Del Zotto inquiry under the *Income Tax Act* when the Judge was a member of the firm; and (ii) the Judge had recorded time (0.4 hours) on the Del Zotto file. The Judge did not practice in the office where the Del Zotto file was being handled and his involvement in the file was some six years before he heard the application for judicial review, and was minimal and peripheral. There are cases which suggest that the fact that a judge hears a case in which his firm was involved before his appointment does not give rise to a reasonable apprehension of bias. But those were cases where there was no direct or indirect involvement by the judge with the matter when he was at the firm. What transpired here was inadvertent and arose because there had been a change of counsel. In the circumstances, in an abundance of caution, the appeal should be allowed on this issue. *Federal Court Act*, subparagraph 52(b)(i) does, however, authorize the Court to give the judgment that should have been given by the Trial Division. In an exercise of that jurisdiction the judicial review application against the hearing officer's decision was dismissed.

conduite de l'enquête et qui relèvent du président d'enquête, qui a un pouvoir discrétionnaire à cet égard.

3) Le droit reconnu par la loi d'être représenté par un avocat, sans plus, ne comporte pas nécessairement le droit de contre-interroger les témoins. C'est le président d'enquête qui décide du rôle de l'avocat. Le droit de s'opposer aux questions non appropriées et de donner des précisions au sujet des témoignages, de façon que l'histoire soit communiquée au complet, suffit aux fins de l'enquête en l'espèce.

4) L'avocat de M. Noble n'a cité aucun arrêt selon lequel une assignation devienne périmée avec le temps. M. Noble était partie au litige qui a abouti à la décision que la Cour suprême du Canada a rendue par suite de la contestation de l'enquête, sur le plan constitutionnel. Il est au courant de ce qui se passe et n'a pas démontré pourquoi l'assignation ne devrait pas continuer à avoir effet.

5) Si le président d'enquête l'estime nécessaire pour assurer l'efficacité de l'enquête, il lui est loisible d'ordonner la communication préalable de certaines questions qui doivent être posées ou des documents que M. Noble devra fournir.

6) Le droit à la vie privée du contribuable peut être une considération pertinente, mais ce n'est pas l'unique raison pour laquelle il s'agit d'une enquête privée; en effet, on cherche à assurer l'efficacité de l'enquête. Le droit à la présence d'un avocat que possède un témoin et le contribuable visé par une enquête n'a pas pour effet de transformer l'enquête, au gré du contribuable, en une enquête publique.

7) M. Del Zotto avait changé d'avocat lorsque l'affaire a été entendue par le juge de première instance au mois de décembre 1999. Deux considérations sont pertinentes: (i) l'ancien cabinet du juge était directement mêlé à l'enquête Del Zotto menée en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* lorsque le juge était membre de ce cabinet; et (ii) le juge a effectué du travail (0,4 heure) dans le dossier Del Zotto. Le juge n'exerçait pas sa profession, à l'époque pertinente, dans le cabinet qui était chargé du dossier Del Zotto, il a effectué du travail dans le dossier environ six ans avant d'avoir entendu la demande de contrôle judiciaire, et sa participation a été minimale et d'importance secondaire. Selon certains arrêts, le fait qu'un juge entende une affaire dans laquelle son cabinet était en cause avant sa nomination ne donne pas lieu à une crainte raisonnable de partialité. Toutefois, dans ces affaires, le juge ne s'était pas occupé du dossier, que ce soit directement ou indirectement, lorsqu'il travaillait au cabinet en question. La situation en l'espèce s'est produite par inadvertance et résulte du changement d'avocat. Dans les circonstances, la Cour accueille avec la plus grande prudence l'appel sur ce point. L'alinéa 52b)(i) de la *Loi sur la Cour fédérale* autorise toutefois la Cour à rendre le jugement que la Section de première instance aurait dû rendre. Dans l'exercice de ce pouvoir, la Cour rejette la demande de contrôle judiciaire de la décision du président d'enquête.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 52(b)(i).
Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 231.4(1) (as am. by S.C. 1999, c. 17, s. 168), (2),(6).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission), [1987] 1 S.C.R. 181; (1987), 41 D.L.R. (4th) 429; 24 Admin. L.R. 91; 74 N.R. 33; *Del Zotto (A.) v. M.N.R.*, [1993] 2 C.T.C. 342; (1993), 93 DTC 5455; 161 N.R. 143 (F.C.A.).

CONSIDERED:

Guay v. Lafleur, [1965] S.C.R. 12; (1964), 47 D.L.R. (2d) 226; [1964] C.T.C. 350; 64 DTC 5218; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; (1991), 120 A.R. 161; [1992] 1 W.W.R. 97; 83 Alta. L.R. (2d) 93; 68 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 277; 130 N.R. 277; 8 W.A.C. 161; *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115.

REFERRED TO:

Del Zotto v. Canada, [1997] 3 F.C. 40; (1997), 147 D.L.R. (4th) 457; 116 C.C.C. (3d) 123; 97 DTC 5328 (C.A.); *Del Zotto v. Canada*, [1999] 1 S.C.R. 3; (1999), 169 D.L.R. (4th) 130; 131 C.C.C. (3d) 353; 99 DTC 5029; *R. v. Bagot*, [2000] M.J. No. 223 (C.A.) (QL); *R. v. R.T.A.*, [2000] O.J. No. 1319 (Sup. Ct.) (QL).

AUTHORS CITED

Canadian Judicial Council. *Ethical Principles for Judges*. Ottawa: Canadian Judicial Council, 1998.

Wilson, J. O. *A Book for Judges*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1980.

APPEAL from a Trial Division decision (*Del Zotto v. M.N.R.*, [1999] F.C.J. No. 1981 (QL)) dismissing a judicial review application. The appeal was allowed on the ground of a reasonable apprehension of bias but the judicial review application was dismissed pursuant to the Federal Court of Appeal's jurisdiction under *Federal Court Act*, subparagraph 52(b)(i).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 231.4(1) (mod. par L.C. 1999, ch. 17, art. 168), (2),(6).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 52b(i).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce), [1987] 1 R.C.S. 181; (1987), 41 D.L.R. (4th) 429; 24 Admin. L.R. 91; 74 N.R. 33; *Del Zotto (A.) c. M.N.R.*, [1993] 2 C.T.C. 342; (1993), 93 DTC 5455; 161 N.R. 143 (C.A.F.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Guay v. Lafleur, [1965] R.C.S. 12; (1964), 47 D.L.R. (2d) 226; [1964] C.T.C. 350; 64 DTC 5218; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; (1991), 120 A.R. 161; [1992] 1 W.W.R. 97; 83 Alta. L.R. (2d) 93; 68 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 277; 130 N.R. 277; 8 W.A.C. 161; *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115.

DÉCISIONS CITÉES:

Del Zotto c. Canada, [1997] 3 C.F. 40; (1997), 147 D.L.R. (4th) 457; 116 C.C.C. (3d) 123; 97 DTC 5328 (C.A.); *Del Zotto c. Canada*, [1999] 1 R.C.S. 3; (1999), 169 D.L.R. (4th) 130; 131 C.C.C. (3d) 353; 99 DTC 5029; *R. v. Bagot*, [2000] M.J. n° 223 (C.A.) (QL); *R. v. R.T.A.*, [2000] O.J. n° 1319 (C. sup.) (QL).

DOCTRINE

Conseil canadien de la magistrature. *Principes de déontologie judiciaire*. Ottawa: Conseil de la magistrature, 1998.

Wilson, J. O. *A Book for Judges*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1980.

APPEL d'une décision (*Del Zotto c. M.N.R.*, [1999] A.C.F. n° 1981 (QL)) dans laquelle la Section de première instance a rejeté une demande de contrôle judiciaire. L'appel est accueilli en raison d'une crainte raisonnable de partialité, mais la demande de contrôle judiciaire est rejetée compte tenu du pouvoir de la Cour d'appel fédérale en vertu de l'alinéa 52b(i) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

APPEARANCES:

Thomas G. Heintzman, Q.C. and *William C. McDowell* for appellant Angelo Del Zotto.
Alan D. Gold for appellant Herbert Noble.
Ivan S. Bloom, Q.C. and *Steven Albin* for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

McCarthy Tétrault, Toronto, for appellant Angelo Del Zotto.
Gold & Fuerst, Toronto, for appellant Herbert Noble.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for judgment of the Court delivered orally in English by

[1] ROTHSTEIN J.A.: These reasons apply to Court files A-823-99 and A-106-00.

[2] These are appeals from a decision of the Trial Division [[1999] F.C.J. No. 1981 (QL)] of January 10, 2000 in which the learned Trial Division Judge dismissed a judicial review application of a decision of the Honourable Keith Flanigan, Q.C., hearing officer appointed under subsection 231.4(2) of the *Income Tax Act* [R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1], relating to Angelo Del Zotto. The appellants argue the following errors by Mr. Flanigan and the Trial Division Judge:

1. The terms of reference of the inquiry authorized under subsection 231.4(1) [as am. by S.C. 1999, c. 17, s. 168] are too broad.
2. There is no provision for reasonable advance disclosure to Mr. Del Zotto and his counsel.
3. Mr. Del Zotto's counsel is only given the opportunity to clarify the evidence of witnesses at the inquiry, not the opportunity to cross-examine them.
4. The subpoena requiring Mr. Noble to appear at the inquiry is out of date and has no legal effect.

ONT COMPARU:

Thomas G. Heintzman, c.r., et *William C. McDowell* pour l'appellant Angelo Del Zotto.
Alan D. Gold pour l'appellant Herbert Noble.
Ivan S. Bloom, c.r., et *Steven Albin* pour les intimés.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

McCarthy Tétrault, Toronto, pour l'appellant Angelo Del Zotto.
Gold & Fuerst, Toronto, pour l'appellant Herbert Noble.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement de la Cour prononcés à l'audience par

[1] LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.: Ces motifs s'appliquent aux dossiers A-823-99 et A-106-00.

[2] Il s'agit d'appels d'une décision en date du 10 janvier 2000 dans laquelle le juge de première instance [[1999] A.C.F. n° 1981 (QL)] a rejeté la demande de contrôle judiciaire d'une décision concernant Angelo Del Zotto rendue par l'honorable Keith Flanigan, c.r., président d'enquête nommé en vertu du paragraphe 231.4(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1]. Les appelants soutiennent que M. Flanigan et le juge de première instance ont commis les erreurs suivantes:

1. Le mandat relatif à l'enquête autorisée en vertu du paragraphe 231.4(1) [mod. par L.C. 1999, ch. 17, art. 168] est trop général.
2. Il n'y a pas de disposition prévoyant une communication préalable raisonnable à M. Del Zotto et à son avocat.
3. L'avocat de M. Del Zotto a uniquement la possibilité de donner des précisions au sujet des témoignages des témoins à l'enquête et il n'a pas la possibilité de contre-interroger ces derniers.
4. L'assignation enjoignant à M. Noble de comparaître à l'enquête est caduque et n'a aucun effet juridique.

5. Mr. Noble is wrongfully denied prior disclosure of the evidence he will be asked to provide.

6. Counsel for Mr. Noble is wrongly excluded from the inquiry after Mr. Noble's evidence is completed.

7. There is reasonable apprehension of bias in respect of the learned Trial Division Judge.

5. M. Noble se voit à tort refuser la communication préalable de la preuve qu'il devra fournir.

6. L'avocat de M. Noble est exclu à tort de l'enquête après que son client aura présenté sa preuve.

7. Il existe une crainte raisonnable de partialité de la part du juge de première instance.

TERMS OF REFERENCE

[3] The terms of reference of the section 231.4 inquiry are established by the Minister of National Revenue. Subsection 231.4(1) provides:

231.4 (1) The Minister may, for any purpose related to the administration or enforcement of this Act, authorize any person, whether or not the person is an officer of the Canada Customs and Revenue Agency, to make such inquiry as the person may deem necessary with reference to anything relating to the administration or enforcement of this Act.

The hearing officer does not establish his own terms of reference and cannot change those established by the Minister. The October 9, 1992 authorization for the inquiry provided:

To make an inquiry into the financial affairs of the said Angelo Del Zotto, for the taxation years 1979 to 1985 inclusive.

[4] Following the words of Strayer J.A. in *Del Zotto v. Canada*, [1997] 3 F.C. 40 (C.A.), dissenting, but which reasons were adopted by the Supreme Court of Canada in allowing the appeal from the Federal Court decision, [1999] 1 S.C.R. 3, Mr. Flanigan correctly limited the inquiry to matters pertaining to "the administration or enforcement of [the *Income Tax*] Act". In our view, under subsection 231.4(1), he was authorized to do no more or less as he (and the Minister) was required to comply with the words of the statute. What the appellants are attempting to do in seeking to challenge the decision of Mr. Flanigan is to challenge the terms of reference established by the Deputy Minister on behalf of the Minister on October 9, 1992 when the inquiry was authorized. That decision however, was not the subject of the judicial review application before the Trial Division.

LE MANDAT

[3] Le mandat relatif à l'enquête menée en vertu de l'article 231.4 est établi par le ministre du Revenu national. Le paragraphe 231.4(1) prévoit:

231.4 (1) Le ministre peut, pour l'application et l'exécution de la présente loi, autoriser une personne, qu'il s'agisse ou non d'un fonctionnaire de l'Agence des douanes et du revenu du Canada, à faire toute enquête que celle-ci estime nécessaire sur quoi que ce soit qui se rapporte à l'application et l'exécution de la présente loi.

Le président d'enquête n'établit pas son propre mandat et il ne peut pas modifier le mandat que le ministre a établi. L'autorisation accordée le 9 octobre 1992 aux fins de l'enquête prévoyait:

[TRADUCTION] Faire enquête sur les affaires financières d'Angelo Del Zotto pour les années d'imposition 1979 à 1985 inclusivement.

[4] Conformément aux remarques que le juge Strayer a faites dans les motifs dissidents qu'il a exposés dans la décision *Del Zotto c. Canada*, [1997] 3 C.F. 40 (C.A.), lesquels ont été adoptés par la Cour suprême du Canada lorsqu'elle a accueilli l'appel interjeté contre la décision de la Cour fédérale, [1999] 1 R.C.S. 3, M. Flanigan a limité avec raison son enquête aux questions se rapportant à «l'application et l'exécution de la [Loi de l'impôt sur le revenu]». À notre avis, c'est tout ce que M. Flanigan était autorisé à faire en vertu du paragraphe 231.4(1), puisqu'il était tenu de se conformer au libellé de la Loi (et que le ministre était également tenu de s'y conformer). En contestant la décision de M. Flanigan, les appelants cherchent à contester le mandat établi par le sous-ministre pour le compte du ministre le 9 octobre 1992, date à laquelle la tenue de l'enquête a été autorisée. Toutefois, cette décision n'était pas visée par la

[5] To be sure, the inquiry must not exceed the terms of reference. However, within the terms of reference established by the Minister, the nature and extent of the inquiry is within the discretion of the hearing officer, provided it is relevant to the administration and enforcement of the Act. This ground of the appellants is without merit.

THE RIGHT TO PRIOR DISCLOSURE BY MR. DEL ZOTTO

[6] Mr. Del Zotto argues that he should be given prior disclosure of the names of witnesses, the subject-matter of their evidence, and the documents that will be presented to witnesses. As to the claimed right to disclosure, Mr. Flanigan referred to *Guay v. Lafleur*, [1965] S.C.R. 12, in which the Supreme Court held that, having regard to the nature of the inquiry, it was not for the Court to specify how it was to be conducted. Mr. Flanigan stated, at paragraph 19 of his reasons:

Neither the *Guay* case nor the Act, in my view, gives the target or his counsel any control over the manner in which the inquiry is held, save and except to object to any denial of natural justice or unfairness, and certainly in no way gives the target Del Zotto any rights to direct the manner in which the inquiry shall be held.

And at paragraph 22, he concluded:

In this particular matter before me, no charges have been laid, notwithstanding the heavy suspicion that charges will be laid, they have in fact not been laid to date. Therefore, in my view, until charges have been laid, there is no right to disclosure to either the witness or the target in this case.

[7] We agree with the approach of Mr. Flanigan. It does not conflict with *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326 which provides for a right of disclosure after charges are laid. No charges are laid at the inquiry stage in these proceedings. It is the duty of the hearing officer to conduct the inquiry as he considers necessary and appropriate, in accordance with the statute and having regard to considerations of procedural fairness applicable in the circumstances. None

demande de contrôle judiciaire présentée devant la Section de première instance.

[5] À coup sûr, l'enquête ne doit pas excéder le mandat. Toutefois, dans les limites du mandat établi par le ministre, la nature et l'étendue de l'enquête relèvent du pouvoir discrétionnaire du président d'enquête, à condition que cela ait quelque chose à voir avec l'application et l'exécution de la Loi. Ce motif que les appelants ont invoqué n'est pas fondé.

LE DROIT DE M. DEL ZOTTO À LA COMMUNICATION PRÉALABLE

[6] M. Del Zotto soutient qu'il devrait se voir communiquer au préalable les noms des témoins, l'objet de leur témoignage et les documents qui leur seront présentés. Quant au présumé droit à la communication, M. Flanigan a cité l'arrêt *Guay v. Lafleur*, [1965] R.C.S. 12, dans lequel la Cour suprême a statué qu'eu égard à la nature de l'enquête, il n'appartient pas à la Cour de préciser les modalités y afférentes. Au paragraphe 19 de ses motifs, M. Flanigan a fait les remarques suivantes:

[TRADUCTION] À mon avis, ni l'arrêt *Guay* ni la Loi ne confèrent à la cible ou à son avocat un contrôle sur les modalités de l'enquête, si ce n'est pour s'opposer à toute dénégation de la justice naturelle ou à toute iniquité, et à coup sûr, ils ne confèrent pas à M. Del Zotto le droit de diriger la tenue de l'enquête.

Au paragraphe 22, M. Flanigan a conclu:

[TRADUCTION] Dans l'affaire dont je suis ici saisi, aucune accusation n'a été portée; même si l'on soupçonne fortement que des accusations seront portées, aucune accusation ne l'a encore été. Par conséquent, à mon avis, tant que les accusations n'auront pas été portées, le témoin ou la cible ici en cause n'ont aucun droit à la communication.

[7] Nous souscrivons à l'approche adoptée par M. Flanigan. Elle ne va pas à l'encontre de l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, selon lequel il existe un droit à la communication une fois que les accusations ont été portées. Aucune accusation n'est portée au stade de l'enquête dans la présente instance. Il incombe au président d'enquête de mener l'enquête de la façon dont il l'estime nécessaire et appropriée, conformément à la loi et eu égard aux considérations

of these obligations require prior disclosure as a matter of right.

[8] The Court was told that in the course of proceedings, counsel for Mr. Del Zotto was given time, after documents had been adduced, to review them, although counsel complained that the time provided was insufficient in his view.

[9] It is open to the hearing officer to require prior notification of evidence to be sought or to provide witnesses or counsel with reasonable time to provide evidence or review documents if prior notification is not required. These are matters pertaining to the conduct of the inquiry and are under the control and subject to the discretion of the hearing officer.

THE RIGHT TO CROSS-EXAMINE

[10] Mr. Del Zotto submits that the right to cross-examine is implicit in his "right to be represented by counsel throughout the inquiry" under subsection 231.4(6). He says that the one exception as stated in subsection 231.4(6) is if, on an application by the Minister or a person giving evidence, the hearing officer orders otherwise on the ground that the presence of the person whose affairs are being investigated and his counsel or either of them, would be prejudicial to the effective conduct of the inquiry. Otherwise, there is an entitlement to have counsel present and have counsel do the work that counsel normally does, i.e. cross-examine witnesses.

[11] However, counsel did not provide any authority to the effect that a statutory right to be represented by counsel necessarily implies, without exception, the right to cross-examine.

[12] The requirements of fairness will vary depending upon the circumstances. A statutory right to be

relatives à l'équité procédurale qui s'appliquent compte tenu des circonstances. Aucune de ces obligations ne prévoit la communication préalable de plein droit.

[8] On a dit à la Cour que dans le cours de l'instance, on a donné le temps à l'avocat de M. Del Zotto d'examiner les documents une fois qu'ils avaient été produits, même si l'avocat a déclaré qu'à son avis, on ne lui avait pas accordé suffisamment de temps.

[9] Il est loisible au président d'enquête d'exiger qu'un préavis soit signifié au sujet de la preuve qui sera demandée ou de donner aux témoins ou aux avocats suffisamment de temps pour leur permettre de fournir des éléments de preuve ou pour examiner des documents s'il n'est pas nécessaire de signifier un préavis. Il s'agit de questions se rapportant à la conduite de l'enquête; elles relèvent du président d'enquête, qui a un pouvoir discrétionnaire à cet égard.

LE DROIT DE CONTRE-INTERROGER LES TÉMOINS

[10] M. Del Zotto soutient que le droit de contre-interroger un témoin fait implicitement partie de son [TRADUCTION] «droit d'être représenté par avocat tout au long de l'enquête», lequel est prévu au paragraphe 231.4(6). Il affirme que la seule exception est énoncée au paragraphe 231.4(6), à savoir lorsque, sur demande du ministre ou d'un témoin, le président d'enquête en décide autrement pour le motif que la présence de la personne dont les affaires donnent lieu à l'enquête et de son avocat ou de l'un d'eux nuirait à la bonne conduite de l'enquête. Autrement, le particulier en cause a le droit d'être représenté par avocat et il a le droit de charger celui-ci de tout travail dont les avocats s'acquittent normalement, c'est-à-dire contre-interroger les témoins.

[11] Toutefois, l'avocat n'a pas cité d'arrêt selon lequel le droit reconnu par la loi d'être représenté par un avocat comporte nécessairement, sans exception aucune, le droit de contre-interroger un témoin.

[12] Les exigences de l'équité varient selon les circonstances. Le droit reconnu par la loi d'être

represented by counsel, without further directive, does not necessarily imply a right to cross-examine. The role of counsel will be determined by the hearing officer. That was the approach adopted by Estey J. in *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181, at page 231:

It follows from the above discussion that neither s. 20(1) of the Act nor the doctrine of fairness provides the appellants with a right to cross-examine witnesses at the inquiry. Fairness is a flexible concept and its content varies depending on the nature of the inquiry and the consequences for the individuals involved. The characteristics of the proceeding, the nature of the resulting report and its circulation to the public, and the penalties which will result when events succeeding the report are put in train will determine the extent of the right to counsel and, where counsel is authorized by statute without further directive, the role of such counsel. The investigating body must control its own procedure. When that body has determinative powers, different considerations enter the process. The case against the investigated must be made known to him. This is provided for in the Act at each of the progressive stages of the inquiry. [Emphasis added.]

At page 235, he stated:

These proceedings have not reached the stage, in the words of Lord Wilberforce in *Wiseman v. Borneman*, [1971] A.C. 297, at p. 317 that "it is necessary to look at the procedure in its setting and ask the question whether it operates unfairly to the taxpayer to a point where the courts must supply the legislative omission". Courts must, in the exercise of this discretion, remain alert to the danger of unduly burdening and complicating the law enforcement investigative process. Where that process is in embryonic form engaged in the gathering of raw material for further consideration, the inclination of the courts is away from intervention. Where, on the other hand, the investigation is conducted by a body seized of powers to determine, in a final sense or in the sense that detrimental impact may be suffered by the individual, the courts are more inclined to intervene.

Mr. Flanigan relied on *Irvine* in finding at paragraph 21:

In the present case, it was sufficient that the Hearing Officer allowed all the parties to be represented by counsel who could object to improper questioning and re-examine their clients to clarify the testimony given and to ensure that the full story was communicated by the witness counsel represented.

représenté par un avocat, sans plus, ne comporte pas nécessairement le droit de contre-interroger les témoins. C'est le président d'enquête qui décide du rôle de l'avocat. Telle est l'approche qui a été adoptée par le juge Estey dans l'arrêt *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181, à la page 231:

Il découle de l'analyse qui précède que ni le par. 20(1) de la Loi ni le principe de l'équité ne confèrent aux appelants le droit de contre-interroger les témoins à l'enquête. L'équité est une notion souple et son contenu varie selon la nature de l'enquête et les conséquences qu'elle peut avoir pour les individus en cause. Les caractéristiques de la procédure, la nature du rapport qui en résulte et sa diffusion publique, et les sanctions qui s'ensuivront lorsque les événements qui suivent le rapport seront enclenchés, détermineront l'étendue du droit à l'assistance d'un avocat et, lorsqu'un avocat est autorisé sans plus par la Loi, le rôle de cet avocat. L'organisme d'enquête doit être maître de sa propre procédure. Lorsque cet organisme détient des pouvoirs décisionnels, des considérations différentes entrent en scène. La preuve qui pèse contre la personne qui fait l'objet de l'enquête doit lui être communiquée. C'est ce que prévoit la Loi à chaque étape de l'enquête. [Non souligné dans l'original.]

À la page 235, le juge a ajouté:

La présente instance n'a pas atteint le stade où, pour reprendre les termes de lord Wilberforce dans l'arrêt *Wiseman v. Borneman*, [1971] A.C. 297, à la p. 317, [TRADUCTION] «il est nécessaire de considérer la procédure dans son contexte et de se demander si elle ne joue pas injustement contre le contribuable, au point où les tribunaux se doivent de suppléer à l'omission du législateur». Les tribunaux judiciaires doivent, dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, toujours demeurer conscients du danger qu'il y a de surcharger et de compliquer indûment le processus d'enquête sur l'application de la loi. Lorsque ce processus, à l'état embryonnaire, consiste à rassembler des matériaux bruts pour étude ultérieure, les tribunaux ne sont pas enclins à intervenir. Lorsque, par ailleurs, l'organisme qui procède à l'enquête dispose de pouvoirs de statuer, dans un sens définitif ou en ce sens qu'un effet préjudiciable peut en résulter pour l'individu, les tribunaux sont plus enclins à intervenir.

M. Flanigan s'est fondé sur l'arrêt *Irvine* pour conclure, au paragraphe 21:

[TRADUCTION] En l'espèce, il suffit que le président d'enquête ait permis à toutes les parties d'être représentées par un avocat qui pourrait s'opposer aux questions non appropriées et réinterroger ses clients en vue de donner des précisions au sujet du témoignage de ces derniers et de s'assurer que l'histoire est communiquée au complet par le témoin.

Counsel for Mr. Del Zotto is being given the right to object to improper questions and to clarify testimony of witnesses in order that the full story be communicated. In our view, that is sufficient for purposes of the inquiry. We can find no error in Mr. Flanigan's reasoning or his conclusion.

THE SUBPOENA

[13] Counsel for Mr. Noble argued that the subpoena served on Mr. Noble is out of date and that its contents are no longer applicable. He said that it no longer has legal validity. However, he cited no authority to the effect that a subpoena expires with the passage of time or because the date or place of hearing may have changed from what was noted on the subpoena. Nor did he indicate what criteria the Court should apply to determine when and whether a subpoena loses its validity.

[14] In this case, Mr. Noble was a party in the litigation in this Court that arose after the authorizing of the inquiry and culminating in the decision of the Supreme Court of Canada on January 21, 1999 on Mr. Del Zotto's and Mr. Noble's constitutional challenge to the inquiry. Mr. Noble knows what is going on. This is not the case of a dormant inquiry that is resurrected after many years. Suffice it to say that, Mr. Noble has not demonstrated any reason why the subpoena should not continue to have effect.

MR. NOBLE'S ALLEGED RIGHT TO PRIOR DISCLOSURE

[15] Our comments with respect to Mr. Del Zotto's claim to prior disclosure are applicable to Mr. Noble. Counsel for Mr. Noble argues that much of the evidence that may be sought from Mr. Noble is old and it may be difficult to answer questions unless prior notice is given.

[16] That is a matter for the hearing officer. If he considers it necessary for the efficacy of the inquiry,

L'avocat de M. Del Zotto s'est vu accorder le droit de s'opposer aux questions non appropriées et de donner des précisions au sujet des témoignages, de façon que l'histoire soit communiquée au complet. À notre avis, cela suffit aux fins de l'enquête. Nous ne pouvons constater aucune erreur dans le raisonnement de M. Flanigan ou dans sa conclusion.

L'ASSIGNATION

[13] L'avocat de M. Noble a soutenu que l'assignation qui a été signifiée à M. Noble est caduque et que son contenu n'est plus pertinent. Il a affirmé que cette assignation n'est plus légalement valide. Toutefois, il n'a cité aucun arrêt selon lequel une assignation prend fin avec le temps ou parce que la date ou le lieu de l'audience ne sont plus ceux qui y sont inscrits. Il n'a pas non plus indiqué les critères que la Cour devrait appliquer pour déterminer à quel moment et dans quelles circonstances une assignation cesse d'être valide.

[14] En l'espèce, M. Noble était partie au litige qui a pris naissance devant notre Cour après que la tenue de l'enquête eut été autorisée et après que l'enquête eut abouti à la décision que la Cour suprême du Canada a rendue le 21 janvier 1999 par suite de la contestation de l'enquête, sur le plan constitutionnel, par M. Del Zotto et M. Noble. M. Noble est au courant de ce qui se passe. Il ne s'agit pas ici d'une enquête inactive qui reprend après de nombreuses années. Il suffit de dire que M. Noble n'a pas démontré pourquoi l'assignation ne devrait pas continuer à avoir effet.

LE PRÉSUMÉ DROIT DE M. NOBLE À LA COMMUNICATION PRÉALABLE

[15] Les remarques que nous faisons au sujet de l'allégation de M. Del Zotto concernant la communication préalable s'appliquent également à M. Noble. L'avocat de M. Noble soutient qu'une bonne partie de la preuve qui peut être demandée à son client est ancienne et qu'il peut être difficile de répondre aux questions en l'absence d'un préavis.

[16] Il s'agit d'une affaire qui relève du président d'enquête. Si le président d'enquête l'estime

it is open to him to order prior disclosure of some of the questions to be asked or the documents to be provided by Mr. Noble. Otherwise, he may give time to Mr. Noble to provide answers to questions or produce documents if, in his view, the circumstances warrant. However, there is no right to prior disclosure on the part of Mr. Noble.

EXCLUSION OF MR. NOBLE'S COUNSEL

[17] Counsel for Mr. Noble argues that he is being wrongly excluded from the inquiry after Mr. Noble has testified. In making this argument before this Court, he does not speak for Mr. Noble but rather as a friend or a person that might assist Mr. Del Zotto. He says that if Mr. Del Zotto waives his right to privacy in the conduct of the hearing, he, Mr. Del Zotto, is entitled to have anyone he wishes, attend the inquiry.

[18] In our view, *Del Zotto (A.) v. M.N.R.*, [1993] 2 C.T.C. 342 (F.C.A.) is dispositive on this point. In that decision, Hugessen J.A. (as he then was) stated at page 344:

Those provisions, in their turn, had been subject to a definitive interpretation by the Supreme Court of Canada in the case of *Guay v. Lafleur*, [1965] 2 S.C.R. 12, [1964] C.T.C. 350, 64 DTC 5218, at pages 16-17 (C.T.C. 354-55). In that case, Abbott J., speaking for the majority, said as follows:

Hyde and Montgomery, J.J. dissenting, held that the investigation conducted by [the] appellant on behalf of the Minister, is a purely administrative matter which can neither decide nor adjudicate upon anything that it is not a judicial or quasi-judicial enquiry but a private investigation at which the respondent is not entitled to be present or represented by counsel.

After referring to changes to the legislation after *Guay v. Lafleur*, Hugessen J. A. continued [at page 344]:

They (the subsequent changes to the legislation) do not otherwise change the nature of the inquiry which remains, as it was described by the Supreme Court, "a purely administrative matter which can neither decide nor adjudicate upon anything".

nécessaire pour assurer l'efficacité de l'enquête, il lui est loisible d'ordonner la communication préalable de certaines questions qui doivent être posées ou des documents que M. Noble devra fournir. Par ailleurs, il peut donner à M. Noble le temps de répondre aux questions ou de produire les documents si, à son avis, les circonstances justifient la chose. Toutefois, M. Noble n'a aucun droit à la communication préalable.

EXCLUSION DE L'AVOCAT DE M. NOBLE

[17] L'avocat de M. Noble soutient qu'il a été exclu à tort de l'enquête après que son client eut témoigné. En invoquant cet argument devant la Cour, il ne parle pas au nom de M. Noble, mais plutôt en tant qu'ami ou en tant que personne qui pourrait aider M. Del Zotto. Il dit que si M. Del Zotto renonce à son droit à la vie privée dans la conduite de l'enquête, il (M. Del Zotto) a droit à ce que toute personne qu'il veut soit présente à l'enquête.

[18] À notre avis, la décision *Del Zotto (A.) c. M.R.N.*, [1993] 2 C.T.C. 342 (C.A.F.) règle ce point. Dans cette décision, le juge Hugessen (tel était alors son titre) a fait les remarques suivantes à la page 344:

Ces dispositions avaient, à leur tour, fait l'objet d'une interprétation décisive de la part de la Cour suprême dans l'arrêt *Guay v. Lafleur*, [1965] 2 R.C.S. 12, [1964] C.T.C. 350, 64 DTC 5218, aux pages 16 et 17 (C.T.C. 354-55). Dans cette affaire, le juge Abbott, parlant au nom de la majorité a déclaré ce qui suit:

[TRADUCTION] Les juges Hyde et Montgomery, dissidents, ont jugé que l'enquête menée par l'appelant pour le compte du ministre est de nature purement administrative, et qu'elle ne peut trancher ni décider quoi que ce soit, qu'il ne s'agit pas d'une enquête judiciaire ou quasi-judiciaire, mais d'une enquête privée à laquelle l'intimé n'a pas le droit d'être présent ni d'être représenté par un avocat.

Après avoir renvoyé aux modifications apportées par suite de l'arrêt *Guay v. Lafleur*, le juge Hugessen ajoute [à la page 344]:

Ces dispositions [soit les modifications qui ont subséquentement été apportées à la loi] ne changent pas par ailleurs la nature de l'enquête qui reste, comme l'a dit la Cour suprême, «de nature purement administrative et [. . .] ne peut trancher ni décider quoi que ce soit».

The inquiry is a private investigation. While a taxpayer's privacy may be a relevant consideration, it is not the sole reason for it being a private investigation. It is private, as we understand it, to assist in the efficacy of the investigation itself. While there have been amendments to the inquiry process of the *Income Tax Act* since *Guay v. Lafleur*, they do not change this fundamental aspect of the inquiry. In particular, the right of a witness and the taxpayer whose affairs are being investigated to have counsel present does not convert the inquiry into a public one at the discretion of the taxpayer.

[19] Mr. Flanigan refused to allow counsel for Mr. Noble to remain at the hearing when Mr. Noble was not giving evidence. However, the Court was told that Mr. Flanigan permitted counsel for Mr. Noble to make application to remain in the inquiry, provided he was not acting as counsel for Mr. Noble, but rather, was assisting Mr. Del Zotto. As we understand it, the opportunity to make such an application is still open.

REASONABLE APPREHENSION OF BIAS

[20] The final question is whether there is a reasonable apprehension of bias in respect of the Trial Division Judge. Counsel for appellants says that the Judge was a partner in the firm that was counsel for Mr. Del Zotto until his appointment to the Federal Court in 1999. Evidence was produced that in 1993, the Trial Division Judge logged 0.4 hours on the Del Zotto file. Apparently, this was in relation to the obtaining of some documents from the Tax Court of Canada. Counsel for the appellants says it is impossible to know whether the Judge was privy to any confidential information in respect of the matter.

[21] The appellants rely on the majority reasons of Laskin C.J. in *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, at page 388:

Lawyers who have been appointed to the Bench have been known to refrain from sitting on cases involving former clients, even where they have not had any part in the case,

Il s'agit d'une enquête privée. Le droit à la vie privée du contribuable peut être une considération pertinente, mais ce n'est pas l'unique raison pour laquelle il s'agit d'une enquête privée; en effet, à notre avis, on cherche à assurer l'efficacité de l'enquête. Des modifications ont été apportées à la procédure d'enquête prévue par la *Loi de l'impôt sur le revenu* depuis l'arrêt *Guay v. Lafleur*, mais ces modifications ne changent rien à cet aspect fondamental de l'enquête. En particulier, le droit à la présence d'un avocat que possède un témoin et le contribuable visé par une enquête n'a pas pour effet de transformer l'enquête, au gré du contribuable, en une enquête publique.

[19] M. Flanigan a refusé de permettre à l'avocat de M. Noble d'assister à l'audience lorsque son client ne témoignait pas. Toutefois, on a dit à la Cour que M. Flanigan avait permis à l'avocat de M. Noble de demander à assister à l'enquête, à condition qu'il n'agisse pas comme avocat de M. Noble, mais qu'il aide plutôt M. Del Zotto. À notre avis, il est encore possible de présenter pareille demande.

LA CRAINTE RAISONNABLE DE PARTIALITÉ

[20] Il s'agit en dernier lieu de savoir s'il existe une crainte raisonnable de partialité de la part du juge de première instance. L'avocat des appelants déclare que le juge était associé au cabinet qui agissait pour M. Del Zotto jusqu'à ce qu'il soit nommé à la Cour fédérale, en 1999. Selon certains éléments de preuve, le juge de première instance a effectué, en 1993, 0,4 heure de travail sur le dossier Del Zotto. Apparemment, ce travail visait à l'obtention de certains documents de la Cour canadienne de l'impôt. L'avocat des appelants affirme qu'il est impossible de savoir si le juge était au courant de renseignements confidentiels concernant l'affaire.

[21] Les appelants se fondent sur les motifs que le juge en chef Laskin a exposés au nom des juges majoritaires dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la page 388:

On sait que des avocats nommés juges se sont abstenus pendant une période raisonnable, d'entendre des affaires auxquelles d'anciens clients étaient parties même s'ils

until a reasonable period of time has passed. *A fortiori* they would not sit in any case in which they played any part at any stage of the case.

[22] This statement is referred to by the Honourable J. O. Wilson in *A Book for Judges*, written at the request of the Canadian Judicial Council, in which the author stated at page 28, referring to the statement of Laskin C.J. cited above:

This statement may be an obiter dictum, but it comes from an august source and sets a proper standard of conduct, and in the latter part of the statement, a possible ground for disqualification. A newly appointed judge, formerly associated with a law firm, should not sit on a case in which the action had been commenced while he was still associated with the firm.

[23] Finally, the appellants rely on the Canadian Judicial Council's *Ethical Principles for Judges*, November 1998, under the heading "Conflicts of Interest". On page 29, the advice given is:

2. Judges should disqualify themselves in any case in which they believe that a reasonable, fair minded and informed person would have a reasoned suspicion of conflict between a judge's personal interest (or that of a judge's immediate family or close friends or associates) and a judge's duty.
3. Disqualification is not appropriate if: (a) the matter giving rise to the perception of a possibility of conflict is trifling or would not support a plausible argument in favour of disqualification, or (b)

[24] In the Commentaries under the heading "Former Clients" on page 47 is found the following:

Judges will face the issue of whether they should hear cases involving former clients, There are three main factors to be considered. First, the judge should not deal with cases concerning which the judge actually has a conflict of interest, for example, as a result of having had confidential information concerning the matter prior to appointment. . . .

The following are some general guidelines which may be helpful:

- (a) A judge who was in private practice should not sit on any case in which the judge or the judge's former firm was directly involved as either counsel of record or in any other capacity before the judge's appointment.

n'avaient rien eu à faire avec le dossier. A plus forte raison, nul ne siègerait dans une cause à laquelle il aurait pu prendre part à un stade quelconque de l'affaire.

[22] Cette remarque est mentionnée dans l'ouvrage intitulé *A Book for Judges*, rédigé à la demande du Conseil canadien de la magistrature, où l'honorable J. O. Wilson dit, à la page 28, au sujet de la remarque précitée du juge en chef Laskin:

[TRADUCTION] Il s'agit peut-être d'une remarque incidente, mais elle vient d'une auguste source et elle énonce une norme de conduite appropriée ainsi que, dans la dernière partie de la remarque, un motif possible de récusation. Un juge qui vient d'être nommé et qui était autrefois associé à un cabinet d'avocats ne devrait pas siéger dans une affaire, lorsque l'action a été intentée pendant qu'il était associé au cabinet.

[23] Enfin, les appellants se fondent sur le document intitulé *Principes de déontologie judiciaire*, du Conseil canadien de la magistrature, novembre 1998, sous la rubrique: «Conflit d'intérêts». À la page 29, l'opinion suivante est exprimée:

2. Les juges se récusent chaque fois qu'ils croient qu'une personne raisonnable, impartiale et bien informée aurait des motifs de soupçonner qu'il existe un conflit entre leur intérêt personnel (ou celui de leurs proches parents, de leurs amis intimes ou de leurs associés) et l'exercice de leur fonction.
3. Il n'est pas à propos de se récuser si, selon le cas: a) l'élément laissant croire à la possibilité de conflit est négligeable ou ne permettrait pas de soutenir de manière plausible que la récusation s'impose;

[24] Voici une parties des commentaires figurant sous la rubrique «Anciens clients», aux pages 49 et 50:

Les juges devront parfois se demander s'il convient d'entendre des affaires qui impliquent d'anciens clients [. . .] Trois facteurs principaux entrent en jeu. Premièrement, le juge ne doit pas entendre d'affaires dans lesquelles il se trouve réellement en situation de conflit d'intérêts—par exemple, parce qu'il a obtenu des renseignements confidentiels reliés au litige avant d'être nommé juge [. . .]

Les lignes directrices suivantes ont un caractère général. Elles peuvent s'avérer utiles:

- a) Le juge ne devrait pas entendre d'affaires dans lesquelles lui-même ou son ancien cabinet ont agi directement, soit à titre de procureur inscrit au dossier, soit à un autre titre, avant sa nomination.

...

(c) With respect to the judge's former law partners, or associates and former clients, the traditional approach is to use a "cooling off period," often established by local tradition at 2, 3 or 5 years and in any event at least as long as there is any indebtedness between the firm and the judge and subject to guideline (a) above concerning former clients.

[25] We do not read the Judicial Council advice and guidelines as a code of prohibited behaviour or setting standards of judicial misconduct. Indeed section 2 of the Principles states [at page 3]:

2. The Statements, Principles and Commentaries are advisory in nature. Their goals are to assist judges with the difficult ethical and professional issues which confront them and to assist members of the public to better understand the judicial role. They are not and shall not be used as a code or a list of prohibited behaviours. They do not set out standards defining judicial misconduct.

Nor do we consider that deviation from a statement or a guideline automatically equates to a reasonable apprehension of bias. On the other hand, the statements and guidelines are drafted with a view to identifying those circumstances in which a reasonable, fair minded and informed person could have a reasoned suspicion of a conflict.

[26] As to the facts, it should first be observed that Mr. Del Zotto recently changed counsel so that when the matter came before the Trial Division Judge in December 1999, present counsel, and not the Judge's former firm, was acting for Mr. Del Zotto. We are certain that had his former firm been acting, the Trial Division Judge would have recused himself having regard to his recent association with that firm. However, when different counsel appeared, it seems that the Trial Division Judge did not suspect the presence of any conflict. Nor, apparently did counsel, as no one raised it before him.

[. . .]

c) En ce qui concerne les affaires impliquant d'anciens collègues, associés ou clients du juge, la ligne de conduite traditionnelle consiste à s'abstenir de les instruire pendant une certaine période. Souvent fixée à deux, trois ou cinq ans, selon les coutumes locales, et de toute façon cette période de «distanciation» se poursuit, à tout le moins, aussi longtemps qu'il existe une dette entre le cabinet et le juge. La ligne directrice a) visant les anciens clients entre également en ligne de compte.

[25] Nous n'interprétons pas les opinions et lignes directrices données par le Conseil de la magistrature comme un code de conduite ou comme énonçant les normes définissant l'inconduite judiciaire. De fait, selon l'article 2 des Principes [à la page 3]:

2. Les Énoncés, Principes et Commentaires se veulent de simples recommandations. L'objectif visé est, d'une part, d'aider les juges à trouver des réponses aux épineuses questions d'ordre déontologique et professionnel auxquels ils sont confrontés, et, d'autre part, d'aider le public à mieux comprendre le rôle des juges. Ils ne constituent pas un code ou une liste de comportements prohibés et ils ne doivent pas être utilisés comme tel. Ils n'énoncent pas de normes définissant l'inconduite judiciaire.

Nous ne considérons pas non plus qu'une dérogation à un énoncé ou à une ligne directrice donne nécessairement lieu à une crainte raisonnable de partialité. D'autre part, les énoncés et lignes directrices visent à indiquer les circonstances dans lesquelles une personne raisonnable, impartiale et bien informée aurait des motifs de soupçonner qu'il existe un conflit.

[26] Quant aux faits, il convient en premier lieu de noter que M. Del Zotto a récemment changé d'avocat de sorte que, lorsque l'affaire a été entendue par le juge de première instance, au mois de décembre 1999, c'était l'avocat actuel qui agissait pour M. Del Zotto plutôt que l'ancien cabinet du juge. Nous sommes certains que si l'ancien cabinet du juge avait agi pour M. Del Zotto, le juge de première instance se serait récusé en raison de son association récente à ce cabinet. Toutefois, lorsqu'un avocat différent s'est présenté, le juge de première instance ne semble pas avoir soupçonné l'existence d'un conflit, et l'avocat non plus, semble-t-il, puisque personne n'a soulevé la question.

[27] In this case, there are two relevant considerations. The first is that the Judge's former firm was directly involved in the matter of the Del Zotto inquiry under the *Income Tax Act* when the Judge was a member of the firm. The second is that the Judge had recorded time on the Del Zotto file.

[28] The evidence is that the Judge did not practice in the office where the Del Zotto file was being handled. Further, it is clear that the Judge's involvement in the file was some six years before he heard the judicial review and was minimal and peripheral.

[29] The cases suggest that sometimes the fact that a judge hears a case in which his firm was involved before his appointment does not give rise to a reasonable apprehension of bias. However, these cases also indicate that there was no direct or indirect involvement by the judge with the matter when he was at the firm. (See, for example, *R. v. Bagot*, [2000] M.J. No. 223 (C.A.) (QL), at paragraph 5, and *R. v. R.T.A.*, [2000] O.J. No. 1319 (Sup. Ct.) (QL), at paragraph 37a.)

[30] In the circumstances here, in an abundance of caution, we would allow the appeal from the Trial Division on this issue. However, we reiterate that what transpired was inadvertent and arose because of the unusual fact that there had been a change of counsel which apparently caused both the learned Judge and counsel to be caught off guard.

[31] Having said this, subparagraph 52(b)(i) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] authorizes this Court to give the judgment that should have been given by the Trial Division. Subparagraph 52(b)(i) provides:

52. The Federal Court of Appeal may

. . .

(b) in the case of an appeal from the Trial Division,

(i) dismiss the appeal or give the judgment and award the process or other proceedings that the Trial Division

[27] En l'espèce, deux considérations sont pertinentes. En premier lieu, il y a le fait que l'ancien cabinet du juge était directement mêlé à l'enquête Del Zotto menée en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* lorsque le juge était membre de ce cabinet. En second lieu, il y a le fait que le juge a effectué du travail dans le dossier Del Zotto.

[28] Selon la preuve, le juge n'exerçait pas sa profession, à l'époque pertinente, dans le cabinet qui était chargé du dossier Del Zotto. En outre, il est clair que le juge a effectué du travail dans le dossier environ six ans avant d'avoir entendu la demande de contrôle judiciaire et que sa participation avait été minimale et d'importance secondaire.

[29] Selon certains arrêts, il arrive parfois que le fait qu'un juge entende une affaire dans laquelle son cabinet était en cause avant sa nomination ne donne pas lieu à une crainte raisonnable de partialité. Toutefois, dans ces affaires, le juge ne s'était pas occupé du dossier, que ce soit directement ou indirectement, lorsqu'il travaillait au cabinet en question. (Voir, par exemple, *R. v. Bagot*, [2000] M.J. n° 223 (C.A.) (QL), au paragraphe 5; et *R. v. R.T.A.*, [2000] O.J. n° 1319 (C. sup.) (QL), au paragraphe 37a.)

[30] Eu égard aux circonstances de l'espèce, nous accueillons avec la plus grande prudence l'appel interjeté contre la décision rendue par la Section de première instance sur ce point. Toutefois, nous répétons que la situation s'est produite par inadvertance et à cause du fait inhabituel qu'il y avait eu changement d'avocat, ce qui a, semble-t-il, pris le juge et les avocats par surprise.

[31] Cela dit, l'alinéa 52b)(i) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] autorise notre Cour à rendre le jugement que la Section de première instance aurait dû rendre. L'alinéa 52b)(i) prévoit:

52. La Cour d'appel peut:

[. . .]

b) dans le cas d'un appel d'une décision de la Section de première instance:

(i) soit rejeter l'appel ou rendre le jugement que la Section de première instance aurait dû rendre et prendre

should have given or awarded,

Counsel for the appellant's agrees that we have this jurisdiction and does not ask that the matter be remitted to the Trial Division for redetermination.

[32] Accordingly, we would allow the appeal, set aside the decision of the Trial Division and find that the judicial review application against the decision of the Honourable Keith Flanigan be dismissed. In view of this conclusion, there will be no award as to costs.

[33] The appellants' moved to introduce new evidence on this appeal. We will dismiss the motion in so far as transcripts of the inquiry are concerned and will order that such transcripts be returned to the appellants.

toutes mesures d'exécution ou autres que celle-ci aurait dû prendre,

L'avocat des appelants convient que nous avons cette compétence et il ne demande pas que l'affaire soit renvoyée à la Section de première instance pour nouvelle décision.

[32] Par conséquent, nous accueillons l'appel, infirmons la décision de la Section de première instance et nous concluons que la demande de contrôle judiciaire présentée contre la décision de l'honorable Keith Flanigan doit être rejetée. Cela étant, aucune ordonnance n'est rendue au sujet des dépens.

[33] Les appelants ont demandé à présenter de nouveaux éléments de preuve dans le présent appel. Nous rejetons la requête en ce qui concerne les transcriptions de l'enquête et nous ordonnons que pareilles transcriptions soient retournées aux appelants.

A-737-98

A-737-98

Nasser Sadeghi (*Appellant*)**Nasser Sadeghi** (*appelant*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**
(*intimé*)**INDEXED AS: SADEGHI v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (C.A.)****RÉPERTORIÉ: SADEGHI c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)**Court of Appeal, Stone, Rothstein and Evans JJ.A.—
Toronto, May 17, 2000.Cour d'appel, juges Stone, Rothstein et Evans, J.C.A.—
—Toronto, 17 mai 2000.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent residents — Appeal from dismissal of application for judicial review of visa officer's second refusal of application for permanent residence based on exercise of discretion under Immigration Regulations, 1978, s. 11(3)(b) — Application first refused on ground insufficient units of assessment, but error in calculation and that appellant having 2 more points than normally required later acknowledged — S. 11(3)(b) extraordinary power intended for exceptional cases — Not providing visa officers with general discretion to revisit assessment — In exercising power under s. 11(3)(b) after appellant satisfying selection criteria, visa officer depriving appellant of legitimate expectation visa would be issued — Visa officer should have explained concerns to appellant permitting him to respond.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Appel du rejet d'une demande de contrôle judiciaire du deuxième rejet par l'agente des visas de la demande de résidence permanente dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 11(3)(b) du Règlement sur l'immigration de 1978 — La demande a été rejetée pour la première fois au motif que l'appellant n'avait pas obtenu suffisamment de points d'appréciation, mais on a reconnu ultérieurement qu'une erreur de calcul avait été commise et que l'appellant avait 2 points de plus que le nombre de points normalement requis — L'art. 11(3)(b) confère un pouvoir extraordinaire s'appliquant aux cas exceptionnels — Il n'accorde pas aux agents des visas un pouvoir discrétionnaire général leur permettant de réviser leur appréciation — Dans l'exercice du pouvoir que lui confère l'art. 11(3)(b), l'agente des visas a privé l'appellant de son attente légitime selon laquelle, comme il avait rempli les critères de sélection prévus, il obtiendrait un visa — L'agente des visas aurait dû expliquer à l'appellant ses réserves et lui permettre d'y répondre.

Administrative law — Judicial review — Certiorari — Appeal from dismissal of application for judicial review of visa officer's second refusal of application for permanent residence — Subsequent to refusal of application on ground insufficient units of assessment, visa officer acknowledging error and that appellant having more points than normally required — Exercising discretion under Immigration Regulations, 1978, s. 11(3)(b) to refuse application — In so doing when appellant satisfying selection criteria, visa officer depriving appellant of legitimate expectation would be issued visa — Decisions removing legitimate expectation of receiving benefit typically attracting greater procedural protection than those where discretion is at large — Visa officer breaching duty of fairness.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Appel du rejet d'une demande de contrôle judiciaire du deuxième rejet par l'agente des visas de la demande de résidence permanente — Après avoir rejeté la demande au motif que l'appellant n'avait pas obtenu suffisamment de points d'appréciation, l'agente des visas a reconnu qu'une erreur avait été commise et que l'appellant avait plus de points que le nombre de points normalement requis — Elle a exercé son pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 11(3)(b) du Règlement sur l'immigration de 1978 et rejeté la demande — Ce faisant, l'agente des visas a privé l'appellant de son attente légitime selon laquelle, comme il avait rempli les critères de sélection prévus, il obtiendrait un visa — Les décisions qui frustrent une personne de son attente légitime de recevoir un bénéfice attirent généralement une plus grande protection sur le plan de la procédure que celles où le pouvoir discrétionnaire est général — L'agente des visas a manqué à son obligation d'équité.

This was an appeal from the dismissal of an application for judicial review of a visa officer's denial of the

Il s'agit d'un appel du rejet d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de l'agente des visas de rejeter la

appellant's application for permanent residence. The appellant applied for a visa to enter Canada as a landed immigrant and was interviewed by a visa officer. His application was unsuccessful because he was awarded only 67 units of assessment, three short of the 70 normally needed by a person applying in the independent category. In a second letter, the visa officer acknowledged a mistake in the previous calculation of points, as a result of which the total number of points awarded was 72. However, his application was still unsuccessful because the visa officer exercised her discretion under *Immigration Regulations, 1978*, subsection 11(3) against the appellant on the grounds of his "limited knowledge of Canada", "limited practical experience", "lack of professional contacts in Canada" and "lack of preparedness to go to Canada". Paragraph 11(3)(b) authorizes a visa officer to reject an application when there are good reasons why the number of units of assessment awarded do not accurately reflect the applicant's chances of becoming successfully established in Canada. The appellant was interviewed before the first letter was written, but not afterwards.

The issue was whether it was a breach of the duty of fairness for the visa officer, when exercising her discretion under subsection 11(3)(b), to take into consideration matters not expressly raised with the appellant.

Held, the appeal should be allowed.

Paragraph 11(3)(b) is an extraordinary power intended for exceptional cases, and does not provide visa officers with a general discretion to revisit their assessment under the specific selection criteria which are intended to ensure a certain objectivity and uniformity in decision-making by visa officers. In exercising the power conferred by paragraph 11(3)(b) the visa officer made a discretionary decision depriving the appellant of his legitimate expectation that having satisfied the specific selection criteria, he would be issued a visa, unless he was found inadmissible under subsection 19(1). Decisions removing a person's legitimate expectation of receiving a benefit typically attract greater procedural protection than those where the discretion is at large. The visa officer's observation in her notes that she may have been too generous in her assessment of the appellant's proficiency in the English language may indicate that she fell into the error of thinking that she could use paragraph 11(3)(b) to revise her evaluation when it became apparent that appellant's total exceeded 70 points.

demande de résidence permanente de l'appelant. L'appelant a sollicité un visa pour entrer au Canada en tant que résident permanent et une agente des visas lui a fait passer une entrevue. Sa demande a été rejetée parce qu'il a obtenu seulement 67 points d'appréciation, soit trois points de moins que les 70 points normalement requis pour une personne qui présente une demande en tant que demandeur indépendant. Dans une deuxième lettre, l'agente des visas a reconnu avoir commis une erreur dans son calcul des points, ce qui portait le nombre total de points obtenus à 72. Cependant, l'agente des visas a exercé défavorablement son pouvoir discrétionnaire prévu au paragraphe 11(3) du *Règlement sur l'immigration de 1978* et a à nouveau rejeté sa demande pour les motifs suivants: il avait une «connaissance limitée du Canada, il avait «une expérience professionnelle limitée», il n'avait «aucun contact professionnel au Canada» et il n'était «pas préparé pour aller au Canada». En vertu de l'alinéa 11(3)b), l'agent des visas peut rejeter la demande d'un immigrant s'il y a de bonnes raisons de croire que le nombre de points d'appréciation obtenu ne reflète pas exactement les chances de cet immigrant de réussir son installation au Canada. L'appelant a subi une entrevue avant que la première lettre ne lui soit écrite, mais non pas par la suite.

Il s'agit de déterminer si l'agente des visas a contrevenu à son obligation d'équité, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en application de l'alinéa 11(3)b), en prenant en considération des questions qui n'avaient pas été communiquées expressément à l'appelant.

Arrêt: l'appel est accueilli.

L'alinéa 11(3)b) confère un pouvoir extraordinaire s'appliquant aux cas exceptionnels et n'accorde pas aux agents des visas un pouvoir discrétionnaire général leur permettant de réviser l'appréciation qu'ils ont faite selon les critères de sélection particuliers prévus qui visent à garantir une certaine objectivité et une certaine uniformité dans le processus décisionnel des agents des visas. Dans l'exercice du pouvoir que lui confère l'alinéa 11(3)b), l'agente des visas a pris une décision discrétionnaire privant l'appelant de son attente légitime selon laquelle, comme il avait rempli les critères de sélection particuliers prévus, il obtiendrait un visa, à moins d'être jugé non admissible en application du paragraphe 19(1). Les décisions qui frustrent une personne de son attente légitime de recevoir un bénéfice attirent généralement une plus grande protection sur le plan de la procédure que celles où le pouvoir discrétionnaire est général. La remarque qu'a faite l'agente des visas dans ses notes selon laquelle elle avait peut-être été trop généreuse dans son appréciation de la compétence en anglais de l'appelant peut indiquer qu'elle a fait l'erreur de penser qu'elle pouvait se servir de l'alinéa 11(3)b) pour réviser son évaluation quand il est devenu évident que l'appelant avait plus de 70 points au total.

In order to ensure that visa officers base their opinion that there are good reasons for thinking that the points evaluation does not adequately reflect an applicant's chances of becoming successfully established in Canada, it is important that they raise their concerns with the individual in a way that enables the applicant to respond. Accurate decision-making is particularly important when an adverse decision may deprive a person of legal rights or, as here, a legitimate expectation of receiving a statutory benefit. The burden normally borne by visa applicants to place before the visa officer all the information necessary to demonstrate that they satisfy the selection criteria reduces the obligation of visa officers to advise applicants, as a matter of procedural fairness, of whatever concerns they may have about the adequacy of the application. But once an applicant has been awarded the units of assessment normally required for a visa, it will often be unfair to expect the applicant to anticipate the grounds on which a visa officer may base a negative discretionary decision. The visa officer seems only to have put her mind specifically to subsection 11(3), when it became apparent that he should have been awarded additional points that gave him in excess of 70. The appellant could not reasonably have anticipated at the interview that the officer would subsequently be concerned about whether he had professional contacts in Canada, or that this was a matter that he should address, particularly since the only question that she did put to him about difficulties that he might encounter in finding employment was about his limited practical experience as a chemist. As a matter of procedural fairness, the visa officer ought to have explicitly asked the appellant whether he had professional contacts in Canada before using this as a basis for denying him the visa for which he had *prima facie* qualified under the points system. Similar fairness considerations applied to the visa officer's reliance on the appellant's lack of preparedness to come to Canada and on his limited knowledge of employment conditions in Canada as reasons for the negative exercise of her discretion under paragraph 11(3)(b). The decision not to issue a visa was vitiated by a breach of the duty of fairness.

Pour s'assurer du bien-fondé de son opinion selon laquelle il existe de bonnes raisons de croire que les points d'appréciation ne reflètent pas de façon appropriée les chances du demandeur de réussir son installation au Canada, il est important que l'agent des visas communique ses réserves à l'intéressé de façon à lui donner la possibilité d'y répondre. La rigueur du processus décisionnel est particulièrement importante quand une opinion défavorable est susceptible de priver une personne de ses droits ou, comme en l'espèce, de la réception légitimement attendue d'un bénéficiaire prévu par la loi. L'obligation qui incombe normalement aux demandeurs de visas de soumettre à l'agent des visas tous les renseignements nécessaires pour démontrer qu'ils satisfont aux critères de sélection réduit l'obligation des agents des visas, sur le plan de l'équité procédurale, d'informer les demandeurs de toutes les réserves qu'ils peuvent avoir en ce qui a trait au caractère approprié de la demande. Mais une fois que le demandeur a obtenu le nombre de points d'appréciation normalement requis pour obtenir un visa, il sera souvent considéré inéquitable de s'attendre à ce que le demandeur prévoie les motifs sur lesquels l'agent des visas est susceptible de fonder sa décision discrétionnaire défavorable. L'agente des visas semble uniquement avoir porté son attention sur le paragraphe 11(3) quand il est devenu évident qu'elle aurait dû lui accorder des points additionnels, ce qui lui aurait donné plus de 70 points. L'appelant ne pouvait raisonnablement avoir prévu à l'entrevue que l'agente des visas aurait par la suite des réserves quant à la question de savoir s'il avait des contacts professionnels au Canada ou qu'il s'agissait d'une question dont il devait traiter, parce que, notamment, la seule question qu'elle lui ait posée quant aux difficultés auxquelles il était susceptible de se heurter dans la recherche d'un emploi concernait son expérience professionnelle limitée en tant que chimiste. Sur le plan de l'équité procédurale, l'agente des visas aurait dû demander expressément à l'appelant s'il avait des contacts professionnels au Canada avant de se servir de ce motif pour refuser de lui délivrer le visa auquel, à première vue, il avait droit compte tenu du système des points. Des considérations semblables d'équité s'appliquent au fait que l'agente des visas s'est fondée sur le manque de préparation de l'appelant en vue de son immigration au Canada et sur sa connaissance limitée des conditions d'emploi au Canada pour exercer défavorablement son pouvoir discrétionnaire prévu à l'alinéa 11(3)b). Un manquement à l'obligation d'équité vicie la décision de ne pas délivrer de visa.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11; 1995, c. 15, s. 2; 1996, c. 19, s. 83), 83(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73).
Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 11(3)(b).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11; 1995, ch. 15, art. 2; 1996, ch. 19, art. 83), 83(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73).
Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 11(3)b).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Muliadi v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1986] 2 F.C. 205; (1986), 18 Admin. L.R. 243; 66 N.R. 8 (C.A.).

REFERRED TO:

Chen v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1995] 1 S.C.R. 725; (1995), 123 D.L.R. (4th) 536; 27 Imm. L.R. (2d) 1; 179 N.R. 70; revg [1994] 1 F.C. 639; (1993), 109 D.L.R. (4th) 560; 22 Imm. L.R. (2d) 213; 164 N.R. 257 (C.A.); revg [1991] 3 F.C. 350; (1991), 45 F.T.R. 91; 13 Imm. L.R. (2d) 172 (T.D.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Hundal* (1996), 206 N.R. 184; 36 Imm. L.R. (2d) 153 (F.C.A.); *Wong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 246 N.R. 377 (F.C.A.); *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Hajariwala v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 79; (1988), 34 Admin. L.R. 206; 23 F.T.R. 241; 6 Imm. L.R. (2d) 222 (T.D.).

APPEAL from the dismissal of an application for judicial review of a visa officer's refusal of the appellant's application for permanent residence by exercising her discretion under *Immigration Regulations, 1978*, subsection 11(3), on the grounds that the visa officer breached the duty of fairness by considering certain factors without first giving the appellant an opportunity to respond (*Sadeghi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 158 F.T.R. 140; 48 Imm. L.R. (2d) 136 (F.C.T.D.)). Appeal allowed.

APPEARANCES:

Barbara L. Jackman for appellant.
Marissa B. Bielski for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

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

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Muliadi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1986] 2 C.F. 205; (1986), 18 Admin. L.R. 243; 66 N.R. 8 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Chen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1995] 1 R.C.S. 725; (1995), 123 D.L.R. (4th) 536; 27 Imm. L.R. (2d) 1; 179 N.R. 70; inf. [1994] 1 C.F. 639; (1993), 109 D.L.R. (4th) 560; 22 Imm. L.R. (2d) 213; 164 N.R. 257 (C.A.); inf. [1991] 3 C.F. 350; (1991), 45 F.T.R. 91; 13 Imm. L.R. (2d) 172 (1^{re} inst.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Hundal* (1996), 206 N.R. 184; 36 Imm. L.R. (2d) 153 (C.A.F.); *Wong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 246 N.R. 377 (C.A.F.); *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Hajariwala c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 79; (1988), 34 Admin. L.R. 206; 23 F.T.R. 241; 6 Imm. L.R. (2d) 222 (1^{re} inst.).

APPEL du rejet d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision d'une agente des visas de rejeter la demande de résidence permanente de l'appelant dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire prévu au paragraphe 11(3) du *Règlement sur l'immigration de 1978*, au motif que l'agente des visas a contrevenu à son obligation d'équité en prenant en considération certains facteurs sans donner au préalable à l'appelant la possibilité d'y répondre (*Sadeghi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 158 F.T.R. 140; 48 Imm. L.R. (2d) 136 (C.F. 1^{re} inst.)). Appel accueilli.

ONT COMPARU:

Barbara L. Jackman pour l'appelant.
Marissa B. Bielski pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Jackman, Waldman & Associates, Toronto, pour l'appelant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

EVANS J.A.:

A. INTRODUCTION

[1] The appellant, Nasser Sadeghi, a citizen and resident of Iran, applied at the Canadian Embassy in Damascus, Syria, for a visa to enter Canada as a landed immigrant in the independent category. Although he obtained 72 units of assessment, two more than are normally required for a positive decision, his application was refused.

[2] The visa officer who had interviewed Dr. Sadeghi recommended to a senior immigration officer, who concurred in the recommendation, that the discretion conferred by subsection 11(3) of the *Immigration Regulations, 1978* [SOR/78-172] be exercised negatively. Paragraph 11(3)(b) authorizes a visa officer to reject an application when, in the opinion of the officer that is concurred in by a senior immigration officer, there are good reasons why the number of units of assessment awarded to a person do not accurately reflect the applicant's chances of becoming successfully established in Canada. It is settled law that, for the purpose of this provision, successful establishment means successful economic establishment: *Chen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 1 S.C.R. 725, adopting the reasons of Strayer J. (as he then was), [1991] 3 F.C. 350 (T.D.), and of Robertson J.A., [dissenting] [1994] 1 F.C. 639 (C.A.).

[3] Dr. Sadeghi made an application for judicial review to have the refusal to issue a visa set aside on the ground that the visa officer had not complied with the duty of fairness in taking into consideration certain factors when exercising her discretion under paragraph 11(3)(b) without first affording him a reasonable opportunity to address them. In addition, counsel submitted that the visa officer had erred in law by

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

LE JUGE EVANS, J.C.A.:

A. INTRODUCTION

[1] L'appelant, Nasser Sadeghi, un citoyen et un résident de l'Iran, a présenté une demande à l'Ambassade du Canada à Damas, en Syrie, dans laquelle il sollicite un visa pour entrer au Canada en tant que résident permanent dans la catégorie des demandeurs indépendants. Bien qu'il ait obtenu 72 points d'appréciation, soit deux points de plus que ce qui est normalement exigé pour qu'une décision favorable soit rendue, sa demande a été rejetée.

[2] L'agente des visas qui a fait passer une entrevue à M. Sadeghi a recommandé à l'agent principal que le pouvoir discrétionnaire que confère le paragraphe 11(3) du *Règlement sur l'immigration de 1978* [DORS/78-172] soit exercé défavorablement et l'agent principal a approuvé cette recommandation. En vertu de l'alinéa 11(3)b), l'agent des visas peut rejeter la demande d'un immigrant s'il est d'avis qu'il y a de bonnes raisons de croire que le nombre de points d'appréciation obtenu ne reflète pas exactement les chances de cet immigrant de réussir son installation au Canada et qu'un agent principal souscrit à cette opinion. Il est bien établi en droit que pour l'application de cette disposition, la capacité de réussir son installation signifie la capacité de réussir son installation sur le plan économique: *Chen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 1 R.C.S. 725, adoptant les motifs du juge Strayer (alors qu'il était juge à la Section de première instance), [1991] 3 C.F. 350 (1^{re} inst.), et du juge Robertson, [dissident] [1994] 1 C.F. 639 (C.A.).

[3] M. Sadeghi a présenté une demande de contrôle judiciaire en vue d'obtenir l'annulation du refus de lui délivrer un visa, alléguant que l'agente des visas n'a pas satisfait à l'obligation d'équité lorsqu'elle a pris en considération certains facteurs dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire prévu à l'alinéa 11(3)b) sans lui donner au préalable une possibilité raisonnable d'y répondre. En outre, l'avocate a prétendu que l'agente

“double counting” under paragraph 11(3)(b) factors, including his “limited practical experience”, that had already been assessed under Schedule 1 of the Regulations.

[4] The application for judicial review was dismissed: ((1998), 158 F.T.R. 140 (F.C.T.D.)). The Motions Judge held that, since applicants for a visa are responsible for putting before the visa officer any information that would support their application, the officer was not required to indicate to Dr. Sadeghi her concern that, since he had no professional contacts in Canada, and had made no preparations for his move to Canada, he was likely to find it particularly difficult to find employment in Canada. This was not a case like *Muliadi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 2 F.C. 205 (C.A.), where the officer had relied on information from an external source, which fairness obliged him to disclose. The Motions Judge also held that the factors taken into account by the officer were relevant to his likely success in establishing himself economically and did not constitute “double counting”.

[5] The Motions Judge certified the following question [at pages 145-146] under subsection 83(1) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73)]:

Is it an error of law for a visa officer to award full points for experience under Factor 3 of Schedule 1 to the **Immigration Regulations** and to consider this same experience as “limited practical experience” under s. 11(3)(b) of the **Immigration Regulations**?

Since *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 it has been clear that on an appeal this Court is not restricted to answering the question certified by the Motions Judge. Conversely, the Court is not obliged to answer the question certified when it turns out to be inappropriate or not necessary for the disposition of the appeal: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v.*

des visas avait commis une erreur de droit en effectuant sous le régime de l’alinéa 11(3)b) un «double comptage» des facteurs, parmi lesquels figure l’[TRADUCTION] «expérience professionnelle limitée» de l’appelant, qui avait déjà été évaluée en vertu de l’annexe 1 du Règlement.

[4] La demande de contrôle judiciaire a été rejetée ((1998), 158 F.T.R. 140 (C.F. 1^{re} inst.)). Le juge des requêtes a conclu que, comme il incombe aux demandeurs de visas de soumettre à l’agent des visas tous les renseignements à l’appui de leur demande, l’agente des visas n’était pas tenue de signaler à M. Sadeghi sa réserve selon laquelle, comme il n’avait aucun contact professionnel au Canada et qu’il ne s’était pas préparé pour déménager au Canada, il risquait d’avoir beaucoup de difficulté à se trouver un emploi au Canada. Il ne s’agissait pas d’une affaire semblable à l’affaire *Muliadi c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1986] 2 C.F. 205 (C.A.), où l’agent des visas s’était fondé sur des renseignements provenant d’une source extérieure, que l’équité obligeait à divulguer. Le juge des requêtes a également conclu que les facteurs dont a tenu compte l’agente des visas étaient pertinents quant à la capacité de l’appelant de s’établir sur le plan économique et qu’il ne s’agissait pas d’un «double comptage».

[5] Le juge des requêtes a certifié [aux pages 145 et 146] la question suivante en application du paragraphe 83(1) de la *Loi sur l’immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73)]:

Un agent des visas commet-il une erreur de droit si, après avoir attribué le nombre de points d’appréciation nécessaire pour l’expérience professionnelle au regard du facteur 3 de l’annexe 1 du **Règlement sur l’immigration**, il juge cette «expérience professionnelle limitée» par application de l’alinéa 11(3)b) du même règlement?

Depuis l’arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, il est clair qu’en appel, la Cour n’est pas tenue de se limiter à répondre à la question certifiée par le juge des requêtes. À l’inverse, la Cour n’est pas tenue de répondre à la question certifiée lorsqu’elle s’avère inappropriée ou inutile quant à l’appel: *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c.*

Hundal (1996), 206 N.R. 184 (F.C.A.); *Wong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 246 N.R. 377 (F.C.A.).

B. FACTUAL BACKGROUND

[6] Dr. Sadeghi was born in 1936. Since 1967 he has been a professor of chemistry at the University of Tehran; his doctorate is from Sorbonne University and he had post-doctoral experience at Brunel University in England. He is the author or translator of a significant number of articles, conference papers and books that have been published in Iran, various European countries and in Japan; most date from the 1960s and 1970s. In addition, since the 1980s he has been a part-time consultant to industry and to the Iranian Ministry of Industry on matters within his professional expertise.

[7] He applied to come to Canada as an “analytical chemists/researcher consultant”, and was interviewed by a visa officer in Damascus. He received a letter from the officer, dated October 30, 1997, informing him that his application had been unsuccessful because he had been awarded 67 units of assessment, three short of the 70 normally needed by a person applying in the independent category. The units of assessment were broken down as follows:

Age	00
Occupation	01
Specific Vocational Preparation	18
Experience	08
Arranged Employment	00
Demographic Factor	08
Education	16
English	06
French	06
Relatives	00
Suitability	04
Total	67

[8] In a second letter, dated January 5, 1998, the visa officer acknowledged a mistake in the previous calculation of points which had not given Dr. Sadeghi the additional 5 units of assessment to which he was entitled for having assisting relatives in Canada. This

Hundal (1996), 206 N.R. 184 (C.A.F.); *Wong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 246 N.R. 377 (C.A.F.).

B. LES FAITS

[6] M. Sadeghi est né en 1936. Depuis 1967, il est professeur de chimie à l'Université de Téhéran; il possède un doctorat de la Sorbonne et il a fait des études postdoctorales à l'Université Brunel en Angleterre. Il est auteur ou traducteur d'un nombre important d'articles, d'exposés documentaires et de livres qui ont été publiés en Iran, dans plusieurs pays d'Europe et au Japon; la plupart d'entre eux datent des années 60 et 70. En outre, depuis les années 80, il travaille à temps partiel comme expert-conseil auprès du secteur industriel et du ministère iranien de l'Industrie dans un domaine relevant de son expertise professionnelle.

[7] Il a présenté une demande pour venir au Canada en tant que [TRADUCTION] «chimiste spécialiste de la chimie analytique/conseiller en recherche» et une agente des visas à Damas lui a fait passer une entrevue. Il a reçu une lettre de l'agente des visas, datée du 30 octobre 1997, l'informant que sa demande avait été rejetée parce qu'il avait obtenu 67 points d'appréciation, soit trois points de moins que les 70 points normalement requis pour une personne qui présente une demande en tant que demandeur indépendant. Les points d'appréciation se détaillent comme suit:

Âge	00
Profession	01
Préparation professionnelle spécifique	18
Expérience	08
Emploi réservé	00
Facteur démographique	08
Études	16
Anglais	06
Français	06
Parents	00
Personnalité	04
Total	67

[8] Dans une deuxième lettre, datée du 5 janvier 1998, l'agente des visas a reconnu avoir commis une erreur dans son calcul des points en n'accordant pas à M. Sadeghi les 5 points d'appréciation additionnels auxquels il avait droit du fait qu'il avait des garants au

brought the total number of points to 72, two more than the 70 normally needed for a visa.

[9] However, he was also informed that his application was still unsuccessful because the visa officer had exercised her discretion under subsection 11(3) against the applicant, on the grounds of his “limited knowledge of Canada (regarding particularly the employment conditions in Canada)”, “limited practical experience”, “lack of professional contacts in Canada,” and “lack of preparedness to go to Canada.” The officer also noted that Dr. Sadeghi did not have arranged employment in Canada, which would have overcome these difficulties.

[10] The appellant was interviewed before the first letter was written, but not afterwards. It is apparent from the visa officer’s CAIPS [Computer Assisted Immigration Processing System] notes, and Dr. Sadeghi’s affidavit is to much the same effect, that at the interview the visa officer asked him questions about important Canadian cities, which he answered correctly. The officer noted that he had “some general knowledge”, presumably about Canada.

[11] In addition, she asked whether at his age he would be able to find employment in Canada and expressed concern about his limited practical experience in his field. Dr. Sadeghi replied that he was confident that with his experience he would have no difficulty in obtaining work in Toronto or, if not there, elsewhere in Canada. The visa officer recorded in her CAIPS notes that “he has not demonstrated exceptional initiative in finding out about starting a career in Canada at 62 years of age.”

[12] The next entry in the CAIPS notes was on December 14, 1997, after Dr. Sadeghi’s lawyer had asked that he be given an extra 5 points as an assisted relative; a sister-in-law and her husband had recently become permanent residents in Canada and lived in

Canada. Cela portait le nombre total de points à 72, soit deux points de plus que les 70 points normalement requis pour obtenir un visa.

[9] Cependant, il a également été informé que l’agente des visas avait exercé défavorablement son pouvoir discrétionnaire prévu au paragraphe 11(3) et avait à nouveau rejeté sa demande parce qu’il avait une [TRADUCTION] «connaissance limitée du Canada (notamment des conditions d’emploi au Canada)», qu’il avait [TRADUCTION] «une expérience professionnelle limitée», qu’il n’avait [TRADUCTION] «aucun contact professionnel au Canada» et qu’il n’était [TRADUCTION] «pas préparé pour aller au Canada». L’agente des visas a également noté que M. Sadeghi n’avait pas un emploi réservé au Canada, ce qui lui aurait permis de surmonter ces difficultés.

[10] L’appelant a subi une entrevue avant que la première lettre ne lui soit écrite, mais non pas par la suite. Il ressort des notes au STIDI [Système de traitement informatisé des dossiers d’immigration] de l’agente des visas, et l’affidavit de M. Sadeghi va dans le même sens, que, lors de l’entrevue, l’agente des visas lui a posé des questions sur les grandes villes canadiennes, auxquelles il a répondu correctement. L’agente des visas a noté qu’il avait vraisemblablement [TRADUCTION] «une connaissance générale» du Canada.

[11] En outre, elle lui a demandé si à son âge il pourrait se trouver un emploi au Canada et a exprimé des réserves au sujet de son expérience professionnelle limitée dans son domaine. M. Sadeghi a répondu qu’il était persuadé qu’avec son expérience, il n’aurait aucune difficulté à se trouver du travail à Toronto ou ailleurs au Canada. L’agente des visas a inscrit dans ses notes au STIDI qu’[TRADUCTION] «il n’a pas fait preuve d’un sens de l’initiative exceptionnel pour se renseigner sur la façon d’entreprendre une carrière au Canada à l’âge de 62 ans.»

[12] L’inscription suivante dans les notes au STIDI a été faite le 14 décembre 1997, après que l’avocate de M. Sadeghi eut demandé qu’on accorde à son client 5 points additionnels compte tenu de sa qualité de parent aidé; une belle-sœur et son mari étaient

Toronto. The visa officer recorded that, since he now had 72 points, she was going to recommend a negative exercise of discretion because he “showed no initiative in preparing for work and life in Canada at 60 years of age. I was generous in assigning him 6 points for English.” She concluded the entry by saying that “most experience is as professor for last 30 years and as consultant and director establishing R & D.”

[13] The senior immigration officer who considered the recommendation agreed with it: Dr. Sadeghi would “face serious difficulties in establishing himself and his family in Canada” because of “his lack of preparation for immigration, his age and the narrow focus of his experience.” The senior immigration officer instructed the visa officer to send out a second refusal letter, acknowledging the mistake and setting out the bases for the refusal on discretionary grounds.

C. ISSUES AND ANALYSIS

Issue: Was it a breach of the duty of fairness for the visa officer, when exercising her discretion under paragraph 11(3)(b), to take into consideration the appellant’s limited knowledge of employment conditions in Canada, “lack of professional contacts in Canada” and “lack of preparedness to go to Canada” as indicative of his inability to establish himself successfully in Canada, even though she had not expressly raised these concerns with him so that he could respond?

[14] It is important to emphasize the particular context in which this question of procedural fairness

récemment devenus résidents permanents au Canada et vivaient à Toronto. L’agente des visas a noté que, comme il avait maintenant 72 points, elle allait recommander que le pouvoir discrétionnaire soit exercé défavorablement parce qu’il [TRADUCTION] «n’avait pas fait preuve d’initiative pour se préparer à travailler et à vivre au Canada à l’âge de 60 ans. J’ai été généreuse de lui accorder 6 points pour sa connaissance de l’anglais.» Elle a conclu cette inscription en disant que [TRADUCTION] «la majeure partie de son expérience consiste en ce qui suit: il a été professeur pendant les 30 dernières années et expert-conseil et directeur en R. & D.»

[13] L’agent principal qui a examiné la recommandation l’a approuvée: M. Sadeghi devrait [TRADUCTION] «faire face à de graves difficultés s’il s’établissait avec sa famille au Canada» en raison de [TRADUCTION] «son manque de préparation en vue de son immigration, de son âge et de son expérience professionnelle limitée.» L’agent principal a chargé l’agente des visas d’envoyer une deuxième lettre de refus dans laquelle elle reconnaîtrait son erreur et exposerait les motifs discrétionnaires de son refus.

C. QUESTIONS LITIGIEUSES ET ANALYSE

Question litigieuse: L’agente des visas a-t-elle contrevenu à son obligation d’équité, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire en application de l’alinéa 11(3)b), en prenant en considération le fait que l’appellant avait une connaissance limitée des conditions d’emploi au Canada, n’avait [TRADUCTION] «aucun contact professionnel au Canada» et n’était [TRADUCTION] «pas préparé pour aller au Canada» pour conclure qu’il était incapable de réussir son installation au Canada, sans avoir au préalable soulevé expressément ces réserves devant lui de façon à ce qu’il puisse y répondre?

[14] Il est important de mettre l’accent sur le contexte particulier dans lequel cette question d’équité

arises. Paragraph 11(3)(b) is an extraordinary power intended for exceptional cases, and does not provide visa officers with a general discretion to revisit their assessment under the specific selection criteria or to support a view that the applicant does not in some way quite “measure up”: see *Chen, supra*, [1991] 1 F.C. 350 (T.D.), at page 363. The important statutory purpose served by the requirement that independent applicants for permanent residence visas be assessed in accordance with the prescribed statutory selection criteria is to ensure a certain objectivity and uniformity in decision-making by visa officers.

[15] Hence, in exercising the power conferred by paragraph 11(3)(b) the visa officer made a discretionary decision depriving the appellant of his legitimate expectation that, having satisfied the specific statutory selection criteria, most of which are geared towards assessing an applicant’s prospects for becoming economically established in Canada, he would be issued with a visa, unless he was found inadmissible under subsection 19(1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11; 1995, c. 15, s. 2; 1996, c. 19, s. 83] of the *Immigration Act*. Decisions removing a person’s legitimate expectation of receiving a benefit typically attract greater procedural protection than those where the discretion is at large.

[16] In this context I note that, in this case, the officer’s observation in her CAIPS notes that she may have been too generous in her assessment of Dr. Sadeghi’s proficiency in the English language may indicate that she fell into the error of thinking that she could use paragraph 11(3)(b) to revise her evaluation when it became apparent that he had more than 70 points.

[17] In order to ensure that visa officers base their opinion that there are good reasons for thinking that the points evaluation does not adequately reflect an applicant’s chances of becoming successfully

procédurale se pose. L’alinéa 11(3)(b) confère un pouvoir extraordinaire s’appliquant aux cas exceptionnels et n’accorde pas aux agents des visas un pouvoir discrétionnaire général leur permettant de réviser l’appréciation qu’ils ont faite selon les critères de sélection particuliers prévus ou de justifier un point de vue selon lequel le demandeur n’est pas d’une certaine façon tout à fait [TRADUCTION] «à la hauteur»: voir la décision *Chen*, précitée, [1991] 1 C.F. 350 (1^{re} inst.), à la page 363. L’exigence selon laquelle le demandeur indépendant qui sollicite un visa de résident permanent doit être apprécié conformément aux critères de sélection prévus par la loi vise comme objectif de la loi à garantir une certaine objectivité et une certaine uniformité dans le processus décisionnel des agents des visas.

[15] En conséquence, dans l’exercice du pouvoir que lui confère l’alinéa 11(3)(b), l’agente des visas a pris une décision discrétionnaire privant l’appelant de son attente légitime selon laquelle, comme il avait rempli les critères de sélection particuliers prévus par la loi, qui, pour la plupart, sont conçus pour apprécier la capacité du demandeur de réussir son installation au Canada sur le plan économique, il obtiendrait un visa, à moins d’être jugé non admissible en application du paragraphe 19(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11; 1995, ch. 15, art. 2; 1996, ch. 19, art. 83] de la *Loi sur l’immigration*. Les décisions qui frustrent une personne de son attente légitime de recevoir un bénéfice attirent généralement une plus grande protection sur le plan de la procédure que celles où le pouvoir discrétionnaire est général.

[16] Dans ce contexte, je note qu’en l’espèce, la remarque qu’a faite l’agente des visas dans ses notes au STIDI selon laquelle elle avait peut-être été trop généreuse dans son appréciation de la compétence en anglais de M. Sadeghi peut indiquer qu’elle a fait l’erreur de penser qu’elle pouvait se servir de l’alinéa 11(3)(b) pour réviser son évaluation quand il est devenu évident que l’appelant avait plus de 70 points.

[17] Pour s’assurer du bien-fondé de son opinion selon laquelle il existe de bonnes raisons de croire que les points d’appréciation ne reflètent pas de façon appropriée les chances du demandeur de réussir son

established in Canada, it is important that they raise their concerns with the individual in a way that enables her or him to respond, at least when they are of the kind on which the applicant may be able to shed some useful light. Accurate decision-making is particularly important when an adverse decision may deprive a person of her legal rights or, as here, a legitimate expectation of receiving a statutory benefit.

[18] The burden normally borne by visa applicants to put their “best foot forward” by placing before the visa officer all the information necessary to demonstrate that they satisfy the selection criteria reduces the obligation of visa officers to advise applicants, as a matter of procedural fairness, of whatever concerns they may have about the adequacy of the application. However, once an applicant has been awarded the units of assessment normally required for a visa by persons applying in the relevant category, it will often be unfair to expect the applicant to anticipate the grounds on which a visa officer may base a negative discretionary decision.

[19] To revert to the facts of the instant case, it is important to note that the visa officer seems only to have put her mind specifically to subsection 11(3) some two months after she interviewed the applicant, when it became apparent that he should have been awarded additional points that gave him in excess of 70. In my opinion, Dr. Sadeghi could not reasonably have anticipated at the interview that the officer would subsequently be concerned about whether he had professional contacts in Canada, or that this was a matter that he should address, particularly since the only question that she did put to him about difficulties that he might encounter in finding employment was about his limited practical experience as a chemist. Nor is this a point that Dr. Sadeghi’s lawyer could reasonably have been expected to cover in her written submissions in support of his application

[20] Hence, even though the officer did not rely on any undisclosed “extrinsic” evidence, it is appropriate

installation au Canada, il est important que l’agent des visas communique ses réserves à l’intéressé de façon à lui donner la possibilité d’y répondre, au moins dans les cas où le demandeur peut apporter un éclaircissement utile. La rigueur du processus décisionnel est particulièrement importante quand une opinion défavorable est susceptible de priver une personne de ses droits ou, comme en l’espèce, de la réception légitimement attendue d’un bénéfice prévu par la loi.

[18] L’obligation qui incombe normalement aux demandeurs de visas de «présenter leurs meilleurs arguments» en soumettant à l’agent des visas tous les renseignements nécessaires pour démontrer qu’ils satisfont aux critères de sélection réduit l’obligation des agents des visas, sur le plan de l’équité procédurale, d’informer les demandeurs de toutes les réserves qu’ils peuvent avoir en ce qui a trait au caractère approprié de la demande. Toutefois, une fois que le demandeur a obtenu le nombre de points d’appréciation normalement requis pour obtenir un visa dans la catégorie applicable, il sera souvent considéré inéquitable de s’attendre à ce que le demandeur prévoie les motifs sur lesquels l’agent des visas est susceptible de fonder sa décision discrétionnaire défavorable.

[19] Pour revenir aux faits de la présente affaire, il est important de noter que l’agente des visas semble uniquement avoir porté son attention sur le paragraphe 11(3) environ deux mois après qu’elle eut fait passer une entrevue au demandeur, quand il est devenu évident qu’elle aurait dû lui accorder des points additionnels, ce qui lui aurait donné plus de 70 points. À mon avis, M. Sadeghi ne pouvait raisonnablement avoir prévu à l’entrevue que l’agente des visas aurait par la suite des réserves quant à la question de savoir s’il avait des contacts professionnels au Canada ou qu’il s’agissait d’une question dont il devait traiter, parce que, notamment, la seule question qu’elle lui ait posée quant aux difficultés auxquelles il était susceptible de se heurter dans la recherche d’un emploi concernait son expérience professionnelle limitée en tant que chimiste. Il n’était pas raisonnable non plus de s’attendre à ce que l’avocate de M. Sadeghi aborde cette question dans ses observations écrites à l’appui de la demande de son client.

[20] En conséquence, bien que l’agente des visas ne se soit pas fondée sur des éléments de preuve «extrin-

in the circumstances of this case to apply the broader version of the *Muliadi, supra*, principle. I do not accept, as the Motions Judge did, that *Muliadi* applies only to disputes that involve the determination of rights, not the exercise of discretion, at least when, as here, the discretionary decision is based on findings of fact about the individual and results in the deprivation of a legitimate expectation.

[21] Accordingly, I conclude that, as a matter of procedural fairness, the visa officer ought explicitly to have asked the appellant whether he had professional contacts in Canada, before using this as a basis for denying him the visa for which he had *prima facie* qualified under the points system.

[22] Since the potential relevance of the exercise of discretion under subsection 11(3) only seems to have come into focus after the interview and the first letter of refusal, it was necessary for the visa officer to have invited him back for another interview or communicated in writing, explained her concerns to him and permitted him to respond. This does not seem to me an unduly onerous requirement in the circumstances.

[23] Similar fairness considerations apply to the visa officer's reliance on the appellant's lack of preparedness to come to Canada and on his limited knowledge of employment conditions in Canada as reasons for the negative exercise of her discretion under paragraph 11(3)(b). These were not matters that were put to him at the interview, either expressly or implicitly.

D. CONCLUSION

[24] Accordingly, the decision not to issue a visa to the appellant was vitiated by a breach of the duty of fairness: the visa officer did not provide the "thorough and fair assessment" (*Hajariwala v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 79

sèques» qui n'ont pas été communiqués, il convient dans les circonstances de l'espèce de donner une interprétation large au principe énoncé dans l'arrêt *Muliadi*, précité. Contrairement au juge des requêtes, je ne crois pas que l'arrêt *Muliadi* ne s'applique qu'aux litiges portant sur la détermination des droits des parties, et ne s'applique pas aux litiges relatifs à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, tout au moins lorsque, comme en l'espèce, la décision discrétionnaire est fondée sur des conclusions de fait qui touchent l'intéressé et prive celui-ci d'une attente légitime.

[21] Je conclus donc que, sur le plan de l'équité procédurale, l'agente des visas aurait dû demander expressément à l'appelant s'il avait des contacts professionnels au Canada avant de se servir de ce motif pour refuser de lui délivrer le visa auquel, à première vue, il avait droit compte tenu du système des points.

[22] Comme la question de la pertinence de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en application du paragraphe 11(3) semble uniquement avoir été examinée après l'entrevue et la première lettre de refus, l'agente des visas aurait dû convoquer l'appelant à une autre entrevue ou lui communiquer ses réserves par écrit, les lui expliquer et lui permettre d'y répondre. Cela ne me semble pas une exigence trop lourde dans les circonstances.

[23] Des considérations semblables d'équité s'appliquent au fait que l'agente des visas s'est fondée sur le manque de préparation de l'appelant en vue de son immigration au Canada et sur sa connaissance limitée des conditions d'emploi au Canada pour exercer défavorablement son pouvoir discrétionnaire prévu à l'alinéa 11(3)b). Il ne s'agissait pas de questions qui lui avaient été communiquées expressément ou implicitement à l'entrevue.

D. CONCLUSION

[24] Par conséquent, un manquement à l'obligation d'équité vicie la décision de ne pas délivrer de visa à l'appelant: l'agente des visas n'a pas fait l'«appréciation complète et équitable» (*Hajariwala c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2

(T.D.), at page 82) of the discretionary factors to which he is in law entitled. Since this is sufficient to dispose of the appeal, it is not necessary to address the issue of “double counting” that was raised by the appellant.

[25] The appeal will be allowed, the visa officer’s decision set aside and the matter remitted to a different visa officer to determine whether there are good reasons for exercising the discretion conferred by subsection 11(3)(b).

STONE J.A.: I agree.

ROTHSTEIN J.A.: I agree.

C.F. 79 (1^{re} inst.), à la page 82), des facteurs discrétionnaires à laquelle il a droit juridiquement. Comme cela suffit pour statuer sur l’appel, il n’est pas nécessaire de traiter de la question du «double comptage» qui a été soulevée par l’appellant.

[25] L’appel est accueilli, la décision de l’agente des visas est annulée et l’affaire est renvoyée à un autre agent des visas pour qu’il détermine s’il y a de bonnes raisons pour exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère l’alinéa 11(3)b).

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

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

T-1827-98

T-1827-98

BC Tel (*Appellant*)BC Tel (*appelante*)

v.

c.

Assessor for Seabird Island Indian Band (*Respondent*)Évaluateur de la bande indienne de Seabird Island (*intimé*)

INDEXED AS: BC TEL v. SEABIRD ISLAND INDIAN BAND (T.D.)

RÉPERTORIÉ: BC TEL c. BANDE INDIENNE DE SEABIRD ISLAND (1^{re} INST.)

Trial Division, Muldoon J.—Vancouver, February 1; Ottawa, May 17, 2000.

Section de première instance, juge Muldoon—Vancouver, 1^{er} février; Ottawa, 17 mai 2000.

Native peoples — Lands — Appeal from Band Board of Review's decision appellant subject to taxation by Band for use, occupation of reserve lands over which its fibre optic cable hung — Indian Act, s. 83 permitting bands to tax land, interest in land in reserve — For land to be within reserve, must satisfy definition of "reserve" in s. 2(1) — 1956 order in council authorizing taking of certain reserve lands by province — Application of principles of interpretation, special principles relevant when native interests involved — Federal Crown must display plain, clear intention to extinguish Native right — Separate tests for extinguishment, ascertaining nature of interest taken — As to extinguishment, old Highway Act indicating province's intention to extinguish all interests, transfer to itself fee simple in lands taken for highway purposes — Nothing in 1956 order in council detracting from intention expressed in Highway Act — Use of "take", "lands", "right of way", "administration and control" considered — Reservation of mineral, mining rights, implying absolute transfer of surface rights — Payment of lump sum implying absolute transfer — What province sought to acquire, federal Crown intended to transfer — Province acquired absolute title to surface of land — As not exercising any powers in corridor lands, Band not retaining sufficient interest to tax use thereof.

Peuples autochtones — Terres — Appel de la décision de la commission de révision de la bande indienne, qui a conclu que l'appelante était assujettie à l'imposition d'une taxe par la bande pour ce qui est de l'usage et de l'occupation des terres de la réserve au-dessus desquelles le câble de fibre optique de l'appelante est suspendu — L'art. 83 de la Loi sur les Indiens permet aux bandes de taxer les immeubles situés dans leur réserve ainsi que les droits sur ceux-ci — Pour qu'une parcelle de terrain soit située dans une réserve, elle doit être visée par la définition du mot «réserve» contenue à l'art. 2(1) — Le décret de 1956 permettait la prise de possession de certaines terres de la réserve par la province — Application des principes d'interprétation et des principes spéciaux pertinents en matière de droits autochtones — La Couronne fédérale doit démontrer une intention claire et expresse en faveur de l'extinction des droits autochtones — Les critères relatifs à l'extinction et à la nature du droit retiré doivent être appliqués séparément — En ce qui a trait à l'extinction, l'ancienne Highway Act indique clairement l'intention de la province d'éteindre tout droit et de se transférer la pleine propriété relativement aux terrains pris en possession pour les fins d'une route — Rien dans le décret de 1956 ne permet de douter de cette intention — Les termes «prise de possession», «terres», «droit de passage» et «l'administration et du contrôle» ont été examinés — La séparation des droits miniers des droits de superficie signifie implicitement le transfert de la propriété absolue des droits de superficie — Le versement d'un paiement forfaitaire laisse entendre que la propriété absolue a été cédée — La Couronne fédérale avait l'intention de céder ce que la province désirait acquérir — La province a reçu le titre absolu relativement au droit de superficie des terres — Comme elle n'a pas exercé ses pouvoirs à l'égard des terres situées dans le corridor, la bande n'a pas conservé un droit suffisant dans les terres lui permettant de taxer leur utilisation.

This was an appeal from a decision of the Seabird Island Indian Band Board of Review that the appellant was subject to taxation by the Band. The Privy Council consented, by way of order in council in 1953, pursuant to *Indian Act*,

Il s'agit d'un appel interjeté contre la décision rendue par la commission de révision de la bande indienne de Seabird Island, qui a conclu que l'appelante était assujettie à l'imposition d'une taxe. Au moyen d'un décret en 1953, le

section 35 to the granting of an easement through reserve lands to British Columbia Electric Company Limited. Section 35 permitted removal of a piece of land or an interest in it from a reserve. In 1956, the Privy Council consented by order in council to the taking of certain reserve lands by the Province of British Columbia, and to the transfer of the administration and control of these lands to the provincial government. The order in council referred to a "right of way" subject to the above-mentioned "easement" and reserved all mines and minerals. British Columbia paid for the land in accordance with a valuation approved by the Band Council. A highway was constructed within a 100-foot-wide corridor cut through the reserve, and telephone poles were erected near the northern edge thereof. The appellant owns and operates 8.4 kilometres of fibre optic cable strung up on those telephone poles. *Indian Act*, section 83 permits bands to tax land or interests in land in the reserve. For a piece of land to be within a reserve, it must satisfy the definition of "reserve" or "designated lands" in *Indian Act*, subsection 2(1). The Board held that the cable lay within the 1953 easement and within the corridor. It found that, if the easement was not part of the corridor, this land would be reserve land and the cable would be subject to taxation by the Band. Alternatively, the Board found that the province did not have a fee simple in the corridor lands, but only a right to use the corridor for road purposes, and if a part of the corridor ceased being used for such purposes it would revert back to being reserve land. It held that the land above which the fibre optic cables were strung was not being used for road purposes, and the appellant was an occupier of land which was in the reserve and was subject to taxation by the Band.

The issue was whether the cable was within the reserve.

Held, the appeal should be allowed.

Under section 35, the Crown, in its federal *persona* may intend that land be taken out of a reserve. Evidence of this intent will usually be found in orders in council authorizing the taking, letters patent, or other documents, Crown actions or legislation. The federal government may merely intend to allow a province, municipality or corporation to take what it wants, in which case one must look to the intentions of the taker in order to determine whether the federal government consented to an extinguishment. The Crown's intent is discernible using principles of interpretation for legislative intent and special principles relevant when Native interests

Conseil privé a consenti, en application de l'article 35 de la *Loi sur les Indiens*, à octroyer une servitude sur les terres de la réserve à British Columbia Electric Company Limited. L'article 35 permettait de retirer à une réserve une parcelle de terrain ou un droit dans cette dernière. Au moyen d'un décret en 1956, le Conseil privé a consenti à la prise de possession de certaines terres de la réserve par la province de la Colombie-Britannique et au transfert de l'administration et du contrôle de ces terres au gouvernement provincial. Le décret en question concerne un «droit de passage», sous réserve de la «servitude» susmentionnée et de toute mine et de tout minerai. La Colombie-Britannique a versé pour cette terre un montant établi conformément à une évaluation approuvée par le Conseil de bande. Une autoroute a été construite dans un corridor d'une largeur de 100 pieds qui coupe à travers la réserve et des poteaux téléphoniques ont été érigés près du bord nord des terres du corridor. L'appellante détient et exploite un câble de fibre optique fixé aux poteaux téléphoniques sur une distance de 8,4 kilomètres. L'article 83 de la *Loi sur les Indiens* permet aux bandes de taxer les immeubles situés dans leur réserve ainsi que les droits sur ceux-ci. Pour qu'une parcelle de terrain soit située dans une réserve, elle doit être visée par la définition du mot «réserve» ou par celle de l'expression «terres désignées» qui sont prévues au paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Indiens*. La commission a conclu que le câble se trouvait à l'intérieur de la servitude de 1953 et à l'intérieur du corridor. Elle a conclu que si la servitude ne faisait pas partie du corridor, cette terre serait une terre de la réserve et que le câble s'y trouvant serait assujéti à la taxation par la bande. Subsidiellement, la commission a également conclu que la province ne détenait pas les terres du corridor en pleine propriété et que cette dernière avait plutôt le droit d'utiliser le corridor pour les fins de la route mais que, si une partie du corridor cessait d'être utilisée à ces fins, cette partie redeviendrait une terre de la réserve. La commission a ensuite conclu que la terre au-dessus de laquelle les câbles de fibre optique étaient fixés n'était pas utilisée pour les fins de la route, que l'appelante était l'occupante d'une terre située dans la réserve et qu'elle était assujéti au pouvoir de taxation de la bande.

La question en litige consiste à savoir si le câble se situe dans la réserve.

Arrêt: l'appel est accueilli.

En vertu de l'article 35, la Couronne, représentée par le gouvernement fédéral, peut avoir l'intention de retirer des terres d'une réserve. La preuve de cette intention se trouvera généralement dans les décrets autorisant la prise de possession, dans les lettres patentes ou autres documents ainsi que dans les actes ou les dispositions législatives de la Couronne. Le gouvernement fédéral pourrait seulement avoir l'intention de permettre à une province, à une municipalité ou à une société de prendre ce qu'elle veut, auquel cas il faudrait examiner les intentions du preneur pour déterminer si le gouvernement fédéral a consenti ou non à l'extinction.

are involved. The federal Crown must display a plain and clear intention in favour of extinguishment before anything will be extinguished.

The nature of the interest taken must be ascertained from the language of the statutes, the agreements between the original parties, and the subsequent actions and declarations of the parties. The tests for extinguishment and for determining the nature of the interest taken must be applied separately.

In respect of the test for extinguishment, the most significant signal of provincial intentions is found in the old *Highway Act* which clearly indicates that the province intended to extinguish all interests and to transfer to itself the fee simple in lands taken for highway purposes. Nothing in the 1956 order in council detracts from that intention. The use of the words "take" or "lands" in the order did not change provincial intentions or promote ambiguity in light of the old *Highway Act*. The use of the term "right of way" merely pointed to the corridor rather than described the nature of any legal interest transferred, despite the fact that the term was used to describe the nature of a legal interest in land when describing the easement granted to the British Columbia Electric Company Limited. Such use was irrelevant to the term's definition when used in the context of the corridor lands. The term "right of way" did not, therefore, give rise to any ambiguity. The purpose of the taking, when mentioned in the order in council's recital was a neutral factor.

The transfer to the province of the corridor's "administration and control" was likely expressed in light of the indivisibility of the Crown, to indicate a shifting of title from the realm of federal responsibility to that of a province, as held recently by the majority of the British Columbia Court of Appeal in *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)*. But that judgment could not be accepted as conclusive because the Supreme Court of Canada has granted leave to appeal.

Mineral rights may be severed from surface rights when allowing the latter to be taken, thus implying that the federal government intended to transfer absolute ownership of the surface rights to the province. The lump sum payment from the province to the Band at the time of the taking also implied that absolute ownership was transferred.

It was clear that the provincial Crown intended to acquire the fee simple in the corridor lands, and that the Crown *qua* federal government consented to such transfer, excepting the

L'intention de la Couronne peut être décelée au moyen de l'utilisation des principes d'interprétation de l'intention du législateur et des principes spéciaux pertinents en matière de droits autochtones. La Couronne fédérale doit démontrer une intention claire et expresse en faveur de l'extinction avant qu'un droit puisse être éteint.

Pour déterminer la nature du droit qui a été retiré à une bande, il faut examiner le texte des lois, toutes les ententes conclues entre les parties initiales, ainsi que les actions et déclarations subséquentes des parties. Les critères relatifs à l'extinction et à la nature du droit retiré doivent être appliqués séparément.

En ce qui a trait au critère relatif à l'extinction, l'indication la plus importante des intentions provinciales se trouve dans l'ancienne *Highway Act* qui indique clairement l'intention de la province d'éteindre tout droit et de se transférer la pleine propriété relativement aux terrains pris en possession pour les fins d'une route. Rien dans le décret de 1956 ne permet de douter de cette intention. L'utilisation des termes «prise de possession» et «terres» dans le décret ne change rien aux intentions provinciales et ne crée pas d'ambiguïté à la lumière de l'ancienne *Highway Act*. L'expression «droit de passage» ne vise qu'à indiquer le corridor plutôt qu'à décrire la nature de quelque droit cédé, malgré le fait que cette expression soit utilisée pour décrire la nature d'un droit dans les terres dans le contexte de la description de la servitude octroyée à British Columbia Electric Company Limited. Cette utilisation n'est pas pertinente quant à la définition de cette expression lorsque celle-ci est utilisée dans le contexte des terres du corridor. L'expression «droit de passage» ne donne donc pas lieu à une ambiguïté. Le but visé par la prise de possession, mentionné dans les attendus du décret, constitue un facteur neutre.

Le transfert à la province de «l'administration et du contrôle» du corridor est une expression qui a vraisemblablement été utilisée à la lumière de l'indivisibilité de la Couronne pour indiquer le passage du titre du domaine de la responsabilité fédérale à celui d'une province, comme l'a récemment conclu la Cour d'appel de la Colombie-Britannique à la majorité dans *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)*. Cependant, cet arrêt ne peut pas être accepté comme étant définitif étant donné que la Cour suprême du Canada a accordé la demande d'autorisation d'appel.

On peut séparer les droits miniers des droits de superficie lorsqu'on permet la prise de ces derniers, ce qui signifie que le gouvernement fédéral avait l'intention de céder la propriété absolue des droits de superficie à la province. Le paiement forfaitaire versé par la province à la bande au moment de la prise de possession laisse également entendre que la propriété absolue a été cédée.

Il ressort manifestement que la Couronne provinciale avait l'intention d'acquérir la pleine propriété des terres du corridor et que la Couronne à titre de gouvernement fédéral

mineral and mining rights to the lands in question. Therefore in 1956, the province was given absolute title to the surface of the land.

The Band did not retain a sufficient interest in the lands to enable it to tax the use thereof. It has never exercised, since 1956, its powers in respect of roads, to manage and maintain the corridor's paved highway or the buffer zone surrounding it. Nor was there evidence that any of the other powers granted to bands under the *Indian Act* were exercised in the corridor. That the Band approved a valuation of the land and accepted payment therefor implied that it understood from the beginning that it would no longer have the use and benefit of the lands. Because the province has title to the lands, they are not in the reserve.

The Board erred in concluding that the hanging of a fibre optic cable precluded use for road purposes of the land over which it was strung. The 1956 order in council did not make the taking and transfer of the land contingent on its continued use for road purposes. The presence of the phrase "for road purposes" in an instrument's recital does not render determinable a fee.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 24 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 6).
Highway Act, R.S.B.C. 1948, c. 144, ss. 2 "land", 5, 8, 9, 11, 14.
Indian Act, R.S.C. 1952, c. 149, s. 35.
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 2(1) "designated lands" (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 1), "reserve" (as am. *idem*), 81(1) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 15), (b),(f), 83 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 10).
Interpretation Act, R.S.B.C. 1948, c. 1, s. 24(20) "land".
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [2000] 1 F.C. 325; (1999), 176 D.L.R. (4th) 35; [2000] 1 C.N.L.R. 21; 99 DTC 5564; 243 N.R. 302; 26 R.P.R. (3d) 151 (C.A.); *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band* (1998), 162 D.L.R. (4th) 649; [1999] 1 C.N.L.R. 42; 228 N.R. 378 (F.C.A.), leave to appeal to S.C.C. dismissed, [1998] 1 S.C.R. vii; *R. v. Sparrow*,

a consenti à un tel transfert, à l'exception des droits miniers dans les terres en question. Par conséquent, la province a reçu en 1956 le titre absolu relativement au droit de superficie des terres.

La bande n'a pas conservé un droit suffisant dans les terres lui permettant de taxer leur utilisation. La bande n'a jamais exercé, depuis 1956, ses pouvoirs en matière de routes pour gérer et entretenir l'autoroute asphaltée se trouvant dans le corridor et la zone tampon entourant cette dernière. Il n'y a pas eu non plus d'éléments de preuve présentés en vue de démontrer que les autres pouvoirs conférés aux bandes par la *Loi sur les Indiens* ont été exercés dans le corridor. Le fait que la bande a approuvé l'évaluation des terres et qu'elle a accepté un paiement en contrepartie de ces dernières indique que la bande a compris dès le début qu'elle n'aurait plus l'usage et le profit des terres en question. Puisque la province détient le titre relatif aux terres, ces dernières ne font pas partie de la réserve.

La commission a commis une erreur en concluant que la suspension d'un câble de fibre optique empêche, pour les fins d'une route, l'utilisation des terres au-dessus desquelles il est fixé. Le décret de 1956 ne rend pas la prise et le transfert des terres conditionnels à leur utilisation continue pour les fins d'une route. La présence de l'expression «pour les besoins d'une route» dans les attendus d'un texte de loi ne rend pas extinguable la pleine propriété.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Highway Act*, R.S.B.C. 1948, ch. 144, art. 2 «land», 5, 8, 9, 11, 14.
Interpretation Act, R.S.B.C. 1948, ch. 1, art. 24(20) «land».
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 24 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 6).
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2(1) «réserve» (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 17, art. 1), «terres désignées» (édicte, *idem*), 81(1) (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 15), b), f), 83 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 17, art. 10).
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1952, ch. 149, art. 35.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [2000] 1 C.F. 325; (1999), 176 D.L.R. (4th) 35; [2000] 1 C.N.L.R. 21; 99 DTC 5564; 243 N.R. 302; 26 R.P.R. (3d) 151 (C.A.); *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui* (1998), 162 D.L.R. (4th) 649; [1999] 1 C.N.L.R. 42; 228 N.R. 378 (C.A.F.), demande d'autorisation d'appel à la C.S.C. rejetée, [1998] 1

[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; *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654; (1988), 91 N.B.R. (2d) 43; 53 D.L.R. (4th) 487; 232 A.P.R. 43; [1989] 1 C.N.L.R. 47; 89 N.R. 325; 1 R.P.R. (2d) 105.

CONSIDERED:

Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town) (1999), 172 D.L.R. (4th) 589; 122 B.C.A.C. 220; 68 B.C.L.R. (3d) 218; [1999] 4 C.N.L.R. 91 (C.A.).

REFERRED TO:

Opetchesaht Indian Band v. Canada, [1997] 2 S.C.R. 119; (1997), 147 D.L.R. (4th) 1; [1997] 7 W.W.R. 253; 90 B.C.A.C. 1; [1998] 1 C.N.L.R. 134; 9 R.P.R. (3d) 115; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; (1990), 71 D.L.R. (4th) 193; [1990] 5 W.W.R. 97; 67 Man. R. (2d) 81; [1990] 3 C.N.L.R. 46; 110 N.R. 241; 3 T.C.T. 5219; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344; (1995), 130 D.L.R. (4th) 193; [1996] 2 C.N.L.R. 25; 190 N.R. 89; *Semiahmoo Indian Band v. Canada*, [1998] 1 F.C. 3; (1997), 148 D.L.R. (4th) 523; [1998] 1 C.N.L.R. 250; 215 N.R. 241 (C.A.).

AUTHORS CITED

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEAL from a decision of the Seabird Island Indian Band Board of Review that the appellant was subject to taxation by the Band for the use and occupation of reserve lands over which its fibre optic cable hung. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Peter D. Feldberg and *Anne M. Dobson-Mack* for appellant.

Gary S. Snarch and *Fiona C. M. Anderson* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Lawson Lundell Lawson & McIntosh, Vancouver, for appellant.

Snarch & Allen, Vancouver, for respondent.

R.C.S. vii; *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; *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654; (1988), 91 N.B.R. (2d) 43; 53 D.L.R. (4th) 487; 232 A.P.R. 43; [1989] 1 C.N.L.R. 47; 89 N.R. 325; 1 R.P.R. (2d) 105.

DÉCISION EXAMINÉE:

Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town) (1999), 172 D.L.R. (4th) 589; 122 B.C.A.C. 220; 68 B.C.L.R. (3d) 218; [1999] 4 C.N.L.R. 91 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Bande indienne des Opetchesaht c. Canada, [1997] 2 R.C.S. 119; (1997), 147 D.L.R. (4th) 1; [1997] 7 W.W.R. 253; 90 B.C.A.C. 1; [1998] 1 C.N.L.R. 134; 9 R.P.R. (3d) 115; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; (1990), 71 D.L.R. (4th) 193; [1990] 5 W.W.R. 97; 67 Man. R. (2d) 81; [1990] 3 C.N.L.R. 46; 110 N.R. 241; 3 T.C.T. 5219; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; (1995), 130 D.L.R. (4th) 193; [1996] 2 C.N.L.R. 25; 190 N.R. 89; *Bande indienne de Semiahmoo c. Canada*, [1998] 1 C.F. 3; (1997), 148 D.L.R. (4th) 523; [1998] 1 C.N.L.R. 250; 215 N.R. 241 (C.A.).

DOCTRINE

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEL de la décision rendue par la commission de révision de la bande indienne de Seabird Island qui a conclu que l'appelante était assujettie à l'imposition d'une taxe par la bande pour ce qui est de l'usage et de l'occupation des terres de la réserve au-dessus desquelles le câble de fibre optique de l'appelante est suspendu. Appel accueilli.

ONT COMPARU:

Peter D. Feldberg et *Anne M. Dobson-Mack* pour l'appelante.

Gary S. Snarch et *Fiona C. M. Anderson* pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Lawson Lundell Lawson & McIntosh, Vancouver, pour l'appelante.

Snarch & Allen, Vancouver, pour l'intimé.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] MULDOON J.: This is an appeal, pursuant to section 24 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 6] and section 60 of the *Seabird Island Indian Assessment By-law*, approved September 25, 1992, from a decision by the Seabird Island Indian Band Board of Review dated August 4, 1998 finding that the appellant was subject to taxation pursuant to the *Seabird Island Indian Band Taxation By-law*, approved September 25, 1992, and the *Seabird Island Indian Band Assessment By-law* and their amendments.

Facts

[2] The appellant, BC Tel, is a corporation which supplies telephone and telecommunications services to customers throughout the province of British Columbia. It owns and operates 8.4 kilometres of fibre optic cable strung up on telephone poles lying alongside the Loughheed Highway. This highway cuts straight across Seabird Island. A reserve has existed on the whole of this island since 1879 .

[3] By way of Order in Council P.C. 1953-30, dated January 14, 1953, the Privy Council consented, pursuant to section 35 of the *Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149 (hereinafter old *Indian Act*), to the granting of an easement through reserve lands to the British Columbia Electric Company Limited.

[4] By Order in Council P.C. 1956-1659, dated November 7, 1956, the Canadian Privy Council consented to the taking of certain reserve lands by the province of British Columbia and to the transfer of the administration and control of these lands to the provincial government. The Order in Council provides:

WHEREAS the Minister of the Department of Highways, Province of British Columbia, has applied for the lands hereinafter described, being a portion of Seabird Island Indian Reserve, in the said Province for road purposes;

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

[1] LE JUGE MULDOON: Il s'agit d'un appel interjeté en vertu de l'article 24 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 6] et de l'article 60 du *Seabird Island Indian Assessment By-law*, adopté le 25 septembre 1992, contre la décision rendue le 4 août 1998 par la commission de révision de la bande indienne de Seabird Island, qui a conclu que l'appelante était assujettie à la taxation aux termes du *Seabird Island Indian Band Taxation By-law*, adopté le 25 septembre 1992, et du *Seabird Island Indian Band Assessment By-law*, sous leur forme modifiée.

Les faits

[2] L'appelante, BC Tel, est une société de prestation de services téléphoniques et de télécommunications qui a des clients dans toute la province de la Colombie-Britannique. Elle détient et exploite un câble de fibre optique fixé aux poteaux téléphoniques situés le long de l'autoroute Loughheed sur une distance de 8,4 kilomètres. Cette autoroute traverse l'île Seabird en droite ligne. Une réserve occupant l'ensemble de l'île existe depuis 1879.

[3] Au moyen du décret C.P. 1953-30, daté du 14 janvier 1953, le Conseil privé a consenti, en application de l'article 35 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1952, ch. 149 (ci-après l'ancienne *Loi sur les Indiens*), à octroyer une servitude sur les terres de la réserve à British Columbia Electric Company Limited.

[4] Au moyen du décret C.P. 1956-1659, daté du 7 novembre 1956, le Conseil privé du Canada a consenti à la prise de possession de certaines terres de la réserve par la province de la Colombie-Britannique et au transfert de l'administration et du contrôle de ces terres au gouvernement provincial. Le décret prévoit:

[TRADUCTION]

ATTENDU QUE le ministre de la Voirie, province de la Colombie-Britannique, a demandé les terres ci-après décrites, qui constituent une partie de la réserve indienne de Seabird Island, dans ladite Province, pour les fins d'une route;

AND WHEREAS the sum of \$5,282 has been received from the said Province in full payment for the land required in accordance with a valuation approved by the Band Council of the Seabird Island Band of Indians on the 14th of October, 1954, and officials of the Indian Affairs Branch.

THEREFORE, His Excellency the Governor General in Council, on the recommendation of the Minister of Citizenship and Immigration, pursuant to section 35 of the Indian Act, is pleased hereby to consent to the taking of the said lands by the Province of British Columbia and to transfer the administration and control thereof to Her Majesty in right of the Province of British Columbia:

Description

The whole of a right-of-way, in Seabird Island Indian Reserve, in the Yale District, in the province [*sic*] of British Columbia, said right-of-way containing by admeasurement forty-four acres and fifteen hundredths of an acre

Subject to an easement for a power line right-of-way granted in 1953 to British Columbia Electric Company Limited

Reserving all mines and minerals whether solid, liquid or gaseous which may be found to exist within, upon or under such lands. . . . [Appeal Book, at pp. 021-022.]

As a result of the taking, a 100'-wide swath was cut through the reserve (the corridor). A highway was soon built down the corridor's middle. The British Columbia Electric Company Limited easement lies on the inside of the corridor's northern edge.

[5] By ministerial order dated September 5, 1958 a band, to be named the Seabird Island Indian Band, was created from all of the Aborigines living on Seabird Island. An agreement dated September 26, 1961, allowed for the first telephone poles to be erected on the island. Today, these poles stand near the northern edge of the corridor lands, 25 feet from the highway. No evidence was submitted, however, demonstrating that the poles were actually erected in the easement. However, the right of way is subject to the "easement for a power line". The fibre optic cable which figures in the dispute is strung from the poles.

ATTENDU QUE la somme de 5 282 \$ a été reçue de ladite Province en paiement complet des terres requises conformément à une évaluation approuvée par le Conseil de la bande indienne de Seabird Island le 14 octobre 1954 et par les représentants de la Direction des affaires indiennes.

À CES CAUSES, il plaît par les présentes à Son Excellence le gouverneur général en conseil, sur la recommandation du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, en application de l'article 35 de la Loi sur les Indiens, de consentir à la prise de possession desdites terres par la Province de la Colombie-Britannique et d'en céder l'administration et le contrôle à Sa Majesté du chef de la Province de la Colombie-Britannique:

Description

L'ensemble d'un droit de passage, dans la réserve indienne de Seabird Island, dans le district de Yale, dans la province de la Colombie-Britannique, ledit droit de passage ayant une superficie de quarante-quatre arpents et quinze centième d'un arpent [. .]

Sous réserve de la servitude pour le droit de passage d'une ligne de transmission conférée en 1953 à British Columbia Electric Company Limited [. .]

Sous réserve de toute mine et de tout minerai sous forme solide, liquide ou gazeuse pouvant être trouvés dans, sur ou sous ces terres [. .] [Dossier d'appel, aux p. 021 et 022.]

En raison de la prise de possession, une bande d'une largeur de 100 pieds a été coupée à travers la réserve (le corridor). Une autoroute a été construite peu après sur le long du milieu du corridor. La servitude de British Columbia Electric Company Limited se situe à l'intérieur du bord nord du corridor.

[5] Par décret ministériel daté du 5 septembre 1958, une bande, qui allait s'appeler la bande indienne de Seabird Island, a été créée à partir de l'ensemble des Autochtones vivant sur l'île Seabird. Une convention datée du 26 septembre 1961 a permis l'érection des premiers poteaux téléphoniques sur l'île. Aujourd'hui, ces poteaux se trouvent près du bord nord des terres du corridor et sont situés à 25 pieds de l'autoroute. On n'a toutefois présenté aucune preuve démontrant que les poteaux étaient vraiment érigés dans la servitude. Cependant, le droit de passage est assujéti à la [TRADUCTION] «servitude pour le droit de passage d'une ligne de transmission». Le câble de fibre optique faisant l'objet du présent litige est fixé aux poteaux.

[6] In 1997, the Band began taxing the appellant pursuant to its *Seabird Island Indian Band Taxation By-law*, the *Seabird Island Indian Band Assessment By-law* and their subsequent amendments. The appellant appealed the 1997 and 1998 tax assessments to the Seabird Island Indian Band Board of Review (the Board).

[7] In a decision dated August 4, 1998, the Board rejected the appellant's appeal. In support of its decision, the Board found that the cable lay within the 1953 easement and within the corridor. It found that, if the easement in which the cable was erected was not part of the corridor, then this land would be reserve land and the cable on it would be subject to taxation by the band. (Appeal Book, at pages 004-013.)

[8] In the alternative, the Board also found that the Province did not have the fee simple in the corridor lands. Rather, it had a right to use the corridor for road purposes but that, if a part of the corridor were to cease being used for road purposes, this part would revert back to being reserve land. It then found that the land above which the fibre optic cables were strung was not being used for road purposes. As a result, it found that the appellant was an occupier of land which was in the reserve and that the appellant was, as a result, subject to being assessed for tax by the Band for the land it occupied and improvements constructed on it.

Legal Issues

[9] The appellant raises two broad issues. The first issue concerns whether the cable lies within the reserve. Only if it does can the respondent assess tax in respect of it. The second issue concerns whether the Band's taxation by-laws are discriminatory and, therefore, *ultra vires*. The appellant, however, assuming that it could not stand up to the wisdom of the Court of Appeal in *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [2000] 1 F.C. 325 (hereinafter *Canadian Pacific Ltd.*), chose to withdraw its submissions in

[6] En 1997, la bande a commencé à taxer l'appelante en application de son *Seabird Island Indian Band Taxation By-law* et de son *Seabird Island Indian Band Assessment By-law*, et de leurs modifications subséquentes. L'appelante a interjeté appel contre les avis de cotisation 1997 et 1998 auprès de la commission de révision de la bande indienne de Seabird Island (la commission).

[7] Par décision datée du 4 août 1998, la commission a rejeté l'appel. À l'appui de sa décision, la commission a conclu que le câble se trouvait à l'intérieur de la servitude de 1953 et à l'intérieur du corridor. Elle a conclu que si la servitude dans laquelle le câble avait été érigé ne faisait pas partie du corridor, cette terre serait une terre de la réserve et que le câble s'y trouvant serait assujéti à la taxation par la bande. (Dossier d'appel, aux pages 004 à 013.)

[8] Subsidiairement, la commission a également conclu que la province ne détenait pas les terres du corridor en pleine propriété. La commission a conclu que cette dernière avait plutôt le droit d'utiliser le corridor pour les fins de la route mais que, si une partie du corridor cessait d'être utilisée à ces fins, cette partie redeviendrait une terre de la réserve. La commission a ensuite conclu que la terre au-dessus de laquelle les câbles de fibre optique étaient fixés n'était pas utilisée pour les fins de la route. La commission a donc conclu que l'appelante était l'occupante d'une terre située dans la réserve et qu'elle était susceptible de faire l'objet d'une cotisation de la part de la bande pour la terre qu'elle occupait et pour les améliorations qui y avaient été construites.

Les questions de droit

[9] L'appelante soulève deux grandes questions. La première question consiste à savoir si le câble se situe dans la réserve. C'est seulement si tel est le cas que l'intimé peut établir une cotisation à son égard. La deuxième question consiste à savoir si le règlement de taxation de la bande est discriminatoire et, par conséquent, *ultra vires*. Toutefois, estimant qu'elle ne pouvait aller à l'encontre de la décision sage rendue par la Cour d'appel dans *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [2000] 1 C.F. 325

regard this last issue.

[10] With respect to the first issue, the appellant submits that both the federal and provincial governments displayed, in a plain and clear fashion, an intention wholly to extinguish the Band's interest in the corridor lands. In support of this stand, it relies on the 1956 order, the 1953 order, B.C.'s old *Highway Act*, R.S.B.C. 1948, c. 144 and section 83 of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 10]. In the alternative, the appellant submits that neither the governments nor the Aboriginal people of Seabird Island, at the time at which the 1956 order was promulgated, were intent on allowing the latter to have the use and benefit of the corridor. The respondent points to the wide ambit of section 35 of the old *Indian Act*, the definition of "land" in the old *Highway Act* [section 2] and subsection 24(20) of B.C.'s old *Interpretation Act*, R.S.B.C. 1948, c. 1 in support of its submission that the intentions of the federal government, as expressed in the 1956 Order in Council, are not plain and clear. In the alternative, it argues that the land under the fibre optic cable is not being used for road purposes and should, therefore, revert back to the Band.

[11] A band's power to tax springs from paragraph 83(1)(a) of the *Indian Act*. This paragraph allows bands to make by-laws in order to tax land or interests located in its reserve:

83. (1) Without prejudice to the powers conferred by section 81, the council of a band may, subject to the approval of the Minister, make by-laws for any or all of the following purposes, namely,

(a) subject to subsections (2) and (3), taxation for local purposes of land, or interests in land, in the reserve, including rights to occupy, possess or use land in the reserve;

[12] For a piece of land to be within a reserve, it must satisfy the definition of the term "reserve"

(ci-après *Canadien Pacifique Ltée*), l'appelante a décidé de retirer ses arguments relatifs à cette dernière question.

[10] Relativement à la première question en litige, l'appelante soutient que les gouvernements fédéral et provincial ont manifesté clairement leur intention d'éteindre entièrement les droits de la bande dans les terres du corridor. À l'appui de cet argument, elle invoque le décret de 1956, le décret de 1953, l'ancienne *Highway Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1948, ch. 144, ainsi que l'article 83 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 17, art. 10]. L'appelante soutient subsidiairement qu'au moment où le décret de 1956 a été promulgué, ni les gouvernements ni le peuple autochtone de l'île Seabird n'avaient l'intention de permettre à ce dernier d'avoir l'usage et le profit du corridor. L'intimé invoque la grande portée de l'article 35 de l'ancienne *Loi sur les Indiens*, la définition de [TRADUCTION] «terrain» figurant dans l'ancienne *Highway Act* [article 2] ainsi que le paragraphe 24(20) de l'ancienne *Interpretation Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1948, ch. 1, à l'appui de son argument que les intentions du gouvernement fédéral, telles qu'elles sont exprimées dans le décret de 1956, ne sont pas claires et expresses. Il prétend subsidiairement que les terres se trouvant sous le câble de fibre optique ne sont pas utilisées pour les fins d'une route et qu'elles devraient donc revenir à la bande.

[11] Le pouvoir de taxation d'une bande découle de l'alinéa 83(1)(a) de la *Loi sur les Indiens*. Cet alinéa permet aux bandes d'adopter des règlements administratifs en vue de taxer les immeubles situés dans leur réserve ainsi que les droits sur ceux-ci:

83. (1) Sans préjudice des pouvoirs que confère l'article 81, le conseil de la bande peut, sous réserve de l'approbation du ministre, prendre des règlements administratifs dans les domaines suivants:

a) sous réserve des paragraphes (2) et (3), l'imposition de taxes à des fins locales, sur les immeubles situés dans la réserve, ainsi que sur les droits sur ceux-ci, et notamment sur les droits d'occupation, de possession et d'usage;

[12] Pour qu'une parcelle de terrain soit située dans une réserve, elle doit être visée par la définition du

[as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 1] or “designated lands” [as enacted *idem*] as laid out in subsection 2(1) of the *Indian Act*. Subsection 2(1) provides:

2. (1) In this Act,

...

“designated lands” means a tract of land or any interest therein the legal title to which remains vested in Her Majesty and in which the band for whose use and benefit it was set apart as a reserve has, otherwise than absolutely, released or surrendered its rights or interests, whether before or after the coming into force of this definition;

...

“reserve”

(a) means a tract of land, the legal title to which is vested in Her Majesty, that has been set apart by Her Majesty for the use and benefit of a band, and

(b) except in subsection 18(2), sections 20 to 25, 28, 36 to 38, 42, 44, 46, 48 to 51, 58 and 60 and the regulations made under any of those provisions, includes designated lands;

[13] Under section 35 of the old *Indian Act*, it is possible to remove a piece of land or an interest in it from a reserve. Subsection 35(1), as it read in 1956, provided:

35. (1) Where by an Act of the Parliament of Canada or a provincial legislature Her Majesty in right of a province, a municipal or local authority or a corporation is empowered to take or to use lands or any interest therein without consent of the owner, the power may, with the consent of the Governor in Council and subject to any terms that may be prescribed by the Governor in Council, be exercised in relation to lands in a reserve or any interest therein.

The appellant, in its written submissions, pointed to the Supreme Court’s decision in *Opetchesaht Indian Band v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 119 to suggest that a taking is no different from an expropriation and, therefore, that it automatically extinguishes a band’s entire interest in a piece of land. Both parties eventually agreed, however, that whether a piece of land or a band’s interest in it is wholly taken out of a reserve depends on the clarity of the Crown’s intentions to do

mot «réserve» [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 17, art. 1] ou par celle de l’expression «terres désignées» [édicte, *idem*] qui sont prévues au paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Indiens*. Le paragraphe 2(1) prévoit:

2. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

[. . .]

«réserve» Parcelle de terrain dont Sa Majesté est propriétaire et qu’elle a mise de côté à l’usage et au profit d’une bande; y sont assimilées les terres désignées, sauf pour l’application du paragraphe 18(2), des articles 20 à 25, 28, 36 à 38, 42, 44, 46, 48 à 51, 58 et 60, ou des règlements pris sous leur régime.

[. . .]

«terres désignées» Parcelle de terrain, ou tout droit sur celle-ci, propriété de Sa Majesté et relativement à laquelle la bande à l’usage et au profit de laquelle elle a été mise de côté à titre de réserve a cédé, avant ou après l’entrée en vigueur de la présente définition, ses droits autrement qu’à titre absolu.

[13] En vertu de l’article 35 de l’ancienne *Loi sur les Indiens*, il est possible de retirer à une réserve une parcelle de terrain ou un droit dans cette dernière. Le paragraphe 35(1) prévoyait en 1956:

35. (1) Lorsque, par une loi du Parlement du Canada ou d’une législature provinciale, Sa Majesté du chef d’une province, une autorité municipale ou locale, ou une corporation, a le pouvoir de prendre ou d’utiliser des terres ou tout droit y afférent sans le consentement du propriétaire, ce pouvoir peut, avec le consentement du gouverneur en conseil et aux conditions qu’il est loisible à ce dernier de prescrire, être exercé relativement aux terres dans une réserve ou à tout intérêt y afférent.

Dans ses prétentions écrites, l’appelante s’est fondée sur la décision rendue par la Cour suprême dans *Bande indienne des Opetchesaht c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 119, pour prétendre qu’une prise de possession n’était pas différente d’une expropriation et qu’elle éteignait donc automatiquement tout droit d’une bande dans une parcelle de terrain. Les deux parties ont cependant fini par convenir que la question de savoir si une parcelle de terrain ou un droit y afférent était

so. As Mr. Justice Décarý wrote in *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band* (1998), 162 D.L.R. (4th) 649 (F.C.A.); leave to appeal dismissed [1998] 1 S.C.R. vii (hereinafter *CP*), at paragraph 27 [page 661]:

Where a compulsory taking of part of a reserve is at issue, the Court must satisfy itself that the intention of the Crown to extinguish the Indian interest in the portion taken was "clear and plain" (see *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075 at 1099).

[14] The passage in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075 on which Mr. Justice Décarý relied, reads [at pages 1098-1099]:

In the context of aboriginal rights, it could be argued that, before 1982, an aboriginal right was automatically extinguished to the extent that it was inconsistent with a statute.

. . .

That in Judson J.'s view was what had occurred in *Calder*, *supra*, where, as he saw it, a series of statutes evinced a unity of intention to exercise a sovereignty inconsistent with any conflicting interest, including aboriginal title. But Hall J. in that case stated (at p. 404) that "the onus of proving that the Sovereign intended to extinguish the Indian title lies on the respondent and that intention must be 'clear and plain'". (Emphasis added.) The test of extinguishment to be adopted, in our opinion, is that the Sovereign's intention must be clear and plain if it is to extinguish an aboriginal right.

The respondent implied in oral arguments that, when looking at extinguishment under section 35 of the old *Indian Act*, the intentions of the Sovereign in right of a province were moot and that one needs only to concern oneself with the intentions of the Sovereign *qua* federal government. A reading of section 35, however, reveals that this is not always the case.

[15] Under section 35 of the old *Indian Act*, the Sovereign or Crown, in its federal *persona*, may intend that land be taken out of a reserve. As counsel points out, in fact, it is the only government which can carry out such intentions. Evidence of this intent will, if it exists, usually be found in orders in council authorizing the taking, letters patent, or other documents, Crown actions or legislation. For instance, the

totalemment retiré d'une réserve dépendait de la clarté de l'intention de la Couronne à cet égard. Comme le juge Décarý, J.C.A. l'a écrit dans l'arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui* (1998), 162 D.L.R. (4th) 649 (C.A.F.); autorisation d'interjeter appel refusée [1998] 1 R.C.S. vii (ci-après *CP*), au paragraphe 27 [page 661]:

Lorsque la prise de possession obligatoire d'une partie d'une réserve est en cause, la Cour doit être convaincue que l'intention de la Couronne d'éteindre le titre indien dans la parcelle prise est «claire et expresse» (voir *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1099).

[14] L'extrait de l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, sur lequel le juge Décarý s'est fondé, se lit comme suit [aux pages 1098 et 1099]:

Dans le contexte des droits ancestraux, on pourrait faire valoir qu'avant 1982 un droit ancestral était automatiquement éteint dans la mesure où il était incompatible avec une loi [. . .]

De l'avis du juge Judson, c'est ce qui s'était produit dans l'affaire *Calder*, précitée, où, selon lui, une série de lois avait mis fin à la volonté d'exercer une souveraineté incompatible avec tout intérêt contradictoire, y compris un titre aborigène. Mais le juge Hall a affirmé dans cet arrêt (à la p. 404) «qu'il incombe à l'intimé d'établir que le Souverain voulait éteindre le titre indien, et que cette intention doit être "claire et expresse"». (Nous soulignons.) Le critère de l'extinction qui doit être adopté, à notre avis, est que l'intention du Souverain d'éteindre un droit ancestral doit être claire et expresse.

Dans sa plaidoirie, l'intimé a sous-entendu qu'il ressortait de l'examen de l'extinction aux termes de l'article 35 de l'ancienne *Loi sur les Indiens* que les intentions du Souverain du chef d'une province étaient sans objet et qu'il ne fallait se préoccuper que des intentions du Souverain à titre de gouvernement fédéral. La lecture de l'article 35 indique toutefois que cela n'est pas toujours le cas.

[15] En vertu de l'article 35 de l'ancienne *Loi sur les Indiens*, le Souverain ou la Couronne, représentée par le gouvernement fédéral, peut avoir l'intention de retirer des terres d'une réserve. Comme l'avocat le souligne, il s'agit en fait du seul gouvernement qui peut donner suite à une telle intention. Si elle existe, la preuve de cette intention se trouvera généralement dans les décrets autorisant la prise de possession, dans

Crown, in an order in council, may reserve certain rights to a band, such as those in respect of minerals, and in so doing evince an intent to allow for the extinguishment of all other Native rights attaching to the land. Alternatively, an order in council or letters patent may evince an intent to avoid consenting to extinguishment by subjecting the taking to certain terms and conditions. What happens, however, if the federal government is merely intent on allowing a province, municipality or corporation to take what it wants? In this case, one must look to the intentions of the taker in order to determine whether the federal government consented to an extinguishment or not.

[16] In fact, looking at the intent of, for instance, the Crown *qua* province will often be the first place to look, because, without a plain and clear intent to extinguish at this level, there is little need to look at the federal government's intent. In Canada, provinces take land for highways. Without this preliminary or subsidiary intent to extinguish through a taking, in essence, there is little chance that the later consent under section 35 will include an intent to extinguish. Rather, as noted above, the federal government will often merely acquiesce to whatever intent is shown by a province. It is, however, as the respondent submits, up to the Crown acting in its federal capacity to decide ultimately whether a Native right will be extinguished.

[17] Looking first to the intentions of the Crown *qua* province also makes sense in that it begins the analysis by looking at what the taker wants before looking at what the federal government has consented to in its order in council and letters patent. To look at the federal Crown's intentions first, in effect, is to address the federal answer without considering what the provincial question was. This is particularly hazardous where, as in the case under review, no letters patent exist to amplify the substance, or highlight the intent behind the federal answer.

les lettres patentes ou autres documents ainsi que dans les actes ou les dispositions législatives de la Couronne. Par exemple, la Couronne peut, dans un décret, réserver certains droits à une bande, comme les droits relatifs au minerai, et, ce faisant, démontrer l'intention de permettre l'extinction de tous les autres droits autochtones liés aux terres. De la même manière, un décret ou des lettres patentes peuvent démontrer l'intention d'éviter de consentir à l'extinction en assujettissant la prise de possession à certaines modalités. Toutefois, que se produit-il si le gouvernement fédéral a seulement l'intention de permettre à une province, à une municipalité ou à une société de prendre ce qu'elle veut? Dans ce cas, il faut examiner les intentions du preneur pour déterminer si le gouvernement fédéral a consenti ou non à l'extinction.

[16] En fait, en matière d'intention par exemple, il faut souvent examiner en premier lieu celle de la Couronne à titre de province car, sans intention claire et expresse d'éteindre les droits à ce niveau, il est inutile d'examiner l'intention du gouvernement fédéral. Au Canada, les provinces prennent possession de terres pour construire des autoroutes. Essentiellement, sans cette intention préliminaire ou subsidiaire d'éteindre les droits au moyen d'une prise de possession, il est peu probable que le consentement susmentionné visé par l'article 35 comporte l'intention d'éteindre les droits. Au contraire, comme je l'ai mentionné précédemment, le gouvernement fédéral ne fait souvent qu'acquiescer à l'intention manifestée par une province. Comme l'intimé le soutient, il appartient cependant à la Couronne agissant à titre de gouvernement fédéral de décider en bout de ligne si un droit autochtone sera éteint.

[17] Examiner en premier lieu les intentions de la Couronne à titre de province est également censé en raison du fait qu'on commence l'analyse en vérifiant ce que le preneur veut avant de vérifier ce à quoi le gouvernement fédéral a consenti dans son décret et ses lettres patentes. Examiner en premier lieu les intentions de la Couronne fédérale revient, dans les faits, à étudier la réponse fédérale sans tenir compte de ce que la question provinciale était. Cela est particulièrement risqué dans les cas où, comme dans la présente affaire, aucune lettre patente n'existe pour indiquer plus

[18] Whatever the Crown's intent, as expressed by both the federal and provincial governments, it will be discernible using principles of interpretation for legislative intent and special principles relevant when Native interests are involved. Two of these latter principles, cited in *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)* (1999), 172 D.L.R. (4th) 589 (B.C.C.A.), were promoted by counsel. The first states that, where two interpretations can be reasonably sustained, the one which impairs Native rights least is to be preferred. The second holds that any ambiguous words must be construed in a way favourable to Native interests. A third principle relied on by counsel recognizes a need to interpret narrowly provisions aimed at limiting or abrogating Native rights: *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85. As a final guidepost, counsel submits that a liberal interpretation be given to the terms of the *Indian Act* and the old *Indian Act*, as required by section 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, in order to ensure the attainment of its objects.

[19] If the federal Crown does not display a plain and clear intention in favour of extinguishment then nothing has been extinguished. In this case, one must ascertain the nature of the interest taken through the three factors enumerated in *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654 (hereinafter *Paul*). As Décarý J.A. wrote in *CP, supra* [at paragraph 32, page 662]:

In order to determine the nature and extent of a railway company's interest in reserve lands-and, by the same token, the nature and extent of what was taken away from a band-resort must be had "to the language of the statutes, to any agreements between the original parties and to subsequent actions and declarations of the parties" (*Canadian Pacific Ltd. v. Paul, supra*, para. 25 . . . at 665).

[20] Both parties, in their submissions, infused into one analysis the test for extinguishment and certain parts of the test used in *Paul*. It is clear, however, that

précisément l'essentiel de la réponse fédérale ou mettre en évidence l'intention qui la sous-tend.

[18] Quelle que soit l'intention de la Couronne exprimée par les gouvernements fédéral et provincial, cette intention peut être décelée au moyen de l'utilisation des principes d'interprétation de l'intention du législateur et des principes spéciaux pertinents en matière de droits autochtones. Deux de ces derniers principes, cités dans l'arrêt *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)* (1999), 172 D.L.R. (4th) 589 (C.A.C.-B.), ont été invoqués par l'avocat de l'intimé. Le premier principe veut que lorsqu'il y a deux interprétations raisonnables possibles, il faut favoriser celle qui porte le moins atteinte aux droits autochtones. Le deuxième principe veut que tout terme ambigu soit interprété d'une manière favorable aux droits des Autochtones. Selon un troisième principe invoqué par l'avocat de l'intimé, il faut interpréter restrictivement les dispositions visant à limiter ou à abroger des droits autochtones; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85. L'avocat soutient que, en tant que dernier principe directeur, une interprétation libérale doit être donnée aux dispositions de la *Loi sur les Indiens* et de l'ancienne *Loi sur les Indiens*, comme l'exige l'article 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, pour que les objets de ces lois soient réalisés.

[19] Si la Couronne fédérale ne démontre pas une intention claire et expresse en faveur de l'extinction, il s'ensuit qu'aucun droit n'est éteint. En l'espèce, il faut déterminer la nature du droit retiré à la lumière des trois facteurs énoncés dans l'arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654 (ci-après *Paul*). Comme le juge Décarý l'a écrit dans l'arrêt *CP*, précité [au paragraphe 32, page 662]:

Afin de déterminer la nature et l'étendue du droit d'une compagnie de chemin de fer sur les terres des réserves-et, de la même façon, la nature et l'étendue de ce qui a été retiré à une bande-, il faut examiner «le texte des lois, toutes les ententes conclues entre les parties initiales, ainsi que les actions et déclarations subséquentes des parties» (*Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, précité, au par. 25 [. . .] 665).

[20] Dans le cadre de leurs arguments, les deux parties ont fondu en une analyse le critère relatif à l'extinction et certaines parties du critère utilisé dans

the two tests are to be applied separately, in two distinct circumstances. The only exception to this rule, as noted by Décary J.A. in *CP*, applies when a band is involved in the negotiations to take land, that which both parties were at pains to point out, did not happen in this case.

[21] In respect of the test for extinguishment, the most significant signal of provincial intentions can be found in the old *Highway Act*. Subsection 8(1) sets out the appropriate provincial Minister's power to take lands:

8. (1) It shall be lawful for the Minister in his absolute discretion to make public highways . . . and to take, either at the time the highway is first made or declared or at any subsequent time, additional land beyond the width of the highway so established where necessary for the use or purpose of the Department of Public Works . . . and for such purpose . . . to enter upon, set out, ascertain, and take possession of any private roads and any lands . . . and also in the like discretion to enter upon any land . . .

[22] The respondent submits that the word "land", as used in subsection 8(1) of the old *Highway Act*, could include many interests in land short of the fee simple. It submits, therefore, that the exact nature of the interest intended to be taken in the present case cannot be plain and clear. The respondent, for this position, relies on the definition of land as found in section 2 of the old *Highway Act* and subsection 24(20) of B.C.'s old *Interpretation Act*. These provisions read, respectively:

2. In this Act, unless the context otherwise requires:—

"Land" includes all lands of every tenure and description whatsoever, including foreshore and lands covered with water, within the Province, and including lands granted by the Dominion to any person:

24. In every Act of the Legislature, unless the context otherwise requires: —

l'arrêt *Paul*. Il est toutefois clair que les deux critères doivent être appliqués séparément, dans deux contextes distincts. Comme l'a souligné le juge Décary dans l'arrêt *CP*, la seule exception à cette règle survient lorsqu'une bande participe à des négociations en matière de prise de possession de terres, ce qui ne s'est pas produit en l'espèce selon les arguments insistants des deux parties.

[21] En ce qui a trait au critère relatif à l'extinction, l'indication la plus importante des intentions provinciales se trouve dans l'ancienne *Highway Act*. Le paragraphe 8(1) confère au ministre provincial approprié le pouvoir de prendre possession de terrains et d'immeubles:

[TRADUCTION]

8. (1) Le ministre a le pouvoir discrétionnaire absolu de construire des voies publiques [. . .] et de prendre possession, au moment où la voie est construite ou annoncée ou à tout moment ultérieur, de terrains supplémentaires se trouvant au-delà de la largeur de la voie ainsi établie lorsque cela est nécessaire pour l'usage ou pour les fins du ministère des Travaux publics [. . .]; et à ces fins [. . .] de prendre possession de tout chemin privé et de tout terrain, d'en déterminer les limites requises [. . .] ainsi que de prendre possession de tout immeuble [. . .]

[22] L'intimé soutient que le mot «terrain», utilisé au paragraphe 8(1) de l'ancienne *Highway Act*, pouvait viser plusieurs droits dans un terrain autres que la pleine propriété. Il soutient donc que la nature exacte du droit dont le retrait est visé dans la présente affaire ne peut pas être claire et expresse. À l'appui de ces arguments, l'intimé invoque la définition de terrain et d'immeuble qui figuraient à l'article 2 de l'ancienne *Highway Act* et au paragraphe 24(20) de l'ancienne *Interpretation Act* de la Colombie-Britannique. Ces dispositions prévoyaient, respectivement:

[TRADUCTION]

2. Dans la présente loi, sauf indication contraire du contexte:—

«Terrain» comprend les terres de toute tenure et de toute description, notamment la batture et les terres recouvertes d'eau dans la Province ainsi que les terres attribuées par le Dominion à toute personne:

24. Dans toute loi de la législature, sauf indication contraire du contexte:—

...

(20) "Land" includes all messuages, tenements, and hereditaments, houses and buildings of any tenure, unless where there are words to exclude houses and buildings, or to restrict the meaning to tenements of some particular tenure:

[23] Though the respondent is correct that, standing alone, subsection 8(1) does not clearly indicate the interest at stake, sections 5 and 9 of the old *Highway Act* specify what is to be lost by those owning or occupying taken lands and what is to be gained or vested in the province on taking:

5. Unless otherwise provided for, the soil and freehold of every public highway shall be vested in His Majesty, his heirs and successors.

...

9. The entry by the Minister, his agents, servants, or workmen, as in the last preceding section mentioned [section 8], for the purpose of taking possession of any roads or lands shall operate as a complete extinguishment of every title and claim to the roads or lands so entered upon and taken possession of.

For lands taken in order to make a highway, there can be no ambiguity with regard to the meaning of the word "land". It is the absolute or fee simple interest in the land. No other interpretation can be reasonably sustained, even by interpreting sections 5, 8 and 9 as narrowly as possible.

[24] Section 11 of the old *Highway Act*, by not providing for any restrictions on the alienation of taken lands, also helps to strip away any ambiguity *vis-à-vis* what section 8 empowers the provincial government to take. Section 11 provides:

11. The Minister may at any time, by notice published in the Gazette, . . . discontinue and close in whole or in part any highway. . . . The land comprised in any highway which has been discontinued and closed may, under the authority of the Lieutenant-Governor in Council, be transferred to, and shall thereafter become the property of, the owner of the

[. . .]

(20) «Immeuble» comprend les terres, les tènements et héritages ainsi que les maisons et constructions de toute tenure, sauf en présence de termes excluant les maisons et les constructions ou restreignant la signification aux tènements d'une tenure particulière:

[23] Bien que l'intimé ait raison de dire qu'à lui seul, le paragraphe 8(1) n'indique pas clairement le droit en cause, les articles 5 et 9 de l'ancienne *Highway Act* précisent les droits perdus par les propriétaires et les occupants des terrains et des immeubles faisant l'objet de la prise de possession ainsi que les droits obtenus par la province lors de la prise de possession:

[TRADUCTION]

5. Sauf indications contraires, le titre de propriété du fonds de terre et de la voie publique est détenu par Sa Majesté, ses héritiers et successeurs.

[. . .]

9. L'entrée par le ministre, ses mandataires, ses fonctionnaires et ses préposés, comme dans l'article susmentionné [l'article 8], en vue de la prise de possession de toute route ou de tout terrain a pour effet d'éteindre entièrement tout titre et toute revendication relativement aux routes et aux terrains ayant fait l'objet de cette prise de possession.

En ce qui a trait aux étendues de terres prises en vue de la construction d'une route, il ne peut y avoir aucune ambiguïté relativement au sens du mot «terrain». Il s'agit de la pleine propriété ou de la propriété absolue du terrain. Il n'existe aucune autre interprétation raisonnable, même si les articles 5, 8 et 9 sont interprétés aussi restrictivement que possible.

[24] En ne prévoyant aucune restriction sur l'aliénation des terrains ayant fait l'objet d'une prise de possession, l'article 11 de l'ancienne *Highway Act* contribue également à écarter toute ambiguïté relativement à ce que l'article 8 permettait au gouvernement provincial de prendre. L'article 11 prévoyait:

[TRADUCTION]

11. Le ministre peut en tout temps, sur avis publié dans la Gazette, [. . .] abandonner et fermer en tout ou en partie une route [. . .] Les terres d'une route abandonnée ou fermée peuvent, en vertu du pouvoir conféré au lieutenant-gouverneur en conseil, être cédées en propriété au propriétaire du terrain dont elles faisaient originalement partie ou

land of which it originally formed part, or the owner of the land adjoining the land so transferred, or may be leased by the Minister to either of those owners, or may be sold, leased, or disposed of by public auction or by tender under the authority of the Lieutenant-Governor in Council, or may, under the authority of the Lieutenant-Governor in Council, be leased or transferred to the Dominion Government.

Linked with the other provisions, section 11 makes plain and clear the province's intention to extinguish all interests and to transfer to itself the fee simple in lands taken for highway purposes.

[25] Turning to the 1956 order in council we may begin ascertaining the intentions of the federal Crown. The respondent submits that nothing in it conclusively points to the exact interest transferred by the federal government. In light of the clarity with which the old *Highway Act* highlights the intentions of the province to transfer the fee simple, however, the relevant question is whether the order contains anything to detract from this clarity. As the appellant submits, there is nothing.

[26] Neither the use of the words "take" nor "lands" in the order can serve to cast a cloud on provincial intentions. Nor does their use promote ambiguity in light of the old *Highway Act*. In addition, the expression of the term "right of way" is meant merely to point to the corridor rather than to describe the nature of any legal interest transferred; *CP, supra*, at paragraph 46 [pages 667-668] and *Canadian Pacific Ltd., supra*, at paragraph 22 [pages 351-352]. This is so despite the fact that the term "right of way" is used once in the order to describe the nature of a legal interest in land. The context for this use of the term was to describe the easement granted to the British Columbia Electric Company Limited and is irrelevant to the term's definition when the term is used in the context of the corridor lands; (Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed., Toronto: Butterworths, 1994, at pages 163-168). The term "right of way" does not, therefore, give rise to any ambiguity. Nor is the purpose of the taking, when mentioned in the order in council's recital, anything other than a neutral factor; *CP*, at paragraph 18 [page 659].

au propriétaire du terrain adjacent aux terres cédées, elles peuvent être louées par le ministre à l'un ou l'autre de ces propriétaires, elles peuvent être vendues, louées ou aliénées par voie de vente aux enchères publique ou par voie d'appel d'offres lancé en vertu du pouvoir du lieutenant-gouverneur en conseil, et elles peuvent, en vertu de ce pouvoir, être louées ou cédées au gouvernement du Dominion.

Conjointement aux autres dispositions, l'article 11 rend claire et expresse l'intention de la province d'éteindre tout droit et de se transférer la pleine propriété relativement aux terrains pris en possession pour les fins d'une route.

[25] Quant au décret de 1956, nous pouvons commencer à cerner les intentions de la Couronne fédérale. L'intimé soutient que ce décret ne contient rien qui indique de façon concluante le droit exact cédé par le gouvernement fédéral. Vu la clarté avec laquelle l'ancienne *Highway Act* mettait en évidence l'intention de la province quant au transfert de la pleine propriété, toutefois, la question pertinente est de savoir si le décret contient quelque élément faisant douter de cette intention. Comme l'appelante l'indique, il n'y en a pas.

[26] L'utilisation des termes «prise de possession» et «terres» dans le décret ne peut pas être invoqué pour faire douter des intentions provinciales. Cette utilisation ne crée pas d'ambiguïté à la lumière de l'ancienne *Highway Act*. En outre, la présence de l'expression «droit de passage» ne vise qu'à indiquer le corridor plutôt qu'à décrire la nature de quelque droit cédé; *CP*, précité, au paragraphe 46 [pages 667 et 668], et *Canadien Pacifique Ltée*, précité, au paragraphe 22 [pages 351 et 352]. Il en est ainsi malgré le fait que l'expression «droit de passage» soit utilisée une fois dans le décret pour décrire la nature d'un droit dans les terres. Cette expression a été utilisée dans le contexte de la description de la servitude octroyée à *British Columbia Electric Company Limited*, et cette utilisation n'est pas pertinente quant à la définition de cette expression lorsque celle-ci est utilisée dans le contexte des terres du corridor; (Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd., Toronto: Butterworths, 1994, aux pages 163 à 168). L'expression «droit de passage» ne donne donc pas lieu à une ambiguïté. Le but visé par la prise de possession, mentionné dans les attendus du décret,

[27] Another ingredient in the 1956 order which bears on the intentions of the federal government is the transfer to the province of the corridor's "administration and control". The respondent did not dispute the appellant's use of Madam Justice Newbury's analysis, in *Osoyoos*, at paragraph 105 [pages 635-636], in support of its contention that the presence of the phrase indicates a transfer of title. In the *Osoyoos* decision of the British Columbia Court of Appeal, Justices Newbury and Prowse are reported at pages 635 *et seq.* as holding:

... the answer to this question is clear: the Order in Council did not grant only a right of way to the Province; it granted exclusive rights of enjoyment and possession that are inconsistent with the lands continuing to be held by Her Majesty in right of Canada "for the use and benefit of [the] Band". The Order referred to "the taking of the said lands", not simply the right to use or pass over the said lands; there was no indication the Province was acquiring anything other than exclusive rights (whether in fee simple or until the lands cease to be used for irrigation purposes need not be decided); and the Order transferred "administration and control" of the lands to the Province—wording that is surely inconsistent with lands continuing to be held "for the benefit of" the Band. As the Chambers judge noted, the phraseology of "administration and control" is customarily used in place of a conveyance of title between the Crown Provincial and the Crown Federal, because of the indivisibility of the Crown. He cites Paul Lordon, who in *Crown Law* (1991) states:

"A transfer of property between the federal government and a province is not done by ordinary conveyance, because of the principle of indivisibility of the Crown. Her Majesty is the owner of the property whether in right of Canada or the province and cannot grant to Herself. Only administrative control of the property passes. The transfer is, therefore, made by reciprocal Orders in Council and is confirmed by statute where third party rights are involved." [At 283, para. 4.6.1, cited by the Chambers judge at para. 4 of his reasons.]

Although the majority of that Court of Appeal in *Osoyoos* wrote with apparent self-assurance, the judgment cannot be accepted as being definitive. On April 20, 2000, the Supreme Court of Canada without reasons (as is usual) granted leave to appeal. The

ne constitue pas non plus autre chose qu'un facteur neutre; *CP*, au paragraphe 18 [page 659].

[27] Un autre élément du décret de 1956 qui est indicatif des intentions du gouvernement fédéral est le transfert à la province de «l'administration et du contrôle» du corridor. L'intimé n'a pas contesté l'utilisation faite par l'appelante de l'analyse du juge Newbury dans *Osoyoos*, au paragraphe 105 [pages 635 et 636], à l'appui de sa prétention que la présence de cette expression indique un transfert de titre. Dans la décision rendue par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Osoyoos*, les juges Newbury et Prowse ont conclu, aux pages 635 et suivantes:

[TRADUCTION] [. . .] la réponse à cette question est claire: le décret n'a pas conféré uniquement un droit de passage à la Province; il a conféré des droits exclusifs de jouissance et de possession qui contredisent le fait que les terres auraient continué à être détenues par Sa Majesté du chef du Canada «pour l'usage et au profit [de la] bande». Le décret mentionnait «la prise de possession desdites terres», et non pas simplement le droit d'utiliser ces terres ou d'y passer; rien n'indiquait que la Province acquerrait autre chose que des droits exclusifs (il n'y a pas lieu de trancher la question de savoir s'il s'agissait de la pleine propriété ou de droits durant jusqu'à ce que les terres cessent d'être utilisées à des fins d'irrigation); et le décret cédait «l'administration et le contrôle» des terres à la Province—libellé qui contredit certainement le fait que les terres auraient continué d'être détenues «au profit» de la bande. Comme le juge en chambre l'a souligné, l'expression «l'administration et le contrôle» est habituellement utilisée au lieu d'une expression ayant trait au transfert de propriété entre la Couronne provinciale et la Couronne fédérale en raison de l'indivisibilité de la Couronne. Il cite Paul Lordon, qui, dans *Crown Law* (1991) déclare:

«Un transfert de propriété entre le gouvernement fédéral et une province n'est pas faite par transfert ordinaire en raison de l'indivisibilité de la Couronne. Sa Majesté est propriétaire des biens, que ce soit du chef du Canada ou du chef de la province, et elle ne peut pas se céder la propriété à elle-même. Seul le contrôle administratif des biens est transféré. Le transfert est donc fait par décrets réciproques, et il est confirmé par une loi lorsque des tiers sont en cause.» [À la page 283, par. 4.6.1, cité par le juge en chambre au par. 4 de ses motifs.]

Bien que les juges majoritaires de cette Cour d'appel se soient apparemment exprimés avec beaucoup d'assurance dans l'arrêt *Osoyoos*, celui-ci ne peut pas être accepté comme étant définitif. Le 20 avril 2000, la Cour suprême du Canada a accordé l'autorisation

result is not yet known. This Court notes the D.L.R. *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)* case *supra*, paragraph 18 (at page 635) and agrees that, in the circumstances, the phrase is expressed likely in light of the indivisibility of the Crown, to indicate a shifting of title from the realm of federal responsibility to that of a province, but a conclusive answer will undoubtedly be promulgated by the Supreme Court in due course.

[28] The reservation of mining and mineral rights contained in the order is another significant factor to consider. One may sever, as the Department of Indian Affairs did for many years, mineral rights from surface rights when allowing the latter to be taken; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344. Such a severing implies, as in *CP, supra*, that the federal government intended to transfer absolute ownership of the surface rights to the province. Of lesser consequence is the lump sum payment made by the province to the Band at the time of the taking, though, even this implies, albeit not so very weakly, that absolute ownership was transferred.

[29] On consideration of all the relevant factors, it is plain and clear that the Crown in right of B.C. intended to acquire the fee simple in the corridor lands. More importantly, however, it is plain and clear, from a reading of the 1956 order, that what the province sought to acquire the Crown *qua* federal government consented to transfer, excepting the mineral and mining rights to the lands in question. In 1956, therefore, the province was given no less than absolute title to the surface of the land. The board's conclusion to the contrary must be seen as an error. As the land also cannot be considered to have been set aside for the use and benefit of the Band, an issue which is discussed below, the land cannot be considered in the reserve. This is despite the most generous ambit which one might possibly give to the term "reserve" as defined in the *Indian Act*.

d'interjeter appel sans prononcer de motifs (ce qui est habituel). L'issue n'est pas encore connue. La Cour note l'arrêt, publié dans les D.L.R., *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)*, précité, paragraphe 18 (à la page 635), et convient que, dans les circonstances, l'expression est vraisemblablement utilisée à la lumière de l'indivisibilité de la Couronne pour indiquer le passage du titre du domaine de la responsabilité fédérale à celui d'une province, mais une réponse définitive sera sans aucun doute fournie par la Cour suprême en temps opportun.

[28] La réserve des droits miniers contenue dans le décret est un autre facteur important à examiner. On peut séparer, comme le ministère des Affaires indiennes l'a fait pendant de nombreuses années, les droits miniers des droits de superficie lorsqu'on permet la prise de ces derniers; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344. Une telle séparation signifie, comme dans l'arrêt *CP*, précité, que le gouvernement fédéral avait l'intention de céder la propriété absolue des droits de superficie à la province. Le paiement forfaitaire versé par la province à la bande au moment de la prise de possession a moins d'importance, bien que même cela laisse entendre assez clairement que la propriété absolue a été cédée.

[29] Il ressort manifestement de l'examen de l'ensemble des facteurs pertinents que la Couronne du chef de la Colombie-Britannique avait l'intention d'acquérir la pleine propriété des terres du corridor. Fait plus important, toutefois, il ressort manifestement de la lecture du décret de 1956 que la Couronne à titre de gouvernement fédéral a cédé ce que la province désire acquérir, à l'exception des droits miniers dans les terres en question. Par conséquent, la province a reçu en 1956 rien de moins que le titre absolu relativement au droit de superficie des terres. La conclusion contraire de la commission doit être considérée comme une erreur. Étant donné que les terres ne peuvent pas être considérées comme ayant été mises de côté pour l'usage et au profit de la bande, question qui est abordée plus loin, elles ne peuvent pas être considérées comme situées dans la réserve. Il en est ainsi malgré la portée la plus généreuse que l'on

[30] The respondent submits that the fee simple in the corridor lands was not required by the province and, therefore, one cannot assume that the federal Crown, as a fiduciary of natives, would have allowed B.C. to take it. This follows the oft-repeated principle of minimal impairment for which counsel relied on *Semiahmoo Indian Band v. Canada*, [1998] 1 F.C. 3 (C.A.). The Court is not convinced, however, that anything less than a fee simple interest, in 1956, could allow a province to build and maintain one of its major highways.

[31] Supposing that the provincial government merely received some sort of statutory easement to, and not the fee simple in, the corridor lands, did the Band retain an interest in the lands sufficient to enable it to tax the lands' use? One needs only to consider, pursuant to the test in *Paul, supra*, the actions of the Band since the taking in addition to those factors mentioned above, in order to conclude that the Band did not retain such a sufficient interest.

[32] As the appellant asserts and the respondent admits, the Band has never exercised, since 1956, its powers in respect of roads, conferred on it by paragraphs 81(1)(b) and (f) of the *Indian Act*, to manage and maintain not only the corridor's paved highway but the buffer zone surrounding it (transcript: pages 114 and 117 respectively). Nor was there evidence adduced to show that any of the other powers granted to bands under the *Indian Act* have been exercised in the corridor. Added to the fact that the Band approved a valuation of the land and accepted \$5,282 in payment for it, this lack of governance implies that the Band has understood from the very beginning that it would not have the use and benefit of the lands in question. Because the province has title to the lands, one cannot, therefore, consider them to be in the reserve.

puisse donner au mot «réservation» qui est défini dans la *Loi sur les Indiens*.

[30] L'intimé soutient que la pleine propriété des terres du corridor n'était pas exigée par la province, de sorte qu'on ne peut pas présumer que la Couronne fédérale, en tant que fiduciaire des Autochtones, aurait permis à la Colombie-Britannique de les prendre. Cela est conforme au principe, souvent répété, de l'atteinte minimale, pour lequel l'avocat a invoqué l'arrêt *Bande indienne de Semiahmoo c. Canada*, [1998] 1 C.F. 3 (C.A.). La Cour n'est toutefois pas convaincue qu'un droit moindre que la pleine propriété en 1956 aurait pu permettre à la province de construire et d'entretenir l'une de ses autoroutes les plus importantes.

[31] À supposer que le gouvernement provincial n'ait reçu qu'une forme de servitude légale, et non pas la pleine propriété, dans les terres du corridor, la bande a-t-elle conservé un droit suffisant dans les terres lui permettant de taxer leur utilisation? Il suffit d'examiner, conformément au critère de l'arrêt *Paul*, précité, les actes de la bande depuis la prise de possession en plus des facteurs susmentionnés pour conclure que la bande n'a pas conservé un droit suffisant.

[32] Comme l'appelante l'affirme et l'intimé l'admet, la bande n'a jamais exercé, depuis 1956, les pouvoirs en matière de routes que lui confèrent les alinéas 81(1)(b) et f) de la *Loi sur les Indiens* pour gérer et entretenir, non seulement l'autoroute asphaltée se trouvant dans le corridor, mais aussi la zone tampon entourant cette dernière (transcription: pages 114 et 117 respectivement). Il n'y a pas eu non plus d'éléments de preuve présentés en vue de démontrer que les autres pouvoirs conférés aux bandes par la *Loi sur les Indiens* ont été exercés dans le corridor. Ajoutée au fait que la bande a approuvé l'évaluation des terres et qu'elle a accepté un paiement de 5 282 \$ en contrepartie de ces dernières, cette absence d'acte de gouvernement indique que la bande a compris dès le début qu'elle n'avait pas l'usage et le profit des terres en question. Puisque la province détient le titre relatif aux terres, on ne peut pas considérer ces dernières comme faisant partie de la réserve.

[33] This is not a case of powerful, unscrupulous Euro-Canadians employing slick language to take unconscionable advantage of Aboriginals. One must make sure that the Aboriginal parties quite understand what was happening to their interests in the transaction, and in the land, of course. Now, the year is 2000 and Aboriginals and Euros (*inter alia*) have been dealing with each other for over two centuries. Here the dealings appear to have been on a government-to-government basis, as revealed by the November 1956, Order in Council, P.C. 1956-1659; Appeal Book, at page 021:

WHEREAS the Minister of the Department of Highways, Province of British Columbia, has applied for the lands hereinafter described, being a portion of Seabird Island Indian Reserve, in the said Province for road purposes;

AND WHEREAS the sum of \$5,282 has been received from the said Province in full payment for the land required in accordance with a valuation approved by the Band Council of the Seabird Island Band of Indians on the 14th of October, 1954, and officials of the Indian Affairs Branch.

THEREFORE, His Excellency the Governor General in Council, on the recommendation of the Minister of Citizenship and Immigration, pursuant to section 35 of the Indian Act, is pleased hereby to consent to the taking of the said lands by the Province of British Columbia and to transfer the administration and control thereof to Her Majesty in right of the Province of British Columbia: [Emphasis added.]

This Court would not wish to seem to be a slick trickster, in pointing out that the expressions “full payment”, “approved by the Band Council”, “pursuant to section 35”, “consent to the taking of the said lands”, and “to transfer the administration and control thereof” all point to clear extinguishment of Aboriginal rights in the province’s favour. It is impossible to believe that the Aboriginal parties were in any way deceived or misled, or that anyone attempted to do that.

[34] Though neither party raised the point, the above conclusion is supported indirectly by Décaré J.A., in *CP*, at paragraphs 40 to 52 [pages 666-669], who found that lands being used for railway purposes could not be considered to be for the use and benefit of the Matsqui Band. Three paragraphs of the learned

[33] Il ne s’agit pas d’un cas où des Euro-Canadiens puissants et sans scrupules ont utilisé des termes trompeurs pour profiter des Autochtones. Il faut s’assurer que les parties autochtones comprenaient ce qui advenait de leurs droits dans l’opération et dans les terres, naturellement. Nous sommes maintenant en l’an 2000 et les Autochtones et les Euro-Canadiens (notamment) traitent les uns avec les autres depuis plus de deux cents ans. En l’espèce, il paraît que l’opération ait eu lieu de gouvernement à gouvernement, comme le révèle le décret de novembre 1956, C.P. 1956-1659; dossier d’appel, à la page 021:

[TRADUCTION]

ATTENDU QUE le ministre de la Voirie, province de la Colombie-Britannique, a demandé les terres ci-après décrites, qui constituent une partie de la réserve indienne de Seabird Island, dans ladite Province, pour les fins d’une route;

ATTENDU QUE la somme de 5 282 \$ a été reçue de ladite Province en paiement complet des terres requises conformément à une évaluation approuvée par le Conseil de la bande indienne de Seabird Island le 14 octobre 1954 et par les représentants de la Direction des affaires indiennes.

À CES CAUSES, il plaît par les présentes à Son Excellence le gouverneur général en conseil, sur la recommandation du ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration, en application de l’article 35 de la Loi sur les Indiens, de consentir à la prise de possession desdites terres par la Province de la Colombie-Britannique et d’en céder l’administration et le contrôle à Sa Majesté du chef de la Province de la Colombie-Britannique: [Non souligné dans l’original.]

La Cour ne veut pas avoir l’air de jouer avec les mots, mais elle souligne que les expressions «paiement complet», «approuvée par le Conseil de la bande», «en application de l’article 35», «consentir à la prise de possession desdites terres» et «d’en céder l’administration et le contrôle» indiquent toutes clairement l’extinction des droits autochtones en faveur de la province. Il est impossible de croire que les parties autochtones aient été trompées ou induites en erreur de quelque manière ou que quelqu’un ait tenté de le faire.

[34] Bien qu’aucune partie n’ait soulevé cet élément, la conclusion susmentionnée est appuyée indirectement par le juge Décaré, J.C.A. dans l’arrêt *CP*, aux paragraphes 40 à 52 [pages 666 à 669], qui a conclu que les terres utilisées pour les fins d’un chemin de fer ne pouvaient pas être considérées comme étant pour

Justice's reasons in particular are of interest here [paragraphs 48, 51-52, pages 668-669]:

The fact that the Crown relied on s. 35 of the *Indian Act* ("lands taken for public purposes") rather than s. 28 ("possession of lands in reserve" through the issuance of a permit to occupy or use) [was used] also supports a finding that what was being considered by the Crown, by the Band and by CN was much more in the nature of a sale than in the nature of an easement. The recent decision of the Supreme Court of Canada in *Opetchesaht Indian Band*, (*supra*, para. 25) provides a useful analysis of the different purposes of sections 35 and 28.

. . .

The ruling in *Opetchesaht Indian Band* is a clear illustration, in my view, of the different status that must be recognized in law to "rights of way" which require the exclusive right to use and occupy reserve lands, such as railways, and to "rights of way" where the exclusive use of the lands is not required, such as utilities. In the instant case, the right of way is clearly of the first category.

I am therefore satisfied that the Matsqui Band, in surrendering Parcel 1, fully understood that it would no longer use and occupy that portion of its Reserve.

This Court is of the opinion that statutory easements granted under section 35 of the old *Indian Act* for the purposes of a provincial highway require the exclusive right to use and occupy both the land over which the highway is paved and the surrounding buffer zone. As such, it cannot now be held that the Aboriginal peoples of Seabird Island Reserve expected to be able to use and benefit from the corridor once taken.

[35] Counsel for the respondent argued at the hearing that, if the province took anything less than an absolute interest in the corridor lands, then they could be considered designated lands. Being designated lands, he concluded, they would be in the reserve and, therefore, liable to taxation. As Robertson J.A. wrote, however, in *Canadian Pacific Ltd.*, at paragraph 95 [pages 375-376]:

l'usage et au profit de la bande de Matsqui. Les trois paragraphes suivants des motifs du juge sont particulièrement pertinents en l'espèce [paragraphes 48, 51 et 52, pages 668 et 669]:

Le fait que la Couronne ait eu recours à l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens* («des terres prises pour cause d'utilité publique») plutôt qu'à l'art. 28 («possession de terres dans la réserve») au moyen de la délivrance d'un permis d'occuper ou d'utiliser) appuie également la conclusion que ce qui était envisagé par la Couronne, par la bande et par le CN participait davantage de la nature d'une vente que de la nature d'une servitude. La décision récente de la Cour suprême du Canada dans *Bande indienne des Opetchesaht* (précité au par. 25) fournit une analyse utile des différents buts poursuivis par les articles 35 et 28.

[. . .]

La décision dans l'arrêt *Bande indienne des Opetchesaht* illustre clairement, à mon avis, les statuts différents qui doivent être reconnus en droit aux «droits de passage» qui exigent le droit exclusif d'utiliser et d'occuper les terres des réserves, par exemple pour les chemins de fer, et les «droits de passage» où l'usage exclusif des terres n'est pas exigé, par exemple pour les services d'utilité publique. En l'espèce, le droit de passage appartient manifestement à la première catégorie.

Je suis donc convaincu que la bande de Matsqui, en cédant la parcelle 1, comprenait pleinement qu'elle ne pourrait plus utiliser et occuper cette partie de sa réserve.

La Cour est d'avis que les servitudes conférées par l'article 35 de l'ancienne *Loi sur les Indiens* pour les fins d'une route provinciale requièrent le droit exclusif d'utiliser et d'occuper tant les terres sur lesquelles la route est construite que la zone tampon entourant cette dernière. En conséquence, on ne peut pas maintenant conclure que les peuples autochtones de la réserve de Seabird Island s'attendaient à pouvoir utiliser le corridor et à en profiter une fois que celui-ci serait pris.

[35] L'avocat de l'intimé a prétendu à l'audience que si la province prenait moins qu'un droit absolu dans les terres du corridor, celles-ci pouvaient être considérées comme des terres désignées. Il a conclu qu'en tant que terres désignées, celles-ci feraient partie de la réserve et qu'elles seraient donc assujetties à la taxation. Toutefois, comme le juge Robertson, J.C.A., l'a écrit dans *Canadien Pacifique Ltée*, au paragraphe 95 [page 376]:

Second, the term “otherwise than absolutely” in the definition of “designated lands” applies only where there has been a surrender of reserve lands.

The present appeal involving a taking of land, and not a surrender, this Court will not enter into a discussion on the issue of designated lands.

[36] The respondent submits that, if the corridor were removed from the reserve, then it should revert back to the Band on ceasing to be used for road purposes. There are two problems with this submission. First, as counsel for the respondent allowed, the Lougheed Highway continues to be used as a highway. Nor is there evidence that the part of the corridor which is bare of asphalt, gravel, signage or drainage is not being used for road purposes. After all, the open ground extending 18’ from each drainage ditch to the edges of the corridor is a buffer, providing space for branches at the edge of the corridor to fall other than on the road. This is only one of the road purposes, however, for which the land in question may be used. It also allows for greater visibility of other drivers and space for maintenance and police vehicles to station themselves and their equipment. In addition, the space would be required were the highway ever widened. The submission is speculative and moot.

[37] Neither is it clear to this Court how the hanging of a 3cm diameter fibre optic cable precludes the land over which it is strung from being used for any of the road purposes noted above. That today’s director of highways in B.C. will approve the installation of cables, in fact, is clear evidence to the contrary. That such installations were compatible with road purposes back in 1956 is supported by a reading of section 14 of the old *Highway Act*, which provides:

14. Where any structure, that is to say, any ditch, flume, pipe, pole-line, wire, cable, . . . exists or is constructed, erected, or maintained across, along, or through any highway in unorganized territory . . . and where the Minister is of the opinion that the structure is unsafe and that it is

Deuxièmement, l’expression «autrement qu’à titre absolu» figurant dans la définition des «terres désignées s’applique uniquement lorsqu’il y a eu cession des terres de réserve.

Le présent appel portant sur la prise de possession, et non sur la cession, de terres, la Cour n’abordera pas la question des terres désignées.

[36] L’intimé soutient que si le corridor a été retiré de la réserve, il devrait revenir à la bande dès qu’il cesse d’être utilisé pour les fins d’une route. Cet argument soulève deux difficultés. En premier lieu, comme l’avocat de l’intimé l’a admis, l’autoroute Lougheed est toujours utilisée en tant que route. Il n’y a pas non plus d’élément de preuve indiquant que la partie du corridor qui est dénuée d’asphalte, de gravier, de signalisation et de drainage n’est pas utilisée pour les fins d’une route. Après tout, l’espace libre de 18 pieds situé entre chaque fossé de drainage et le bord du corridor est une zone tampon qui fournit un espace permettant aux branches se trouvant au bord du corridor de tomber ailleurs que sur la route. Il ne s’agit toutefois que de l’une des fins de la route pour lesquelles les terres en question peuvent être utilisées. Cette partie du corridor permet également aux automobilistes de mieux voir les autres conducteurs et fournit une place de stationnement pour les véhicules d’entretien et de police ainsi que pour leur équipement. En outre, cet espace serait requis si l’autoroute était élargie. Cet argument est hypothétique et sans objet.

[37] La Cour ne voit pas clairement non plus comment la suspension d’un câble de fibre optique de 3 centimètres de diamètre empêche l’utilisation des terres au-dessus desquelles il est fixé à l’une des fins susmentionnées. Le fait que le directeur actuel de la voirie en Colombie-Britannique approuve l’installation de câbles constitue en réalité une preuve contraire manifeste. Le fait qu’une telle installation était compatible avec les fins d’une route en 1956 est étayé par le libellé de l’article 14 de l’ancienne *Highway Act*, qui prévoyait:

[TRADUCTION]

14. Lorsqu’une structure, soit un fossé, un ravin, un tuyau, une ligne de transmission, un fil, un câble, [. . .] existe ou est construite, érigée ou entretenue au-dessus, le long ou en-dessous d’une route dans un territoire non organisé [. . .] et lorsque le ministre est d’avis que la structure n’est pas

necessary or advisable for the protection of the highway or the safety of persons using the highway that the structure be repaired, . . . then, notwithstanding the provisions of any public or private Act . . . the Minister, . . . may cause the structure to be so repaired

In light of these findings, this Court considers the Board's conclusion that the corridor lands are not being used for road purposes as an error.

[38] The second reason why the respondent's submission must fail is that it is premised on the assumption that the province's title will revert back to the Band if ever the corridor ceases to be used for road purposes. The 1956 order in council, however, does not make the taking and transfer of the land contingent on its continued use for road purposes. As Mr. Justice Décary wrote in *CP*, at paragraph 18 [page 659] and as Mr. Justice Robertson wrote in *Canadian Pacific Ltd.*, at paragraph 99 [page 377], the presence of the phrase "for road purposes" in an instrument's recital does not render determinable a fee. The Board erred in making a finding to the contrary.

Conclusion

[39] The lands in and around the Lougheed Highway cannot be considered as being set aside for the use and benefit of the Seabird Island Band. Coupled with the fact that title in these lands resides in the Government of B.C., it leads ineluctably to the conclusion that they are not in the reserve. As such, the fibre optic cable, which is strung up on telephone poles located within the highway corridor, cannot be taxed by the Band.

[40] The appeal will be allowed with costs. The decision of the Seabird Island Indian Band Board of Review, dated August 4, 1998, is to be set aside, and quashed.

sécuritaire et qu'il est nécessaire ou souhaitable pour la protection de la route ou la sécurité des personnes l'utilisant que la structure soit réparée, [. . .] le ministre peut faire réparer la structure malgré les dispositions de toute loi d'intérêt public ou privé [. . .]

À la lumière de ces conclusions, la Cour considère comme une erreur la conclusion de la commission que les terres du corridor ne sont pas utilisées pour les fins d'une route.

[38] La deuxième raison pour laquelle l'argument de l'intimé ne peut pas être accepté est qu'il est fondé sur la supposition que le titre détenu par la province reviendra à la bande si le corridor cesse un jour d'être utilisé pour les fins d'une route. Le décret de 1956 ne rend toutefois pas la prise et le transfert des terres conditionnels à leur utilisation continue pour les fins d'une route. Comme le juge Décary l'a écrit dans *CP*, au paragraphe 18 [page 659], et comme le juge Robertson l'a écrit dans *Canadien Pacifique Ltée*, au paragraphe 99 [page 377], la présence de l'expression «pour les besoins d'une route» dans les attendus d'un texte de loi ne rend pas extinguable la pleine propriété. La commission a commis une erreur en tirant une conclusion contraire.

Conclusion

[39] Les terres qui soutiennent et entourent l'auto-route Lougheed ne peuvent pas être considérées comme ayant été mises de côté pour l'usage et au profit de la bande de Seabird Island. Vu aussi le fait que le titre relatif à ces terres est détenu par le gouvernement de la Colombie-Britannique, cela mène inéluctablement à la conclusion que celles-ci ne font pas partie de la réserve. En conséquence, le câble de fibre optique, qui est fixé aux poteaux téléphoniques situés dans le corridor de l'autoroute, ne peut pas être taxé par la bande.

[40] L'appel est accueilli avec dépens. La décision rendue le 4 août 1998 par la commission de révision de la bande indienne de Seabird Island est annulée.

A-671-98

A-671-98

Brian A. Donovan (*Appellant*)**Brian A. Donovan** (*appelant*)

v.

c.

Her Majesty the Queen and Attorney General of Canada (*Respondents*)**Sa Majesté la Reine et le Procureur général du Canada** (*intimés*)**INDEXED AS: DONOVAN v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (C.A.)****RÉPERTORIÉ: DONOVAN c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.A.)**

Court of Appeal, Richard C.J., Linden and Robertson JJ.A.—Fredericton, May 10; Ottawa, June 6, 2000.

Cour d'appel, juge en chef Richard, juges Linden et Robertson, J.C.A.—Fredericton, 10 mai; Ottawa, 6 juin 2000.

Income tax — Reassessment — Vacating reassessment — Appeal from T.C.C. decision dismissing appeal from reassessments involving income received, not reported — Appellant arguing wrongs committed against him should be considered cumulatively as sufficient grounds to vacate reassessments — For reassessment to be vacated, conduct must be flagrant, egregious violation of appellant's rights; lesser remedy of exclusion of evidence must be inadequate to vindicate Charter violation; illegally obtained evidence must be so fundamental to reassessments they cannot be sustained without it — Cumulative effect of wrongs not so flagrant, egregious as to support extreme remedy of vacating reassessments in light of minimal importance of additional evidence obtained by violations — Not unfair to force appellant to go to trial as Crown having reasonable chance of proving case on basis of legally obtained evidence.

Impôt sur le revenu — Nouvelle cotisation — Annulation de la nouvelle cotisation — Appel d'une décision de la C.C.I. qui a rejeté l'appel interjeté des nouvelles cotisations établies mettant en cause des revenus qui ont été touchés, mais qui n'ont pas été déclarés — L'appellant soutient que les actes répréhensibles qui ont été commis à son égard constituent, de façon cumulative, des motifs suffisants pour justifier l'annulation des nouvelles cotisations — Pour que les nouvelles cotisations soient annulées, la conduite doit constituer une violation flagrante et inacceptable des droits de l'appellant; la mesure de redressement plus légère que constitue l'annulation de la preuve doit être inadéquate quant à la violation de la Charte; les éléments de preuve obtenus illégalement doivent être tellement essentiels aux nouvelles cotisations que celles-ci ne pouvaient pas être maintenues sans eux — Pris ensemble, les quatre actes répréhensibles n'étaient pas flagrants et inacceptables au point de justifier la mesure de réparation extrême que constitue l'annulation de ces nouvelles cotisations, compte tenu de l'importance minimale des éléments de preuve additionnels obtenus au moyen de ces violations — Il n'est pas injuste envers l'appellant de l'obliger à aller en procès, parce que la Couronne est vraisemblablement capable de prouver ses prétentions au moyen d'éléments de preuve obtenus légalement.

Constitutional Law — Charter of Rights — Enforcement — Charter, s. 24(2) permitting exclusion of evidence obtained in violation of Charter rights, freedoms where admission would bring administration of justice into dispute — Appellant in income tax reassessment case submitting cumulative effect of wrongs committed against him sufficient basis to exclude evidence pursuant to s. 24(2) — (1) That auditor filing appellant's return without authorization not serious violation of rights — (2) That auditors cooperating with criminal investigators without appellant's knowledge not warranting exclusion of evidence herein — S.C.C. test for exclusion of evidence pursuant to s. 24(2), articulated in criminal context — Courts excluding such tainted evidence in criminal proceedings — But discretion

Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — L'art. 24(2) de la Charte permet que des éléments de preuve soient écartés lorsqu'ils ont été obtenus d'une manière qui porte atteinte aux droits ou libertés garantis par la Charte si leur admission est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice — Dans cette affaire concernant une nouvelle cotisation relative à l'impôt sur le revenu, l'appellant soutient que l'effet cumulatif des actes répréhensibles commis à son égard constitue un motif suffisant pour exclure des éléments de preuve en application de l'art. 24(2) — 1) La production par le vérificateur de la déclaration de revenu de l'appellant sans son consentement ne constitue pas une violation grave de ses droits — 2) Le fait qu'il y ait eu, à l'insu de l'appellant, collaboration entre les vérificateurs

to exclude evidence used with more restraint in civil matters — (3) Search warrants issued under Income Tax Act, s. 231.3 unconstitutional pursuant to subsequent S.C.C. decision — Although search pursuant thereto serious, unreasonable, not in bad faith — Admission of resulting evidence not bringing administration of justice into disrepute — (4) But subsequent search pursuant to new warrant obtained based on incomplete information unreasonable, would bring administration of justice into disrepute — T.C.C. decision varied to exclude new evidence related to income obtained pursuant to second warrant.

This was an appeal from a decision of the Tax Court of Canada dismissing appeals from assessments for 1986, 1987 and 1988. The appellant argued that the cumulative effect of four “wrongs” committed against him involving search and seizure was a sufficient basis upon which to vacate the reassessments with respect to income received but not reported, or that illegally obtained evidence should be excluded pursuant to Charter, subsection 24(2). Subsection 24(2) permits the exclusion of evidence obtained in violation of Charter-guaranteed rights or freedoms if the admission thereof would bring the administration of justice into disrepute.

The first “wrong” complained of was the filing of the appellant’s tax return by an auditor without the appellant’s authorization. The appellant had signed a return in blank and authorized his accountant to complete and file it. The accountant showed the auditor a draft of the return. After the audit, the auditor took the return back to his office and filed it. The second wrong involved the cooperation of the auditing staff and the criminal investigators in the early stages of the investigation. The third wrong was that search warrants were issued under *Income Tax Act*, section 231.3 which was subsequently found to be unconstitutional, so that the search warrants were invalid. The fourth wrong involved the immediate rescizure of illegally seized documents pursuant to new warrants instead of returning them to the appellant’s then lawyers as previously agreed. The new warrants had been sought without fully informing the Court that the appellant had earlier sued for the return of the

et les enquêteurs en matière criminelle ne justifie pas l’exclusion des éléments de preuve en l’espèce — Le critère établi par la C.S.C. pour l’exclusion des éléments de preuve aux termes de l’art. 24(2) a été énoncé en contexte criminel — Les tribunaux ont exclu des éléments de preuve entachés d’un tel vice dans le cadre de poursuites criminelles — Cependant, le pouvoir discrétionnaire d’exclure des éléments de preuve doit être exercé avec plus de retenue dans les instances civiles — 3) Les mandats de perquisition décernés en vertu de l’art. 231.3 de la Loi de l’impôt sur le revenu ont été déclarés inconstitutionnels par suite d’une décision rendue subséquemment par la C.S.C. — Même si la perquisition effectuée en vertu de ces mandats est sérieuse et abusive, elle n’a pas été effectuée de mauvaise foi — L’admission des éléments de preuve qui en résultent ne déconsidère pas l’administration de la justice — 4) Cependant, les perquisitions effectuées subséquemment en vertu des nouveaux mandats qui ont été décernés sur la foi de renseignements incomplets sont abusives et déconsidèreraient l’administration de la justice — La décision de la C.C.I. est modifiée de façon à exclure les nouveaux éléments de preuve qui ont été obtenus conformément au second mandat.

Il s’agit d’un appel d’une décision de la Cour canadienne de l’impôt qui a rejeté les appels interjetés des cotisations établies pour les années d’imposition 1986, 1987 et 1988. L’appelant a soutenu que l’effet cumulatif des quatre principaux «actes répréhensibles» qui avaient été commis à son égard pour ce qui est des perquisitions et des saisies constitue un motif suffisant pour annuler les nouvelles cotisations mettant en cause des revenus que l’appelant a touchés, mais qu’il n’a pas déclarés; subsidiairement, il a soutenu que les éléments de preuve obtenus illégalement devraient être écartés en application du paragraphe 24(2) de la Charte. Le paragraphe 24(2) permet que des éléments de preuve soient écartés lorsqu’ils ont été obtenus d’une manière qui porte atteinte aux droits ou libertés garantis par la Charte si leur admission est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

Le premier «acte répréhensible» reproché est le fait que la déclaration de revenu de l’appelant ait été produite sans l’autorisation de celui-ci. L’appelant avait préalablement signé un formulaire de déclaration de revenu non rempli et avait autorisé son comptable à le remplir et à le produire pour lui. Le comptable a montré au vérificateur une ébauche de la déclaration de revenu. Une fois la vérification terminée, le vérificateur a apporté la déclaration de revenu à son bureau et l’a produite. Le deuxième acte répréhensible porte sur la collaboration entre le personnel chargé d’effectuer la vérification et les enquêteurs en matière criminelle au cours des étapes initiales de l’enquête. Le troisième acte répréhensible tient à ce que les mandats de perquisition qui ont été décernés en vertu de l’article 231.3 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* ont par la suite été déclarés inconstitutionnels, de sorte qu’ils étaient nuls. Le quatrième acte répréhensible porte sur le fait qu’au lieu de restituer les documents

documents, that Revenue Canada had tried to obtain a further warrant without success, and that the officials had agreed to return the documents.

The issues were: (1) whether the tax reassessments should be vacated based on the unconstitutional conduct of government officials in carrying out the searches and seizures of the appellant's premises and records on the basis of *O'Neill Motors Ltd. v. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2714 (T.C.C.); aff'd [1998] 4 F.C. 180 (C.A.); and (2) if not, whether any evidence obtained in these illegal searches should be excluded pursuant to Charter, subsection 24(2).

Held, the appeal should be allowed in part.

The filing of the appellant's return without his authorization was not a serious violation of his rights. It might be inferred from allowing the auditor to take the file that the accountant consented to filing it, and therefore the appellant indirectly consented to filing it.

Government officials must be careful not to abuse their power to investigate for civil purposes in order to acquire information for use in criminal prosecutions. The courts have been ready to exclude such tainted evidence in criminal proceedings based on such evidence. A distinction should be drawn between seizures in the criminal or quasi-criminal context and those in the administrative or regulatory context in determining whether the admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute. The use of tainted evidence in a criminal proceeding is a much more serious matter than in a civil proceeding, so that the discretion of a court might well be exercised more liberally in a criminal case, where the liberty of the subject is in issue.

The unconstitutional search was serious and unreasonable, but was not done in bad faith, as the officials were not aware that the warrants were secured under an unconstitutional statutory provision. The admission of this evidence would not bring the administration of justice into disrepute, in a civil case such as this.

The violation of the agreement to return the documents and the withholding of key information from the Court was,

illégalement saisis aux avocats de l'appelant à l'époque, tel qu'il avait été convenu, les représentants de la Couronne les ont immédiatement saisis de nouveau aux termes de nouveaux mandats. Les nouveaux mandats ont été décernés sans que la Cour ait été informée du fait que l'appelant avait dans le passé intenté une action pour la restitution des documents, que Revenu Canada avait tenté en vain d'obtenir un autre mandat et que les représentants de la Couronne avaient accepté de restituer les documents.

Les questions en litige consistent à savoir: 1) si la conduite inconstitutionnelle de certains fonctionnaires dans l'exécution des saisies et perquisitions effectuées dans les locaux de l'appelant et dans ses dossiers doit donner lieu à l'annulation des nouvelles cotisations à la lumière de la décision rendue dans *O'Neill Motors Ltd. c. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2714 (C.C.I); conf. par [1998] 4 C.F. 180 (C.A.); 2) subsidiairement, si les éléments de preuve obtenus lors de ces perquisitions illégales devraient être rejetés en application du paragraphe 24(2) de la Charte.

Arrêt: l'appel est accueilli en partie.

La production de la déclaration de revenu de l'appelant sans son consentement ne constitue pas une violation grave de ses droits. Vu qu'on a permis au vérificateur d'emporter avec lui la déclaration de revenu, on pourrait prétendre que le comptable a accepté de la produire et, par conséquent, que l'appelant avait indirectement accepté de la produire.

Les représentants du gouvernement doivent prendre garde d'abuser de leur pouvoir d'enquêter à des fins civiles dans le but d'obtenir des renseignements qui seront utilisés dans des poursuites criminelles. Les cours se sont pressées d'écarter les éléments de preuve entachés d'un tel vice de toute poursuite criminelle fondée sur ces mêmes éléments de preuve. Il convient d'établir une distinction entre les saisies en matière criminelle ou quasi-criminelle et les saisies en matière administrative et de réglementation pour juger si le fait d'admettre les éléments de preuve déconsidérerait l'administration de la justice. L'utilisation, dans une poursuite criminelle, d'éléments de preuve entachés de vice constitue une question beaucoup plus grave que s'il s'agissait d'une instance civile, de sorte que le pouvoir discrétionnaire d'une cour devrait être exercé beaucoup plus libéralement dans une affaire criminelle, où la liberté de l'intéressé est en cause.

La perquisition inconstitutionnelle est sérieuse et abusive, mais elle n'a pas été faite de mauvaise foi, puisque les représentants du gouvernement n'étaient pas au courant que les mandats leur avaient été décernés en vertu d'une disposition législative inconstitutionnelle. Le fait d'admettre ces éléments de preuve ne déconsidérerait pas l'administration de la justice, à tout le moins dans une affaire civile comme celle-ci.

Cependant, la violation de l'entente relative à la restitution des documents et l'omission de communiquer des renseigne-

however, indefensible. The search conducted pursuant to the warrant thus obtained was unreasonable and would bring the administration of justice into disrepute.

For a reassessment to be vacated, the conduct must be a flagrant and egregious violation of the appellant's rights. It must also be shown that the lesser remedy of the exclusion of evidence is inadequate to vindicate the Charter violation, and it should be clear that the evidence illegally obtained was so fundamental to the reassessments that they could not be sustained without it. This type of extreme remedy is reserved only for serious violations where other remedies are insufficient. Therefore, while the four wrongs committed by the officials, viewed cumulatively, were serious, they were not so flagrant and egregious as to support the extreme remedy of vacating these reassessments in light of the minimal importance of the additional evidence obtained by those violations. The appellant acknowledged that certain income had not been reported. Much of the evidence necessary to make out the case had already been legally obtained. The legally obtained evidence may well be sufficient to support the reassessments. Hence, it would not be unfair to force the appellant to go to trial because the Crown has a reasonable chance of proving the case entirely on the basis of the legally obtained evidence.

As to the exclusion of evidence, viewed cumulatively the first three wrongs were insufficient to lead to an order excluding the evidence thereby obtained. To admit that evidence in all the circumstances would not bring the administration of justice into disrepute. The fourth wrong, the illegal search, did yield some new information concerning some \$50,000 of additional unreported income. To allow this improperly obtained evidence to be admitted would bring the administration of justice into disrepute. The Tax Court Judge's decision should be varied to exclude the new evidence related to the \$50,000 payments which was obtained pursuant to the second warrant. The exclusion of this evidence would result in the Minister being unable to show that the taxpayer received the \$50,000 and must result in an amended reassessment to reflect this.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada*

ments importants à la cour est indéfendable. La perquisition effectuée en vertu de ce mandat était clairement abusive et déconsidérerait l'administration de la justice.

Pour que les nouvelles cotisations soient annulées, la conduite doit constituer une violation flagrante et inacceptable des droits de l'appellant. Il doit également être établi que la mesure de redressement plus légère que constitue l'annulation de la preuve n'est pas adéquate quant à la violation de la Charte, et il faut qu'il soit clair que les éléments de preuve obtenus illégalement étaient tellement essentiels aux nouvelles cotisations que celles-ci ne pouvaient pas être maintenues sans eux. Ce type de mesure de redressement extrême est réservé aux cas de graves atteintes aux droits pour lesquels les autres réparations s'avèrent insuffisantes. Par conséquent, même si, pris ensemble, les quatre actes répréhensibles commis par les représentants de la Couronne étaient graves, ils n'étaient pas flagrants et inacceptables au point de justifier la mesure de réparation extrême que constitue l'annulation de ces nouvelles cotisations, compte tenu de l'importance minimale des éléments de preuve additionnels obtenus au moyen de ces violations. L'appellant a reconnu ne pas avoir déclaré certains revenus. La plupart des éléments de preuve nécessaires à l'instance avaient déjà été obtenus légalement. Il se peut que les éléments de preuve obtenus légalement suffisent à étayer les nouvelles cotisations. Il ne serait donc pas injuste envers l'appellant de l'obliger à aller en procès, parce que la Couronne est vraisemblablement capable de prouver entièrement ses prétentions au moyen d'éléments de preuve obtenus légalement.

Pour ce qui est de l'exclusion des éléments de preuve, pris cumulativement, les trois premiers actes répréhensibles sont insuffisants pour justifier la délivrance d'une ordonnance qui écarterait les éléments de preuve ainsi obtenus. Admettre ces éléments de preuve compte tenu de toutes les circonstances ne déconsidérerait pas l'administration de la justice. Quant au quatrième acte répréhensible, soit la perquisition illégale, celle-ci a fourni des renseignements nouveaux concernant quelque 50 000 \$ de revenus additionnels non déclarés. Permettre l'admission de ces éléments de preuve obtenus de façon blâmable déconsidérerait l'administration de la justice. La décision du juge de la Cour canadienne de l'impôt sera donc modifiée de façon à exclure les nouveaux éléments de preuve liés aux paiements d'une somme totale de 50 000 \$, éléments qui ont été obtenus conformément au second mandat. L'annulation de ces éléments de preuve aura pour effet d'empêcher le ministre d'établir que le contribuable a reçu les 50 000 \$ et doit entraîner une nouvelle cotisation modifiée qui tienne compte de ce fait.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe

Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 8, 24(2).

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 163(2) (as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 142), 231.3 (as enacted by S.C. 1986, c. 6, s. 121).

B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 8, 24(2).

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 163(2) (mod. par L.C. 1988, ch. 55, art. 142), 231.3 (édicte par S.C. 1986, ch. 6, art. 121).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. v. Collins, [1987] 1 S.C.R. 265; (1987), 38 D.L.R. (4th) 508; [1987] 3 W.W.R. 699; 13 B.C.L.R. (2d) 1; 33 C.C.C. (3d) 1; 56 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 122; 74 N.R. 276; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; (1990), 68 D.L.R. (4th) 568; 55 C.C.C. (3d) 530; 76 C.R. (3d) 283; 47 C.R.R. 151; [1990] 2 C.T.C. 103; 90 DTC 6243; 106 N.R. 385; 39 O.A.C. 385; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; (1993), 99 D.L.R. (4th) 350; 78 C.C.C. (3d) 510; 18 C.R. (4th) 374; 13 C.R.R. (2d) 65; 1 C.T.C. 111; 93 DTC 5018; 146 N.R. 270.

DISTINGUISHED:

Canada v. O'Neill Motors Ltd., [1998] 4 F.C. 180; (1998), 162 D.L.R. (4th) 248; 98 DTC 6424; 228 N.R. 349 (C.A.); *O'Neill Motors Ltd. v. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2714; (1995), 96 DTC 1486 (T.C.C.).

REFERRED TO:

R. v. Norway Insulation Inc. (1995), 28 O.R. (3d) 432; [1995] 2 C.T.C. 451; 29 C.R.R. (3d) 163; 95 DTC 5328 (Gen. Div.); *R. v. Warawa (A.J.)* (1997), 208 A.R. 81; [1998] 4 W.W.R. 597; 56 Alta. L.R. (3d) 67; 98 DTC 6471 (Q.B.); *R. v. Saplys* (1999), 132 C.C.C. (3d) 515 (Ont. Gen. Div.).

APPEAL from the Tax Court of Canada's dismissal of appeals from assessments for 1986, 1987 and 1988, on the grounds that the cumulative effect of wrongs committed against the appellant was sufficient vacate the reassessments involving income received but not reported, or to exclude evidence pursuant to Charter, subsection 24(2) (*Donovan v. R.*, [1999] 1 C.T.C. 2140; (1998), 98 DTC 2140 (T.C.C.)). Appeal allowed in part.

APPEARANCES:

David R. Oley for appellant.
John W. Smithers for respondents.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

R. c. Collins, [1987] 1 R.C.S. 265; (1987), 38 D.L.R. (4th) 508; [1987] 3 W.W.R. 699; 13 B.C.L.R. (2d) 1; 33 C.C.C. (3d) 1; 56 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 122; 74 N.R. 276; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; (1990), 68 D.L.R. (4th) 568; 55 C.C.C. (3d) 530; 76 C.R. (3d) 283; 47 C.R.R. 151; [1990] 2 C.T.C. 103; 90 DTC 6243; 106 N.R. 385; 39 O.A.C. 385; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; (1993), 99 D.L.R. (4th) 350; 78 C.C.C. (3d) 510; 18 C.R. (4th) 374; 13 C.R.R. (2d) 65; 1 C.T.C. 111; 93 DTC 5018; 146 N.R. 270.

DISTINCTION FAITES D'AVEC:

Canada c. O'Neill Motors Ltd., [1998] 4 C.F. 180; (1998), 162 D.L.R. (4th) 248; 98 DTC 6424; 228 N.R. 349 (C.A.); *O'Neill Motors Ltd. c. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2714; (1995), 96 DTC 1486 (C.C.I.).

DÉCISIONS CITÉES:

R. v. Norway Insulation Inc. (1995), 28 O.R. (3d) 432; [1995] 2 C.T.C. 451; 29 C.R.R. (3d) 163; 95 DTC 5328 (Div. gén.); *R. v. Warawa (A.J.)* (1997), 208 A.R. 81; [1998] 4 W.W.R. 597; 56 Alta. L.R. (3d) 67; 98 DTC 6471 (B.R.); *R. v. Saplys* (1999), 132 C.C.C. (3d) 515 (Div. gén. Ont.).

APPEL d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt qui a rejeté les appels interjetés des cotisations établies pour les années d'imposition 1986, 1987 et 1988 au motif que l'effet cumulatif des actes répréhensibles commis à l'égard de l'appelant constituait un motif suffisant pour annuler les nouvelles cotisations mettant en cause des revenus qui ont été touchés, mais qui n'ont pas été déclarés, ou pour exclure des éléments de preuve en application du paragraphe 24(2) de la Charte (*Donovan c. R.*, [1999] 1 C.T.C. 2140; (1998), 98 DTC 2140 (C.C.I.)). Appel accueilli en partie.

ONT COMPARU:

David R. Oley pour l'appelant.
John W. Smithers pour les intimés.

SOLICITORS OF RECORD:

Mockler, Peters, Oley, Rouse & Williams,
Fredericton, for appellant.

Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] LINDEN J.A.: The main issue in this appeal is whether the unconstitutional conduct of certain government officials in carrying out various searches and seizures of the appellant's premises and records should lead this Court to vacate the tax reassessments at issue on the basis of *O'Neill Motors Ltd. v. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2714 (T.C.C.); affirmed *sub nom. Canada v. O'Neill Motors Ltd.*, [1998] 4 F.C. 180 (C.A.). A secondary issue is whether, if there are insufficient reasons to vacate the reassessments, any evidence obtained in these illegal searches should be excluded pursuant to subsection 24(2) 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]].

[2] This is an appeal from a decision of the Tax Court of Canada [*Donovan v. R.*, [1999] 1 C.T.C. 2140] dismissing appeals from assessments made under the *Income Tax Act*¹ for the taxation years 1986, 1987 and 1988. The Tax Court Judge allowed an appeal from the assessment of penalties for the 1988 taxation years, which finding has not been appealed and thus is not at issue in the case before this Court.

[3] The Tax Court Judge in this case refused to employ either the *O'Neill Motors* remedy or the subsection 24(2) remedy. I agree with her that, on the facts of this case, the remedy of vacating the

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Mockler, Peters, Oley, Rouse & Williams,
Fredericton, pour l'appelant.

Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

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

[1] LE JUGE LINDEN, J.C.A.: La principale question en litige soulevée dans le présent appel est de décider si la conduite inconstitutionnelle de certains fonctionnaires dans l'exécution de diverses perquisitions effectuées dans les locaux de l'appelant et si les dossiers de l'appelant saisis lors de ces perquisitions devraient amener la Cour à annuler les nouvelles cotisations en cause en se fondant sur la décision rendue dans *O'Neill Motors Ltd. c. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2714 (C.C.I.); confirmée par *sub nom. Canada c. O'Neill Motors Ltd.*, [1998] 4 C.F. 180 (C.A.). Il y a une question secondaire quant à savoir si, advenant le cas où il n'y aurait pas de motifs suffisants pour faire annuler les nouvelles cotisations, les éléments de preuve obtenus lors de ces perquisitions illégales devraient être rejetés en application du paragraphe 24(2) 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]].

[2] Il s'agit d'un appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt [*Donovan c. R.*, [1999] 1 C.T.C. 2140] qui a rejeté les appels interjetés à la suite de cotisations faites aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹ concernant les années d'imposition 1986, 1987 et 1988. Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a accueilli un appel portant sur la cotisation établie pour l'année d'imposition 1988 en ce qui concerne l'imposition de pénalités; cette décision n'ayant pas été portée en appel, notre Court n'en est par conséquent pas saisie.

[3] En l'occurrence, le juge de la Cour canadienne de l'impôt a refusé d'appliquer tant le recours prévu dans l'affaire *O'Neill Motors* que celui prévu au paragraphe 24(2). Je partage l'avis du juge selon

reassessments is not merited, and that much of the evidence should not be excluded, but disagree on the issue of the exclusion of certain evidence derived from the second search on July 17, 1990.

[4] There is no need to outline in detail all of the facts of this case; they are well described in the reasons of the Tax Court Judge. I shall focus on the relevant areas of dispute, as highlighted by counsel, that is the circumstances surrounding the alleged searches and seizures. Counsel for the appellant forcefully argued that there were four main “wrongs” committed against the appellant concerning the searches and seizures and that they should be considered cumulatively as sufficient grounds to vacate the reassessments for the years 1986, 1987 and 1988. These reassessments involved certain income which was admittedly received by the taxpayer but not reported. In the alternative, it is argued that the evidence illegally obtained should be excluded.

[5] The first “wrong” complained of was the filing of the appellant’s 1988 tax return by Mr. Gordon MacDonald of the Audit Branch without the appellant’s authorization. Mr. MacDonald had suspected that certain cheques received from Miramichi Pulp and Paper by the appellant were not reported. On September 25, 1989, during an audit conducted at both the appellant’s office and that of Mr. Allen, his accountant, Mr. MacDonald was shown a draft of the appellant’s 1988 tax return by Mr. Allen. The appellant had signed the return in blank earlier and authorized his accountant, Mr. Allen, to complete it and then file it. Mr. Allen had filled the return out in draft and gave it to Mr. MacDonald during the audit. After the audit, Mr. MacDonald took the return back to Revenue Canada’s office in Saint John and filed it, without getting specific authorization from the appellant to do so. Mr. MacDonald, as is required, had received the written authorization of the appellant only to discuss

lequel, eu égard aux faits en cause, le recours qui consisterait à annuler les nouvelles cotisations n’est pas fondé et la plupart des éléments de preuve ne devraient pas être écartés, mais je ne suis pas d’accord sur la question de l’exclusion de certains éléments de preuve obtenus lors de la deuxième perquisition effectuée le 17 juillet 1990.

[4] Il n’y a pas lieu de donner en détail tous les faits de la présente affaire; ils sont bien décrits dans les motifs du juge de la Cour canadienne de l’impôt. Je vais m’en tenir aux éléments contestés qui sont pertinents quant à la présente instance, tel qu’ils ont été présentés dans leurs grandes lignes par les avocats, c’est-à-dire les circonstances entourant les perquisitions et les saisies reprochées. L’avocat de l’appelant a soutenu avec vigueur que quatre «actes répréhensibles» principaux avaient été commis contre l’appelant pour ce qui est des perquisitions et des saisies et qu’on devrait juger que, cumulativement, ils constituent des motifs suffisants pour annuler les nouvelles cotisations établies pour les années 1986, 1987 et 1988. Ces nouvelles cotisations mettaient en cause des revenus que le contribuable a admis avoir touchés, mais qu’il n’a pas déclarés. Subsidiairement, il est soutenu que les éléments de preuve obtenus illégalement devraient être écartés.

[5] Le premier «acte répréhensible» reproché est le fait que M. Gordon MacDonald, de la Direction de la vérification comptable, ait produit la déclaration de revenu de l’appelant pour 1988 sans l’autorisation de celui-ci. M. MacDonald soupçonnait l’appelant d’avoir reçu certains chèques de la Miramichi Pulp and Paper et de ne pas les avoir déclarés. Le 25 septembre 1989, lors d’une vérification comptable effectuée au bureau de l’appelant et au cabinet de M. Allen, son comptable, celui-ci a montré à M. MacDonald une ébauche de la déclaration de revenu de l’appelant pour l’année 1988. L’appelant avait préalablement signé un formulaire de déclaration de revenu non rempli et il avait autorisé son comptable, M. Allen, à le remplir et à le produire pour lui. M. Allen avait rempli le formulaire et l’a remis à M. MacDonald au cours de la vérification comptable. Une fois la vérification terminée, M. MacDonald a apporté la déclaration de revenu au bureau de Revenu Canada à Saint John et l’a

the return with Mr. Allen. Counsel contended that Mr. MacDonald's act of filing the appellant's draft return was a serious matter that should affect the decision to vacate the reassessments.

[6] In my view, however, this series of events cannot be considered to be a serious violation of the appellant's rights. He, after all, is the one who signed the document in blank and entrusted his accountant, Mr. Allen, to fill it in and file it. This is rather a risky way of conducting one's affairs. When Mr. Allen showed the return to Mr. MacDonald and allowed him to take it, one might infer that this was with the accountant's consent to file it, and, therefore, indirectly with the appellant's consent. It is not clear that there was any nefarious scheme at work here. It is only in retrospect that much has been made of this. There is no evidence of any effort undertaken to retrieve the 1988 return that was improperly filed. I do not consider this to be a serious matter; rather, it was simply unwise. In any case, the appellant has received some redress for whatever questionable conduct might have occurred in the filing of the 1988 return. In response to the unusual circumstances under which the return was filed the Tax Court Judge saw fit to vacate the penalties imposed pursuant to subsection 163(2) [as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 142] of the Act with respect to this return. This portion of the Tax Court Judge's decision has not been appealed and thus remains in place.

[7] A second wrong relied on by counsel for the appellant is what he called the "mingling" of the auditing staff and the Special Investigations Unit (SIU), particularly at an audit which took place on November 21 and 22, 1989. On those days, Mr. MacDonald, accompanied by one Terry LeBlanc, a

produite sans avoir préalablement obtenu l'autorisation expresse de l'appelant à cet effet. M. MacDonald, tel qu'il est exigé, n'avait reçu de l'appelant que l'autorisation écrite de discuter de la déclaration de revenu avec M. Allen. L'avocat a soutenu que le fait pour M. MacDonald d'avoir produit l'ébauche de déclaration de revenu de l'appelant constituait une question grave qui devrait influencer sur la décision d'annuler les nouvelles cotisations.

[6] À mon avis, toutefois, on ne peut juger que cette série d'événements constitue une violation grave des droits de l'appelant. Après tout, c'est lui qui a signé le document en blanc et qui a confié à son comptable, M. Allen, le soin de le préparer et de le produire. Il s'agit là d'une dangereuse façon de gérer ses affaires. Compte tenu que M. Allen a montré la déclaration de revenu à M. MacDonald et qu'il lui a permis de l'emporter, on pourrait prétendre que ce dernier avait le consentement du comptable de la produire et, par conséquent, qu'il avait indirectement le consentement de l'appelant. Il n'est pas clair qu'il se soit agi là d'une abominable machination. Ce n'est que par après qu'on en a fait toute une histoire. Rien ne prouve que des efforts aient été faits pour récupérer la déclaration de revenu de 1988 produite de façon irrégulière. Je n'estime pas qu'il s'agissait là d'une question grave; c'était seulement imprudent. Quoiqu'il en soit, l'appelant a obtenu réparation dans une certaine mesure pour la conduite critiquable qui a pu entourer la production de sa déclaration de revenu pour l'année 1988. Étant donné les circonstances inhabituelles dans lesquelles la déclaration de revenu a été produite, le juge de la Cour canadienne de l'impôt a considéré opportun d'annuler les pénalités imposées en vertu du paragraphe 163(2) [mod. par L.C. 1988, ch. 55, art. 142] de la Loi relativement à la déclaration de revenu. Cette partie de la décision du juge de la Cour canadienne de l'impôt n'a pas été portée en appel et continue par conséquent de s'appliquer.

[7] Le deuxième acte répréhensible soulevé par l'avocat de l'appelant porte sur ce qu'il a appelé l'«entremêlement» du personnel chargé d'effectuer la vérification ainsi que de l'Unité des enquêtes spéciales (UES), notamment lors d'une vérification qui s'est déroulée les 21 et 22 novembre 1989. À ces dates,

member of the SIU, met with both the appellant and Mr. Allen. Mr. MacDonald did not inform the appellant nor Mr. Allen that Mr. LeBlanc was a member of the SIU, which was responsible for criminal investigations. It is said that, had they known the SIU was involved, the appellant and Mr. Allen would have consulted a lawyer about their rights at that time. Crown counsel says that no new information of any significance was obtained during these audits and that there really was no “criminal” investigation ongoing at the time. He suggested that the meeting was merely an opportunity to “eyeball” the appellant, to see his reaction to the allegation about the unreported income. It appears, however, that further work was done by SIU without anyone informing the appellant of that fact. The file was transferred to SIU in December 1989. Various communications took place between the appellant and the government without his knowledge that the SIU was conducting an investigation of this case.

[8] This “intermingling” or “overlapping”, as it was called by the Crown, is of concern. Government officials must be careful not to abuse their power to investigate for civil purposes in order to acquire information for use in criminal prosecutions. When that is done the courts have been ready to exclude such tainted evidence in any criminal proceedings based on that evidence. (See *R. v. Norway Insulation Inc.* (1995), 28 O.R. (3d) 432 (Gen. Div.); *R. v. Warawa (A.J.)* (1997), 208 A.R. 81 (Q.B.); *R. v. Sapllys* (1999), 132 C.C.C. (3d) 515 (Ont. Gen. Div.).)

[9] The meaning of subsection 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* has been examined extensively by the Supreme Court of Canada in the context of criminal proceedings. The Supreme Court of Canada articulated the now familiar test for the exclusion of evidence in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. There are two questions which must be asked when considering the exclusion of evidence pursuant to subsection 24(2) of the Charter: (1) was the search unreasonable; and (2) if so, having regard to all the circumstances, would the evidence bring the

M. MacDonald, accompagné par un certain Terry LeBlanc, un membre de l’UES, a rencontré l’appellant et M. Allen. M. MacDonald n’a prévenu ni l’appellant ni M. Allen que M. LeBlanc était membre de l’UES, une unité chargée des enquêtes criminelles. S’ils avaient su que l’UES était mêlée à l’affaire, l’appellant et M. Allen auraient alors, paraît-il, consulté un avocat pour connaître leurs droits. L’avocat de la Couronne dit qu’aucun renseignement nouveau d’importance n’a été obtenu lors de ces vérifications comptables et qu’il n’y avait vraiment pas d’enquête de nature «criminelle» en cours à l’époque. Il a donné à entendre que la réunion était simplement l’occasion de «zieter» l’appellant, de voir sa réaction à l’allégation selon laquelle il aurait omis de déclarer certains revenus. Toutefois, il semble que l’UES aurait effectué d’autres travaux sans que l’appellant en ait été informé. Le dossier a été transféré à l’UES en décembre 1989. Il y a eu diverses communications entre l’appellant et le gouvernement sans que l’appellant sache que l’UES menait une enquête le concernant.

[8] Cet «entremêlement», aux dires de l’avocat de la Couronne, a de quoi inquiéter. Les représentants du gouvernement doivent prendre garde d’abuser de leur pouvoir d’enquêter à des fins civiles dans le but d’obtenir des renseignements qui seront utilisés dans des poursuites criminelles. Dans les cas où cela s’est produit, les cours se sont empressées d’écarter les éléments de preuve entachés d’un tel vice de toute poursuite criminelle fondée sur ces mêmes éléments de preuve. (Voir *R. v. Norway Insulation Inc.* (1995), 28 O.R. (3d) 432 (Div. gén.); *R. v. Warawa (A.J.)* (1997), 208 A.R. 81 (B.R.); *R. v. Sapllys* (1999), 132 C.C.C. (3d) 515 (Div. gén. Ont.).)

[9] Le sens du paragraphe 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* a été examiné longuement par la Cour suprême du Canada dans le cadre de poursuites criminelles. Dans *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, la Cour suprême du Canada a énoncé clairement le critère bien connu qui permet d’écarter des éléments de preuve. Les deux questions à se poser lorsqu’on envisage d’écarter des éléments de preuve en vertu du paragraphe 24(2) de la Charte sont les suivantes: 1) la fouille était-elle abusive; et 2) dans l’affirmative, eu égard à toutes les circonstances,

administration of justice into disrepute? (*Collins, supra*, at pages 276-277). The Supreme Court has determined that “[a] search will be reasonable if it is authorized by law, if the law itself is reasonable and if the manner in which the search was carried out is reasonable” (*Collins*, at page 278). With respect to the second stage of the test the Supreme Court explained that (at pages 283-284):

In determining whether the admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute, the judge is directed by s. 24(2) to consider “all the circumstances”. . . . The factors that the courts have most frequently considered include:

- what kind of evidence was obtained?
- what *Charter* right was infringed?
- was the *Charter* violation serious or was it of a merely technical nature?
- was it deliberate, wilful or flagrant, or was it inadvertent or committed in good faith?
- did it occur in circumstances of urgency or necessity?
- were there other investigatory techniques available?
- would the evidence have been obtained in any event?
- is the offence serious?
- is the evidence essential to substantiate the charge?
- are other remedies available?

[10] In *Collins*, the Supreme Court dealt with the question of the exclusion of evidence in the criminal context. The case at bar raises the issue of whether the discretion of the Court to exclude evidence under subsection 24(2) ought to be exercised as liberally in civil cases as it is in criminal cases. The reasoning of Madam Justice Wilson in *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, offers some guidance on this issue. In considering the reasonableness of a seizure pursuant to a section of the *Income Tax Act*, Wilson J. concluded that it is consistent with a flexible and purposive approach to section 8 of the *Charter* to “draw a distinction between seizures in the criminal or quasi-criminal context to which the full rigours of the *Hunter* criteria will apply, and seizures in the administrative or regulatory context to which a lesser standard

d’utilisation de l’élément de preuve est-elle susceptible de déconsidérer l’administration de la justice (l’arrêt *Collins*, précité, aux pages 276 et 277)? La Cour suprême a statué qu’ «[u]ne fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n’a rien d’abusif et si la fouille n’a pas été effectuée d’une manière abusive» (l’arrêt *Collins*, à la page 278). Pour ce qui est du deuxième volet du critère, la Cour suprême a expliqué (aux pages 283 et 284):

Le paragraphe 24(2) enjoint au juge qui détermine si l’utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice, de tenir compte de «toutes les circonstances». [. . .] Les facteurs les plus souvent retenus par les tribunaux sont les suivants:

- quel genre d’éléments de preuve a été obtenu?
- quel droit conféré par la *Charte* a été violé?
- la violation de la *Charte* était-elle grave ou s’agissait-il d’une simple irrégularité?
- la violation était-elle intentionnelle, volontaire ou flagrante, ou a-t-elle été commise par inadvertance ou de bonne foi?
- la violation a-t-elle eu lieu dans une situation d’urgence ou de nécessité?
- aurait-on pu avoir recours à d’autres méthodes d’enquête?
- les éléments de preuve auraient-ils été obtenus en tout état de cause?
- s’agit-il d’une infraction grave?
- les éléments de preuve recueillis sont-ils essentiels pour fonder l’accusation?
- existe-t-il d’autres recours?

[10] Dans l’arrêt *Collins*, la Cour suprême a traité de la question d’écarter des éléments de preuve en matière criminelle. L’affaire qui nous occupe soulève la question de savoir si le pouvoir discrétionnaire de la Cour d’écarter des éléments de preuve en application du paragraphe 24(2) devrait être exercé aussi libéralement dans les affaires civiles que dans les affaires criminelles. Le raisonnement de M^{me} le juge Wilson dans *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627 nous est utile relativement à cette question. Examinant le caractère raisonnable d’une saisie exécutée en application d’un article de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, le juge Wilson a conclu qu’il est conforme à l’interprétation souple et fondée sur l’objectif visé de l’article 8 de la *Charte* de «faire une distinction entre, d’une part, les saisies en matière

may apply depending upon the legislative scheme under review” (*McKinlay, supra*, at page 647). Such a distinction also seems appropriate in determining whether the admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute.

[11] In this case, what is being urged is that the “cooperation” between the audit branch and SIU in the early stages of the investigation should lead to the vacating of the tax reassessments or to the exclusion of evidence in a civil proceeding, just as it would in a criminal one. I include in the category of a civil proceeding a matter involving a civil penalty to be exacted for a tax law infraction. In my view, the use of tainted evidence in a criminal proceeding is a much more serious matter than in a civil proceeding, so that the discretion of a court might well be exercised more liberally in a criminal case, where the liberty of the subject is in issue. However, such discretion might well be used with more restraint in civil matters, where such liberty is not threatened and what is at stake is simply the duty to pay taxes.

[12] A third wrong, clearly established, is that unconstitutional search warrants were issued on July 10, 1990 under section 231.3 [as enacted by S.C. 1986, c. 6, s. 121] of the *Income Tax Act* authorizing the search and seizure of certain material from the appellant’s home, business premises and accountant’s office, which warrants were executed on July 17, 1990. An action to challenge the constitutional validity of these warrants was launched by the appellant in 1991, and was held in abeyance until the decision of *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416 was released by the Supreme Court of Canada on January 21, 1993. It was held in *Baron* that section 231.3 was unconstitutional, so that the search warrants used in this case

criminelle ou quasi criminelle auxquelles s’appliquent dans toute leur rigueur les critères énoncés dans l’arrêt *Hunter* et, d’autre part, les saisies en matière administrative et de réglementation, auxquelles peuvent s’appliquer des normes moins strictes selon le texte législatif examiné» (l’arrêt *McKinlay*, précité, à la page 647). Une telle distinction semble également indiquée pour juger si le fait d’admettre les éléments de preuve déconsidérerait l’administration de la justice.

[11] En l’occurrence, ce qui est demandé avec insistance c’est que la «coopération» entre la direction de la vérification et l’UES, dans les premières phases de l’enquête, mène à l’annulation des nouvelles cotisations ou à l’exclusion des éléments de preuve dans une poursuite civile de la même façon qu’elle le ferait dans une poursuite criminelle. Je mets dans la catégorie des instances civiles les affaires où il est question d’une pénalité civile à payer relativement à une infraction à une loi fiscale. À mon avis, l’utilisation, dans une poursuite criminelle, d’éléments de preuve entachés de vice constitue une question beaucoup plus grave que s’il s’agissait d’une instance civile de sorte que le pouvoir discrétionnaire d’une cour devrait être exercé beaucoup plus libéralement dans une affaire criminelle, où la liberté de l’intéressé est en cause. Toutefois, un tel pouvoir discrétionnaire pourrait être utilisé avec plus de retenue dans les affaires civiles, où la liberté n’est pas menacée et où l’obligation de payer des impôts constitue le seul enjeu.

[12] Un troisième acte répréhensible, dont l’existence a été clairement établie, tient à ce que des mandats de perquisition inconstitutionnels ont été décernés le 10 juillet 1990 en vertu de l’article 231.3 [édicte par S.C. 1986, ch. 6, art. 121] de la *Loi de l’impôt sur le revenu* autorisant la perquisition du domicile de l’appelant, de son entreprise et du cabinet de son comptable et la saisie de certains documents; ces mandats ont été exécutés le 17 juillet 1990. Une action mettant en doute la validité constitutionnelle de ces mandats a été intentée par l’appelant en 1991 et est restée en suspens jusqu’à ce que la Cour suprême du Canada fasse connaître sa décision, le 21 janvier 1993, dans l’affaire *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416.

were clearly invalid. Negotiations then ensued to obtain the return of the seized material.

[13] This third wrong was substantial. An unconstitutional search is something serious. In this case, given the Supreme Court's decision in *Baron*, this search was not authorized by law owing to the unconstitutionality of the section and thus was unreasonable. The remaining question with respect to this search is whether the admission of evidence obtained as a result of the search would bring the administration of justice into disrepute. I agree with the Tax Court Judge in her analysis of the factors and that this was non-conscriptive evidence. The search was not done in bad faith, the officials not being aware that the warrants they obtained and executed were secured under a statutory provision that was unconstitutional. It is hard to imagine, if this were all that happened in this case, that the admission of this evidence would bring the administration of justice into disrepute, at least in a civil case such as this.

[14] The fourth alleged wrong is, in my view, the most significant, and requires some remedy. Following the Supreme Court's decision in *Baron*, the Crown officials agreed to return the illegally seized documents to the law office of Mockler, Allen & Dixon, the appellant's then lawyers. Instead of doing this, the officials concocted a scheme whereby they would not really return the documents but would hand them over temporarily and then re seize them immediately pursuant to a new legal warrant. On January 26, 1993, the documents were taken by the officials, not to the lawyer's office, as agreed, but to the garage where the appellant had conducted its business, but no longer did, and to the accountant's office. At the same time, on January 26, 1993, new warrants were sought

Il a été décidé, dans *Baron*, que l'article 231.3 était inconstitutionnel, ce qui fait que les mandats de perquisition utilisés dans la présente affaire étaient indiscutablement nuls. Des négociations ont suivi en vue de la restitution des documents saisis.

[13] Ce troisième acte répréhensible était grave. Une perquisition inconstitutionnelle est quelque chose de sérieux. En l'occurrence, étant donné l'arrêt de la Cour suprême dans *Baron*, cette perquisition n'était pas autorisée par la loi en raison de l'inconstitutionnalité de l'article et était, par conséquent, abusive. La question qui reste à trancher relativement à la perquisition est de savoir si le fait d'admettre en preuve les éléments de preuve obtenus au moyen de la perquisition aurait pour effet de déconsidérer l'administration de la justice. Je suis d'accord avec les propos du juge de la Cour canadienne de l'impôt énoncés dans son analyse des facteurs ainsi qu'avec sa conclusion que les éléments de preuve en cause n'avaient pas été obtenus en mobilisant l'intéressé contre lui-même. La perquisition n'a pas été faite de mauvaise foi: les représentants du gouvernement n'étaient simplement pas au courant que les mandats qu'ils avaient obtenus et exécutés leur avaient été décernés en vertu d'une disposition législative inconstitutionnelle. Il est difficile de s'imaginer, s'il s'agissait là de tout ce qui s'est passé dans la présente affaire, que le fait d'admettre ces éléments de preuve déconsidérerait l'administration de la justice, à tout le moins dans une affaire civile comme celle-ci.

[14] Le quatrième acte répréhensible est, à mon sens, le plus grave, et exige une réparation quelconque. Suite à l'arrêt de la Cour suprême dans *Baron*, les représentants de la Couronne ont accepté de restituer les documents saisis illégalement au cabinet de Mockler, Allen & Dixon, les avocats de l'appellant à l'époque. Au lieu de procéder à la restitution de la façon prévue, les représentants ont élaboré un stratagème par lequel ils ne restitueraient pas vraiment les documents, mais les remettraient provisoirement pour immédiatement les saisir de nouveau aux termes d'un nouveau mandat conforme à la loi. Le 26 janvier 1993, les représentants ont apporté les documents non pas au bureau de l'avocat, tel qu'il avait été convenu, mais au garage où l'appellant exploitait anciennement

without fully informing the Court that the appellant had earlier sued for the return of the documents, that Revenue Canada had tried to obtain a further warrant on May 18, 1991 without success, and that the officials had agreed to return the documents in question to the law firm. The new warrants were granted, based on this incomplete information and the material, which was supposed to be returned, was resealed.

[15] This latter conduct is reprehensible as well as illegal. The warrants were rightly quashed, upon motions, on November 29, 1993. The conduct of the officials on this occasion, particularly the violation of the agreement with the law firm and the withholding of key information from the Court issuing the warrants, was indefensible. Employing the *Collins* analysis, the search conducted pursuant to this warrant was, in my view, clearly unreasonable and would bring the administration of justice into disrepute. Some remedy should be awarded to signify that this type of conduct cannot be tolerated.

THE REMEDY

[16] While the facts in *O'Neill Motors* resemble those in the current case, they are different in important respects. In both cases an initial seizure was made pursuant to the unconstitutional section 231.3 of the *Income Tax Act*. In both cases, officials got a second warrant, without giving full information to the Court, and resealed the documents. There the similarity ends.

[17] The first significant difference between *O'Neill Motors* and the case at bar concerns the initial search conducted pursuant to the warrant obtained under section 231.3. The evidence obtained through this initial search was excluded in *O'Neill Motors*. But that

son entreprise ainsi qu'au cabinet du comptable. En même temps, le 26 janvier 1993, ils demandaient à la Cour de décerner de nouveaux mandats sans bien informer celle-ci du fait que l'appelant avait dans le passé intenté une action pour la restitution des documents, que Revenu Canada avait tenté en vain d'obtenir un autre mandat le 18 mai 1991, et que les représentants avaient accepté de restituer les documents au cabinet d'avocats. Les nouveaux mandats ont été décernés sur la foi des renseignements incomplets et les documents qui devaient être restitués ont été saisis de nouveau.

[15] Cette dernière conduite est non seulement répréhensible, mais aussi illégale. Les mandats ont été annulés à juste titre, sur requêtes, le 29 novembre 1993. La conduite des représentants du gouvernement en cette occasion, notamment la violation de l'entente avec le cabinet d'avocats et l'omission de communiquer des renseignements importants à la Cour qui a décerné les mandats, est indéfendable. Pour reprendre l'analyse faite dans l'arrêt *Collins*, la perquisition effectuée en vertu de ce mandat était, à mon avis, clairement abusive et déconsidérerait l'administration de la justice. Une réparation quelconque devrait être accordée pour montrer que ce type de conduite ne peut être toléré.

LA RÉPARATION

[16] Bien que les faits de l'arrêt *O'Neill Motors* ressemblent à ceux de la présente affaire, ils diffèrent sur des points importants. Dans les deux cas, la première saisie a été effectuée en vertu de l'article 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* jugé inconstitutionnel. Dans les deux cas, les représentants du gouvernement ont obtenu un second mandat sans avoir fourni tous les renseignements à la Cour et ils ont saisi de nouveau les documents. La similitude s'arrête là.

[17] La première différence importante entre l'arrêt *O'Neill Motors* et l'affaire qui nous occupe se rapporte à la première perquisition effectuée sous l'autorité du mandat obtenu en vertu de l'article 231.3. Les éléments de preuve obtenus grâce à la première

decision to exclude was based on the Tax Court Judge's finding that the conduct of officials of the Department of National Revenue had been "flagrant and egregious." We have found no such conduct with respect to the first search in this case, so that the evidence so obtained should not be declared inadmissible.

[18] The second important distinguishing feature of *O'Neill Motors* is that in that case the exclusion of the tainted evidence would have been tantamount to vacating the assessments, because there was nothing left upon which to base the case. That was so because the reassessments in *O'Neill Motors* were issued beyond the normal reassessment period and, as a result, the onus shifted to the Crown to show fraud or negligence on the part of the taxpayer to permit the reassessments. In this case, the reassessments were done in a timely fashion and the tainted evidence is not required to overcome any procedural bar. Further, much of the material and information obtained through the various activities complained about in this case had already been secured legally. From the start, it was acknowledged by the appellant that certain income had not been reported. Hence, unlike the *O'Neill Motors* case, where it would have been "most unlikely" that the Minister would have been able to discharge the onus resting on him and where it would have been wrong to "put the taxpayer through the trouble of proceeding to the Tax Court to see whether the Minister would be able to discharge the onus" (*O'Neill Motors*, F.C.A., *supra*, at page 187), in this case much of the evidence necessary to make out the case had already been legally obtained. Contrary to the situation in *O'Neill Motors*, it is not clear in this case that, without the tainted evidence, the reassessments would not be upheld at trial.

perquisition ont été écartés dans l'arrêt *O'Neill Motors*. Mais la décision d'écarter ces éléments de preuve était fondée sur la conclusion du juge de la Cour canadienne de l'impôt selon laquelle la conduite des fonctionnaires du ministère du Revenu national constituait une infraction «flagrante et inacceptable». Nous n'avons pas trouvé de conduite semblable relativement à la première perquisition dans la présente affaire, ce qui fait que les éléments de preuve ainsi obtenus ne devraient pas être jugés inadmissibles.

[18] Le deuxième trait particulier important qui distingue l'arrêt *O'Neill Motors* de la présente affaire est le fait que dans cet arrêt, l'exclusion des éléments de preuve entachés de vice aurait équivalu à l'annulation des cotisations parce qu'il ne restait rien sur quoi fonder l'instance. Cela tient au fait que les nouvelles cotisations dans *O'Neill Motors* ont été émises au-delà du délai imparti normalement pour l'émission de nouvelles cotisations, ce qui a eu pour effet de faire passer à la Couronne le fardeau de prouver la fraude ou la négligence de la part du contribuable pour pouvoir émettre les nouvelles cotisations. Dans la présente affaire, les nouvelles cotisations ont été émises en temps opportun et les éléments de preuve entachés de vice ne sont pas nécessaires à l'élimination d'un empêchement procédural quelconque. De plus, une bonne partie des documents et des renseignements obtenus grâce aux diverses activités contestées dans la présente instance avaient déjà été recueillis légalement. Depuis le début, l'appelant a reconnu ne pas avoir déclaré certains revenus. Par conséquent, alors que dans l'arrêt *O'Neill Motors*, il aurait été «des plus improbables» que le ministre réussisse à s'acquitter du fardeau de la preuve qui lui incombait et où il aurait été répréhensible d'«obliger le contribuable à se donner le mal de procéder devant la Cour canadienne de l'impôt pour voir si le ministère serait capable de s'acquitter du fardeau» (l'arrêt *O'Neill Motors*, C.A.F. précité, à la page 187), dans la présente affaire, la plupart des éléments de preuve nécessaires à l'instance avaient déjà été obtenus légalement. Contrairement à l'arrêt *O'Neill Motors*, il n'est pas clair dans l'affaire qui nous occupe que, sans les éléments de preuve entachés de vice, les nouvelles cotisations ne seraient pas maintenues à l'instruction.

[19] It was made clear in *O'Neill Motors* that vacating a reassessment, though a possible remedy in certain circumstances, was not an automatic one. The conduct must be “a flagrant and egregious violation of the appellant’s rights” (see *Collins, supra*). Moreover, at least in the civil context, *O'Neill Motors* suggests that a further remedy will be appropriate only when limiting the remedy to the mere exclusion of evidence would “render nugatory the very rights that the Charter guarantees” (*O'Neill Motors, T.C.C., supra*, at page 2728). In other words, before a reassessment can be vacated, it must be shown that the lesser remedy of the exclusion of evidence was inadequate to vindicate the Charter violation. In addition, for it to be “appropriate and just” to vacate a reassessment, it should be clear that the evidence illegally obtained was so “fundamental” to the reassessments that they could not be sustained without it (*O'Neill Motors, T.C.C., supra*, at pages 2728-2729). In short, this type of “extreme remedy”, as I wrote in *O'Neill Motors*, is reserved only for “serious violations where other remedies are insufficient” (*O'Neill Motors, F.C.A., supra*, at page 190).

[20] Therefore, while the four wrongs committed by the officials in this case, viewed cumulatively, were serious, I am of the view that they were not so “flagrant and egregious” as to support the extreme remedy of vacating these reassessments in light of the minimal importance of the additional evidence obtained by those violations. In this case, the legally obtained evidence may well be sufficient to support the reassessments. Hence, in this case it would not be unfair to the appellant to force him to go to trial because the Crown has a reasonable chance of proving the case entirely on the basis of the legally obtained evidence.

[19] Il a clairement été établi dans *O'Neill Motors* que l'annulation des cotisations, bien s'il s'agisse là d'une mesure de redressement possible dans certaines circonstances, ne doit pas être accordée automatiquement. La conduite doit constituer «une violation flagrante et inacceptable des droits de l'appelant» (voir l'arrêt *Collins*, précité). De plus, au moins en matière civile, l'arrêt *O'Neill Motors* donne à entendre qu'une plus ample réparation ne serait appropriée que dans les cas où restreindre la réparation à l'exclusion des éléments de preuve «aurait pour effet [. . .] d'annuler les droits mêmes que la Charte garantit» (l'arrêt *O'Neill Motors, C.C.I.* précité, à la page 2728). Autrement dit, avant qu'une nouvelle cotisation puisse être annulée, on doit avoir établi que la mesure de redressement plus légère que constitue l'annulation de la preuve n'est pas adéquate quant à la violation de la Charte. En outre, pour qu'il soit «convenable et juste» d'annuler une nouvelle cotisation, il faut qu'il soit clair que les éléments de preuve obtenus illégalement étaient tellement «essentiels» aux nouvelles cotisations que celles-ci ne pouvaient pas être maintenues sans eux (la décision *O'Neill Motors, C.C.I.*, précitée, aux pages 2728 et 2729). Bref, ce type de «mesure de redressement extrême», ainsi que je l'ai écrit dans l'arrêt *O'Neill Motors*, est réservé «aux cas de graves atteintes aux droits pour lesquels les autres réparations s'avèrent insuffisantes» (l'arrêt *O'Neill Motors, C.A.F.*, précité, à la page 190).

[20] Par conséquent, même si les quatre actes répréhensibles commis par les représentants de la Couronne dans la présente affaire étaient graves, pris ensemble, je suis d'avis qu'ils n'étaient pas «flagrants et inacceptables» au point de justifier la mesure de réparation extrême que constitue l'annulation de ces nouvelles cotisations compte tenu de l'importance minimale des éléments de preuve additionnels obtenus au moyen de ces violations. En l'occurrence, il se peut que les éléments de preuve obtenus légalement suffisent à étayer les nouvelles cotisations. Dans la présente affaire, il ne serait donc pas injuste envers l'appelant de l'obliger à aller en procès, parce que la Couronne est vraisemblablement capable de prouver entièrement ses prétentions au moyen d'éléments de preuve obtenus légalement.

[21] As for the exclusion of evidence remedy, I am of the view that, viewed cumulatively, the first three “wrongs” are insufficient to lead to an order excluding the evidence thereby obtained. As decided by the Tax Court Judge, to admit that evidence in all the circumstances would not bring the administration of justice into disrepute. I cannot disagree with her finding that there were “no factors that would prevent the admission of the evidence for ensuring a fair civil trial. Therefore, the evidence gathered from the search and seizure pursuant to paragraph 231.3(1) of the *Act* that was found to be unconstitutional because it violated section 8 of the *Charter* is admissible” (*Donovan, supra*, at page 2159).

[22] As for the fourth wrong, the improper events which took place on January 26, 1993 should not go without a remedy. That illegal search did yield some new information concerning some \$50,000 of additional unreported income, that is, cheques in the amounts of \$28,000 and \$22,000. To allow this improperly obtained evidence to be admitted would, in my view, bring the administration of justice into disrepute. Hence, the decision of the Tax Court Judge will be varied to exclude the new evidence related to the \$50,000 payments which was obtained on January 26, 1993 pursuant to the second warrant. The exclusion of this evidence, it is agreed, would result in the Minister being unable to show that the taxpayer received the \$50,000 and must result in an amended reassessment to reflect this.

[23] Both counsel have agreed in writing (see letter of May 10, 2000, filed with this Court), that certain adjustments dealing mainly with allowable deductions, must be made to the reassessments for the 1987 and 1988 taxation years. Apparently, these items were overlooked by the Tax Court Judge. Accordingly, the judgment of the Tax Court must be varied to reflect this agreement and oversight.

[21] Pour ce qui est de la réparation que constituerait l'exclusion des éléments de preuve, je suis d'avis que, pris cumulativement, les trois premiers «actes répréhensibles» sont insuffisants pour justifier la délivrance d'une ordonnance qui écarterait les éléments de preuve ainsi obtenus. Comme l'a décidé le juge de la Cour canadienne de l'impôt, admettre ces éléments de preuve compte tenu de toutes les circonstances ne déconsidérerait pas l'administration de la justice. Je ne peux être en désaccord avec sa conclusion selon laquelle il n'y a «aucun facteur nous empêchant d'utiliser la preuve afin d'assurer un procès équitable au civil. Par conséquent, les éléments de preuve recueillis lors de la perquisition et de la saisie conformément au paragraphe 231.3(1) de la *Loi*, qui a été jugé inconstitutionnel parce qu'il violait l'article 8 de la *Charte*, sont admissibles» (*Donovan*, précité, à la page 2159).

[22] Quant au quatrième acte répréhensible, les événements blâmables qui se sont déroulés le 26 janvier 1993 ne devraient pas rester sans recours. Cette perquisition illégale a fourni des renseignements nouveaux concernant quelque 50 000 \$ de revenus additionnels non déclarés, à savoir des chèques aux montants respectifs de 28 000 \$ et 22 000 \$. Permettre l'admission de ces éléments de preuve obtenus de façon blâmable déconsidérerait, à mon avis, l'administration de la justice. La décision du juge de la Cour canadienne de l'impôt sera donc modifiée de façon à exclure les nouveaux éléments de preuve liés aux paiements d'une somme totale de 50 000 \$ et obtenus le 26 janvier 1993 conformément au second mandat. L'annulation de ces éléments de preuve, cela a été convenu, aura pour effet d'empêcher le ministre d'établir que le contribuable a reçu les 50 000 \$ et doit entraîner une nouvelle cotisation modifiée qui tienne compte de ce fait.

[23] Les deux avocats ont consenti par écrit (voir la lettre en date du 10 mai 2000 déposée devant notre Cour) à ce que certains ajustements portant essentiellement sur des montants déductibles soient effectués relativement aux nouvelles cotisations pour les années d'imposition 1987 et 1988. Il semblerait que le juge de la Cour canadienne de l'impôt ait oublié de traiter ces points. Le jugement de la Cour canadienne de

[24] The appeal should be allowed in part. The judgment of the Tax Court dated October 15, 1998 should be varied as follows: (1) the appeals from the reassessments should be allowed to the extent that the income of the appellant is to be reduced by the two payments totalling \$50,000; and (2) the appeals from the reassessments should be allowed to the extent that they reflect the adjustments agreed to by the parties. Success being divided, there should be no order as to costs.

RICHARD C.J.: I agree.

ROBERTSON J.A.: I agree.

¹ S.C. 1970-71-72, c. 63.

l'impôt est modifié pour qu'il soit tenu compte de ce consentement et de cet oubli.

[24] Je suis d'avis d'accueillir le présent appel en partie. Le jugement de la Cour canadienne de l'impôt en date du 15 octobre 1998 est modifié de la façon suivante: 1) les appels interjetés en raison des nouvelles cotisations sont accueillis dans la mesure où le revenu de l'appelant se trouve réduit par les deux paiements d'une somme totale de 50 000 \$; et 2) les appels interjetés en raison des nouvelles cotisations sont accueillis dans la mesure où ils représentent les ajustements agréés par les parties. Étant donné que le succès est partagé, les dépens ne sont pas adjugés.

LE JUGE EN CHEF RICHARD: Je souscris aux présents motifs.

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

¹ S.C. 1970-71-72, ch. 63.

A-294-99

A-294-99

San Tong Chan (*Appellant*)**San Tong Chan** (*appelant*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**
(*intimé*)*INDEXED AS: CHAN v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (C.A.)**RÉPERTORIÉ: CHAN c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)*Court of Appeal, Isaac, Robertson and Sharlow JJ.A.
—Vancouver, June 15; Ottawa, July 24, 2000.Cour d'appel, juges Isaac, Robertson et Sharlow,
J.C.A.—Vancouver, 15 juin; Ottawa, 24 juillet 2000.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Appellant denied refugee status by virtue of Convention, Art. 1F(b) — Convention, Art. 1F(b) not applicable to refugee claimant who has been convicted of crime committed outside Canada and has served sentence prior to coming here — Persons such as appellant entitled to have refugee claim heard unless declared danger to Canadian public.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — La demande de statut de réfugié de l'appellant a été refusée en application de l'art. 1Fb) de la Convention — L'art. 1Fb) de la Convention ne s'applique pas aux revendicateurs du statut de réfugié qui ont été déclarés coupables d'avoir commis un crime à l'étranger et ont purgé leur peine avant de venir au Canada — Les personnes se trouvant dans la situation de l'appellant ont le droit de revendiquer le statut de réfugié, à moins qu'on déclare qu'elles constituent un danger pour le public au Canada.

In 1992, while he was illegally in the United States, the appellant was convicted of the offence of illegal use of a communication device, an offence defined in connection with offences related to drug trafficking. He was sentenced to 14 months imprisonment, with credit for time served, and a probationary period of 3 years. He was deported to China, his country of origin. In 1996, he came to Canada and claimed refugee status. The CRDD denied his claim by virtue of Article 1F(b) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* on the basis that he had committed a serious non-political crime outside the country of refuge. This was an appeal from the Motions Judge's decision upholding that decision.

En 1992, alors qu'il résidait illégalement aux États-Unis, l'appellant a été déclaré coupable d'avoir illégalement utilisé un dispositif de communication, une infraction liée à des infractions relatives au trafic de stupéfiants. Il a été condamné à 14 mois d'emprisonnement, la période passée en détention étant prise en considération, et à une période de probation de trois ans. Il a été expulsé vers son pays d'origine, soit la Chine. En 1996, il est arrivé au Canada, où il a revendiqué le statut de réfugié. La SSR a rejeté sa demande en application de la section Fb) de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* au motif qu'il avait commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil. Il s'agit en l'espèce d'un appel de la décision du juge des requêtes qui a maintenu cette décision.

Held, the appeal should be allowed.

Arrêt: l'appel est accueilli.

Article 1F(b) is not applicable to a refugee claimant who has been convicted of a crime committed outside Canada and has served his sentence prior to coming here.

La section Fb) de l'article premier ne s'applique pas aux revendicateurs du statut de réfugié qui ont été déclarés coupables d'avoir commis un crime à l'étranger et ont purgé leur peine avant de venir au Canada.

In *obiter* comments in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, Bastarache J., writing for the majority, stated that Article 1F(b) of the Convention was generally meant to prevent ordinary criminals extraditable by treaty from seeking refugee status. Professor Hathaway

Le juge Bastarache (s'exprimant au nom des juges majoritaires) a fait des remarques incidentes dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, déclarant que la section Fb) de l'article premier de la Convention est généralement censée empêcher

in *The Law of Refugee Status* and La Forest J. in *Canada (Attorney General) v. Ward*, were of the same opinion.

Any other interpretation is in conflict with the statutory scheme set out in the *Immigration Act* (sections 19, 46 and 53 already provide an avenue for dealing with persons, such as the appellant, who have been convicted of a serious offence prior to coming to Canada). Specifically, to construe Article 1F(b) so that it captures a person in the appellant's situation creates a direct conflict with subparagraph 46.01(1)(e)(i) of the Act by eliminating the need for the Minister to issue a danger opinion. A person such as the appellant is entitled to have his refugee claim heard unless the Minister declares him to be a danger to the Canadian public. Moreover, even those who have obtained refugee status without disclosing a prior conviction are entitled to remain in Canada until such time as the Minister issues a danger opinion.

The broad interpretation that the Minister seeks to place on Article 1F(b) has the effect of removing this safeguard which is premised on the reality that a person may have a valid refugee claim even though having a criminal record in another jurisdiction. If one were to accept the Minister's interpretation of Article 1 F(b), a prior conviction for a serious non-political offence would operate to automatically deny that person's right to a refugee hearing, regardless of his attempts at rehabilitation and whether or not he constitutes a danger to the Canadian public. It would have been preferable if the CRDD had dealt with the merits of the appellant's refugee claim on an alternative basis: *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Food and Drugs Act*, 21 U.S.C. § 843(b) (1988).
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1), 19 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 3; S.C. 1992, c. 49, s. 11; 1995, c. 15, s. 2; 1996, c. 19, s. 83), 46 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 35), 46.01(1)(e)(i) (as am. *idem*, s. 36; 1995, c. 15, s. 9), 53 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 17; S.C. 1992, c. 49, s. 43; 1995, c. 15, s. 12).
United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(b),(c).

que des criminels de droit commun susceptibles d'extradition en vertu d'un traité puissent revendiquer le statut de réfugié. Le professeur Hathaway, dans son ouvrage *The Law of Refugee Status*, et le juge La Forest, dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*, étaient du même avis.

Toute autre interprétation irait à l'encontre du régime législatif qu'établit la *Loi sur l'immigration* (les articles 19, 46 et 53 fournissent déjà un moyen de traiter les personnes qui, comme l'appellant, ont été déclarées coupables d'une infraction grave avant de venir au Canada). En particulier, interpréter la section Fb) de l'article premier de sorte qu'elle vise une personne se trouvant dans la situation de l'appellant va carrément à l'encontre du sous-alinéa 46.01(1)e)(i) de la Loi en éliminant le besoin que le ministre émette un avis de danger. Les personnes se trouvant dans la situation de l'appellant ont le droit de revendiquer le statut de réfugié, à moins que le ministre déclare qu'elles constituent un danger pour le public au Canada. En outre, même la personne qui a obtenu ce statut sans divulguer le fait qu'elle avait déjà été déclarée coupable d'une infraction criminelle a le droit de demeurer au Canada jusqu'à ce que le ministre se dise d'avis qu'elle constitue un danger.

L'interprétation large que le ministre souhaite donner à la section Fb) de l'article premier a pour effet de retirer cette protection, qui se fonde sur la réalité selon laquelle il se peut que la revendication du statut de réfugié de la personne soit valable, même si cette dernière a un casier judiciaire dans un autre ressort. Cette interprétation de la section Fb) de l'article premier que propose le ministre ferait en sorte que la personne qui a déjà été déclarée coupable d'avoir commis un crime grave de droit commun serait automatiquement privée de son droit de revendiquer le statut de réfugié, quand bien même elle aurait tenté de se réadapter, et peu importe qu'elle constitue ou non un danger pour le public au Canada. Il aurait été préférable que la SSR statue sur le bien-fondé de la revendication du statut de réfugié de l'appellant de façon subsidiaire: *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1Fb),c).
Food and Drugs Act, 21 U.S.C. § 843(b) (1988).
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1), 19 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 3; L.C. 1992, ch. 49, art. 11; 1995, ch. 15, art. 2; 1996, ch. 19, art. 83), 46 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 35), 46.01(1)e)(i) (mod., *idem*, art. 36; 1995, ch. 15, art. 9), 53 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 17; L.C. 1992, ch. 49, art. 43; 1995, ch. 15, art. 12).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; amended reasons [1998] 1 S.C.R. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689; (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; 20 Imm. L.R. (2d) 85; 153 N.R. 321.

REFERRED TO:

Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1994] 1 F.C. 298; (1993), 107 D.L.R. (4th) 424; 21 Imm. L.R. (2d) 221; 159 N.R. 210 (C.A.).

AUTHORS CITED

Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*. Toronto: Butterworths, 1991.

APPEAL from a Trial Division decision (*Chan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*) (1999), 166 F.T.R. 271; 49 Imm. L.R. (2d) 11) upholding the Convention Refugee Determination Division decision finding the appellant not to be a Convention refugee by virtue of Article 1F(b) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Alexandar Stojicevic for appellant.
Helen C. H. Park for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

McCrea & Associates, Vancouver, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] ROBERTSON J.A.: The appellant was illegally residing in the United States when arrested in San Francisco following a “sting” operation in which a

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1998] 1 R.C.S. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; modification aux motifs [1998] 1 R.C.S. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; 20 Imm. L.R. (2d) 85; 153 N.R. 321.

DÉCISION CITÉE:

Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1994] 1 C.F. 298; (1993), 107 D.L.R. (4th) 424; 21 Imm. L.R. (2d) 221; 159 N.R. 210 (C.A.).

DOCTRINE

Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*. Toronto: Butterworths, 1991.

APPEL d'une décision de la Section de première instance (*Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*) (1999), 166 F.T.R. 271; 49 Imm. L.R. (2d) 11) qui a maintenu la décision de la section du statut de réfugié, laquelle a statué que l'appelant n'était pas un réfugié au sens de la Convention aux termes de la section Fb) de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*. Appel accueilli.

ONT COMPARU:

Alexandar Stojicevic pour l'appellant.
Helen C. H. Park pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

McCrea & Associates, Vancouver, pour l'appellant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: L'appelant résidait illégalement aux États-Unis lorsqu'il a été arrêté à San Francisco par suite d'une opération d'infiltration qui

substantial quantity of heroin was sold to undercover agents. Pursuant to a plea bargain, the appellant pleaded guilty and was convicted in 1992 of the offence of illegal use of a communication device (a pager), contrary to the *Food and Drugs Act*, 21 U.S.C. section 843(b) (1988) an offence defined in connection with offences related to drug trafficking. Under the terms of the plea bargain, the appellant was sentenced to 14 months imprisonment, with credit for time served, and a probationary period of three years. The appellant also agreed to deportation to his country of origin, China, following his release. The appellant was deported to China. In 1996, he arrived in Canada and claimed refugee status. It is that claim that gives rise to these proceedings.

[2] On May 27, 1998, the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board (the Board) found the appellant not to be a Convention refugee by virtue of Article 1F(b) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* [July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6]. That Article has been adopted as part of our domestic law under section 2 of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1)] which excludes from the definition of refugee those who fall within Article 1F(b). The latter states that the provisions of the Convention do not apply to a person who “has committed a serious non-political crime outside the country of refuge”:

ARTICLE I

Definition of the Term “Refugee”

...

F. The provisions of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that:

...

(b) he has committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee;

a donné lieu à la vente d’une quantité importante d’héroïne à des agents banalisés. Aux termes d’une transaction pénale, l’appelant a plaidé coupable et il a été condamné à 14 mois d’emprisonnement, en 1992, pour avoir illégalement utilisé un dispositif de communication (un téléavertisseur), une infraction prévue à l’article 843b) du *Food and Drugs Act*, 21 U.S.C. (1998), qui est liée à des infractions relatives au trafic de stupéfiants. En vertu de la transaction, la période pendant laquelle l’appelant avait déjà été détenu était prise en considération, et une période de probation de trois ans lui était imposée. L’appelant a également accepté d’être expulsé vers son pays d’origine, soit la Chine, après sa libération. L’appelant a éventuellement été expulsé vers ce pays. En 1996, il est arrivé au Canada, où il a revendiqué le statut de réfugié. La présente instance fait suite à cette revendication.

[2] Le 27 mai 1998, la section du statut de réfugié de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (la Commission) a conclu que l’appelant n’était pas un réfugié au sens de la Convention, en application de la section Fb) de l’article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6]. Cet article fait partie de notre droit interne en vertu de l’article 2 de la *Loi sur l’immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1)], qui exclut de la définition de réfugié les individus visés par la section Fb) de l’article premier. La section Fb) prévoit que les dispositions de la Convention ne sont pas applicables aux personnes qui «ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d’accueil»:

ARTICLE PREMIER

Définition du Terme «Réfugié»

[. . .]

F. Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser:

[. . .]

b) qu’elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d’accueil avant d’y être admises comme réfugiés;

[3] Having regard to the circumstances surrounding the appellant's conviction in the United States, the Board invoked the exclusion clause, thereby denying him the right to have his refugee claim determined on its merits. In short, the Board rejected the appellant's argument that in assessing the seriousness of a non-political crime regard must be had to the offence for which the refugee claimant was convicted and not that with which he could have been charged and convicted. The Board's decision was upheld by the Motions Judge [(1999), 166 F.T.R. 271 (F.C.T.D.)] who also rejected the appellant's alternative argument that Article 1F(b) does not apply in cases where the refugee claimant had been convicted of an offence committed outside the country of refuge and served his or her sentence prior to coming to Canada. The appellant argued that the purpose of that Article is limited to preventing ordinary criminals, who would otherwise be subject to extradition, from seeking refugee status in order to subvert that judicial process. It necessarily follows that persons who have been convicted of an offence and served their sentence have no need to subvert the extradition process. For this reason, the appellant argued, albeit unsuccessfully, that Article 1F(b) could not be invoked as a ground for refusing to hear the appellant's refugee claim.

[4] In my respectful view, the appeal must be allowed. Assuming without deciding that the appellant's conviction qualifies as a serious non-political crime, it is clear to me that Article 1F(b) cannot be invoked in cases where a refugee claimant has been convicted of a crime and served his or her sentence outside Canada prior to his or her arrival in this country. I rest this conclusion on two grounds. First, *obiter* comments of Justice Bastarache in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982 (writing for the majority) and Justice La Forest in *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, fully support this interpretation of Article 1F(b), as do the writings of academic commentators. Second, any other interpretation is in conflict with the statutory scheme set

[3] Vu les circonstances de la déclaration de culpabilité dont l'appelant a fait l'objet aux États-Unis, la Commission a invoqué la disposition d'exclusion, privant ainsi ce dernier du droit de revendiquer le statut de réfugié. En bref, la Commission a rejeté l'argument de l'appelant selon lequel on doit, en appréciant la gravité d'un crime de droit commun, tenir compte de l'infraction que le revendicateur du statut de réfugié a été déclaré coupable d'avoir commise, et non d'une quelconque infraction qu'il aurait pu avoir été accusé d'avoir commise et pour laquelle il aurait pu avoir été déclaré coupable. Le juge des requêtes [(1999), 166 F.T.R. 271 (C.F. 1^{re} inst.)] a maintenu la décision de la Commission et rejeté l'argument subsidiaire de l'appelant selon lequel la section *Fb*) de l'article premier ne s'applique pas dans les cas où le revendicateur a été déclaré coupable d'une infraction en dehors du pays d'accueil et a purgé sa peine avant de venir au Canada. L'appelant a fait valoir que cette section vise seulement à empêcher des criminels ordinaires, qui autrement feraient l'objet d'une extradition, de chercher à obtenir le statut de réfugiés afin d'éviter ce processus judiciaire. Il s'ensuit nécessairement que les personnes qui ont été déclarées coupables d'une infraction et qui ont déjà purgé leur peine n'ont pas à éviter le processus d'extradition. Pour cette raison, l'appelant a soutenu, en vain, que la section *Fb*) de l'article premier ne pouvait être invoquée pour fonder un refus d'examiner sa revendication du statut de réfugié.

[4] Avec égards, je suis d'avis qu'il convient d'accueillir l'appel. Si l'on présume, sans toutefois trancher la question, que l'infraction dont l'appelant a été déclaré coupable constitue un crime grave de droit commun, il est clair selon moi que la section *Fb*) de l'article premier ne saurait être invoquée dans les cas où le revendicateur a été déclaré coupable d'un crime et a purgé sa peine ailleurs qu'au Canada, avant d'arriver au pays. Je fonde cette conclusion sur deux motifs. Premièrement, des remarques incidentes que le juge Bastarache (s'exprimant au nom des juges majoritaires) a faites dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, et que le juge La Forest a faites dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, étaient une telle interpré-

out in the *Immigration Act*. What the Minister fails to recognize is that sections 19 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Suppl.), c. 30, s. 3; S.C. 1992, c. 49, s. 11; 1995, c. 15, s. 2; 1996, c. 19, s. 83], 46 [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 35] and 53 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Suppl.), c. 28, s. 17; S.C. 1992, c. 49, s. 43; 1995, c. 15, s. 12] of the Act already provide an avenue for dealing with persons, such as the appellant, who have been convicted of a serious offence prior to coming to Canada. Specifically, to construe Article 1F(b) so that it captures a person in the appellant's situation creates a direct conflict with subparagraph 46.01(1)(e)(i) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 36; 1995, c. 15, s. 9] of the Act. As will be explained, persons such as the appellant are entitled to have their refugee claim heard unless the Minister declares them to be a danger to the Canadian public. Moreover, even those who have obtained refugee status without disclosing the prior conviction are entitled to remain in Canada until such time as the Minister is prepared to issue such a danger opinion. My formal analysis begins with the persuasive *obiter* found in *Pushpanathan, supra*, a case decided after the Board rendered its decision.

[5] The issue in *Pushpanathan, supra*, was whether a person who had pleaded guilty to drug trafficking while in Canada is precluded from claiming refugee status because of Article 1F(c) of the Convention. That Article precludes from refugee status persons who are "guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations". As a matter of interpretation and historical fact, the Supreme Court concluded that it was not the intention of the signatories to the Convention to classify drug trafficking as falling within Article 1F(c). In part, Justice Bastarache reasoned that as Article 1F(b) deals with serious non-political crimes, such as drug trafficking, these same crimes were not meant to be included in the general

tation de la section Fb) de l'article premier, à l'instar de la doctrine. Deuxièmement, toute autre interprétation de cette section irait à l'encontre du régime législatif qu'établit la *Loi sur l'immigration*. Le ministre refuse de reconnaître que les articles 19 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 3; L.C. 1992, ch. 49, art. 11; 1995, ch. 15, art. 2; 1996, ch. 19, art. 83], 46 [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 35] et 53 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 17; L.C. 1992, ch. 49, art. 43; 1995, ch. 15, art. 12] de la Loi fournissent déjà un moyen de traiter les personnes qui, comme l'appelant, ont été déclarées coupables d'une infraction grave avant de venir au Canada. En particulier, interpréter la section Fb) de l'article premier de sorte qu'elle vise une personne se trouvant dans la situation de l'appelant va carrément à l'encontre du sous-alinéa 46.01(1)(e)(i) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 36; 1995, ch. 15, art. 9] de la Loi. Comme je l'expliquerai plus loin, les personnes se trouvant dans la situation de l'appelant ont le droit de revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention, à moins que le ministre déclare qu'elles constituent un danger pour le public au Canada. En outre, même la personne qui a obtenu ce statut sans divulguer le fait qu'elle avait déjà été déclarée coupable d'une infraction criminelle a le droit de demeurer au Canada jusqu'à ce que le ministre se dise d'avis qu'elle constitue un danger. Mon analyse en bonne et due forme commence par une étude des remarques incidentes convaincantes que le juge Bastarache a faites dans l'arrêt *Pushpanathan*, précité, qui a été rendu après que la Commission a tranché l'affaire.

[5] La question litigieuse dans l'affaire *Pushpanathan*, précitée, était de savoir s'il était interdit à une personne qui avait plaidé coupable de trafic de stupéfiants au Canada de revendiquer le statut de réfugié, vu la section Fc) de l'article premier de la Convention. Cette section prévoit que la Convention n'est pas applicable aux personnes qui «se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies». La Cour suprême a conclu qu'il ressort de l'interprétation et de l'historique de la Convention que les signataires de celle-ci n'avaient pas l'intention de faire en sorte que le trafic de stupéfiants soit visé par la section Fc) de l'article premier. Le juge Bastarache considère notamment que

unqualified language of Article 1F(c). In effect, he categorizes drug trafficking as a serious non-political crime. During the course of his analysis, Justice Bastarache refers to the purpose of Article 1F(b) and, at paragraph 73 [pages 1033-1034], he observed:

It is also necessary to take account of the possible overlap of Article 1F(c) and F(b) with regard to drug trafficking. It is quite clear that Article 1F(b) is generally meant to prevent ordinary criminals extraditable by treaty from seeking refugee status, but that this exclusion is limited to serious crimes committed before entry in the state of asylum. Goodwin-Gill, *supra*, at p. 107, says:

With a view to promoting consistent decisions, UNHCR proposed that, in the absence of any political factors, a presumption of serious crime might be considered as raised by evidence of commission of any of the following offences: homicide, rape, child molesting, wounding, arson, drugs trafficking, and armed robbery.

The parties sought to ensure that common criminals should not be able to avoid extradition and prosecution by claiming refugee status. Given the precisely drawn scope of Article 1F(b), limited as it is to “serious” “non-political crimes” committed outside the country of refuge, the unavoidable inference is that serious non-political crimes are not included in the general, unqualified language of Article 1F(c). Article 1F(b) identifies non-political crimes committed outside the country of refuge, while Article 33(2) addresses non-political crimes committed within the country of refuge. Article 1F(b) contains a balancing mechanism in so far as the specific adjectives “serious” and “non-political” must be satisfied, while Article 33(2) as implemented in the Act by ss. 53 and 19 provides for weighing of the seriousness of the danger posed to Canadian society against the danger of persecution upon *refoulement*. This approach reflects the intention of the signatory states to create a humanitarian balance between the individual in fear of persecution on the one hand, and the legitimate concern of states to sanction criminal activity on the other. The presence of Article 1F(b) suggests that even a serious non-political crime such as drug trafficking should not be included in Article 1F(c). This is consistent with the expression of opinion of the delegates in the *Collected Travaux Préparatoires of the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees* (1989), vol. III, at p. 89.

comme la section Fb) de cet article traite de crimes graves de droit commun, tel le trafic de stupéfiants, les signataires de la Convention ne voulaient pas faire en sorte que ces crimes soient visés par le libellé général et sans réserve de la section Fc). En fait, il estime que le trafic de stupéfiants constitue un crime grave de droit commun. Dans le cadre de son analyse, le juge Bastarache renvoie à l’objectif que vise la section Fb) et il fait remarquer, au paragraphe 73 [pages 1033 et 1034]:

Il est nécessaire de prendre aussi en considération le chevauchement possible des sections Fc) et Fb) de l’article premier en ce qui concerne le trafic des drogues. De toute évidence, la section Fb) est généralement censée empêcher que des criminels de droit commun susceptibles d’extradition en vertu d’un traité puissent revendiquer le statut de réfugié, mais cette exclusion est limitée aux crimes graves commis avant l’entrée dans le pays d’accueil. Goodwin-Gill, *op. cit.*, à la p. 107, dit ceci:

[TRADUCTION] En vue de favoriser l’uniformité des décisions, le HCNUR a proposé que, lorsqu’aucun facteur politique ne joue, une présomption de crime grave puisse découler de la preuve de la perpétration de l’une ou l’autre des infractions suivantes: l’homicide, l’agression sexuelle, l’attentat à la pudeur d’un enfant, les coups et blessures, le crime d’incendie, le trafic des drogues et le vol qualifié.

Les parties ont voulu s’assurer que les criminels de droit commun ne puissent pas se soustraire à l’extradition et aux poursuites en demandant le statut de réfugié. Vu la portée bien définie de la section Fb) de l’article premier, celle-ci étant limitée aux «crimes graves de droit commun» commis en dehors du pays d’accueil, on doit inévitablement en inférer que les crimes graves de droit commun ne sont pas visés par le libellé général et catégorique de la section Fc) de l’article premier. La section Fb) de l’article premier vise des crimes de droit commun commis en dehors du pays d’accueil, alors que le par. 33(2) traite des crimes ou délits de droit commun perpétrés dans le pays d’accueil. La section Fb) de l’article premier renferme un mécanisme de pondération dans la mesure où il faut que soient remplies les conditions exprimées par les termes «grave» et «de droit commun», tandis que le par. 33(2), mis en œuvre par les art. 53 et 19 de la Loi, oblige à peser la gravité du danger pour la société canadienne par rapport au danger de persécution en cas de *refoulement*. Cette approche reflète l’intention des États signataires de réaliser un équilibre des considérations humanitaires entre, d’une part, la personne qui craint la persécution et, d’autre part, l’intérêt légitime des États dans la répression de la criminalité. L’existence de la section Fb) de l’article premier semble indiquer que même un crime grave de droit commun tel le trafic des drogues ne doit pas être inclus à la section Fc) de l’article premier. Cette

[6] In addition to the commentators referred to by Justice Bastarache, the appellant cites Professor Hathaway for the proposition that the limited purpose underlying Article 1F(b) is to thwart criminals attempting to evade extradition by making a refugee claim. At pages 221-222 Professor Hathaway writes (*The Law of Refugee Status*):

The common law criminality exclusion [Article 1F(b)] disallows the claims of persons who are liable to sanctions in another state for having committed a genuine, serious crime, and who seek to escape legitimate criminal liability by claiming refugee status. This exclusion clause is not a means of bypassing ordinary criminal due process for acts committed in a state of refuge, nor a pretext for ignoring the protection needs of those whose transgressions abroad are of a comparatively minor nature. Rather, it is simply a means of bringing refugee law into line with the basic principles of extradition law, by ensuring that important fugitives from justice are not able to avoid the jurisdiction of a state in which they may lawfully face punishment . . .

Second, the extradition-based rationale for the exclusion clause requires that the criminal offence be justiciable in the country in which it was committed. Insofar as the claimant has served her sentence, been acquitted of the charges, benefited from an amnesty or otherwise met her obligations under the criminal law, she would be at no risk of extradition, and should not be excluded from refugee status. . . .

[7] I pause here to note that in *Ward, supra*, Justice La Forest endorses the views of Professor Hathaway at page 743, albeit by way of *obiter*:

The articulation of this exclusion for the “commission” of a crime can be contrasted with those of s. 19 of the Act which refers to “convictions” for crimes. Hathaway, *supra*, at p. 221, interprets this exclusion to embrace “persons who are liable to sanctions in another state for having committed a genuine, serious crime, and who seek to escape legitimate criminal liability by claiming refugee status”. In other words, Hathaway would appear to confine paragraph (b) to

affirmation est conforme aux avis émis par les délégués tels qu’ils ressortent des *Collected Travaux Préparatoires of the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees* (1989), vol. III, à la p. 89.

[6] Outre les exégètes auxquels le juge Bastarache a renvoyé, l’appelant cite le professeur Hathaway pour étayer la proposition selon laquelle l’objectif restreint de la section Fb) de l’article premier vise à empêcher les criminels d’éviter l’extradition en revendiquant le statut de réfugié au sens de la Convention. Voici ce que le professeur Hathaway dit, aux pages 221 et 222 de son ouvrage (*The Law of Refugee Status*):

[TRADUCTION] L’exclusion relative aux crimes de droit commun [l’article 1Fb)] prévoit le rejet de la revendication de personnes susceptibles de se voir imposer une sanction dans un autre État pour avoir commis un véritable crime grave, qui cherchent à éviter une responsabilité criminelle légitime en revendiquant le statut de réfugié au sens de la Convention. Cette disposition d’exclusion ne constitue ni un moyen de contourner le processus criminel habituel à l’égard d’actes commis dans un État d’accueil, ni un prétexte permettant de négliger de tenir compte des besoins en matière de protection de personnes qui ont commis à l’étranger des délits de peu d’importance, par comparaison. Elle fournit plutôt un moyen de rendre le droit des réfugiés conforme aux principes fondamentaux du droit de l’extradition en veillant à ce que les fugitifs qui ont commis des crimes graves ne soient pas en mesure d’éviter d’être expulsés vers le ressort où ils sont légalement susceptibles d’encourir une peine [. . .]

Deuxièmement, le fondement de la disposition d’exclusion relatif à l’extradition exige que l’infraction criminelle soit justiciable dans le pays où elle a été commise. Dans la mesure où la revendicatrice a purgé sa peine, été acquittée, été amnistiée ou a autrement rempli les obligations qui lui incombaient en vertu du droit criminel, elle ne risque pas d’être extradée, et elle ne doit pas être exclue du statut de réfugiée [. . .]

[7] Je m’arrête un instant pour souligner que le juge La Forest souscrit, dans l’arrêt *Ward*, précité, au point de vue du professeur Hathaway, dans une remarque incidente qu’il fait à la page 743:

La formulation de cette exclusion pour la «perpétration» d’un crime peut être mise en contraste avec l’art. 19 de la Loi, qui parle de «déclarations de culpabilité» relatives à des crimes. Hathaway, *op. cit.*, à la p. 221, interprète cette exclusion comme visant [TRADUCTION] «les personnes qui sont passibles de peines, dans un autre État, pour avoir commis un véritable crime grave, et qui cherchent à se soustraire à leur responsabilité criminelle légitime en

accused persons who are fugitives from prosecution. The interpretation of this amendment was not argued before us. I note, however, that Professor Hathaway's interpretation seems to be consistent with the views expressed in the *Travaux préparatoires*, regarding the need for congruence between the Convention and extradition law; see statement of United States delegate Henkin, U.N. Doc. E/AC.32/SR.5 (January 30, 1950), at p. 5. As such, Ward would still not be excluded on this basis, having already been convicted of his crimes and having already served his sentence.

[8] One cannot deny that the weight of judicial and academic authority supports the proposition that Article 1F(b) does not apply to those who have already been convicted and served their sentence for crimes committed outside Canada prior to making a refugee claim. That being said, I accept that the wording of Article 1F(b) is extremely broad. It expressly refers to persons who have committed a serious non-political crime outside Canada, which logically includes those who have already been convicted and served their sentence. As a matter of statutory interpretation, one must ask why it is that a clause which is so broadly drafted should be narrowly construed. The answer lies in the fact that the broad interpretation being advanced by the Minister is in conflict with the general scheme of the Act as it relates to refugee claimants who have been convicted of a serious offence prior to their arrival in Canada.

[9] This part of my analysis begins with the presumption that the appellant's conviction in the United States constitutes a serious non-political crime within the meaning of Article 1F(b). While this presumption is contrary to the appellant's interests, it is consistent with the position articulated by the Board and adopted by the Motions Judge. In this regard, the Motions Judge held that the Board did not err in concluding that the appellant's conviction arose out of an offence involving drug trafficking and that such conduct amounted to a serious non-political crime. This was so despite the fact that the appellant was convicted not for drug trafficking *per se* but for the unlawful use of a communication device, an offence unknown to

revendiquant le statut de réfugié». En d'autres termes, Hathaway semblerait limiter l'application de l'al. b) aux personnes accusées qui cherchent à échapper à des poursuites. La question de l'interprétation de cette modification n'a pas été débattue devant nous. Toutefois, je remarque que l'interprétation du professeur Hathaway semble être compatible avec le point de vue exprimé dans les *Travaux préparatoires*, au sujet du besoin de conformité entre la Convention et le droit en matière d'extradition; voir la déclaration du délégué Henkin des États-Unis, doc. des Nations Unies E/AC.32/SR.5 (30 janvier 1950), à la p. 5. À ce sujet, Ward ne serait toujours pas exclu pour ce motif, puisqu'il a déjà été déclaré coupable des crimes qu'il a commis et qu'il a déjà purgé sa peine.

[8] Il est indéniable que la jurisprudence et la doctrine étayent la proposition selon laquelle la section Fb) de l'article premier ne s'applique pas aux personnes qui ont déjà été déclarées coupables d'un crime à l'étranger et qui ont déjà purgé leur peine avant de revendiquer le statut de réfugié au Canada. Cela dit, j'accepte que le libellé de cette section est extrêmement large. En effet, il renvoie expressément aux personnes qui ont commis un crime grave de droit commun à l'étranger, ce qui logiquement vise les personnes déjà condamnées qui ont purgé leur peine. On doit se demander, sur le plan de l'interprétation législative, pourquoi une disposition dont le libellé est si large doit être interprétée de façon étroite. La réponse à cette question est que l'interprétation large que propose le ministre va à l'encontre du régime général que la Loi établit en ce qui concerne les revendicateurs du statut de réfugié qui ont été déclarés coupables d'un crime grave avant leur arrivée au Canada.

[9] Je suppose d'abord, dans cette partie de mon analyse, que l'appellant a été déclaré coupable d'un crime grave de droit commun aux États-Unis au sens de la section Fb) de l'article premier. Bien que cette supposition soit contraire à l'intérêt de l'appellant, elle est compatible avec la position de la Commission, que le juge des requêtes a adoptée. À cet égard, le juge des requêtes a estimé que la Commission n'avait pas commis d'erreur lorsqu'elle avait conclu que l'appellant avait été déclaré coupable d'une infraction relative au trafic de stupéfiants et que cette infraction constituait un crime grave de droit commun, et ce malgré le fait que l'appellant n'avait pas été déclaré coupable de trafic de stupéfiants en tant que tel, mais plutôt d'avoir

Canadian law. Moreover, I am going to presume that, had the appellant engaged in similar conduct in Canada, he would have been convicted of an offence such as drug trafficking for which a maximum prison term of ten years or more could have been imposed. In other words, for present purposes I will presume, without deciding, that a serious non-political crime is to be equated with one in which a maximum sentence of ten years or more could have been imposed had the crime been committed in Canada. As will become evident, these presumptions assist me in demonstrating the inconsistency in the Minister's interpretation of Article 1F(b) when contrasted with other relevant provisions of the Act.

[10] Section 19 of the *Immigration Act* forms the basis for understanding how the legislation deals with persons convicted of a crime committed in another country prior to coming to Canada. That section sets out the classes of persons deemed "inadmissible". It must be noted that section 19 is a general provision and not specifically directed at refugee claimants. Of critical relevance to this appeal is subparagraph 19(1)(c.1)(i) which declares inadmissible those persons who have been convicted of an offence outside of Canada that, if committed here, would constitute an offence punishable by a maximum term of imprisonment of ten years or more (e.g. drug trafficking):

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

. . .

(c.1) persons who there are reasonable grounds to believe

(i) have been convicted outside Canada of an offence that, if committed in Canada, would constitute an offence that may be punishable under any Act of Parliament by a maximum term of imprisonment of ten years or more,

illégalement utilisé un dispositif de communication, une infraction que ne prévoit pas le droit canadien. En outre, je supposerai que si l'appelant avait mené des activités similaires au Canada, il aurait été déclaré coupable d'une infraction telle le trafic de stupéfiants, à l'égard de laquelle une peine d'emprisonnement maximale égale ou supérieure à dix ans aurait pu lui être infligée. En d'autres termes, je supposerai aux fins de la présente affaire, sans toutefois trancher la question, qu'un crime grave de droit commun est assimilable à un crime qui, s'il avait été commis au Canada, aurait pu entraîner l'imposition d'une peine d'emprisonnement maximale égale ou supérieure à dix ans. Comme il ressortira des présents motifs, ces suppositions m'aideront à démontrer l'incohérence de l'interprétation de la section Fb) que propose le ministre, à la lumière d'autres dispositions pertinentes de la Loi.

[10] L'article 19 de la *Loi sur l'immigration* constitue la disposition fondamentale qui permet de comprendre comment la loi traite les personnes déclarées coupables d'un crime dans un autre pays avant de venir au Canada. Cet article définit les catégories de personnes réputées «non admissibles». Il importe de préciser que l'article 19 est une disposition générale qui ne vise pas expressément les revendicateurs du statut de réfugié. Par ailleurs, le sous-alinéa 19(1)c.1(i), qui prévoit que les personnes qui ont été déclarées coupables d'une infraction qui, si elle était commise au Canada, constituerait une infraction qui pourrait être punissable d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans (par. ex. le trafic de stupéfiants) ne sont pas admissibles, revêt une pertinence cruciale en ce qui concerne le présent appel:

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

[. . .]

c.1) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles ont, à l'étranger:

(i) soit été déclarées coupables d'une infraction qui, si elle était commise au Canada, constituerait une infraction qui pourrait être punissable, aux termes d'une loi fédérale, d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans, sauf si elles peuvent justifier auprès du ministre de leur réadaptation et du fait qu'au moins cinq ans se sont écoulés depuis l'expiration de toute peine leur ayant été infligée pour l'infraction;

...
except persons who have satisfied the Minister that they have rehabilitated themselves and that at least five years have elapsed since the expiration of any sentence imposed for the offence or since the commission of the act or omission, as the case may be;

[11] As noted earlier, for purposes of deciding this appeal, that provision is presumed to equate with the notion of a serious non-political crime as referred to in Article 1F(b). At the same time, subparagraph 19(1)(c.1)(i) provides for an exception. A person who has been convicted of an offence falling within that provision is admissible if at least five years have elapsed since the expiration of their sentence and he or she is able to persuade the Minister that they have rehabilitated themselves. For our purposes, what is relevant is that subparagraph 19(1)(c.1)(i) recognizes that a person is not automatically excluded from admission to Canada simply because they have served time for a serious offence prior to seeking admission to Canada. By comparison, the interpretation being advanced by the Minister with respect to Article 1F(b) would operate to automatically exclude such a person from ever asserting a refugee claim even though that person might have a valid refugee claim or that person is able to satisfy the Minister that he or she has been rehabilitated. That interpretation also runs contrary to *obiter* comments made by Justice La Forest in *Ward*, *supra*, where at pages 741-742 he observed:

A claimant for refugee status in Canada who has established his or her inclusion in the definition of "Convention refugee" must still overcome the hurdle of s. 19 before entry into this country will be permitted. These exclusions on the basis of criminality have been carefully drafted to avoid the admission of claimants who may pose a threat to the Canadian government or to the lives or property of the residents of Canada. The provisions specifically give the Minister of Employment and Immigration enough flexibility, however, to reassess the desirability of permitting entry to a claimant with a past criminal record, where the Minister is convinced that rehabilitation has occurred. In this way, Parliament opted not to treat a criminal past as a reason to be estopped from obtaining refugee status.

[12] Putting aside subparagraph 19(1)(c.1)(i) for the moment, it is necessary to recognize that the

[11] Comme je l'ai déjà mentionné, je suppose, pour les fins du présent appel, que cette disposition est assimilable au concept de crime grave de droit commun auquel renvoie la section Fb) de l'article premier. Cependant, le sous-alinéa 19(1)c.1)(i) prévoit une exception, selon laquelle la personne qui a été déclarée coupable d'une infraction visée par cette disposition est tout de même admissible si elle peut justifier auprès du ministre de sa réadaptation et du fait qu'au moins cinq ans se sont écoulés depuis l'expiration de toute peine lui ayant été infligée pour l'infraction. L'aspect pertinent de ce sous-alinéa, pour les fins du présent appel, est le fait qu'il reconnaisse que la personne n'est pas automatiquement exclue du Canada pour la seule raison qu'elle a déjà purgé une peine qui lui avait été infligée pour une infraction grave, avant de chercher à être admise au pays. Je fais remarquer, à titre de comparaison, que l'interprétation de la section Fb) que propose le ministre aurait pour effet d'empêcher une telle personne, automatiquement et à tout jamais, de revendiquer le statut de réfugié, et ce même si sa revendication était valable ou si elle pouvait justifier auprès du ministre de sa réadaptation. En outre, une telle interprétation irait à l'encontre des remarques incidentes que le juge La Forest a faites aux pages 741 et 742 de l'arrêt *Ward*, précité:

Le demandeur du statut de réfugié au Canada qui a établi qu'il est visé par la définition de l'expression «réfugié au sens de la Convention» doit en outre surmonter l'obstacle de l'art. 19 pour que l'autorisation de séjour lui soit accordée. Ces exclusions fondées sur la criminalité ont été rédigées avec soin de telle façon que les demandeurs qui peuvent constituer une menace pour le gouvernement canadien ou pour la vie ou les biens des résidents du Canada ne soient pas admis. Toutefois, les dispositions donnent expressément au ministre de l'Emploi et de l'Immigration suffisamment de latitude pour réexaminer l'opportunité d'accorder l'autorisation de séjour au demandeur qui a un casier judiciaire, lorsque le Ministre est convaincu que celui-ci s'est réhabilité. De cette façon, le Parlement a choisi de ne pas considérer les antécédents criminels d'une personne comme une fin de non-recevoir à l'obtention du statut de réfugié.

[12] Mettant de côté le sous-alinéa 19(1)c.1)(i) pour le moment, j'estime qu'il faut reconnaître que la *Loi*

Immigration Act deals specifically with refugee claimants who have been convicted of a serious crime outside Canada, as well as those who have obtained refugee status but failed to disclose a prior conviction at the time of their refugee hearing. I shall deal with each of these scenarios in turn.

[13] Subparagraph 46.01(1)(e)(i) of the Act dictates that a person is ineligible to have his or her refugee claim determined if an adjudicator determines that that person falls within subparagraph 19(1)(c.1)(i) and the Minister is of the opinion that he or she constitutes a danger to the public in Canada. Thus, the issuance of a danger opinion acts to deny a person the right to a refugee hearing in circumstances where the claimant has been convicted of serious crime as defined in subparagraph 19(1)(c.1)(i). Subparagraph 46.01(1)(e)(i) reads 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

...

(e) has been determined by an adjudicator to be

(i) a person described in paragraph 19(1)(c) or subparagraph 19(1)(c.1)(i) and the Minister is of the opinion that the person constitutes a danger to the public in Canada,

[14] Moreover, the Act goes on to deal with those situations in which immigration officials only learn of a person's prior conviction for an offence committed outside Canada after that person has been granted refugee status. Paragraph 53(1)(a) provides that no person who has been determined to be a Convention refugee is to be removed to a country in which their life is threatened unless that person is inadmissible under subparagraph 19(1)(c.1)(i) and the Minister is of the opinion that the person constitutes a danger to the public in Canada. Paragraph 53(1)(a) reads as follows:

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

sur l'immigration traite expressément des revendicateurs du statut de réfugié qui ont été déclarés coupables d'avoir commis un crime grave à l'étranger ainsi que des personnes qui ont obtenu le statut de réfugié mais omis de déclarer, à l'audition de leur revendication de ce statut, qu'elles avaient déjà été déclarées coupables d'une telle infraction. J'aborde chaque cas successivement.

[13] Le sous-alinéa 46.01(1)e(i) de la Loi prévoit que la revendication du statut de réfugié de l'intéressé n'est pas recevable par la section du statut si un arbitre a conclu que ce dernier appartient à la catégorie non admissible visée au sous-alinéa 19(1)c.1(i) et que, selon le ministre, il constitue un danger pour le public au Canada. L'avis du ministre selon lequel l'intéressé constitue un danger pour le public prive donc ce dernier du droit de revendiquer le statut de réfugié dans le cas où il a été déclaré coupable d'un crime grave au sens du sous-alinéa 19(1)c.1(i). Voici le libellé du sous-alinéa 46.01(1)e(i):

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:

[. . .]

e) l'arbitre a décidé, selon le cas:

(i) qu'il appartient à l'une des catégories non admissibles visées à l'alinéa 19(1)c) ou au sous-alinéa 19(1)c.1(i) et, selon le ministre, il constitue un danger pour le public au Canada,

[14] En outre, la Loi traite plus loin des situations dans lesquelles les responsables de l'immigration sont mis au courant, seulement après que l'intéressé a obtenu le statut de réfugié, que ce dernier a déjà été déclaré coupable d'une infraction à l'étranger. L'alinéa 53(1)a) prévoit que la personne à qui le statut de réfugié au sens de la Convention a été reconnu ne peut être renvoyée dans un pays où sa vie serait menacée, sauf si elle appartient à la catégorie non admissible visée au sous-alinéa 19(1)c.1(i) et que, selon le ministre, elle constitue un danger pour le public au Canada. Voici le libellé de l'alinéa 53(1)a):

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 règle-

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

(a) the person is a member of an inadmissible class described in paragraph 19(1)(c) or subparagraph 19(1)(c.1)(i) and the Minister is of the opinion that the person constitutes a danger to the public in Canada;

[15] In summary, it is clear that the broad interpretation which the Minister wishes to place on Article 1F(b) is in conflict with the purpose of that provision as articulated in *Pushpanathan, supra*, and as confirmed by academic commentators. Moreover, that interpretation fails to recognize that the *Immigration Act* has already in place a statutory scheme for dealing with persons who have been convicted of serious crimes committed outside Canada. The one thread that runs throughout the relevant provisions is that no one who seeks or has obtained refugee status can be removed from Canada simply because they have been convicted of a serious crime in another country. In both instances, the Minister must issue a danger opinion before any steps can be taken to remove the person from Canada. By contrast, the broad interpretation that the Minister seeks to place on Article 1F(b) has the effect of removing this safeguard which is premised on the reality that a person may have a valid refugee claim even though they have garnered a criminal record in another jurisdiction. If one were to accept the Minister's interpretation of Article 1F(b), a prior conviction for a serious non-political offence would operate to automatically deny that person's right to a refugee hearing, regardless of the person's attempts at rehabilitation and whether or not they constitute a danger to the Canadian public. Bluntly stated, the interpretation being advanced by the Minister has the effect of virtually abrogating subparagraph 46.01(1)(e)(i) of the *Immigration Act* by eliminating the need for the Minister to issue a danger opinion. As a matter of statutory interpretation, the only way in which the apparent conflict can be resolved is to construe Article 1F(b) in a manner consistent with its known purpose.

ments, 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:

a) elle appartient à l'une des catégories non admissibles visées à l'alinéa 19(1)c) ou au sous-alinéa 19(1)c.1)(i) et que, selon le ministre, elle constitue un danger pour le public au Canada;

[15] En résumé, il est clair que l'interprétation large que le ministre souhaite donner à la section Fb) de l'article premier va à l'encontre de l'objectif que vise cette disposition, tel que le décrit l'arrêt *Pushpanathan*, précité, et le confirme la doctrine. En outre, une telle interprétation ne reconnaît pas que la *Loi sur l'immigration* prévoit déjà un régime qui traite des personnes qui ont été déclarées coupables de crimes graves qu'elles ont commis à l'étranger. Les dispositions pertinentes ont en commun le fait qu'un individu qui cherche à obtenir le statut de réfugié ou à qui ce statut a déjà été reconnu ne peut être renvoyé du Canada pour la seule raison qu'il a été déclaré coupable d'avoir commis un crime grave dans un autre pays. Dans les deux cas, le ministre doit se dire d'avis que la personne constitue un danger pour le public avant que des mesures puissent être prises en vue de la renvoyer du Canada. Par contraste, l'interprétation large que propose le ministre a pour effet de retirer à la personne en cause cette protection, qui se fonde sur la réalité selon laquelle il se peut que la revendication du statut de réfugié de la personne soit valable, même si cette dernière a un casier judiciaire dans un autre ressort. Cette interprétation que propose le ministre ferait en sorte que la personne qui a déjà été déclarée coupable d'avoir commis un crime grave de droit commun serait automatiquement privée de son droit de revendiquer le statut de réfugiée, quand bien même elle aurait tenté de se réadapter, et peu importe qu'elle constitue ou non un danger pour le public au Canada. L'interprétation que propose le ministre aurait pour effet, à proprement parler, d'abroger pour ainsi dire le sous-alinéa 46.01(1)e)(i) de la *Loi sur l'immigration* en éliminant l'exigence selon laquelle le ministre doit se dire d'avis que la personne constitue un danger pour le public. La seule façon de résoudre,

sur le plan de l'interprétation législative, ce conflit apparent est d'interpréter la section Fb) de l'article premier d'une façon compatible avec son objectif établi.

[16] I would allow the appeal; set aside the order of the Motions Judge dated April 23, 1999; allow the application for judicial review; set aside the Board's decision dated May 27, 1998; and remit the matter to the Board for reconsideration on the basis that Article 1F(b) is not applicable to refugee claimants who have been convicted of a crime committed outside Canada and who have served their sentence prior to coming to Canada. The appellant is entitled to costs in this Court and in the Motions Court. In closing, I should like to add that it would have been preferable if the Board had dealt with the merits of the appellant's refugee claim on an alternative basis. This is a matter I dealt with extensively in *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298 (C.A.), at pages 326-327. The Board may find my remarks in that case instructive.

ISAAC J.A.: I agree.

SHARLOW J.A.: I agree.

[16] Je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler l'ordonnance du juge des requêtes datée du 23 avril 1999, d'accueillir la demande de contrôle judiciaire, d'annuler la décision de la Commission datée du 27 mai 1998, et de renvoyer l'affaire à la Commission pour qu'elle l'examine de nouveau sur le fondement que la section Fb) de l'article premier ne s'applique pas aux revendicateurs du statut de réfugié au sens de la Convention qui ont été déclarés coupables d'avoir commis un crime à l'étranger et ont purgé leur peine avant de venir au Canada. Les dépens sont adjugés à l'appelant pour ce qui est du présent appel de même que de la requête. Pour terminer, j'aimerais ajouter qu'il aurait été préférable que la Commission eût statué sur le bien-fondé de la revendication du statut de réfugié de l'appelant de façon subsidiaire. J'ai longuement traité de cette question dans *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298 (C.A.), aux pages 326 et 327. Il se pourrait bien que la Commission tire profit des remarques que j'ai faites dans cette affaire.

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

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

A-226-99

Johns Manville International, Inc. (Appellant)

v.

The Deputy Minister, National Revenue (Respondent)*INDEXED AS: JOHNS MANVILLE INTERNATIONAL, INC. v. DEPUTY M.N.R., CUSTOMS AND EXCISE (C.A.)*

Court of Appeal, Linden, Rothstein and McDonald J.J.A.—Ottawa, June 13, 2000.

Customs and Excise — Customs Act — Cross-appeal from order requiring disclosure of information supplied by appellant contained in Minister's Detailed Adjustment Statement pursuant to Customs Act, s. 108(3) — S. 108(3) permitting disclosure of any book, record, writing, other document obtained for purpose of Customs Act, Tariff to person by or on behalf of whom book, record, writing or other document provided — Distinction between disclosure of information in s. 108(1), disclosure in s. 108(3) — S. 108(3) not authorizing disclosure of information herein as not "book, record, writing or other document" — Order based on misinterpretation of s. 108(3), quashed in entirety.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, s. 108(1) (as am. by S.C. 1995, c. 41, s. 28), (3) (as am. *idem*).
Customs Tariff, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 41.

CROSS-APPEAL from the Trial Division order requiring disclosure of information originally supplied by the appellant contained in the Minister's Detailed Adjustment Statement pursuant to *Customs Act*, subsection 108(3) (*Johns Manville International, Inc. v. Deputy M.N.R., Customs and Excise*, [1999] 3 F.C. 95; (1999), 171 F.T.R. 224 (T.D.)). Cross-appeal allowed.

APPEARANCES:

Geoffrey C. Kubrick for appellant.
Anne M. Turley and *Elizabeth Richards* for respondent.

A-226-99

Johns Manville International, Inc. (appellante)

c.

Le sous-ministre du Revenu national (intimé)*RÉPERTORIÉ: JOHNS MANVILLE INTERNATIONAL, INC. c. SOUS-MINISTRE M.R.N., DOUANES ET ACCISE (C.A.)*

Cour d'appel, juges Linden, Rothstein et McDonald, J.C.A.—Ottawa, 13 juin 2000.

Douanes et accise — Loi sur les douanes — Appel incident d'une ordonnance exigeant, en application de l'art. 108(3) de la Loi sur les douanes, la communication de renseignements fournis par l'appellante et mentionnés dans le relevé détaillé de réajustement du ministre — L'art. 108(3) permet la communication de tout livre, dossier, écrit ou autre document obtenu pour l'application de la Loi sur les douanes ou du Tarif à la personne par qui ou au nom de qui le livre, dossier, écrit ou autre document a été fourni — Distinction entre la communication de renseignements prévue à l'art. 108(1) et celle prévue à l'art. 108(3) — L'art. 108(3) n'autorise pas la communication des renseignements en l'espèce puisqu'il ne s'agit pas de «livre, dossier, écrit ou autre document» — L'ordonnance étant fondée sur une fausse interprétation de l'art. 108(3), elle a été annulée en entier.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1, art. 108(1) (mod. par L.C. 1995, ch. 41, art. 28), (3) (mod., *idem*).
Tarif des douanes, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 41.

APPEL INCIDENT d'une ordonnance de la Section de première instance exigeant, en application du paragraphe 108(3) de la *Loi sur les douanes*, la communication de renseignements initialement fournis par l'appellante et mentionnés dans le relevé détaillé de réajustement du ministre (*Johns Manville International, Inc. c. Sous-ministre M.R.N., Douanes et accise*, [1999] 3 C.F. 95; (1999), 171 F.T.R. 224 (C.F. 1^{re} inst.)). Appel incident accueilli.

ONT OMPARU:

Geoffrey C. Kubrick pour l'appellante.
Anne M. Turley et *Elizabeth Richards* pour l'intimé.

SOLICITORS OF RECORD:

Flavell Kubrick & Lalonde, Ottawa, for appellant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment of the Court delivered orally in English by

[1] ROTHSTEIN J.A.: On the issues the appellant appeals in the judgment of the Trial Division of March 18, 1999 [[1999] 3 F.C. 95 (T.D.)], we have not been persuaded that the learned Judge made any error. The appeal should therefore be dismissed.

[2] With respect to the respondent's cross-appeal relative to subsection 108(3) of the *Customs Act* [R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1 (as am. by S.C. 1995, c. 41, s. 28)], we are of the respectful opinion that the Trial Judge erred in finding that subsection 108(3) provides for disclosure of information to the appellant in this case. Subsection 108(3) states that an officer may show any book, record, writing or other document obtained for the purpose of the *Customs Act* or the *Customs Tariff* [R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 41], or permit a copy thereof to be given to the person by or on behalf of whom the book, record, writing or other document was provided. There is no reference to "information" in subsection 108(3) as there is, for example, in subsection 108(1) [as am. *idem*]. Parliament has clearly made a deliberate distinction between disclosure of information in subsection 108(1) on the one hand and disclosure of books, records, writing or other documents to persons who provided them under subsection 108(3). The Trial Division Judge ordered disclosure of information originally supplied by the appellant contained in the Minister's Detailed Adjustment Statement. Subsection 108(3) does not authorize disclosure of such information. Information in the Detailed Adjustment Statement is not "a book, record, writing or other document" referred to in subsection 108(3).

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Flavell Kubrick & Lalonde, Ottawa, pour l'appelante.

Le sous-procureur général du Canada, pour l'intimé.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement de la Cour prononcés à l'audience par

[1] LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.: En ce qui concerne les questions soulevées par le jugement de la Section de première instance daté du 18 mars 1999 [[1999] 3 C.F. 95 (1^{re} inst.)] et visées par l'appel des appelantes, nous ne sommes pas convaincus que le juge a commis une erreur, quelle qu'elle soit. L'appel devrait donc être rejeté.

[2] Quant à l'appel incident interjeté par l'intimé relativement au paragraphe 108(3) de la *Loi sur les douanes* [L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1 (mod. par L.C. 1995, ch. 41, art. 28)], nous sommes d'avis que le juge de première instance a commis une erreur lorsqu'il a conclu que cette disposition prévoit la communication de renseignements à l'appelante en l'espèce. Selon le paragraphe 108(3), l'agent peut présenter tout livre, dossier, écrit ou autre document obtenu pour l'application de la *Loi sur les douanes* ou du *Tarif des douanes* [L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 41], ou permettre d'en donner copie, à la personne par qui ou au nom de qui le document a été fourni. Contrairement au paragraphe 108(1) [mod., *idem*], par exemple, le paragraphe 108(3) ne fait aucunement mention de «renseignements». De toute évidence, le législateur a délibérément établi une distinction entre la communication de renseignements prévue au paragraphe 108(1), d'une part, et la présentation de livres, de dossiers, d'écrits ou d'autres documents aux personnes qui les ont fournis en application du paragraphe 108(3), de l'autre. Le juge de la Section de première instance a ordonné la communication de renseignements initialement donnés par l'appelante et mentionnés dans les relevés détaillés de réajustement du Ministre. Or, le paragraphe 108(3) n'autorise pas la communication de renseignements de cette nature. Les renseignements qui figurent dans les relevés détaillés de réajustement ne constituent pas un «livre, dossier, écrit ou autre document» visé au paragraphe 108(3).

[3] As the March 18, 1999 order made by the learned Judge was based on a misinterpretation of subsection 108(3), the order should be quashed in its entirety.

[4] The respondent points out that paragraph 108(1)(b) provides that persons authorized by the Minister may allow communication of information obtained under the *Customs Act*. The respondent concedes that the December 2, 1997 refusal to disclose to the appellant information in the Detailed Adjustment Statement was a purported exercise of discretion under paragraph 108(1)(b) but that it was not exercised by a person authorized by the Minister as required by that provision. In these circumstances, the Court would normally remit the matter for redetermination in accordance with paragraph 108(1)(b). However, the appellant's position is that it does not want that relief. Accordingly, the appeal in that respect should be considered withdrawn.

[3] Comme l'ordonnance du 18 mars 1999 rendue par le juge était fondée sur une fausse interprétation du paragraphe 108(3), l'ordonnance en entier devrait être annulée.

[4] L'intimé fait remarquer que, suivant l'alinéa 108(1)b), les personnes autorisées par le ministre peuvent permettre la communication de renseignements obtenus sous le régime de la *Loi sur les douanes*. Il admet que le refus, le 2 décembre 1997, de divulguer à l'appelante les renseignements énoncés dans les relevés détaillés de réajustement constituait un exercice présumé du pouvoir discrétionnaire conféré à l'alinéa 108(1)b), mais que, contrairement aux exigences fixées dans cette disposition, ce pouvoir n'a pas été exercé par une personne autorisée par le ministre. Compte tenu de la situation, la Cour devrait normalement renvoyer l'affaire pour qu'elle soit examinée à nouveau conformément à l'alinéa 108(1)b). Or, l'appelante fait valoir qu'elle ne souhaite pas obtenir cette réparation. Il faut donc considérer qu'il y a eu désistement de l'appel à cet égard.

A-587-99

A-587-99

The Minister of Citizenship and Immigration
(Appellant)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(appellant)

v.

c.

Nima Haghighi (Respondent)

Nima Haghighi (intimé)

INDEXED AS: HAGHIGHI v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (C.A.)

RÉPERTORIÉ: HAGHIGHI c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)

Court of Appeal, Stone, Evans and Malone JJ.A.—
Toronto, May 1; Ottawa, June 12, 2000.

Cour d'appel, juges Stone, Evans et Malone J.C.A.—
Toronto, 1^{er} mai; Ottawa, 12 juin 2000.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent residents — Humanitarian and Compassionate considerations — Since S.C.C. decision in Baker, content of duty of fairness owed by immigration officers deciding inland humanitarian and compassionate applications no longer minimal, requiring applicant be fully informed of PCDO's risk assessment report, and be permitted to comment on it, even if report based on information submitted by or reasonably available to applicant.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Raisons d'ordre humanitaire — Depuis la décision de la C.S.C. dans Baker, le contenu de l'obligation d'équité procédurale incombant aux agents d'immigration se prononçant sur les demandes présentées au Canada et fondées sur des raisons d'ordre humanitaire n'est plus minimal et exige que le demandeur soit informé de l'ensemble du contenu du rapport d'évaluation des risques de l'ARRR et qu'il lui soit permis de faire des observations au sujet de ce rapport, même dans les cas où le rapport est fondé sur des renseignements qui sont fournis par lui ou qui lui sont raisonnablement accessibles.

Administrative law — Judicial review — Certiorari — Content of duty of procedural fairness in disposition of applications to remain in Canada on humanitarian and compassionate grounds pursuant to Immigration Act, s. 114(2) no longer minimal in view of S.C.C. decision in Baker.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Le contenu de l'obligation d'équité procédurale dans les cas où il est statué sur une demande de permission de rester au Canada pour des raisons d'ordre humanitaire en vertu de l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration n'est plus minimal à la lumière de la décision rendue par la C.S.C. dans Baker.

The applicant, an Iranian citizen, made a refugee claim on his arrival in Canada in 1993, but his claim was rejected. His case was subsequently assessed under the post-determination refugee claimants in Canada class, and rejected in 1997. He then applied under subsection 114(2) of the *Immigration Act* for leave to have his claim to remain in Canada as a permanent resident processed inland on humanitarian and compassionate grounds. He told the immigration officer (IO) that he feared he would be persecuted if returned to Iran because he had converted from Islam to Christianity, and submitted country condition documents relating to Iran in support. The IO requested a risk assessment from a post-claim determination officer (PCDO). The PCDO's report, relying heavily on a 1997 U.S. Department of State Report on Human Rights Conditions in Iran (a document not included in the applicant's package but available to him), was negative. Its conclusion was that, if returned to Iran, the applicant did not face a serious risk of torture or other forms of persecution on account of his religious conversion. The PCDO's report did not refer to a UNHCR background paper on Iran for 1995

Le demandeur, un citoyen iranien, a fait une revendication du statut de réfugié lors de son arrivée au Canada en septembre 1993, mais sa revendication a été rejetée. Sa demande a ensuite été évaluée dans la catégorie des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada, et elle a été rejetée en septembre 1997. Il a alors présenté une demande aux termes du paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration* pour que sa demande de permission de rester au Canada en tant que résident permanent soit traitée au Canada. Il a dit à l'agente d'immigration (l'AI) qu'il craignait d'être persécuté s'il retournait en Iran car il s'était converti de l'islam au christianisme, et il a déposé à l'appui des documents portant sur la situation en Iran. L'AI a sollicité une évaluation des risques de la part d'un agent de révision des revendications refusées (l'ARRR). Le rapport de l'ARRR, fondé en grande partie sur un rapport de 1997 du Secrétariat d'État américain sur la situation en matière de droits de la personne en Iran (qui ne faisait pas partie de la documentation du demandeur mais auquel il avait accès), était défavorable. Ce rapport a conclu que si le demandeur retournait en Iran, il ne ferait pas face à un risque grave de

which referred to continuing threats and torture of known converts to Christianity. In July 1998, the IO rejected the applicant's humanitarian and compassionate (H&C) claim to remain in Canada, stating that she concurred with the PCDO's opinion that the applicant would not be at risk if he were returned to Iran.

This was an appeal from the Trial Division Judge's decision allowing an application for judicial review to set aside the IO's decision. The question was: when an H&C claim is based, at least in part, on a fear of persecution in the applicant's country of origin, is the IO responsible for making the discretionary decision required to disclose to the applicant a negative risk assessment report received from another officer, and to give the applicant an opportunity to respond to it before the final decision is made?

Held, the appeal should be dismissed.

The issue to be decided in this appeal was whether the Trial Division Judge was correct in his conclusion that *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 has changed the law applicable herein. He held that the duty of fairness now included the disclosure of a risk assessment report by a PCDO so that an applicant may attempt to correct errors or to point out omissions in the report, even when the report was based on material submitted by the applicant as part of his H&C application and other publicly available information that was reasonably available to the applicant.

Prior to the *Baker* decision, the content of the duty of fairness owed by officers deciding inland humanitarian and compassionate applications was regarded as minimal, and did not require the decision maker to disclose risk assessment reports unless they were based on material not reasonably available to the applicant.

The contextual considerations relevant to determining whether the immigration officer was required by the duty of fairness to disclose the PCDO's report to the respondent for comment include: the extent to which the procedural right claimed is likely to avoid the risk of error in making the decision or in resolving the particular issue in dispute; the seriousness of the impact of an erroneous decision on those affected by it; delays in the decision-making process and the diversion of resources that may be entailed by adding another procedural layer; the characteristics of the decision-maker; the location of the decision within the wider

subir la torture ou d'autres formes de persécution en raison de sa conversion religieuse. Le rapport de l'ARRR ne mentionnait pas le document d'information du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés sur l'Iran pour 1995, qui faisait référence à l'existence continue de menaces et de torture de convertis connus au christianisme. En juillet 1998, l'AI a rejeté la demande sollicitant la permission de rester au Canada, disant qu'elle partageait l'opinion de l'ARRR de révision que le demandeur ne serait pas en danger s'il était renvoyé en Iran.

Il s'agissait d'un appel interjeté contre la décision du juge de la Section de première instance qui a accueilli une demande de contrôle judiciaire et annulé la décision de l'AI. La question était la suivante: Lorsqu'une revendication fondée sur des raisons d'ordre humanitaire repose, au moins en partie, sur une crainte de persécution dans le pays d'origine du demandeur, l'AI chargé de rendre la décision discrétionnaire est-il tenu de révéler au demandeur l'existence d'un rapport d'évaluation des risques défavorable reçu d'un autre agent et de donner au demandeur la possibilité d'y répondre avant que la décision finale ne soit rendue?

Arrêt: l'appel est rejeté.

La question à trancher dans le présent appel était de savoir si le juge de la Section de première instance a eu raison de conclure que l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, avait modifié le droit applicable à la présente affaire. Il a conclu que l'obligation d'équité comportait maintenant la communication d'un rapport d'évaluation des risques fait par un ARRR, de sorte que le demandeur puisse tenter de corriger des erreurs ou de relever des omissions du rapport même lorsque le rapport reposait sur des documents qu'il avait présentés dans le cadre de sa demande faite pour des raisons d'ordre humanitaire ainsi que sur d'autres renseignements publics qui lui étaient raisonnablement accessibles.

Avant la décision *Baker*, le contenu de l'obligation d'équité incombant aux agents se prononçant sur les demandes présentées au Canada et fondées sur des raisons d'ordre humanitaire était considéré comme minimal et n'exigeait pas que le décideur communique les rapports d'évaluation des risques à moins que ceux-ci ne soient fondés sur des documents non raisonnablement accessibles au demandeur.

Les considérations contextuelles pertinentes quant à la question de savoir si l'AI était tenue, en vertu de l'obligation d'équité, de communiquer le rapport de l'ARRR à l'intimé à des fins de commentaires sont notamment les suivantes: la mesure dans laquelle le droit procédural invoqué est susceptible d'éviter le risque d'erreur dans la prise de la décision ou dans la résolution de la question particulière en litige; la gravité des effets d'une décision erronée sur ceux qu'elle touche; les retards dans le processus de prise de décision et l'utilisation de ressources supplémentaires que peut comporter l'ajout d'un autre niveau procédu-

statutory scheme; the procedural practice of the agency.

Although no post-*Baker* case was produced in which the duty of the IO to disclose PCDO's reports has been considered, the case of *Muliadi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 2 F.C. 205 (C.A.) was helpful, *inter alia*, in view of its interesting similarities.

Now, the duty of fairness requires that inland applicants for H&C landing under subsection 114(2) be fully informed of the content of the PCDO's risk assessment report, and permitted to comment on it, even when the report is based on information that was submitted by or was reasonably available to the applicant. Given the often voluminous, nuanced and inconsistent information available from different sources on country conditions, affording an applicant an opportunity to comment on alleged errors, omissions or other deficiencies in the PCDO's analysis may well avoid erroneous H&C decisions by IOs, particularly since these reports are apt to play a crucial role in the final decision.

In view of the potentially grave consequences for an individual who is returned to a country where, contrary to the PCDO's report, there is a serious risk of torture, the increased accuracy in the decision likely to result from affording the respondent the procedural right sought here justifies whatever administrative delays might thereby be occasioned.

It is true that courts have not invariably required administrative agencies that hold relatively formal hearings to disclose staff reports, especially when they contain no new information, but simply summarize the evidence and submissions of the parties or define the issues to be decided. However, a full hearing provides the participants with a greater opportunity to influence the outcome than that available to applicants under subsection 114(2). And, in other decision-making contexts, staff summaries and commentary may not assume the central importance occupied by the PCDO's report in subsection 114(2) cases. Further, if wrong, few administrative decisions have the capacity for inflicting such catastrophic harm on individuals as that possessed by the administrative decision with which this case was concerned.

It was a breach of the duty of fairness for the IO, prior to her decision, to have failed to inform the respondent of the

ral; les caractéristiques du décideur; la place de la décision dans l'ensemble du régime législatif; la pratique procédurale de l'organisme.

Même si on n'a produit aucune décision, rendue après l'arrêt *Baker*, dans laquelle l'obligation de l'AI de communiquer le rapport de l'ARRR aurait été examinée, l'arrêt *Muliadi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 2 C.F. 205 (C.A.), était utile en raison notamment de ses similitudes intéressantes.

L'obligation d'équité exige maintenant que ceux qui présentent de l'intérieur du pays une demande de droit d'établissement fondée sur des raisons d'ordre humanitaire aux termes du paragraphe 114(2) soient informés de l'ensemble du contenu du rapport d'évaluation des risques de l'ARRR et qu'il leur soit permis de faire des observations au sujet de ce rapport, même dans les cas où le rapport est fondé sur des renseignements qui sont fournis par le demandeur ou qui lui sont raisonnablement accessibles. Compte tenu du volume, des nuances et des incompatibilités des renseignements disponibles à partir de différentes sources sur la situation dans le pays, donner au demandeur la possibilité de faire des observations sur les erreurs, les omissions et les autres lacunes que pouvait contenir l'analyse de l'ARRR pourrait bien permettre d'éviter des décisions erronées de la part des AI dans les dossiers où des raisons d'ordre humanitaire sont invoquées, d'autant plus que ces rapports sont susceptibles de jouer un rôle vital dans la décision finale.

Vu les conséquences potentiellement graves pour une personne qui est renvoyée dans un pays où, contrairement au rapport de l'ARRR, il y a un risque sérieux de torture, la correction accrue de la décision qui est susceptible de résulter du fait d'accorder à l'intimé le droit procédural recherché en l'espèce justifie tout retard administratif que cela pourrait occasionner.

Il est vrai que les tribunaux n'exigent pas toujours que les organismes administratifs qui tiennent des audiences relativement formelles communiquent les rapports faits par le personnel, surtout lorsque ces rapports ne contiennent aucun nouveau renseignement, mais résumant simplement la preuve et les arguments des parties ou définissent les questions à trancher. Toutefois, une audition complète fournit aux participants une plus grande possibilité d'influencer l'issue que ce qui est disponible aux demandeurs en vertu du paragraphe 114(2). Et dans d'autres contextes de prise de décisions, il se peut que les résumés faits par le personnel n'aient pas l'importance vitale qu'a le rapport de l'ARRR dans les affaires où le paragraphe 114(2) est invoqué. En outre, en cas d'erreur, peu de décisions administratives sont aussi susceptibles d'infliger un préjudice aussi catastrophique aux personnes que la décision administrative en cause dans la présente affaire.

Avant de rendre sa décision, l'AI a contrevenu à l'obligation d'équité en n'informant pas l'intimé du contenu de

content of the PCDO's risk assessment, with which she had concurred, and to give him a reasonable opportunity to attempt to identify errors or omissions in it.

l'évaluation des risques de l'ARRR, avec laquelle elle était d'accord, et en ne lui donnant pas une possibilité raisonnable de tenter de relever des erreurs ou des omissions dans cette évaluation.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 70(5) (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 13), 114(2) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 102).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Bhagwandass v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 1 F.C. 619 (T.D.).

OVERRULED:

Cojocar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (1999), 162 F.T.R. 151 (F.C.T.D.).

NOT FOLLOWED:

Shah v. Canada (Minister of Employment & Immigration) (1994), 29 Imm. L.R. (2d) 82; 170 N.R. 238 (C.A.); affg (1992), 55 F.T.R. 87 (F.C.T.D.).

DISTINGUISHED:

Mancia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1998] 3 F.C. 461; (1998), 161 D.L.R. (4th) 488; 226 N.R. 134 (C.A.).

CONSIDERED:

Muliadi v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1986] 2 F.C. 205; (1986), 18 Admin. L.R. 243; 66 N.R. 8 (C.A.).

REFERRED TO:

Toshiba Corp. v. Anti-Dumping Tribunal; Sharp Corp. v. Anti-Dumping Tribunal; Sanyo Corp. v. Anti-Dumping Tribunal (1984), 8 Admin. L.R. 173; 6 C.E.R. 258 (F.C.A.); *Armstrong v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, [1998] 2 F.C. 666; (1998), 156 D.L.R. (4th) 670; 222 N.R. 375 (C.A.).

APPEAL from a Trial Division decision (*Haghighi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*)

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 70(5) (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 13), 114(2) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 102).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Bhagwandass c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 1 C.F. 619 (1^{re} inst.).

DÉCISION ÉCARTÉE:

Cojocar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1999), 162 F.T.R. 151 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISION NON SUIVIE:

Shah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1994), 29 Imm. L.R. (2d) 82; 170 N.R. 238 (C.A.); conf. (1992), 55 F.T.R. 87 (C.F. 1^{re} inst.).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Mancia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1998] 3 C.F. 461; (1998), 161 D.L.R. (4th) 488; 226 N.R. 134 (C.A.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Muliadi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1986] 2 C.F. 205; (1986), 18 Admin. L.R. 243; 66 N.R. 8 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Toshiba Corp. c. Tribunal antidumping; Sharp Corp. c. Tribunal antidumping; Sanyo Corp. c. Tribunal antidumping (1984), 8 Admin. L.R. 173; 6 C.E.R. 258 (C.A.F.); *Armstrong c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, [1998] 2 C.F. 666; (1998), 156 D.L.R. (4th) 670; 222 N.R. 375 (C.A.).

APPEL d'une décision de la Section de première instance (*Haghighi c. Canada (Ministre de la Citoyen-*

(1999), 174 F.T.R. 123) allowing an application for judicial review of an immigration officer's decision that there were insufficient humanitarian and compassionate reasons to permit the applicant to apply for landing from within Canada under subsection 114(2) of the *Immigration Act*. Appeal dismissed.

neté et de l'Immigration) (1999), 174 F.T.R. 123) accueillant une demande de contrôle judiciaire de la décision d'une agente d'immigration qu'il n'y avait pas suffisamment de raisons d'ordre humanitaire pour permettre au demandeur de présenter de l'intérieur du pays une demande de droit d'établissement en vertu du paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration*. Appel rejeté.

APPEARANCES:

Niveditha Logsetty and James Brender for appellant.
Barbara L. Jackman for respondent.

ONT COMPARU:

Niveditha Logsetty et James Brender pour l'appellant.
Barbara L. Jackman pour l'intimé.

SOLICITORS OF RECORD:

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

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appellant.
Jackman, Waldman & Associates, Toronto, pour l'intimé.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

EVANS J.A.:

LE JUGE EVANS, J.C.A.:

A. INTRODUCTION

[1] This appeal raises an important question about the content of the duty of procedural fairness in the disposition of applications to remain in Canada on humanitarian and compassionate (H&C) grounds pursuant to subsection 114(2) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 102] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2.

[2] The question is this: when an H&C claim is based, at least in part, on a fear of persecution in the applicant's country of origin, is the immigration officer responsible for making the discretionary decision required to disclose to the applicant a negative risk assessment report received from another officer, and to give the applicant an opportunity to respond to it before the final decision is made?

A. INTRODUCTION

[1] Le présent appel soulève une question importante au sujet du contenu de l'obligation d'équité procédurale lorsqu'il est statué sur des demandes de permission de rester au Canada fondées sur des raisons d'ordre humanitaire aux termes du paragraphe 114(2) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 102] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2.

[2] La question est la suivante: Lorsqu'une revendication fondée sur des raisons d'ordre humanitaire repose, au moins en partie, sur une crainte de persécution dans le pays d'origine du demandeur, l'agent d'immigration chargé de rendre la décision discrétionnaire est-il tenu de révéler au demandeur l'existence d'un rapport d'évaluation des risques défavorable reçu d'un autre agent et de donner au demandeur la possibilité d'y répondre avant que la décision finale ne soit rendue?

[3] Prior to the decision of the Supreme Court of Canada in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 the content of the duty of fairness owed by officers deciding inland H&C applications was regarded as minimal, and did not require the decision maker to disclose risk assessment reports unless they were based on material not reasonably available to the applicant.

[4] The issue to be decided in this appeal is whether the Trial Division Judge [(1999), 174 F.T.R. 123], Gibson J., was correct in his conclusion that *Baker, supra*, has changed the law applicable to the instant case. He held that the duty of fairness now includes the disclosure of a risk assessment report by a post-claims determination officer (PCDO) so that an applicant may attempt to correct errors or to point out omissions in the report, even when the report was based on material submitted by the applicant as part of his H&C application and other publicly available information that was reasonably available to the applicant.

B. FACTUAL BACKGROUND

[5] Nima Haghighi is an Iranian citizen who made a refugee claim on his arrival in Canada in September 1993 when he was 17 years old. In a decision dated August 29, 1995, the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board rejected Mr. Haghighi's claim on the ground of credibility. His case was subsequently assessed under the post-determination refugee claimants in Canada class, and rejected in September 1997.

[6] In the following month he applied under subsection 114(2) of the *Immigration Act* for leave to have his claim to remain in Canada as a permanent resident processed inland on H&C grounds, by virtue of the length of time that he had been in Canada and his

[3] Avant la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, le contenu de l'obligation d'équité incombant aux agents se prononçant sur les demandes présentées au Canada et fondées sur des raisons d'ordre humanitaire était considéré comme minimal et n'exigeait pas que le décideur communique les rapports d'évaluation des risques à moins que ceux-ci ne soient fondés sur des documents non raisonnablement accessibles au demandeur.

[4] La question à trancher dans le présent appel est de savoir si le juge Gibson, de la Section de première instance [(1999), 174 F.T.R. 123], a eu raison de conclure que l'arrêt *Baker*, précité, avait modifié le droit applicable à la présente affaire. Il a conclu que l'obligation d'équité comportait maintenant la communication d'un rapport d'évaluation des risques fait par un agent de révision des revendications refusées (l'agent de révision), de sorte que le demandeur puisse tenter de corriger des erreurs ou de relever des omissions du rapport même lorsque le rapport reposait sur des documents qu'il avait présentés dans le cadre de sa demande faite pour des raisons d'ordre humanitaire ainsi que sur d'autres renseignements publics qui lui étaient raisonnablement accessibles.

B. LES FAITS

[5] Nima Haghighi est un citoyen iranien qui a fait une revendication du statut de réfugié lors de son arrivée au Canada en septembre 1993, alors qu'il était âgé de 17 ans. Dans une décision datée du 29 août 1995, la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté la revendication de M. Haghighi au motif du manque de crédibilité. Sa demande a ensuite été évaluée dans la catégorie des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada, et elle a été rejetée en septembre 1997.

[6] Le mois suivant, il a présenté une demande aux termes du paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration* pour que sa demande de permission de rester au Canada en tant que résident permanent soit traitée au Canada pour des raisons d'ordre humanitaire compte

academic success here. He was interviewed by an immigration officer in April 1998 when, for the first time, he stated that he feared that he would be persecuted if returned to Iran because he had converted from Islam to Christianity. His then counsel repeated this claim in a letter to the immigration officer, and submitted country condition documents relating to Iran which described, among other things, the extent to which Muslims who have converted to Christianity face difficulties in Iran.

[7] The immigration officer who interviewed Mr. Haghghi in connection with his subsection 114(2) application requested a risk assessment from a PCDO, to whom she sent the file, including the materials submitted on Mr. Haghghi's behalf by his counsel.

[8] The PCDO's report was negative. Relying heavily on a 1997 U.S. Department of State Country Report on Human Rights Conditions in Iran (a document not included in the applicant's package), the PCDO concluded that, despite the draconian penalties to which apostates were theoretically subject in Iran under Islamic law, the only converts in fact at risk are Evangelical ministers and other proselytizers, categories to which Mr. Haghghi does not claim to belong. While the report also acknowledged that all Christian converts were potentially subject to discrimination in employment, education and public accommodation, the PCDO concluded that, if returned to Iran, Mr. Haghghi did not face a serious risk of torture or other forms of persecution on account of his religious conversion.

[9] The PCDO's report did not refer to a UNHCR background paper on Iran for 1995, which Mr. Haghghi had included in his submissions (Appeal Book, at page 283). This document contains a different assessment of the situation, and concludes (Appeal Book, at page 313) that converts:

tenu de la durée de son séjour au pays et de ses succès dans ses études ici. Il a été reçu en entrevue avec une agente d'immigration en avril 1998, date à laquelle il a, pour la première fois, déclaré craindre d'être persécuté s'il retournait en Iran car il s'était converti de l'islam au christianisme. L'avocat qui le représentait à ce moment-là a repris cette prétention dans une lettre envoyée à l'agente d'immigration, et il a déposé des documents portant sur la situation en Iran qui décrivaient notamment les difficultés éprouvées par les musulmans convertis au christianisme en Iran.

[7] L'agente d'immigration qui a reçu en entrevue M. Haghghi relativement à sa demande fondée sur le paragraphe 114(2) a sollicité une évaluation des risques de la part d'un agent de révision, à qui elle a envoyé le dossier, dont les documents présentés au nom de M. Haghghi par son avocate.

[8] Le rapport de l'agent de révision était défavorable. Se fondant en grande partie sur un rapport de 1997 du Secrétariat d'État américain sur la situation en matière de droits de la personne en Iran (qui ne faisait pas partie de la documentation du demandeur), l'agent de révision a conclu que malgré les sanctions draconiennes dont les apostats faisaient théoriquement l'objet en Iran en vertu du droit islamique, les seuls convertis à risques étaient les ministres du culte évangéliques et les autres personnes faisant du prosélytisme, catégories de personnes auxquelles M. Haghghi ne prétend pas appartenir. Bien que le rapport ait également reconnu que toutes les personnes converties au christianisme étaient susceptibles de faire l'objet de discrimination dans l'emploi, l'éducation et le logement ouverts au public, l'agent de révision a conclu que si M. Haghghi retournait en Iran, il ne ferait pas face à un risque grave de subir la torture ou d'autres formes de persécution en raison de sa conversion religieuse.

[9] Le rapport de l'agent de révision ne mentionnait pas le document d'information du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés sur l'Iran pour 1995 que M. Haghghi avait inclus dans ses prétentions (dossier d'appel, à la page 283). Ce document contient une évaluation différente de la situation et

. . . who practice their new religion openly reportedly suffer from various degrees of harassment, ranging from confiscation or refusal to grant a passport, surveillance, threatening blackmail, detention and verbal or physical abuse.

The same document also refers to continuing “threats and torture of known converts” to Christianity (Appeal Book, at page 315).

[10] In a letter dated July 24, 1998, the immigration officer rejected Mr. Haghghi’s claim to remain in Canada on H&C grounds. In the “decision and rationale” section of her report the officer stated that she concurred with the PCDO’s opinion that Mr. Haghghi would not be at risk if he were returned to Iran.

[11] The applicant was granted leave to apply for judicial review of the refusal and, after hearing the application for judicial review on its merits, Gibson J. granted it, set the decision aside and remitted the matter to a different officer.

C. THE DECISION OF THE TRIAL DIVISION

[12] Gibson J. noted that, on virtually identical facts to those in the instant case, I had decided in *Cojocar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 162 F.T.R. 151 (F.C.T.D.) that the duty of fairness owed to an applicant for landing on H&C grounds under subsection 114(2) of the *Immigration Act* did not require the disclosure of the PCDO’s risk assessment report.

[13] I had largely based my conclusion on the statement in *Shah v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 29 Imm. L.R. (2d) 82 (F.C.A.), at pages 82-83 that, because of the

conclut (dossier d’appel, à la page 313) que les convertis:

[TRADUCTION] [. . .] qui pratiquent leur nouvelle religion ouvertement souffriraient de harcèlement sous diverses formes, qu’il s’agisse de la confiscation du passeport, du refus d’en délivrer un, du chantage, de la détention ou de l’agression verbale ou physique.

Ce même document mentionne également l’existence continue de [TRADUCTION] «menaces et de torture de convertis connus» au christianisme (dossier d’appel, à la page 315).

[10] Dans une lettre datée du 24 juillet 1998, l’agente d’immigration a rejeté la demande de M. Haghghi sollicitant la permission de rester au Canada pour des raisons d’ordre humanitaire. Dans la partie «décision et motifs» de son rapport, l’agente a dit qu’elle partageait l’opinion de l’agent de révision que M. Haghghi ne ferait pas face à des risques s’il était renvoyé en Iran.

[11] Le demandeur a reçu l’autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire contre le refus et, après avoir entendu la demande au fond, le juge Gibson l’a accueillie, a annulé la décision et a renvoyé l’affaire pour qu’elle soit tranchée par un autre agent.

C. LA DÉCISION DE LA SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE

[12] Le juge Gibson a souligné que, dans une affaire dont les faits étaient à toutes fins pratiques semblables à ceux de l’espèce, j’avais conclu dans *Cojocar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (1999), 162 F.T.R. 151 (C.F. 1^{re} inst.), que l’obligation d’équité envers un demandeur du droit d’établissement s’appuyant sur des raisons d’ordre humanitaire aux termes du paragraphe 114(2) de la *Loi sur l’immigration* n’exigeait pas la communication du rapport d’évaluation des risques de l’agent de révision.

[13] J’avais fondé en grande partie ma conclusion sur la déclaration faite dans l’arrêt *Shah c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1994), 29 Imm. L.R. (2d) 82 (C.A.F.), aux pages 82 et 83, selon

discretionary and residual nature of the power conferred by subsection 114(2), the content of the duty of fairness was “minimal”, and that applicants had a right to respond only to “extrinsic evidence not brought forward by the applicant” on which the officer relied. Since the PCDO’s report neither contained, nor itself constituted, “extrinsic evidence” within the ruling in *Shah, supra*, I held that its disclosure was not mandated by the duty of fairness.

[14] However, as Gibson J. pointed out, *Cojocar, supra*, was decided before the Supreme Court of Canada’s decision in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), supra*, where (at page 843) the Court held that, largely because of the profound impact that a negative H&C decision is likely to have on the lives of applicants and their children, this Court had been wrong in *Shah, supra*, to peg the content of the duty of fairness in this context at the minimal level.

[15] Thus, reconsidering the scope of the duty of disclosure in the light of *Baker, supra*, and quoting from the reasons for judgment of L’Heureux-Dubé J., Gibson J. held that, whether material was “extrinsic” was no longer the test of whether fairness required its disclosure. Rather, the issue was whether [at paragraph 15, page 128]:

... in failing to share a document such as the PCDO’s recommendation and its rationale, and thereafter relying on it, [the immigration officer] has denied the person or persons whose interests are affected, . . . “. . . meaningful opportunity to present [his] case fully and fairly” or has denied the applicant “. . . a meaningful opportunity to present the various types of evidence relevant to [his] case and have it fully and fairly considered.”

[16] He concluded (at paragraph 16 [page 129]) that the applicant had been denied this opportunity because the PCDO had relied more heavily on some documents, including the State Department document, than on others that had been submitted by the applicant:

laquelle en raison de la nature discrétionnaire et résiduelle du pouvoir conféré par le paragraphe 114(2), la teneur de l’obligation d’équité était «minimale» et que le demandeur n’avait le droit de répondre qu’aux «éléments de preuve extrinsèques qui ne [. . .] sont pas fournis par le requérant» et sur lesquels l’agent s’était fondé. Étant donné que le rapport de l’agent de révision ne contenait pas ni ne constituait un «élément de preuve extrinsèque» au sens de l’arrêt *Shah, précité*, j’ai conclu que l’obligation d’équité n’en exigeait pas la communication.

[14] Toutefois, comme le juge Gibson l’a souligné, la décision *Cojocar, précitée*, a été rendue avant l’arrêt de la Cour suprême du Canada *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration), précité*, dans lequel (à la page 843) la Cour suprême a conclu que, en grande partie en raison des répercussions profondes qu’une décision défavorable en matière de raisons d’ordre humanitaire aurait vraisemblablement sur la vie des demandeurs et de leurs enfants, la Cour fédérale avait eu tort, dans *Shah, précité*, de fixer le contenu de l’obligation d’équité dans ce contexte au niveau le plus bas.

[15] Par conséquent, réexaminant la portée de l’obligation d’équité à la lumière de l’arrêt *Baker, précité*, et citant des extraits des motifs prononcés par le juge L’Heureux-Dubé, le juge Gibson a conclu que la question de savoir si les documents étaient «extrinsèques» n’était plus le critère servant à déterminer si l’équité exigeait leur communication. La question était plutôt de savoir si [au paragraphe 15, page 128]:

[. . .] en omettant de divulguer un document comme la recommandation d’un agent de révision et ses motifs, et plus tard en se fondant sur celui-ci, [l’agent d’immigration] a privé la personne ou les personnes dont les intérêts étaient en jeu, [. . .] «[. . .] d’une occasion valable de présenter [sa] position pleinement et équitablement» ou a privé le demandeur «d’une possibilité valable de présenter les divers types de preuves qui se rapportent à [son] affaire et de les voir évalués de façon complète et équitable».

[16] Il a conclu (au paragraphe 16 [page 129]) que le demandeur avait été privé de cette possibilité parce que l’agent de révision s’était fondé davantage sur certains documents, notamment le document du Secrétariat d’État, que sur ceux qui avaient été présentés par le demandeur:

Clearly, given an opportunity, counsel for the applicant would have put a different “spin” on the material that was before the PCDO and urged the immigration Officer to reject the PCDO’s recommendation and find in favour of the applicant.

[17] Gibson J. also considered briefly, and dismissed, the other grounds of review advanced on behalf of the applicant. Thus, he held, the immigration officer had not unlawfully fettered the exercise of her statutory discretion by simply “rubber stamping” the PCDO’s risk assessment report; had not adopted an overly stringent risk assessment test; and had not failed to have regard to the material before her.

[18] The question certified by Gibson J. is as follows [at paragraph 28, page 130]:

Does an Immigration Officer assessing an application for landing from within Canada on humanitarian or compassionate grounds pursuant to s. 114(2) of the **Immigration Act** breach the duty of fairness owed to an applicant where he or she relies on a document prepared at the request of the Officer, such as a Post-Claim Determination Officer’s recommendation and rationale, where such document is not disclosed to the applicant and the applicant is given no opportunity to respond to it?

The Minister has appealed.

D. ANALYSIS

Issue: Was it a breach of the duty of fairness for the immigration officer to have failed to disclose the PCDO’s report so that the respondent could reply to it before the officer decided the H&C application?

(i) analytical framework

[19] The following points frame my analysis of this issue. First, while the PCDO relied heavily on a U.S. State Department report on Iran not included in the package that was submitted to the immigration officer on behalf of Mr. Haghghi by his counsel, it was not

Si l’occasion lui en avait été donnée, l’avocate du demandeur aurait certainement proposé une autre interprétation des pièces dont disposait l’agent de révision et aurait vivement conseillé à l’agente d’immigration de rejeter la recommandation de l’agent de révision et de conclure en faveur du demandeur.

[17] Le juge Gibson a également examiné brièvement, et rejeté, les autres motifs de contrôle avancés au nom du demandeur. Il a donc conclu que l’agente d’immigration n’avait pas entravé de façon illicite l’exercice de son pouvoir discrétionnaire en ne faisant qu’approuver automatiquement le rapport d’évaluation des risques de l’agent de révision, qu’elle n’avait pas adopté un critère d’évaluation des risques trop sévère et qu’elle n’avait pas omis de tenir compte des documents dont elle était saisie.

[18] Le juge Gibson a certifié la question suivante [au paragraphe 28, page 130]:

L’agent d’immigration qui examine une demande de droit d’établissement au Canada pour motifs d’ordre humanitaire en vertu de l’art. 114(2) de la **Loi sur l’immigration** viole-t-il l’obligation d’équité qui est due à un demandeur, lorsqu’il se fonde sur un document préparé à sa demande, tel que les recommandations et les motifs d’un agent de révision des revendications refusées, lorsqu’un tel document n’est pas communiqué au demandeur et qu’il ne lui est pas donné l’occasion d’y répondre?

Le ministre a interjeté appel.

D. ANALYSE

La question: L’agente d’immigration a-t-elle contrevenu à l’obligation d’équité en ne communiquant pas le rapport de l’agent de révision alors que cette communication aurait permis à l’intimé d’y répondre avant que l’agente ne se prononce sur la demande fondée sur des raisons d’ordre humanitaire?

(i) le cadre analytique

[19] Mon analyse de cette question repose sur les éléments suivants. Premièrement, même si l’agent de révision s’est fondé en grande partie sur un rapport du Secrétariat d’État américain relatif à l’Iran qui ne faisait pas partie des documents présentés à l’agente

contended that the PCDO ought to have disclosed that document to the respondent. This was presumably because the report was publicly available in the Documentation Centre of the Immigration and Refugee Board and was reasonably accessible to Mr. Haghghi or his counsel.

[20] In other words, the PCDO's report contained no facts, or allegations of fact, that were not within the knowledge of Mr. Haghghi. This is therefore not like the situation considered in *Mancia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 3 F.C. 461 (C.A.), where the PCDO had consulted articles that were not in existence when the applicant made his submission to be a member of the post-determination refugee claimants in Canada class.

[21] Second, I agree with Gibson J. that *Cojocar, supra*, must be reconsidered in the light of *Baker, supra*, because the Supreme Court of Canada plainly disapproved an important part of the reasoning on which that decision had been based, namely that the content of the duty of fairness owed by those making decisions under subsection 114(2) does not rise above the minimal level at which it had been set in *Shah, supra*.

[22] Third, counsel for the Minister argued that *Baker, supra*, should not be regarded as requiring the disclosure of the report in our case because the H&C decision under review in *Baker, supra*, had also been made on the basis of the notes and rationale of an officer other than the decision maker, and yet the Court did not say that it was procedurally unfair not to disclose them before the subsection 114(2) decision was made.

[23] I do not find this submission persuasive. Whether fairness required disclosure of the

d'immigration au nom de M. Haghghi par son avocate, on n'a pas prétendu que l'agent de révision aurait dû communiquer ce document à l'intimé. On peut présumer que cela était dû au fait que le rapport était accessible au public au Centre de documentation de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié et qu'il était raisonnablement accessible à M. Haghghi ou à son avocate.

[20] En d'autres termes, le rapport de l'agent de révision ne contenait aucun fait, ni d'allégation de faits, qui ne relevait pas de la connaissance de M. Haghghi. Cela n'est donc pas comme la situation examinée dans l'affaire *Mancia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 3 C.F. 461 (C.A.), où l'agent de révision avait consulté des articles qui n'existaient pas lorsque le demandeur avait présenté sa demande d'être membre de la catégorie des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada.

[21] Deuxièmement, je partage l'avis exprimé par le juge Gibson, selon lequel la décision *Cojocar*, précitée, doit être réexaminée à la lumière de l'arrêt *Baker*, précité, parce que la Cour suprême du Canada a désapprouvé de façon non équivoque une partie importante du raisonnement sur lequel cette décision avait été fondée, à savoir que le contenu de l'obligation d'équité incombant aux décideurs visés par le paragraphe 114(2) ne s'élevait pas au-dessus du niveau minimal auquel il avait été fixé dans l'arrêt *Shah*, é cité.

[22] Troisièmement, l'avocate du ministre a prétendu que l'arrêt *Baker*, précité, ne devait pas être considéré comme exigeant la communication du rapport en l'espèce puisque la décision en matière de raisons d'ordre humanitaire en cause dans l'arrêt *Baker*, précité, reposait également sur les notes et les motifs d'un agent autre que le décideur et que la Cour suprême n'avait pourtant pas dit qu'il était inéquitable sur le plan procédural de ne pas les communiquer avant que la décision fondée sur le paragraphe 114(2) ne soit rendue.

[23] Je ne considère pas cet argument convaincant. Les parties n'ont tout simplement pas présenté d'argu-

interviewing officer's notes, recommendation and rationale prior to the immigration officer's decision of Ms. Baker's H&C application was simply not argued by the parties. Further, since PCDOs have an expertise in making risk assessments their reports are likely to be more influential with the requesting immigration officer than, as was the situation in *Baker*, a recommendation made by a subordinate to a superior immigration officer on whether the application should succeed. For both of these reasons, it would be dangerous to infer from the Court's silence in *Baker*, *supra*, on the question of disclosure that it was thereby implicitly approving the legality of the departmental general practice of not disclosing PCDOs' reports for comment by subsection 114(2) applicants.

[24] Fourth, while the Supreme Court's examination in *Baker*, *supra*, of the factors relevant to determining how much process was required as a matter of fairness led it to the conclusion that it was more than minimal, the Court did not impose the full range of procedural fairness obligations either.

[25] Thus, the Court did not require immigration officers to interview every applicant for inland landing under subsection 114(2), or to give a separate notice of a pending decision to any children who would be adversely affected by a refusal and the consequent deportation of the applicant. The discretionary nature of the H&C decision, and the non-adversarial and institutional setting in which it is made, reduce the content of procedural fairness below that applicable to an independent adjudicative tribunal deciding the legal rights of individuals.

[26] Fifth, in addition to the admonition that immigration officers owe more than a minimal duty of

ments sur la question de savoir si l'équité exigeait la communication des notes, de la recommandation et des motifs de l'agent d'entrevue avant que l'agent d'immigration ne rende sa décision quant à la demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire présentée par M^{me} Baker. En outre, étant donné l'expertise que les agents de révision ont en matière d'évaluation des risques, leurs rapports ont vraisemblablement plus d'influence auprès des agents d'immigration qui les demandent que, comme c'était le cas dans l'affaire *Baker*, une recommandation faite par un subalterne, l'agent principal, sur la question de savoir si la demande devrait être accordée. Pour ces deux motifs, il serait risqué de déduire du silence de la Cour suprême dans l'arrêt *Baker*, précité, sur la question de la communication, qu'elle confirmait ainsi implicitement la légalité de la pratique générale du Ministère de ne pas communiquer les rapports des agents de révision à des fins de commentaires de la part de ceux qui font une demande aux termes du paragraphe 114(2).

[24] Quatrièmement, même si l'examen que la Cour suprême a fait dans l'arrêt *Baker*, précité, relativement aux facteurs pertinents pour la détermination du degré d'équité requis l'a menée à la conclusion que celui-ci était plus que minimal, elle n'a pas non plus imposé l'ensemble des obligations liées à l'équité procédurale.

[25] La Cour suprême n'a donc pas exigé des agents d'immigration qu'ils reçoivent en entrevue tous ceux qui font de l'intérieur du Canada une demande de droit d'établissement aux termes du paragraphe 114(2) ou qu'ils donnent un avis distinct de l'existence d'une décision à venir à tout enfant qui subirait des conséquences négatives du refus et de l'expulsion du demandeur. La nature discrétionnaire de la décision en matière de raisons d'ordre humanitaire ainsi que le forum non contradictoire et institutionnel dans lequel elle est prise abaissent le niveau du contenu de l'équité procédurale en-dessous de celui qui est applicable à un tribunal indépendant se prononçant sur les droits d'individus.

[26] Cinquièmement, en plus de l'avertissement que les agents d'immigration ont plus qu'une obligation

fairness when deciding subsection 114(2) applications, *Baker, supra*, also restored to the mainstream of procedural fairness analysis the task of determining the content of the duty of fairness owed by immigration officers when making inland H&C decisions. The question is whether the disclosure of the report was required to provide Mr. Haghghi with a reasonable opportunity in all the circumstances to participate in a meaningful manner in the decision-making process.

[27] Hence, in deciding whether disclosure of the PCDO's report is required, the Court must consider, *inter alia*, the factors identified by L'Heureux-Dubé J. for locating on the fairness spectrum the duties owed by the immigration officer in a subsection 114(2) case. The inquiry into what is required to satisfy the duty of fairness must be contextualized: asking, as *Shah, supra*, directed, whether the report can be characterised as "extrinsic evidence" is no longer an adequate analytical approach.

[28] The contextual considerations relevant to determining whether the immigration officer was required by the duty of fairness to disclose the PCDO's report to the respondent for comment include the following:

(a) Since an important function of the duty of fairness is to minimize the risk of incorrect or ill-considered decisions, one element of the calculus for determining the procedural content of the duty of fairness in a given case is the extent to which the procedural right claimed is likely to avoid the risk of error in making the decision or in resolving the particular issue in dispute. Another element is the seriousness of the impact of an erroneous decision on those affected by it.

(b) Against these considerations must be balanced any costs likely to attend the recognition of the procedural right claimed, such as delays in the decision-making

d'équité minimale lorsqu'ils se prononcent sur des demandes fondées sur le paragraphe 114(2), l'arrêt *Baker*, précité, a remis au cœur de l'analyse relative à l'équité procédurale la tâche de déterminer le contenu de l'obligation d'équité incombant aux agents d'immigration lorsqu'ils rendent des décisions sur des demandes d'établissement présentées de l'intérieur du Canada invoquant des raisons d'ordre humanitaire. La question est de savoir si la communication du rapport était requise pour que soit fournie à M. Haghghi une possibilité raisonnable, vu l'ensemble des circonstances, de participer de manière significative au processus de prise de décision.

[27] Ainsi, pour déterminer si la communication du rapport de l'agent de révision est requise, la Cour doit notamment examiner les facteurs énumérés par le juge L'Heureux-Dubé pour situer sur l'échelle de l'équité les obligations incombant à l'agent d'immigration dans une affaire relative au paragraphe 114(2). L'analyse de ce qui est requis pour satisfaire à l'obligation d'équité doit être contextualisée: se demander, comme l'exigeait l'arrêt *Shah*, précité, si le rapport peut être qualifié d'«élément de preuve extrinsèque» ne constitue plus une méthode analytique adéquate.

[28] Les considérations contextuelles pertinentes quant à la question de savoir si l'agent d'immigration était tenu, en vertu de l'obligation d'équité, de communiquer le rapport de l'agent de révision à l'intimé à des fins de commentaires sont notamment les suivantes:

a) Étant donné qu'une fonction importante de l'obligation d'équité est de minimiser le risque de décisions incorrectes ou mal fondées, l'un des éléments de l'évaluation visant à déterminer le contenu procédural de l'obligation d'équité dans une affaire donnée est la mesure dans laquelle le droit procédural invoqué est susceptible d'éviter le risque d'erreur dans la prise de la décision ou dans la résolution de la question particulière en litige. Un autre élément consiste en la gravité des effets d'une décision erronée sur ceux qu'elle touche.

b) Il faut évaluer ces considérations à la lumière des coûts vraisemblablement liés à la reconnaissance du droit procédural invoqué, comme les retards dans le

process and the diversion of resources that may be entailed by adding another procedural layer.

(c) The characteristics of the decision-maker may also provide a clue to the procedural duties that can appropriately be imposed as a matter of fairness. A decision maker with the trappings of an adjudicative body may more readily be expected to comply with procedures which, in their general design, resemble those of courts. On the other hand, where, as here, Parliament has conferred decision-making power on an officer of a government department, it is appropriate to shape the content of the duty of fairness applicable with an eye to the bureaucratic model of decision making that is characterized by expertise, team work and the division of labour.

(d) The location of the decision within the wider statutory scheme is also relevant. Here, subsection 114(2) confers an important element of discretion that enables immigration officers to take into account the personal circumstances of individuals who are not eligible for landing in other immigration categories for which more objective qualifications apply. While an integral component of a rule-oriented immigration regime, decisions made on H&C grounds are discretionary and residual in nature and therefore do not attract the same degree of procedural protection as decisions that involve the determination of a person's legal rights.

(e) To the extent that agency practice prescribes procedural propriety, it is relevant to note that, while immigration officers do not routinely disclose PCDOs' risk assessment reports so that subsection 114(2) applicants can respond, this is sometimes done.

(ii) the jurisprudence

[29] Counsel could produce no case decided since *Baker, supra*, in which the duty of immigration officers to disclose PCDOs' reports has been

processus de prise de décision et l'utilisation de ressources supplémentaires que peut comporter l'ajout d'un autre niveau procédural.

c) Les caractéristiques du décideur peuvent également fournir un indice des obligations procédurales qui peuvent être imposées de façon opportune au titre de l'équité. On peut s'attendre plus facilement à ce qu'un décideur possédant les caractéristiques d'un organisme décisionnel suive une procédure qui ressemble à celle des tribunaux. D'autre part, lorsque, comme en l'espèce, le législateur a conféré un pouvoir de décision à un agent d'un ministère, il y a lieu de formuler le contenu de l'obligation d'équité applicable en tenant compte du modèle bureaucratique de prise de décision, qui est caractérisé par l'expertise, le travail d'équipe et la division du travail.

d) La place de la décision dans l'ensemble du régime législatif est également pertinente. En l'espèce, le paragraphe 114(2) confère un important élément de pouvoir discrétionnaire permettant aux agents d'immigration de tenir compte de la situation individuelle des personnes qui ne sont pas admissibles au droit d'établissement dans d'autres catégories d'immigrants pour lesquelles des exigences plus objectives s'appliquent. Bien qu'elles fassent partie intégrante d'un régime d'immigration guidé par des règles, les décisions prises dans le contexte d'allégations de raisons d'ordre humanitaire sont de nature discrétionnaire et résiduelle, de sorte qu'elles ne donnent pas droit au même degré de protection procédurale que les décisions comportant la détermination des droits d'une personne.

e) Dans la mesure où la pratique de l'organisme prescrit la régularité de la procédure, il est pertinent de souligner que même si les agents d'immigration ne communiquent pas de façon habituelle les rapports d'évaluation des risques des agents de révision de manière à ce que ceux qui présentent une demande aux termes du paragraphe 114(2) puissent y répondre, cette communication a parfois lieu.

(ii) la jurisprudence

[29] Les avocats n'ont pu produire aucune décision rendue après l'arrêt *Baker*, précité, dans laquelle l'obligation des agents d'immigration de communiquer

considered. However, now that the duty of fairness imposed on immigration officers is no longer minimal, counsel for the respondent relied particularly on *Muliadi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 2 F.C. 205 (C.A.). The applicant in that case had been refused a visa to be admitted to Canada for permanent residence as an independent immigrant in the entrepreneur category on the basis of an unfavourable assessment of the applicant's business plan provided by the Ontario Small Business Operations Division of the provincial Department of Industry at the request of the visa officer.

[30] Although the applicant in *Muliadi, supra*, had provided information to the visa officer, including the names and addresses of those already involved in the new business, no inquiries were apparently made by the provincial authorities before they concluded that the business was not viable. It was held by this Court that the report should have been disclosed so as to give the applicant an opportunity to attempt to correct errors and to bring to the visa officer's attention the fact that no inquiries of the business had been made.

[31] *Muliadi, supra*, is not directly on point because it concerned an application to enter Canada as an independent immigrant in the entrepreneur class, a decision that is made on more objective criteria than decisions under subsection 114(2), and therefore may be entitled to greater procedural safeguards. Further, a negative assessment of the viability of the applicant's business was necessarily determinative of the application for a visa to enter as an entrepreneur, whereas Mr. Haghghi's H&C claim did not rest entirely on the risk to which he would be exposed in Iran.

[32] On the other hand, the rejection of an H&C claim based on an erroneous risk assessment to the effect that the individual was not seriously in danger of persecution if removed from Canada is potentially

les rapports des agents de révision aurait été examinée. Toutefois, l'obligation d'équité imposée aux agents d'immigration n'étant maintenant plus considérée comme minimale, l'avocate de l'intimé s'est fondée principalement sur l'arrêt *Muliadi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 2 C.F. 205 (C.A.). Dans cette affaire, on avait refusé au demandeur un visa d'admission au Canada en tant que résident permanent à titre d'immigrant indépendant dans la catégorie entrepreneur en raison d'une évaluation défavorable de son projet d'entreprise qui avait été fournie par la Small Business Operations Division du ministère provincial de l'Industrie de l'Ontario à la demande de l'agent des visas.

[30] Même si dans l'affaire *Muliadi*, précitée, le demandeur avait fourni des renseignements à l'agent des visas, notamment les noms et adresses des personnes participant à la nouvelle entreprise, il semble que les autorités provinciales n'aient fait aucune enquête avant de conclure que l'entreprise n'était pas viable. La Cour a conclu que le rapport aurait dû être communiqué pour donner au demandeur la possibilité de tenter de corriger des erreurs et d'attirer l'attention de l'agent des visas sur le fait qu'aucune enquête relative à l'entreprise n'avait été faite.

[31] L'arrêt *Muliadi*, précité, n'est pas directement pertinent parce qu'il portait sur une demande d'admission au Canada en tant qu'immigrant indépendant dans la catégorie entrepreneur, les décisions en cette matière étant prises suivant des critères plus objectifs que les décisions prises aux termes du paragraphe 114(2) et étant donc susceptibles de donner droit à une plus grande protection procédurale. En outre, l'évaluation négative relative à la viabilité de l'entreprise du demandeur était nécessairement déterminante quant à la demande de visa d'admission à titre d'entrepreneur tandis que la revendication fondée sur des raisons d'ordre humanitaire de M. Haghghi ne reposait pas entièrement sur le risque auquel il serait exposé en Iran.

[32] Par contre, le rejet d'une revendication fondée sur des raisons d'ordre humanitaire qui repose sur une évaluation des risques erronée voulant que la personne ne serait pas en danger grave de persécution si elle

likely to have a more severe impact on the individual than the refusal of an overseas visa application for admission as an entrepreneur.

[33] Moreover, the cases are similar in that one reason for the Court's requiring disclosure in *Muliadi, supra*, was that, if the applicant had been given an opportunity to comment on the report from the Ontario government official, he could have pointed out any methodological and other weaknesses in it. In much the same way, Mr. Haghighi could have indicated the failure by the PCDO to refer to the evidence in the UNHCR country conditions report (a documentary source that is normally highly regarded) that Christian converts from Islam are liable to more serious forms of official sanction in Iran than indicated in other documents on which the officer relied when making the risk assessment.

[34] Finally, I should note another similarity. In *Muliadi, supra*, the Court held that, by stating to the applicant that the assessment had been made by another authority and there was nothing he could do about it, the visa officer had improperly fettered, or sub-delegated, the exercise of his statutory decision-making power.

[35] The fettering or surrendering of discretion was also raised by counsel as a concern in this case, because the immigration officer had stated in her rationale for rejecting the respondent's H&C application that she "concur[s] with the PCDO's decision." Gibson J. thought it [at paragraph 20, page 129] "unfortunate that the Immigration Officer refers to the PCDO's recommendation as a 'decision'". However, he was not prepared to infer from this statement that she had improperly surrendered her discretion to the PCDO on this aspect of Mr. Haghighi's application.

était renvoyée du Canada risque vraisemblablement d'avoir des répercussions plus graves sur la personne que le refus d'une demande de visa d'admission à titre d'entrepreneur qui est présentée à l'extérieur du pays.

[33] De plus, les affaires sont semblables en ce que l'un des motifs pour lesquels la Cour a exigé la communication dans l'arrêt *Muliadi*, précité, était que si le demandeur avait eu la possibilité de faire des observations sur le rapport des fonctionnaires du gouvernement de l'Ontario, il aurait pu en souligner les lacunes, méthodologiques ou autres. En grande partie de la même façon, M. Haghighi aurait pu faire remarquer l'omission de l'agent de révision de renvoyer à la preuve contenue dans le rapport de la situation du pays du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (une source documentaire qui est généralement tenue en haute estime), selon laquelle les personnes converties de l'islam au christianisme sont susceptibles de subir des sanctions plus graves de la part des autorités en Iran que ce qu'indiquent les autres documents sur lesquels l'agent s'est fondé lorsqu'il a fait l'évaluation des risques.

[34] Enfin, je dois souligner une autre similitude. Dans l'arrêt *Muliadi*, précité, la Cour a conclu qu'en disant au demandeur que l'évaluation avait été faite par une autre autorité et qu'il ne pouvait rien y faire, l'agent des visas avait entravé ou délégué de façon inappropriée l'exercice du pouvoir de décision qui lui est conféré par la loi.

[35] En l'espèce, l'avocate a également soulevé l'entrave au pouvoir discrétionnaire ou la renonciation à celui-ci comme source de préoccupations parce que l'agente d'immigration avait dit dans ses motifs de rejet de la demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire présentée par l'intimé qu'elle [TRADUCTION] «[est] d'accord avec la décision de l'agent de révision». Le juge Gibson a estimé qu'il était «dommage que l'agente d'immigration fasse mention de la recommandation de l'agent de révision en tant que "décision"». Il n'était toutefois pas prêt à déduire de cette déclaration qu'elle avait renoncé sans droit à son pouvoir discrétionnaire en faveur de l'agent de révision sur cet aspect de la demande de M. Haghighi.

[36] Nonetheless, the decisive weight often likely to be given by immigration officers to risk assessment reports from PCDOs is a reason to “level the playing field” by permitting subsection 114(2) applicants to respond to them. Otherwise, the influence on the decision maker of the submissions that they made in support of their application is likely to be greatly diminished by the report.

(iii) the analysis applied

[37] In my opinion, the duty of fairness requires that inland applicants for H&C landing under subsection 114(2) be fully informed of the content of the PCDO’s risk assessment report, and permitted to comment on it, even when the report is based on information that was submitted by or was reasonably available to the applicant. Given the often voluminous, nuanced and inconsistent information available from different sources on country conditions, affording an applicant an opportunity to comment on alleged errors, omissions or other deficiencies in the PCDO’s analysis may well avoid erroneous H&C decisions by immigration officers, particularly since these reports are apt to play a crucial role in the final decision. I would only add that an opportunity to draw attention to alleged errors or omissions in the PCDO’s report is not an invitation to applicants to reargue their case to the immigration officer.

[38] In view of the potentially grave consequences for an individual who is returned to a country where, contrary to the PCDO’s report, there is a serious risk of torture, the increased accuracy in the decision likely to result from affording the respondent the procedural right sought here justifies whatever administrative

[36] Néanmoins, le poids déterminant que les agents d’immigration donneront vraisemblablement souvent aux rapports d’évaluation des risques des agents de révision constitue une raison pour «uniformiser les règles du jeu» en permettant à ceux qui présentent une demande aux termes du paragraphe 114(2) de répondre à ces rapports. Autrement, l’influence sur le décideur des arguments présentés à l’appui d’une demande sera vraisemblablement grandement diminuée par le rapport.

(iii) l’application de l’analyse

[37] J’estime que l’obligation d’équité exige que ceux qui présentent de l’intérieur du pays une demande de droit d’établissement fondée sur des raisons d’ordre humanitaire aux termes du paragraphe 114(2) soient informés de l’ensemble du contenu du rapport d’évaluation des risques de l’agent de révision et qu’il leur soit permis de faire des observations au sujet de ce rapport, même dans les cas où le rapport est fondé sur des renseignements qui sont fournis par le demandeur ou qui lui sont raisonnablement accessibles. Compte tenu du volume, des nuances et des incompatibilités des renseignements disponibles à partir de différentes sources sur la situation dans le pays, donner au demandeur la possibilité de faire des observations sur les erreurs, les omissions et les autres lacunes que pouvait contenir l’analyse de l’agent de révision pourrait bien permettre d’éviter des décisions erronées de la part des agents d’immigration dans les dossiers où des raisons d’ordre humanitaire sont invoquées, d’autant plus que ces rapports sont susceptibles de jouer un rôle vital dans la décision finale. J’ajouterais seulement que la possibilité d’attirer l’attention sur les erreurs ou les omissions qui seraient contenues dans le rapport de l’agent de révision ne constitue pas une invitation aux demandeurs pour qu’ils présentent de nouveau leurs arguments à l’agent d’immigration.

[38] Vu les conséquences potentiellement graves pour une personne qui est renvoyée dans un pays où, contrairement au rapport de l’agent de révision, il y a un risque sérieux de torture, la correction accrue de la décision qui est susceptible de résulter du fait d’accorder à l’intimé le droit procédural recherché en l’espèce

delays might thereby be occasioned. In order to minimize delay, it would be appropriate for immigration officers to give to applicants a relatively short time within which to submit written comments on the report.

[39] This conclusion is consistent with *Muliadi, supra*, even though factual differences between the cases do not make *Muliadi, supra*, compelling authority. On the other hand, I also recognize that courts have not invariably required administrative agencies that hold relatively formal hearings to disclose staff reports, especially when they contain no new information, but simply summarize the evidence and submissions of the parties or define the issues to be decided: see, for example, *Toshiba Corp. v. Anti-Dumping Tribunal*; *Sharp Corp. v. Anti-Dumping Tribunal*; *Sanyo Corp. v. Anti-Dumping Tribunal* (1984), 8 Admin. L.R. 173 (F.C.A.); *Armstrong v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, [1998] 2 F.C. 666 (C.A.).

[40] However, a full hearing also provides the participants with a greater opportunity to influence the outcome than that available to applicants under subsection 114(2). And, in other decision-making contexts staff summaries and commentary may not assume the central importance occupied by the PCDO's report in subsection 114(2) cases. Further, if wrong, few administrative decisions have the capacity for inflicting such catastrophic harm on individuals as that possessed by the administrative decision with which this case is concerned.

[41] Much closer to the context of the instant case is *Bhagwandass v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 1 F.C. 619 (T.D.). In that case, Gibson J. held that it was a breach of the duty of fairness not to disclose to a deportee the summary of the file prepared to assist the Minister's delegate when deciding whether to issue a danger opinion under subsection 70(5) [as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 13] of the *Immigration Act*.

justifie tout retard administratif que cela pourrait occasionner. Afin de minimiser les retards, il serait opportun que les agents d'immigration donnent aux demandeurs un délai relativement court pour présenter leurs observations écrites au sujet du rapport.

[39] Cette conclusion est compatible avec l'arrêt *Muliadi*, précité, même si les différences de fait existant entre les deux affaires font en sorte que l'arrêt *Muliadi*, précité, ne constitue pas un précédent qui lie la Cour. D'autre part, je reconnais également que les tribunaux n'exigent pas toujours que les organismes administratifs qui tiennent des audiences relativement formelles communiquent les rapports faits par le personnel, surtout lorsque ces rapports ne contiennent aucun nouveau renseignement, mais résument simplement la preuve et les arguments des parties ou définissent les questions à trancher: voir, par exemple, *Toshiba Corp. c. Tribunal antidumping*; *Sharp Corp. c. Tribunal antidumping*; *Sanyo Corp. c. Tribunal antidumping* (1984), 8 Admin. L.R. 173 (C.A.F.); *Armstrong c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, [1998] 2 C.F. 666 (C.A.).

[40] Toutefois, une audition complète fournit également aux participants une plus grande possibilité d'influencer l'issue que ce qui est disponible aux demandeurs en vertu du paragraphe 114(2). Et dans d'autres contextes de prise de décisions, il se peut que les résumés faits par le personnel n'aient pas l'importance vitale qu'a le rapport de l'agent de révision dans les affaires où le paragraphe 114(2) est invoqué. En outre, en cas d'erreur, peu de décisions administratives sont aussi susceptibles d'infliger un préjudice aussi catastrophique aux personnes que la décision administrative en cause dans la présente affaire.

[41] L'affaire *Bhagwandass c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 1 C.F. 619 (1^{re} inst.) se rapproche beaucoup plus du contexte de la présente affaire. Dans cette affaire, le juge Gibson a conclu que constituait une violation de l'obligation d'équité le fait de ne pas communiquer à une personne expulsée le résumé d'un dossier préparé pour aider le représentant du ministre à déterminer s'il devait émettre un avis de danger aux termes du paragraphe 70(5) [mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 13] de la *Loi sur l'immigration*.

[42] I note particularly that, in setting the content of the duty of fairness applicable in this context, Gibson J. relied heavily on the analysis of L'Heureux-Dubé J. in *Baker, supra*, the special weight to be accorded to the gravity of the impact of an adverse decision on the individual, and the importance of the document in influencing the ultimate decision.

E. CONCLUSION

[43] For these reasons I would dismiss the appeal. I would answer the certified question as follows: it was a breach of the duty of fairness for the immigration officer, prior to her decision, to have failed to inform the respondent of the content of the PCDO's risk assessment, with which she had concurred, and to give him a reasonable opportunity to attempt to identify errors or omissions in it.

[44] In the event, it is not necessary to comment on arguments advanced by the respondent that were designed to establish that, if the appellant was right on the procedural fairness issue, Gibson J. erred in rejecting the other grounds of review that counsel for Mr. Haghighi had put before him.

STONE J.A.: I agree.

MALONE J.A.: I agree.

[42] Je souligne particulièrement le fait qu'en établissant le contenu de l'obligation d'équité applicable dans ce contexte, le juge Gibson s'est fondé en grande partie sur l'analyse faite par le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Baker*, précité, sur le poids spécial devant être accordé à la gravité des répercussions d'une décision défavorable sur la personne ainsi que sur l'importance du document quant à son influence sur la décision finale.

E. CONCLUSION

[43] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel. Je suis d'avis de répondre ainsi à la question certifiée: L'agente d'immigration a, avant de rendre sa décision, contrevenu à l'obligation d'équité en n'informant pas l'intimé du contenu de l'évaluation des risques de l'agent de révision, avec laquelle elle était d'accord, et en ne lui donnant pas une possibilité raisonnable de tenter de relever des erreurs ou des omissions dans cette évaluation.

[44] En conséquence, il n'est pas nécessaire que je commente les arguments avancés par l'intimé qui visaient à démontrer que si l'appelant avait raison relativement à la question de l'équité procédurale, le juge Gibson avait commis une erreur en rejetant les autres motifs de contrôle que l'avocate de M. Haghighi avait invoqués devant lui.

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

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

A-699-99

A-699-99

Atomic Energy of Canada Limited (*Appellant*)**Énergie atomique du Canada Limitée** (*appelante*)

v.

c.

Sierra Club of Canada (*Respondent*)**Sierra Club du Canada** (*intimé*)

and

et

The Minister of Finance of Canada, The Minister of Foreign Affairs of Canada, The Minister of International Trade of Canada and The Attorney General of Canada (*Respondents*)**Le ministre des Finances du Canada, le ministre des Affaires étrangères du Canada, le ministre du Commerce international du Canada et le procureur général du Canada** (*intimés*)*INDEXED AS: SIERRA CLUB OF CANADA v. CANADA (MINISTER OF FINANCE) (C.A.)**RÉPERTORIÉ: SIERRA CLUB DU CANADA c. CANADA (MINISTRE DES FINANCES) (C.A.)*Court of Appeal, Robertson, Evans and Sharlow JJ.A.
—Ottawa, March 28 and May 15, 2000.Cour d'appel, juges Robertson, Evans et Sharlow,
J.C.A.—Ottawa, 28 mars et 15 mai 2000.

Practice — Affidavits — Cross-appeal from order granting leave to file supplementary affidavit, additional documents describing environmental assessment undertaken under Chinese laws — Litigation seeking judicial review of federal government's decision to provide financial assistance for sale, construction of nuclear reactors in China without subjecting project to environmental assessment in accordance with Canadian Environmental Assessment Act (CEAA), s. 5(1)(b) — Sierra Club seeking declaration construction in China subject to environmental assessment in accordance with Canadian legislation — Atomic Energy of Canada Limited (AECL), government respondents submitting either CEAA not applicable, or relying on statutory defences under ss. 8, 54 — Documents technical, voluminous — Cross-appeal dismissed — Documents relevant to AECL's defence under s. 54(2)(b) exemption from processes otherwise required by Act where arrangements between countries that environmental assessment consistent with CEAA to be conducted — Sufficient to demonstrate relevance to any one issue — Documents also potentially relevant to exercise of Court's discretion to refuse remedy (i.e. order quashing decision to grant financial assistance) — If defence established, purpose of CEAA met, wasteful to require another assessment — Discretionary remedies not granted if serve no useful purpose — Benefit to intervenor of being able to file documents, assistance will provide to Court, outweighing any prejudice to applicant as result of delay.

Pratique — Affidavits — Appel incident d'une ordonnance accordant l'autorisation de déposer un affidavit supplémentaire et de nouveaux documents décrivant l'évaluation environnementale entreprise en vertu des lois chinoises — La demande porte sur le contrôle judiciaire de la décision du gouvernement fédéral de fournir une aide financière en vue de la vente à la Chine de réacteurs nucléaires et de leur construction, sans soumettre le projet à une évaluation environnementale en vertu de l'art. 5(1)(b) de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (LCÉE) — Le Sierra Club demande une déclaration portant que la construction en Chine doit être soumise à une évaluation environnementale en vertu de la loi canadienne — Énergie atomique du Canada Limitée (ÉACL) et le gouvernement, intimés, soutiennent que la LCÉE ne s'applique pas et que, si elle s'applique, ils ont des moyens de défense valables en vertu des art. 8, 54 — Les documents sont techniques et volumineux — L'appel incident est rejeté — Les documents sont pertinents dans le cadre de la défense présentée par ÉACL en vertu de l'exemption prévue à l'art. 54(2)(b), qui prévoit l'équivalence des processus prévus à la Loi lorsque des ententes sont prises entre pays pour la tenue d'une évaluation environnementale compatible avec la LCÉE — Il suffit de démontrer la pertinence quant à une des questions en litige — Les documents sont aussi potentiellement pertinents quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour de refuser d'accorder une réparation (c.-à.-d. une ordonnance annulant la décision de fournir une aide financière) — Si le moyen de défense est démontré, l'objectif de la LCÉE est atteint et ce serait du gaspillage d'exiger une autre évaluation — Les réparations discrétionnaires ne sont pas accordées lorsqu'elles ne servent pas une fin utile — L'avantage pour l'intervenante d'une autorisation de déposer les documents, ainsi que pour la Cour dans son examen, compense tout préjudice qui pourrait être causé à la demanderesse par le retard.

Practice — Confidentiality Orders — Appeal from refusal to grant confidentiality order with respect to documents describing environmental assessment undertaken under Chinese laws — Documents allegedly containing commercially sensitive information — Prepared by or with assistance of Chinese — Litigation seeking judicial review of federal government's decision to provide financial assistance for sale, construction of nuclear reactors in China without subjecting project to environmental assessment in accordance with Canadian Environmental Assessment Act — Appeal dismissed (Robertson J.A. dissenting) — Having considered nature of litigation, extent of public interest in openness of proceedings, Motions Judge not giving public interest factor undue weight even though confidentiality claimed for only three documents, and content highly technical — Openness, public participation in assessment process of fundamental importance in CEAA — Motions Judge attaching too much weight to “voluntariness” of AECL's introduction of documents, but not vitiating decision because (1) in this case great weight attached to openness; (2) summaries may somewhat compensate for absence of originals; (3) claim for confidentiality based on fear of loss of business towards low end of confidential spectrum — Motions Judge not required to inspect documents before considering confidentiality request given volume, complexity, availability of summaries.

Judges and Courts — Open justice — Appeal from refusal to grant confidentiality order for documents describing environmental assessment undertaken under Chinese laws — Documents prepared by or with assistance of Chinese — Litigation seeking judicial review of federal government's decision to provide financial assistance for sale, construction of nuclear reactors in China without subjecting project to environmental assessment in accordance with Canadian Environmental Assessment Act — Openness, public participation in assessment process of fundamental importance in Act — Although commercial interests of AECL directly implicated in outcome of litigation, focus of application alleged breach of statutory duty — Having considered nature of litigation, extent of public interest in openness of proceedings, Motions Judge not giving public interest factor undue weight.

This was an appeal from the Motions Judge's refusal of Atomic Energy of Canada Limited (AECL) request to treat certain documents as confidential, and a cross-appeal from the order granting leave to file a supplementary affidavit and three additional documents referred to in affidavits that had already been filed, and providing that AECL could file an

Pratique — Ordonnances de confidentialité — Appel du refus d'accorder une ordonnance de confidentialité au sujet des documents décrivant l'évaluation environnementale entreprise en vertu des lois chinoises — Les documents sont allégués contenir des renseignements commerciaux délicats — Ils ont été préparés par les Chinois ou avec leur aide — La demande porte sur le contrôle judiciaire de la décision du gouvernement fédéral de fournir une aide financière en vue de la vente à la Chine de réacteurs nucléaires et de leur construction, sans soumettre le projet à une évaluation environnementale en vertu de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale — Appel rejeté (juge Robertson, J.C.A., dissident) — Après examen de la nature du litige et évaluation de l'intérêt du public à la publicité du processus judiciaire, le juge des requêtes n'a pas accordé trop d'importance à ce facteur, même si la confidentialité n'est demandée que pour trois documents dont le contenu est très technique — La transparence du processus d'évaluation et la participation du public ont une importance fondamentale dans le cadre de la LCÉE — Le juge des requêtes a donné trop de poids au fait que ÉACL voulait déposer les documents «volontairement», erreur qui n'entache pas sa décision du fait que 1) en l'instance, une très grande importance doit être accordée à la publicité; 2) un résumé des rapports peut dans une certaine mesure compenser l'absence des originaux; 3) la demande de confidentialité reposant sur la crainte de perdre des occasions d'affaires se situe au bas de l'échelle de la confidentialité — Le juge des requêtes n'était pas tenu d'examiner les documents avant d'examiner la demande d'ordonnance de confidentialité, compte tenu de leur volume, de leur complexité et du fait qu'ils étaient disponibles sous forme de précis.

Juges et tribunaux — Publicité du processus judiciaire — Appel du refus d'accorder une ordonnance de confidentialité au sujet des documents décrivant l'évaluation environnementale entreprise en vertu des lois chinoises — Les documents ont été préparés par les Chinois ou avec leur aide — La demande porte sur le contrôle judiciaire de la décision du gouvernement fédéral de fournir une aide financière en vue de la vente à la Chine de réacteurs nucléaires et de leur construction, sans soumettre le projet à une évaluation environnementale en vertu de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale — La transparence du processus d'évaluation et la participation du public ont une importance fondamentale dans le cadre de la Loi — Même si les intérêts commerciaux d'ÉACL sont directement mis en cause dans ce litige, la demande porte sur l'allégation de manquement aux obligations découlant de la loi — Après examen de la nature du litige et évaluation de l'intérêt du public à la publicité du processus judiciaire, le juge des requêtes n'a pas accordé trop d'importance à ce facteur.

L'appel porte sur le refus du juge des requêtes d'accéder à une demande d'Énergie atomique du Canada Limitée (ÉACL) de traiter certains documents comme confidentiels, alors que l'appel incident porte sur l'ordonnance autorisant le dépôt d'un affidavit supplémentaire ainsi que de trois documents dont il est question dans les affidavits déjà

edited version of the documents, omitting sensitive information.

The litigation seeks judicial review of the federal government's decision to provide financial assistance for the sale and construction of nuclear reactors in China without subjecting the project to an environmental assessment in accordance with *Canadian Environmental Assessment Act* (CEAA), paragraph 5(1)(b). Sierra Club seeks a declaration that ongoing construction in China is subject to an environmental assessment in accordance with the Canadian legislation. AECL and the government respondents submitted that the CEAA does not apply, or that if it does, there are statutory defences available under sections 8 and 54. Finally, they argued that even if the legislation was breached, the Court should not grant the relief sought because the Chinese authorities have undertaken an environmental assessment which is equivalent to that required under the federal legislation.

The documents in question were either prepared by Chinese authorities and are in Chinese, or by AECL with assistance from the Chinese participants in the project. They contain a mass of technical information describing the environmental assessment being undertaken by Chinese authorities under laws of the People's Republic of China, and are said to contain commercially sensitive material. They are referred to and summarized in affidavits already filed. The Sierra Club contended that its right to cross-examine on these affidavits was rendered nugatory by the absence of the supporting documents to which they referred, and that the summary provided in the affidavits was insufficient for this purpose.

In deciding to admit the documents, the Motions Judge held that they were potentially relevant to the Court's exercise of its discretion to refuse a remedy notwithstanding a violation of the CEAA. In refusing the confidentiality order, the Motions Judge considered the harm that AECL might suffer if it filed the documents without the protection of a confidentiality order, and AECL's submission that it would not be able to mount a full answer and defence if it decided not to file them because a confidentiality order was refused. He weighed these considerations against the principle of open public access to court documents, particularly noting that the subject-matter of this litigation was important to the public interest and had generated considerable media attention.

Held (Robertson J.A. *dissenting* as to the appeal), the appeal and cross-appeal should be dismissed.

Per Evans J.A. (Sharlow J.A. concurring): (1) The documents are clearly relevant to the defence under paragraph 54(2)(b), which provides an exemption from the

dépôts, dans une version modifiée par ÉACL en supprimant les passages délicats.

La demande porte sur le contrôle judiciaire de la décision du gouvernement fédéral de fournir une aide financière en vue de la vente à la Chine de réacteurs nucléaires et de leur construction, sans soumettre le projet à une évaluation environnementale en vertu de l'alinéa 5(1)b) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* (LCÉE). Le Sierra Club demande une déclaration portant que la construction en Chine doit être soumise à une évaluation environnementale en vertu de la loi canadienne. L'ÉACL et le gouvernement, intimés, soutiennent que la LCÉE ne s'applique pas et que, si elle s'applique, ils ont des moyens de défense valables en vertu des articles 8 et 54. Finalement, ils soutiennent que même s'il y a eu infraction à la législation, la Cour ne devrait pas accorder la réparation demandée étant donné que les autorités chinoises ont procédé à une évaluation environnementale qui équivaut à celle exigée par la législation fédérale.

Les documents en cause ont été préparés soit par les autorités chinoises en chinois, soit par ÉACL avec la participation des responsables chinois du projet. Ils contiennent une quantité considérable de renseignements techniques décrivant l'évaluation environnementale du projet qui est conduite par les autorités chinoises en vertu des lois de la République populaire de Chine. On a déclaré qu'ils contiennent des renseignements commerciaux délicats. Ces documents sont mentionnés et résumés dans les affidavits déjà déposés. Le Sierra Club a soutenu que son droit de contre-interroger sur les affidavits serait sans valeur en l'absence des documents auxquels ils se réfèrent, et que les résumés contenus dans les affidavits ne suffiraient pas à cette fin.

En décidant d'autoriser le dépôt des documents, le juge des requêtes a conclu qu'ils pouvaient être pertinents dans le cadre de l'exercice par la Cour de son pouvoir discrétionnaire de refuser d'accorder des réparations nonobstant la violation de la LCÉE. En refusant d'accorder l'ordonnance de confidentialité, le juge des requêtes a examiné le préjudice qui pourrait être causé à ÉACL si elle devait déposer les documents sans avoir obtenu la protection d'une ordonnance de confidentialité, ainsi que la prétention d'ÉACL portant que, si elle décidait de ne pas les déposer en l'absence d'une ordonnance de confidentialité, elle n'aurait pas la possibilité de se défendre de façon adéquate. Il a examiné ces arguments au vu du principe de la publicité des documents soumis aux tribunaux, indiquant notamment que la question en litige intéresse le public au plus haut point et qu'elle a soulevé beaucoup de commentaires dans les médias.

Arrêt (juge Robertson, J.C.A., *dissident* pour l'appel): l'appel et l'appel incident sont rejetés.

Le juge Evans, J.C.A. (le juge Sharlow, J.C.A. souscrit à ses motifs): 1) Les documents en cause sont clairement pertinents quant aux moyens de défense en vertu de

processes otherwise required by the Act if there is an arrangement between the Government of Canada and an organization in the country where the project is to be carried out that an environmental assessment of the project will be conducted in that country in accordance with an assessment process that is consistent with the requirements of the Act and is in effect in that country. Whether AECL will be able to establish this defence before the Motions Judge could not be determined at this stage, but it was sufficient for AECL, as it did, to demonstrate the potential relevance of the documents to one of the issues in dispute.

The documents are also potentially relevant to the exercise of the Court's discretion to refuse a remedy, particularly the order to quash the decision to provide financial assistance and to order a halt to further payments under the contract. If an adequate environmental assessment has been conducted in China, the purpose of the Act will arguably have been met and it would be wasteful to require another assessment to be conducted under the CEAA. Discretionary remedies are not granted on an application for judicial review if they would serve no useful purpose, especially when to grant the relief requested would have serious adverse consequences for both the public and the private interests involved in this major project. Of course, for this argument to be given credence it will be necessary for AECL to demonstrate that the assessment conducted in China is broadly similar to that mandated under the CEAA so as to constitute an adequate alternative. The documents describing the environmental assessment carried out by Chinese authorities are said to be relevant to establishing this.

Relief for breach of the CEAA should not be refused because it would have no practical effect just because the project is outside Canada. The financing provided by the respondents may give the Canadian government sufficient leverage to persuade Chinese authorities to correct problems identified by CEAA assessment.

The benefit to the intervener of being granted leave to file these documents, and the assistance that they will provide to the Court outweigh any prejudice to the Sierra Club as a result of delay. The delays were not all attributable to the intervener and the respondents. Moreover, since dates have now been fixed for the hearing of the application, which the Sierra Club has stated that it will meet even if the additional documents are filed, it seems unlikely that the Sierra Club will be prejudiced by further delay as a result of the grant of leave to AECL to file them.

(2) Before granting a confidentiality order, the Court must consider what harm could be caused to the party seeking it if the documents are disclosed, as well as the public interest

l'alinéa 54(2)b), qui prévoit une exemption face aux exigences de la Loi en cas d'accord entre le gouvernement du Canada et un organisme du pays où le projet doit être réalisé portant que l'évaluation environnementale sera effectuée dans ce pays conformément à un processus compatible avec la Loi et applicable dans ce pays. La Cour ne peut décider maintenant si ÉACL pourra établir ce moyen de défense devant le juge des requêtes, mais il suffisait qu'ÉACL démontre, comme elle l'a fait, que les documents sont potentiellement pertinents quant au règlement d'une des questions en litige.

Les documents sont aussi potentiellement pertinents quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour de refuser d'accorder une réparation, notamment les ordonnances annulant la décision de fournir une aide financière et ordonnant qu'on arrête tout paiement prévu par le contrat. Si une évaluation environnementale suffisante a été menée en Chine, on peut soutenir que l'objectif de la Loi est atteint et que d'exiger une autre évaluation en vertu de la LCÉE serait une forme de gaspillage. Les réparations discrétionnaires demandées par la voie du contrôle judiciaire ne sont pas accordées lorsqu'elles ne servent pas une fin utile, surtout lorsque le fait de les accorder aurait des conséquences négatives sérieuses pour les intérêts privés et publics en cause dans ce projet d'envergure. Bien sûr, pour que cet argument soit retenu, il sera essentiel qu'ÉACL fasse la démonstration que l'évaluation réalisée en Chine est compatible avec celle qui est prévue dans la LCÉE et constitue donc une solution de rechange valable. On a déclaré que c'est aux fins de cette démonstration que les documents qui décrivent l'évaluation environnementale entreprise par les autorités chinoises sont pertinents.

Il n'y avait pas lieu de refuser d'accorder une réparation pour la violation de la LCÉE, au motif qu'elle n'aurait aucune incidence sur le plan pratique étant donné que le projet était situé à l'extérieur du Canada. Le financement fourni par les intimés peut donner au gouvernement canadien un moyen de pression suffisant pour persuader les autorités chinoises de régler les problèmes décelés lors d'une évaluation en vertu de la LCÉE.

L'avantage pour l'intervenante d'une autorisation de déposer les documents, ainsi que pour la Cour dans son examen du dossier, compense nettement tout préjudice qui pourrait être causé au Sierra Club par le retard. Les retards ne sont pas tous attribuables à l'intervenante ou aux intimés. De plus, comme les dates pour l'audition de la demande ont maintenant été fixées et que le Sierra Club a déclaré qu'il serait prêt même si les documents complémentaires sont déposés, il semble peu probable que le Sierra Club aurait à subir un préjudice causé par un retard additionnel lié à l'autorisation accordée à ÉACL de les déposer.

2) Avant d'accorder une ordonnance de confidentialité, la Cour doit évaluer le préjudice que la divulgation des documents pourrait causer à la partie en faisant la demande,

in the openness of the judicial process in the case. Openness and public participation in the assessment process are of fundamental importance in the CEEA. Moreover, although the commercial interests of AECL are directly implicated in the outcome of the litigation, the focus of the application is an alleged breach of statutory duty by the respondent Ministers. Thus, having considered the nature of the litigation and having assessed the extent of public interest in the openness of the proceedings, the Motions Judge did not give the public interest factor undue weight, even though confidentiality is claimed for only three documents, and their content is likely to be beyond the comprehension of all but a few.

The Motions Judge attached too much weight to the voluntariness of AECL's introduction of the documents as a factor militating toward refusing to grant the confidentiality order. However, that error did not vitiate the ultimate conclusion because: (1) in this case great weight must be attached to the principle of openness to every aspect of the proceedings, including the documentary evidence; (2) the inclusion in the affidavits of a summary of the reports may somewhat compensate for the absence of the originals; and (3) if AECL submits an edited version of the documents with the commercially sensitive information expunged, the claim for confidentiality will rest largely on AECL's fear of a loss of business if, in order to protect its interests it discloses parts of documents in breach of an undertaking given to the Chinese authorities. In the circumstances, such a claim would rank towards the low end of the confidentiality spectrum. The offer to AECL of an opportunity to file an edited version of the confidential documents was well within the Motions Judge's discretion to fashion an order that balanced the competing interests. Protestations of unworkability were premature.

The Motions Judge was not required to inspect the documents before considering the request for confidentiality: the documents were voluminous, highly technical and not completely translated, and the Judge had summaries available to him.

Per Robertson J.A. (*dissenting* as to the appeal): The Motions Judge erred in refusing to grant the confidentiality order because: (1) it is not the nature of the litigation, the identities of the parties or the degree of media coverage which is relevant, but the nature of the evidence for which a protective order is sought; (2) without a confidentiality order, the moving party must choose between two unacceptable options: an "unfair trial" or "economic loss"; and (3) the analytical framework basing the granting of confidentiality orders largely on the subjective views of a motions judge, rather than on the application of objective criteria, is

ainsi que l'intérêt du public à la publicité du processus judiciaire dans chaque affaire. La transparence du processus d'évaluation et la participation du public ont une importance fondamentale dans la LCÉE. De plus, même si les intérêts commerciaux d'ÉACL sont directement mis en cause dans ce litige, la demande porte sur l'allégation que les ministres intimes auraient manqué à leurs obligations découlant de la loi. Par conséquent, on ne peut dire qu'après que le juge des requêtes eut examiné la nature de ce litige et évalué l'importance de l'intérêt du public à la publicité des procédures, il aurait accordé trop d'importance à ce facteur, même si la confidentialité n'est demandée que pour trois documents et que leur contenu dépasse probablement les connaissances de l'immense majorité des gens.

Le juge des requêtes a accordé trop de poids au fait qu'ÉACL voulait déposer les documents «volontairement», en tant que facteur allant dans le sens du rejet de la demande d'ordonnance de confidentialité. Toutefois, cette erreur n'entache pas irrémédiablement sa conclusion, parce que: 1) dans les circonstances de l'affaire, il faut attacher une très grande importance à la publicité de tout le débat judiciaire, y compris la preuve documentaire; 2) le fait d'inclure dans les affidavits un résumé des rapports peut, dans une certaine mesure, compenser cette absence; 3) si ÉACL dépose une version modifiée des documents dont on aurait retranché les renseignements commerciaux délicats, la demande de confidentialité reposera surtout sur la crainte d'ÉACL de perdre des occasions d'affaires si, pour protéger ses intérêts, elle doit divulguer certains documents en violation de l'engagement qu'elle a pris envers les autorités chinoises. Dans les circonstances, une telle prétention se situe au bas de l'échelle de la confidentialité. L'occasion offerte à ÉACL de déposer une version modifiée des documents confidentiels se situe tout à fait dans le cadre du pouvoir discrétionnaire du juge des requêtes de rendre une ordonnance tenant compte des divers intérêts en cause. Les protestations portant que ce n'est pas possible sont prématurées.

Le juge des requêtes n'était pas tenu d'avoir d'abord examiné les documents avant d'examiner la demande d'ordonnance de confidentialité: il s'agit d'une documentation volumineuse et hautement technique, qui n'est pas entièrement traduite, et elle a été mise à la disposition du juge sous forme de précis.

Le juge Robertson, J.C.A. (*dissent* pour l'appel): Le juge des requêtes a commis une erreur en refusant d'accorder une ordonnance de confidentialité parce que: 1) ce n'est ni la nature du litige, ni l'identité des parties, ni l'importance de la couverture médiatique qui sont les facteurs pertinents; c'est la nature de la preuve que l'ordonnance de confidentialité viendrait protéger; 2) à défaut d'une ordonnance de confidentialité, la partie requérante doit choisir entre deux options inacceptables: un «procès inéquitable» et «une perte financière»; et 3) le cadre analytique utilisé dans lequel l'octroi des ordonnances de confidentialité est fondé en

fundamentally flawed. Where an objective model is available it must be preferred. There is no reason why the principles applying to commercial or scientific information which was acquired on a confidential basis should not apply herein. The following is a more objective framework for regulating the issuance of confidentiality orders pertaining to commercial and scientific information by applying these criteria as conditions precedent to the issuance of a confidentiality order.

(1) The information for which a confidentiality order is sought must be of a confidential nature as opposed to facts which one would like to keep confidential. On the facts herein, this criterion was satisfied. The information which AECL wanted to keep confidential was of a commercial nature and of interest to its competitors. The claim of confidentiality had a sound footing; it was not one where a litigant is asking that essential facts be withheld from the public.

(2) The information for which confidentiality is sought must not already be in the public domain. The requirement that the information has always been treated as confidential extends to third parties who may have accumulated the information and provided the litigant with a copy for limited purposes. AECL and the Chinese authorities have always treated the exhibits in a confidential manner.

(3) The party seeking the confidentiality order must establish on a balance of probabilities that it would suffer irreparable harm by the disclosure of the information. It is sufficient if the moving party establishes irreparable harm on an objective basis. AECL will be exposed to irreparable financial harm if the confidential information in question is made public since it would provide AECL's competitors with technical and financial information otherwise unavailable to them. There is also the potential for harm to AECL's relations with its Chinese customers and other existing and potential customers and, in turn to AECL's reputation. AECL's ability to maintain the confidentiality of such material is important to its commercial success. This case adds a further dimension to the notion of irreparable harm in that the refusal to grant a confidentiality order harms not only the legitimate interests of AECL, but also those of a third party and non-litigant, the Chinese authorities.

(4) The information must be relevant to the legal issues raised in the pleadings. It must be determined whether the information is a necessary component of the moving party's case. The critical issue herein is whether the confidential

grande partie sur le point de vue subjectif du juge des requêtes, plutôt que sur l'utilisation de critères objectifs, est fondamentalement défectueux. Lorsqu'il existe un modèle objectif, il faut le privilégier. Rien ne justifie qu'on ne puisse appliquer ici les principes portant sur les renseignements commerciaux ou scientifiques acquis sur une base confidentielle. Ce qui suit est un cadre décisionnel plus objectif quant à l'octroi des ordonnances de confidentialité en matière de renseignements commerciaux et scientifiques acquis sur une base confidentielle. Les critères suivants peuvent être adoptés lorsqu'il s'agit de justifier l'octroi d'une ordonnance de confidentialité.

1) Les renseignements pour lesquels on demande une ordonnance de confidentialité doivent être de nature confidentielle et non seulement des faits qu'une personne désire ne pas divulguer. Les faits de la présente affaire démontrent qu'on a satisfait à ce critère. Les renseignements qu'ÉACL ne veut pas voir divulguer sont de nature commerciale et ils présentent un intérêt pour ses concurrents. La demande de préserver la confidentialité est bien fondée, et non une affaire où une partie chercherait à cacher des faits essentiels au public.

2) Les renseignements qu'on veut protéger ne doivent pas être du domaine public. Cette exigence que les renseignements dont on demande la confidentialité doivent toujours avoir été traités de manière confidentielle vise aussi les tiers qui ont pu recueillir l'information et en fournir copie à une partie à certaines fins précises. ÉACL et les autorités chinoises ont toujours traité les pièces comme des documents confidentiels.

3) Selon la prépondérance des probabilités, la partie qui veut obtenir une ordonnance de confidentialité doit démontrer qu'elle subirait un préjudice irréparable si les renseignements étaient rendus publics. Il suffit que le requérant démontre de façon objective l'existence du préjudice irréparable. ÉACL subira un préjudice financier irréparable si les renseignements confidentiels en question sont divulgués, étant donné que ses concurrents obtiendraient alors des renseignements techniques et financiers qu'ils ne peuvent obtenir maintenant. Il peut aussi y avoir un préjudice dans les relations d'ÉACL avec ses clients chinois et avec ses autres clients existants ou potentiels, ainsi qu'à la réputation d'ÉACL. Le succès commercial d'ÉACL dépend en partie de sa capacité de garder de tels renseignements confidentiels. Cette affaire comprend une autre dimension à rattacher à la notion de préjudice irréparable, étant donné que le refus d'octroyer une ordonnance de confidentialité est au détriment non seulement des intérêts légitimes d'ÉACL, mais aussi de ceux de tiers qui ne sont pas partie au litige, savoir les autorités chinoises.

4) Les renseignements doivent être pertinents dans le cadre de la résolution des questions juridiques soulevées dans le litige. Il faut déterminer si les renseignements en cause sont une composante nécessaire dans la présentation

documents are necessary to AECL's successful defence of the allegation of wrongdoing on the part of the government. The information in question was relevant to the legal issues at hand.

(5) The information must be necessary to the resolution of the legal issues raised by the parties. The moving party must establish that the granting of the confidentiality order is necessary and that there is no other effective way of introducing essential evidence. If there is no viable alternative means by which the information could be introduced without breaching confidences and exposing AECL to irreparable harm then the issuance of a protective order arises as a matter of necessity. The expungement of confidential information from the documents is not a viable option. The documents are voluminous and highly technical and without the cooperation and approval of the Chinese authorities, any attempt by AECL to edit out sensitive information would be an exercise in frustration. The evidence did not support the suggestion that AECL could file an edited version in breach of its undertaking to the Chinese authorities, and it would be improper for the Court to decide this case on that basis. Nor was it established that the production of summaries of the confidential documents was an effective and alternative means by which AECL can introduce them into evidence without the benefit of a protective order. AECL will be denied the right to offer a full defence if such an order does not issue.

(6) The granting of a confidentiality order must not unduly prejudice the opposing party. This criterion is of no consequence so long as the confidentiality order permits the opposing party and its expert witnesses access to the confidential information, subject to the customary undertaking not to disclose the information to others. To the extent that it has full access to all of the appellant's evidence, Sierra Club cannot be prejudiced by the issuance of a confidentiality order.

(7) The public interest in open court proceedings must not override the private interests of the party seeking the confidentiality order. The Motions Judge appears to have equated public interest in open court proceedings with the fact that the underlying litigation involves an issue of public importance. Sierra Club built upon the Motions Judge's reasoning by asserting that the public interest in open court proceedings is to be equated with the level of interest expressed by Canadians in a public law proceeding. The risk of harm to AECL was determined under the third and sixth criteria. Thus it remained to be determined whether the circumstances support subordinating the principle of a fair trial to the principle of open justice. To answer that

du point de vue du requérant. La question fondamentale est de savoir si les documents confidentiels sont nécessaires pour qu'ÉACL soit en mesure de présenter une défense valable face à l'allégation de conduite fautive de la part du gouvernement. Les renseignements en cause sont pertinents dans le cadre de la résolution des questions juridiques soulevées dans le litige.

5) Les renseignements doivent être pertinents dans le cadre de la résolution des questions juridiques soulevées dans le litige. Le requérant doit démontrer que l'ordonnance de confidentialité est nécessaire, en ce sens qu'il n'y a pas d'autre façon efficace de présenter une preuve essentielle. S'il n'y a pas d'autres moyens viables qui permettraient de produire ces renseignements sans faire une entorse à la confidentialité et sans exposer ÉACL à un préjudice irréparable, l'octroi de l'ordonnance de non-divulgence s'impose comme nécessaire. L'option de retirer les renseignements confidentiels des documents en cause n'est pas viable. Les documents en cause sont volumineux et très techniques. En l'absence de l'approbation des autorités chinoises et de leur participation, toute tentative d'ÉACL de retrancher les renseignements délicats ne pourrait mener qu'à de la frustration. La preuve n'appuie pas la suggestion qu'ÉACL pourrait déposer une version modifiée en violation de ses engagements envers les autorités chinoises et il n'est pas indiqué que notre Cour statue sur l'affaire en se fondant sur une telle option. On n'a pas non plus démontré que la production des documents confidentiels sous forme de résumés serait un moyen efficace par lequel ÉACL pourrait présenter sa preuve en l'absence d'une ordonnance de non-divulgence. Il s'ensuit qu'en l'absence d'une telle ordonnance, ÉACL se verra privé de son droit de présenter une défense pleine et entière.

6) L'octroi d'une ordonnance de confidentialité ne doit pas causer un préjudice grave à la partie adverse. Ce critère est sans conséquence lorsque l'ordonnance de confidentialité autorise l'avocat de la partie adverse et ses témoins experts à prendre connaissance des renseignements confidentiels, sous réserve de l'engagement habituel de ne pas les communiquer à des tiers. L'octroi d'une ordonnance de confidentialité ne peut porter préjudice au Sierra Club, dans la mesure où il aura pleinement accès à toute la preuve de l'appelante.

7) L'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires ne doit pas primer les intérêts privés de la partie qui sollicite l'ordonnance de confidentialité. Le juge des requêtes semble confondre l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires avec le fait que le litige en cause ici porte sur une question qui est d'importance pour le public. Le Sierra Club s'appuie sur le raisonnement du juge des requêtes pour affirmer que l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires doit être établi en fonction du degré d'intérêt des Canadiens face à une procédure de droit public. En vertu des troisième et sixième critères, on a établi le risque de préjudice pour ÉACL. Il restait à déterminer si les circonstances de la présente affaire font qu'on doit subordonner le

question, one must return to the purposes underscoring the principle of open justice, including the right of the public to have access to the truth. At this point the nature of the evidence for which a confidentiality order is sought becomes relevant. Neither the search for the truth in this case nor the nature of the debate is affected by the granting of a confidentiality order. There is no legal basis on which to hold that on the facts of this case the public interest in open proceedings overrides the risk of harm to which AECL would be exposed if a confidentiality order does not issue. The confidentiality order would not undermine the two primary objectives underscoring the principle of open justice: truth and the rule of law.

principe d'un procès équitable à celui de la publicité des débats judiciaires. Pour répondre à cette question, il faut retourner aux objectifs qui sous-tendent le principe de la publicité des débats judiciaires, notamment le droit du public à la vérité. C'est à ce point-ci que la nature de la preuve pour laquelle on demande une ordonnance de confidentialité devient pertinente. L'octroi d'une ordonnance de confidentialité en l'instance ne nuira pas à la recherche de la vérité et ne modifiera pas le fond du débat. Il n'y a aucun fondement juridique qui permette, au vu des faits en l'instance, de conclure que l'intérêt du public à la publicité des débats prime le risque de préjudice qu'ÉACL court si l'ordonnance de confidentialité n'est pas accordée. L'ordonnance de confidentialité n'aurait aucun impact négatif sur les deux objectifs primordiaux qui sous-tendent le principe de la publicité des débats judiciaires: la vérité et la primauté du droit.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 2(b).
Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37, ss. 5(1)(b), 8, 54.
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 68(1), 151, 152, 306, 307, 312.
Manganese-based Fuel Additives Act, S.C. 1997, c. 11.
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133.
Projects Outside Canada Environmental Assessment Regulations, SOR/96-491.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

- Southern Star Lighting Rod Co. v. Duvall*, 64 Ga. 262 (1879); *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.); *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; (1989), 103 A.R. 321; 64 D.L.R. (4th) 577; [1990] 1 W.W.R. 577; 71 Alta. L.R. (2d) 273; 45 C.R.R. 1; 102 N.R. 321; *Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; (1985), 49 N.S.R. (2d) 609; 132 D.L.R. (3d) 385; 96 A.P.R. 609; 65 C.C.C. (2d) 129; 26 C.R. (3d) 193; 40 N.R. 181; *MDS Health Group Ltd. v. Canada (Attorney General)* (1993), 15 O.R. (3d) 630; 20 C.P.C. (3d) 137 (Gen. Div.); *McCreadie v. Rivard* (1995), 43 C.P.C. (3d) 209 (Ont. Gen. Div.); *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1998), 83 C.P.R. (3d) 428; 161 F.T.R. 15; aff'd [2000] 3 F.C. 360 (C.A.); *Ethyl Canada Inc. v. Canada (Attorney General)*

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. 2b).
Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37, art. 5(1)(b), 8, 54.
Loi sur les additifs à base de manganèse, L.C. 1997, ch. 11.
Règlement sur le processus d'évaluation environnementale des projets à réaliser à l'extérieur du Canada, DORS/96-491.
Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 68(1), 151, 152, 306, 307, 312.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS EXAMINÉES:

- Southern Star Lighting Rod Co. v. Duvall*, 64 Ga. 262 (1879); *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.); *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; (1989), 103 A.R. 321; 64 D.L.R. (4th) 577; [1990] 1 W.W.R. 577; 71 Alta. L.R. (2d) 273; 45 C.R.R. 1; 102 N.R. 321; *Procureur général de la Nouvelle-Écosse et autre c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; (1985), 49 N.S.R. (2d) 609; 132 D.L.R. (3d) 385; 96 A.P.R. 609; 65 C.C.C. (2d) 129; 26 C.R. (3d) 193; 40 N.R. 181; *MDS Health Group Ltd. v. Canada (Attorney General)* (1993), 15 O.R. (3d) 630; 20 C.P.C. (3d) 137 (Div. gén.); *McCreadie v. Rivard* (1995), 43 C.P.C. (3d) 209 (Div. gén. Ont.); *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1998), 83 C.P.R. (3d) 428; 161 F.T.R. 15; conf. par [2000] 3 C.F. 360 (C.A.); *Ethyl Canada Inc.*

(1998), 17 C.P.C. (4th) 278; 54 O.T.C. 57 (Ont. Gen. Div.); *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321; *Friends of the Island Inc. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1993] 2 F.C. 229; (1993), 102 D.L.R. (4th) 696; 10 C.E.L.R. (N.S.) 204; 61 F.T.R. 4 (T.D.); *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588; (1994), 58 C.P.R. (3d) 209; 176 N.R. 48 (C.A.); *Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; (1985), 49 N.S.R. (2d) 609; 132 D.L.R. (3d) 385; 96 A.P.R. 609; 65 C.C.C. (2d) 129; 26 C.R. (3d) 193; 40 N.R. 181; *Fogal et al. v. Canada et al.* (1999), 161 F.T.R. 121 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Solosky v. The Queen, [1980] 1 S.C.R. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380.

AUTHORS CITED

Miller, Arthur R. "Confidentiality, Protective Orders, and Public Access to the Courts" (1991-92), 105 *Harv. Law Rev.* 427.

APPEAL from the Motions Judge's refusal of AECL's request to treat certain documents as confidential, and CROSS-APPEAL from the order granting leave to file a supplementary affidavit and an edited version omitting sensitive information from three additional documents referred to in affidavits that had already been filed (*Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [2000] 2 F.C. 400 (T.D.)). Appeal (Robertson J.A. *dissenting* as to the appeal) and cross-appeal dismissed.

APPEARANCES:

J. Brett G. Ledger and *Peter J. Chapin* for appellant.
Timothy J. Howard for respondent Sierra Club of Canada.
J. Sanderson Graham for respondents the Minister of Finance of Canada, the Minister of Foreign Affairs of Canada, the Minister of International Trade of Canada, and the Attorney General of Canada.

v. Canada (Attorney General) (1998), 17 C.P.C. (4th) 278; 54 O.T.C. 57 (Div. gén. Ont.); *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321; *Friends of the Island Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1993] 2 C.F. 229; (1993), 102 D.L.R. (4th) 696; 10 C.E.L.R. (N.S.) 204; 61 F.T.R. 4 (1^{re} inst.); *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588; (1994), 58 C.P.R. (3d) 209; 176 N.R. 48 (C.A.); *Procureur général de la Nouvelle-Écosse et autre c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; (1985), 49 N.S.R. (2d) 609; 132 D.L.R. (3d) 385; 96 A.P.R. 609; 65 C.C.C. (2d) 129; 26 C.R. (3d) 193; 40 N.R. 181; *Fogal et al. c. Canada et al.* (1999), 161 F.T.R. 121 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISION CITÉE:

Solosky c. La Reine, [1980] 1 R.C.S. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380.

DOCTRINE

Miller, Arthur R. «Confidentiality, Protective Orders, and Public Access to the Courts» (1991-92), 105 *Harv. Law Rev.* 427.

APPEL du refus du juge des requêtes d'accéder à une demande d'ÉACL de traiter certains documents comme confidentiels, et APPEL INCIDENT de l'ordonnance autorisant le dépôt d'un affidavit supplémentaire ainsi que de la version modifiée (en supprimant les passages délicats) de trois documents dont il est question dans les affidavits déjà déposés (*Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, [2000] 2 C.F. 400 (1^{re} inst.)). L'appel (juge Robertson, J.C.A., *dissident* pour l'appel) et l'appel incident sont rejetés.

ONT COMPARU:

J. Brett G. Ledger et *Peter J. Chapin* pour l'appelante.
Timothy J. Howard pour l'intimé Sierra Club du Canada.
J. Sanderson Graham pour les intimés le ministre des Finances du Canada, le ministre des Affaires étrangères du Canada, le ministre du Commerce international du Canada et le procureur général du Canada.

SOLICITORS OF RECORD:

Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Toronto, for appellant.

Sierra Legal Defence Fund, Vancouver, for respondent Sierra Club of Canada.

Deputy Attorney General of Canada for respondents the Minister of Finance of Canada, the Minister of Foreign Affairs of Canada, the Minister of International Trade of Canada, and the Attorney General of Canada.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] ROBERTSON J.A. (*dissenting*): The principle of open justice recognizes the basic right of the public to an open court. That principle includes a corollary right of access to court documents and the right of the press to publish what transpires in the courtroom by limiting the ability of litigants to pursue *in camera* proceedings. The principle of open justice constitutes a cornerstone of our democratic and legal system and one which long predates the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. The main appeal brings into issue fundamental questions relating to the basis on which “confidentiality” or “protective” orders should issue—orders which on their face conflict with the values underscoring our commitment to the principle of open justice.

[2] On the facts of this case, my colleagues have concluded that the Motions Judge [[2000] 2 F.C. 400 (T.D.)] did not err in refusing to grant the confidentiality order sought. As I understand it, their position consists of three threads. First, the weight to be assigned to the principle of open justice varies with the context. Second, it is necessary to determine the degree of “public interest in the openness of the judicial process” by reference to the public importance of the case. In turn, public importance is to be inferred by examining the cumulative effect of: (1) the nature

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Toronto, pour l’appelante.

Sierra Legal Defence Fund, Vancouver, for l’intimé le Sierra Club du Canada.

Le sous-procureur général du Canada pour les intimés le ministre des Finances du Canada, le ministre des Affaires étrangères du Canada, le ministre du Commerce international du Canada et le procureur général du Canada.

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

[1] LE JUGE ROBERTSON, J.C.A. (*dissident*): Le principe de la publicité des débats judiciaires reconnaît le droit fondamental du public à l’accès aux tribunaux. Ce principe comprend comme corollaire le droit d’accès aux documents des tribunaux et le droit de la presse de publier les débats judiciaires, en limitant la possibilité pour les parties à un litige de procéder à huis clos. Le principe de la publicité des débats judiciaires est une des pierres d’angle de notre système juridique et de notre démocratie, et il s’applique depuis bien avant la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. L’appel principal porte sur des questions fondamentales relatives au fondement pouvant justifier l’octroi d’ordonnances de «confidentialité» ou de «non-divulgence», puisque ces ordonnances sont *prima facie* en conflit avec les valeurs qui fondent notre engagement envers le principe de la publicité des débats judiciaires.

[2] Au vu des faits de la présente affaire, mes collègues en sont venus à la conclusion que le juge des requêtes [[2000] 2 C.F. 400 (1^{re} inst.)] n’a pas commis une erreur en refusant d’octroyer l’ordonnance de confidentialité demandée. Si je le comprends bien, leur point de vue s’articule en trois volets. Premièrement, le poids à accorder au principe de la publicité des débats judiciaires varie selon le contexte. Deuxièmement, il est nécessaire de déterminer quel est le degré «d’intérêt du public à la publicité du processus judiciaire» en se référant à l’importance de l’affaire

of the litigation; (2) the nature of the evidence; (3) the extent of media coverage; and (4) the identity of the litigants. Third, one must weigh a party's interest in a confidentiality order against the degree of public importance of the case and determine which of the two is to prevail. With respect, I disagree with both the result and the analytical framework offered for three reasons.

[3] First, while the principle of open justice is concerned with the preservation of "the public interest in open court proceedings", that objective should not be equated with, nor made dependent on, the fact that this is a case involving an allegation of government wrongdoing made by a litigant with public interest standing. Nor should the public importance of a case be measured, for example, by reference to the level of media coverage which admittedly is extensive in this case. In my opinion, it is not the nature of the litigation, the identities of the parties or the degree of media coverage which is of relevance, but rather the nature of the evidence for which a protective order is sought. Second, without a confidentiality order, the moving party in this case (the appellant) must choose between two unacceptable options. If the confidential information is offered into evidence, the appellant will suffer irreparable financial harm. If, on the other hand, it elects not to file the evidence, it will be denied the right to a "fair trial" in the sense that it is impossible to mount a full defence to the allegations of government wrongdoing. In short, the absence of a confidentiality order forces the appellant to choose between an "unfair trial" or "economic loss". This is not to suggest that the private interests of a party will always trump the principle of open justice. As will be explained, this is not an appropriate case in which to permit the latter to override the former. Finally, it is my respectful opinion that the analytical framework adopted by the majority with respect to determining whether confidentiality orders should issue is fundamentally flawed. What is being offered is a framework in which the granting of confidentiality orders is based largely on the subjective views of a motions judge, rather than on the application of objective criteria.

pour le public. De son côté, l'importance de l'affaire pour le public doit être déterminée en examinant l'effet cumulatif de: 1) la nature du litige; 2) la nature de la preuve; 3) l'importance de la couverture médiatique; 4) l'identité des parties au litige. Troisièmement, il faut soupeser l'intérêt d'une partie à obtenir une ordonnance de confidentialité par rapport au degré d'importance de l'affaire pour le public et décider lequel des deux doit l'emporter. Avec égards, je suis en désaccord tant avec le résultat qu'avec le cadre analytique utilisé, et ce pour trois motifs.

[3] Premièrement, nonobstant le fait que le principe de la publicité des débats judiciaires porte sur la préservation de «l'intérêt du public à la publicité du processus judiciaire», cet objectif ne devrait pas être synonyme ou dépendre du fait qu'il s'agit ici d'une affaire où une partie qui déclare défendre l'intérêt public allègue une conduite fautive de la part du gouvernement. L'importance pour le public d'une affaire ne peut pas non plus être mesurée, par exemple, par rapport à l'importance de la couverture médiatique, qui est, de l'aveu général, très importante en l'instance. À mon avis, ce n'est ni la nature du litige, ni l'identité des parties, ni l'importance de la couverture médiatique qui sont les facteurs pertinents; ce qui compte, c'est la nature de la preuve que l'ordonnance de confidentialité viendrait protéger. Deuxièmement, à défaut d'une ordonnance de confidentialité, la requérante en l'occurrence (l'appelante) doit choisir entre deux options inacceptables. Si les renseignements confidentiels sont produits en preuve, l'appelante subira un préjudice financier irréparable. Si par contre elle décide de ne pas produire cette preuve, elle n'aura pas droit à un «procès équitable», en ce sens qu'il lui sera impossible de présenter une défense pleine et entière face aux allégations d'une conduite fautive de la part du gouvernement. En bref, en l'absence d'une ordonnance de confidentialité, l'appelante devra choisir entre un «procès inéquitable» et «une perte financière». Je ne veux pas dire ici que les intérêts privés d'une partie auront toujours priorité sur le principe de la publicité des débats judiciaires. Comme je vais l'expliquer, cette affaire n'en est pas une où ce dernier principe doit l'emporter. Finalement, je suis d'avis, avec égards, que le cadre analytique utilisé par les juges majoritaires pour déterminer les

This issue is dealt with more fully commencing at paragraph 35 of my reasons. My analysis begins with a brief recitation of the facts.

[4] The respondent, Sierra Club of Canada, is a well-known environmental organization with public interest standing in the underlying litigation. It seeks judicial review of the federal government's decision to provide financial assistance in the form of a \$1.5 billion guaranteed loan tied to the sale and construction of two CANDU nuclear reactors to China by the appellant, Atomic Energy of Canada Limited. Although joined as an intervener, Atomic Energy was granted party status. Sierra Club maintains that the authorization of financial assistance effected through the Export Development Corporation by the three respondent Ministers triggers the application of paragraph 5(1)(b) of the *Canadian Environmental Assessment Act* [S.C. 1992, c. 37]. That provision requires that an environmental assessment be undertaken before a "federal authority" provides financial assistance in regard to construction projects as defined in that legislation. Sierra Club takes the position that the responsible authorities have breached this statutory duty and, that it is entitled to various forms of relief including a declaration that ongoing construction in China is subject to an environmental assessment undertaken in accordance with the Canadian legislation.

[5] On the facts of the present case, the appellant and the government respondents take the position that the *Canadian Environmental Assessment Act* has no application. Alternatively, they maintain that if that legislation does apply there are statutory defences available under sections 8 and 54 of that Act. Specifically, it is argued that subsection 54(2) recognizes the validity of an environmental assessment carried out by a foreign authority provided that it is consistent with the requirements of the Canadian legislation. Finally, the appellant and government respondents argue that

cas où il y a lieu d'octroyer des ordonnances de confidentialité est fondamentalement défectueux. Ce qu'on nous présente est un cadre dans lequel l'octroi des ordonnances de confidentialité est fondé en grande partie sur le point de vue subjectif du juge des requêtes, plutôt que sur l'utilisation de critères objectifs. Je traiterai de cette question plus longuement à partir du paragraphe 35 de mes motifs. Mon analyse commence avec un bref rappel des faits.

[4] Le Sierra Club du Canada, intimé, est une organisation environnementale bien connue qui a qualité pour agir dans l'intérêt du public dans le présent litige. Il demande le contrôle judiciaire de la décision du gouvernement fédéral de fournir une aide financière, sous forme d'une garantie d'emprunt de 1,5 milliard de dollars, pour la vente à la Chine et la construction par l'appelante, Énergie atomique du Canada Limitée, de deux réacteurs nucléaires CANDU. Bien qu'intervenante, Énergie atomique a reçu le statut de partie. Le Sierra Club soutient que l'autorisation d'aide financière des trois ministres intimés, mise en œuvre par la Société pour l'expansion des exportations, enclenche l'application de l'alinéa 5(1)b) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* [L.C. 1992, ch. 37]. Cette disposition exige qu'une évaluation environnementale soit faite avant qu'une «autorité fédérale» fournisse une aide financière aux projets de construction précisés dans la législation. Le Sierra Club soutient que les autorités responsables n'ont pas respecté cette obligation prévue par la loi et qu'il a droit à diverses réparations, notamment une déclaration que la construction en cours en Chine doit être soumise à l'évaluation environnementale prévue par la législation canadienne.

[5] Au vu des faits de la présente affaire, l'appelante et les intimés membres du gouvernement soutiennent que la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* ne s'applique pas en l'espèce. Subsidiairement, ils soutiennent que si cette Loi s'applique, ils peuvent utiliser les moyens de défense prévus par les articles 8 et 54 de la Loi. Plus précisément, ils soutiennent que le paragraphe 54(2) reconnaît la validité d'une évaluation environnementale conduite par une autorité étrangère, à condition qu'elle soit compatible avec les exigences de la législation canadienne. Finalement,

even if Sierra Club is successful in establishing that the legislation has been breached, the Court in the exercise of its discretion should not grant the remedial relief sought. They base this argument on the fact that the Chinese authorities had undertaken an environmental assessment which is the equivalent of that required under the federal legislation and since the granting of prerogative relief is discretionary in nature that discretion should be exercised in favour of Atomic Energy and the respondent Ministers. (For the most part, the government respondents adopted the submissions of the appellant (intervener) and thus I will refer only to the position of the latter in these reasons.)

[6] This appeal is tied to only one of the 12 interlocutory proceedings initiated by either Sierra Club or Atomic Energy. It stems from a motion by the latter to introduce a supplementary affidavit together with three exhibits referred to in that document. Those exhibits pertain to an environmental assessment carried out by Chinese authorities in anticipation of the construction of the nuclear reactors and were provided to Atomic Energy on a confidential basis. The Chinese authorities granted Atomic Energy permission to use the information in order to make full defence to the allegation of wrongdoing levelled by Sierra Club so long as its confidentiality was preserved. Atomic Energy moved to have the supplementary affidavit introduced together with the three exhibits and for an order of confidentiality. The Motions Judge granted the request to file the affidavit and exhibits under rule 312 of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106], but denied the request for a confidentiality order brought under rule 151. The Motions Judge, however, did make an order enabling Atomic Energy to file edited versions of the confidential materials if it so wished. Atomic Energy appeals the refusal to grant the confidentiality order. Sierra Club cross-appeals the decision to allow Atomic Energy to file the supplementary affidavit and exhibits, in either edited or unedited form.

l'appelante et les intimés membres du gouvernement soutiennent que même si le Sierra Club pouvait démontrer qu'il y a eu infraction à la législation, la Cour devrait utiliser son pouvoir discrétionnaire et ne pas accorder la réparation demandée. Ils fondent cet argument sur le fait que les autorités chinoises ont procédé à une évaluation environnementale qui équivaut à celle exigée par la législation fédérale et que, comme l'octroi de réparations par voie de bref de prérogative est un acte discrétionnaire, ce pouvoir doit être exercé en faveur d'Énergie atomique et des ministres intimés. (Pour l'essentiel, les intimés membres du gouvernement ont adopté le point de vue de l'appelante (intervenante) et, par conséquent, je ne mentionnerai que ce point de vue dans mes motifs.)

[6] Le présent appel porte sur seulement une des 12 procédures interlocutoires engagées par le Sierra Club ou Énergie atomique. Il fait suite à la requête d'Énergie atomique de présenter un affidavit supplémentaire avec les trois pièces qui y sont mentionnées. Ces pièces portent sur l'évaluation environnementale à laquelle les autorités chinoises ont procédé en vue de la construction des réacteurs nucléaires. Elles ont été fournies à Énergie atomique sur une base confidentielle. Les autorités chinoises ont permis à Énergie atomique d'utiliser ces renseignements pour préparer une pleine défense face aux allégations de conduite fautive faites par le Sierra Club, à condition qu'on respecte leur confidentialité. Énergie atomique a demandé l'autorisation de déposer l'affidavit supplémentaire, avec les trois pièces en cause, ainsi que l'octroi d'une ordonnance de confidentialité. Le juge des requêtes a fait droit à la demande de déposer l'affidavit et les pièces en vertu de la règle 312 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106], mais il a rejeté la demande d'une ordonnance de confidentialité présentée en vertu de la règle 151. Toutefois, le juge des requêtes a délivré une ordonnance permettant à Énergie atomique de déposer des versions modifiées des documents confidentiels, si elle le désirait. Énergie atomique en appelle du refus de lui octroyer l'ordonnance de confidentialité. Le Sierra Club présente un appel incident contre la décision d'autoriser Énergie atomique à déposer l'affidavit supplémentaire et les pièces jointes, sous leur forme originale ou modifiée.

[7] My colleagues have concluded that the cross-appeal should be dismissed. I agree. Thus, the only question is whether the Motions Judge erred in refusing to grant the confidentiality order sought by Atomic Energy. In addressing this issue, my colleagues have adopted a contextual approach, one which requires consideration of several factors followed by an assignment of the “proper” weight to be given to each. In other words, they look upon the decision whether to grant a confidentiality order under rule 151 as one involving the exercise of judicial discretion as is required, for example, when a litigant is seeking an extension of time in which to file documents. Moreover, at paragraph 89 of their reasons, my colleagues maintain that the degree of public importance in any given case is a relevant factor “in the discretionary exercise of weighing the claims for confidentiality against the principle of openness in the administration of justice.” They also conclude that the Motions Judge assigned proper weight to this factor and, although he erred in another respect, that error did not vitiate his decision to deny the confidentiality order sought.

[8] In my respectful view, the analytical framework adopted by my colleagues is impracticable. What is proposed is a contextual framework empowering a motions judge to exercise his or her subjective appreciation as to the relevancy and weight of certain factors. The law, however, has always been vigilant in seeking out and adopting objective frameworks of analysis, if only for the purpose of combatting the perception that justice is a relative concept driven more by the ideological bent of the decision-maker than the need for consistency and certainty in the law. This very point was made by Viscount Haldane in *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.), which remains a leading authority on the application of the principle of open justice. At page 438, Viscount Haldane stated: “The question [of confidentiality] is by no means one which, consistently with the spirit of our jurisprudence, can be dealt with by the judge as resting in his mere discretion as to what is expedient”. This is not to suggest that flexibility in the law is not a desirable

[7] Mes collègues ont conclu au rejet de l’appel incident et je partage leur avis. Par conséquent, la seule question qui reste est de savoir si le juge des requêtes a commis une erreur en n’accordant pas l’ordonnance de confidentialité demandée par Énergie atomique. En examinant cette question, mes collègues ont adopté une approche contextuelle, par laquelle il y a lieu d’examiner divers facteurs pour ensuite leur accorder un poids «approprié». En d’autres mots, ils abordent la décision quant à savoir si on doit accorder une ordonnance de confidentialité en vertu de la règle 151 comme si elle impliquait l’exercice du même pouvoir discrétionnaire utilisé, par exemple, lorsqu’une partie demande une prorogation du délai pour déposer des documents. De plus, au paragraphe 89 de leurs motifs, mes collègues soutiennent que le degré d’importance pour le public d’une affaire donnée est un facteur pertinent «dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire de soupeser une demande de confidentialité par rapport au principe de publicité dans l’administration de la justice». Ils arrivent aussi à la conclusion que le juge des requêtes a donné un poids approprié à ce facteur et que, même s’il a commis une erreur par rapport à un autre aspect, cette erreur ne vient pas invalider sa décision de refuser l’ordonnance de confidentialité demandée.

[8] Avec égards, je suis d’avis que le cadre d’analyse adopté par mes collègues est impracticable. Ce qu’ils proposent est un cadre contextuel qui permettrait au juge des requêtes d’utiliser son évaluation subjective quant à la pertinence de certains facteurs et au poids à leur donner. Toutefois, on a toujours été très vigilants en droit dans la recherche et l’utilisation de cadres d’analyse objectifs, ne serait-ce que pour combattre la perception que la justice est un concept relatif qui dépend plus du point de vue idéologique du décideur que du besoin de cohérence et de certitude en droit. Le vicomte Haldane s’est penché sur cette question précise dans *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.), un arrêt qui continue à faire jurisprudence au sujet de l’application du principe de la publicité des débats judiciaires. Le vicomte Haldane déclare, à la page 438: [TRADUCTION] «Selon notre conception du droit, cette question [de la confidentialité] ne saurait relever du simple pouvoir discrétionnaire du juge qui la trancherait en se fondant sur des considérations

attribute. But flexibility should never be confused with fluidity. The classic formulation of this view was eloquently stated in *Southern Star Lighting Rod Co. v. Duvall*, 64 Ga. 262 (1879), at page 268:

For the sake of fixedness and uniformity, law must be treated as a solid, not as a fluid. It must have, and always retain, a certain degree of hardness, to keep its outlines firm and constant. Water changes shape with every vessel into which it is poured; and a liquid law would vary with the mental conformation of judges, and become a synonym for vagueness and instability.

[9] Admittedly, there are instances where a contextual approach is required as a matter of practical necessity. But where an objective model is available it must be preferred. In the reasons that follow, I offer what I regard as a more objective framework for regulating the issuance of confidentiality orders pertaining to commercial and scientific information.

[10] I begin this portion of my analysis by turning briefly to the legal rationale underscoring our commitment to the principle of open justice. In *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, the Supreme Court acknowledged two of the purposes underlying that principle. The first is tied to the belief that open proceedings foster the search for “truth” in both civil and criminal cases. The second is that the principle reflects the “importance of the public scrutiny of the courts”. Thus, for example, it is said that as freedom of the press is of fundamental significance to a democratic society “[t]he press must be free to comment upon court proceedings to ensure that the courts are, in fact, seen by all to operate openly in the penetrating light of public scrutiny” (*per* Cory J. at page 1339). In that same decision Wilson J. commented at page 1361 that the public interest in open trials is the ability of the press, and hence the public, to have complete reports of what takes place in the courtroom which is said to be rooted in the need: (1) to maintain an effective evidentiary process; (2) to ensure a judiciary and juries that behave fairly and that are sensitive to the values espoused by society; (3) to promote the sense that courts operate with integrity and dispense justice; and (4) to provide the

pragmatiques». Je ne veux pas dire ici qu’il n’est pas nécessaire que le droit ait une certaine souplesse. Mais il ne faut pas confondre souplesse avec fluidité. La formulation classique de ce point de vue est exprimée de façon éloquente dans *Southern Star Lighting Rod Co. v. Duvall*, 64 Ga. 262 (1879), à la page 268:

[TRADUCTION] Pour garantir sa permanence et son uniformité, il faut traiter le droit comme un solide et non comme un fluide. Il doit avoir et conserver un certain degré de dureté pour garder une configuration ferme et constante. L’eau change sa forme au gré du contenant dans lequel on la verse; si le droit était liquide, il prendrait la forme de l’esprit des juges et deviendrait synonyme de flou et d’instabilité.

[9] Bien sûr, il y a des cas où une approche contextuelle s’imposera en pratique. Mais lorsqu’il existe un modèle objectif, il faut le privilégier. Dans mes motifs, je présente ce que je considère être un cadre décisionnel plus objectif quant à l’octroi des ordonnances de confidentialité en matière de renseignements commerciaux et scientifiques.

[10] Je veux commencer cette partie de mon analyse en me penchant brièvement sur le raisonnement juridique qui sous-tend notre adhésion au principe de la publicité du processus judiciaire. Dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, la Cour suprême a fait état de deux des objectifs qui sous-tendent ce principe. Le premier est relatif à la croyance que la publicité des débats dans les affaires civiles et criminelles favorise la recherche de la «vérité». Le deuxième est que le principe reflète «qu’il [est] important que le public puisse examiner le travail des tribunaux». Par exemple, on y déclare que comme la liberté de la presse est fondamentale dans une société démocratique, «[l]a presse doit être libre de commenter les procédures judiciaires pour que, dans les faits, chacun puisse constater que les tribunaux fonctionnent publiquement sous les regards pénétrants du public» (le juge Cory, à la page 1339). Dans ce même arrêt, le juge Wilson déclare, à la page 1361, que l’intérêt du public dans la tenue de procès publics est dans la capacité de la presse, et donc du public, d’avoir des comptes rendus complets de ce qui se passe en salle d’audience. Ceci tire son origine du besoin: 1) de conserver un processus efficace de présentation de la preuve; 2) d’avoir une

community with an opportunity to learn how the justice system operates and how the law being applied daily affects them. The same reasoning applies equally to judicial review proceedings.

[11] No one can disagree with the understanding that the principle of open justice is a reflection of the basic democratic value of accountability in the exercise of judicial power. That being said, the notion of judicial accountability is much more than a ritualistic incantation to be invoked, for example, whenever judicial opinions are perceived as conflicting with public opinion or the notion of parliamentary sovereignty. Rather it is a principle of fundamental significance to the preservation of the rule of law. That rule provides that no one person is above the law and, therefore, all who come before it are entitled to equal treatment. Equality can only be assured through the application of the principle of open justice. But it has long been accepted that that principle must, on occasion, yield to a paramount principle; namely that at the end of the day “justice” is secured. This was the position forcefully advocated by Viscount Haldane L.C. in *Scott v. Scott*, *supra*, of which more is said below. Moreover, justice as an overarching principle is not a pious platitude but rather a reflection of the understanding that rules or principles should rarely be cast as absolutes. After all, the court process is merely a means to an end. This is why the identification of acceptable exceptions to principles or rules has always presented itself as the true challenge in formulating the law. Unfortunately, and with great respect, the jurisprudence of the Supreme Court provides us with little guidance. It simply tells us that the exceptions will arise in those cases “where there is . . . a need to protect social values of superordinate importance”: see *Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, at pages 186-187.

magistrature et des jurys qui agissent équitablement et qui soient réceptifs aux valeurs de la société; 3) de favoriser le sentiment que les tribunaux fonctionnent avec intégrité et rendent justice; 4) de permettre à la société de comprendre le fonctionnement du système judiciaire et comment l’application quotidienne du droit la touche. Ce raisonnement s’applique également aux demandes de contrôle judiciaire.

[11] Personne ne peut être en désaccord avec le fait que le principe de publicité du processus judiciaire reflète la valeur fondamentale que constitue dans une démocratie l’imputabilité pour l’exercice du pouvoir judiciaire. Ceci étant dit, l’imputabilité du pouvoir judiciaire n’est pas seulement une incantation rituelle à invoquer, par exemple, lorsque les décisions des tribunaux sont perçues comme étant en conflit avec l’opinion publique ou avec la souveraineté du Parlement. En fait, c’est un principe fondamental si l’on veut garantir le maintien de la primauté du droit. La règle de la primauté du droit établit que personne n’échappe à la loi et, par conséquent, que tous ceux qui y sont soumis ont droit au même traitement. Cette égalité de traitement ne peut être garantie que par la mise en œuvre du principe de publicité des débats judiciaires. On a toutefois accepté depuis longtemps qu’à l’occasion, ce principe doit céder le pas à un autre principe encore plus fondamental, savoir qu’en définitive, il faut que «justice» soit faite. C’est là le point de vue que défend avec force le vicomte Haldane, lord chancelier, dans *Scott v. Scott*, précité. Je reparlerai de cet arrêt plus loin. De plus, la justice vue comme un principe accepté de tous n’est pas de la nature d’un vœu pieux, mais elle reflète notre compréhension que les règles et les principes sont rarement absolus. Après tout, le processus judiciaire n’est qu’un moyen et non une fin. C’est pourquoi la détermination des exceptions pouvant être apportées aux règles ou principes est en fait le vrai défi lorsqu’il s’agit de dire le droit. Avec tous les égards dus à la Cour suprême, je me permets de regretter que ses arrêts ne nous éclairent pas beaucoup en l’instance. Elle nous dit seulement qu’il y aura des exceptions dans les affaires «s’il est nécessaire de protéger des valeurs sociales qui ont préséance»: voir *Procureur général de la Nouvelle-Écosse et autre c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, à la page 186.

[12] There can be no one analytical framework for the granting of confidentiality or protective orders. For example, in the area of family law the issuance of confidentiality orders is more often than not driven by the need to protect the privacy interests of innocent parties—children. Obviously this overarching consideration has no application to the present case and so it is that the law governing the issuance of confidentiality orders must respond to a plethora of factual patterns. However, the task of isolating an analytical framework is greatly simplified in the present case once it is recognized that the present law already provides an exception for confidential information which qualifies as a “trade secret”. According to established principles, a trade secret constitutes a species of property which can be protected by way of injunction. For this reason, the law will not permit disclosure of a trade secret during the course of a trial when to do so would have the effect of destroying the owner’s proprietary right and exposing him or her to irreparable harm in the form of a financial loss. This explains why the jurisprudence holds that a confidentiality order must issue where “the subject matter of the action would be destroyed” if the doors of the courtroom were to remain open.

[13] While the present case does not involve a trade secret, I cannot think of any reason why similar treatment cannot be extended to cases involving commercial or scientific information which can be reasonably viewed as having been acquired or accumulated on a confidential basis. More often than not such information is of value to a party’s competitors. The present case falls within this narrow class. In my opinion the following criteria can be reasonably viewed as conditions precedent to the issuance of a confidentiality order in cases where a party is seeking to prevent the disclosure of information: (1) the information is of a confidential nature as opposed to facts which one would like to keep confidential; (2) the information for which confidentiality is sought is not already in the public domain; (3) on a balance of probabilities the party seeking the confidentiality order would suffer irreparable harm if the information were made public; (4) the information is relevant to the

[12] Il ne peut y avoir qu’un seul cadre d’analyse lorsqu’il s’agit de déterminer s’il y a lieu d’octroyer des ordonnances de confidentialité ou de non-divulgaration. Par exemple, l’octroi d’ordonnances de confidentialité dans des affaires de droit de la famille est souvent soumis au besoin de protéger la vie privée des innocents, en l’instance les enfants. Il est clair qu’il n’y a pas de facteur aussi clairement accepté de tous en l’instance, et donc que le droit gouvernant l’octroi d’ordonnances de confidentialité doit tenir compte d’une pléthore de faits. Toutefois, la tâche de déterminer le cadre analytique applicable en l’instance est grandement simplifiée si l’on tient compte du fait que le droit actuel fournit déjà une exception pour protéger la confidentialité des renseignements qui sont désignés comme des «secrets industriels». Selon les principes établis, les secrets industriels constituent une forme de propriété qui peut être protégée par une injonction. Pour ce motif, on ne permet pas en droit la divulgation de secrets industriels au cours d’un procès lorsque cela aurait pour effet de rendre sans objet les droits du propriétaire et l’exposerait à un préjudice financier irréparable. Ceci explique pourquoi la jurisprudence porte qu’il y a lieu d’octroyer une ordonnance de confidentialité lorsque [TRADUCTION] «l’objet même de l’action serait annihilée» si l’audience ne se tenait pas à huis clos.

[13] Bien que la présente affaire ne porte pas sur des secrets industriels, je ne vois pas pourquoi on ne pourrait pas accorder un traitement similaire aux affaires portant sur des renseignements commerciaux et scientifiques qu’on peut raisonnablement considérer avoir été acquis ou recueillis sur une base confidentielle. Dans la plupart des cas, de tels renseignements ont une valeur pour les concurrents de la partie en cause. La présente affaire se situe dans ce créneau étroit. Selon moi, les critères suivants peuvent être raisonnablement adoptés lorsqu’il s’agit de justifier l’octroi d’une ordonnance de confidentialité dans les cas où une partie cherche à empêcher la divulgation de renseignements: 1) les renseignements sont de nature confidentielle et non seulement des faits qu’une personne désire ne pas divulguer; 2) les renseignements qu’on veut protéger ne sont pas du domaine public; 3) selon la prépondérance des probabilités, la partie qui veut obtenir une ordonnance de confidentia-

legal issues raised in the case; (5) correlatively, the information is “necessary” to the resolution of those issues; (6) the granting of a confidentiality order does not unduly prejudice the opposing party; and (7) the public interest in open court proceedings does not override the private interests of the party seeking the confidentiality order. The onus in establishing that criteria one to six are met is on the party seeking the confidentiality order. Under the seventh criterion, it is for the opposing party to show that a *prima facie* right to a protective order has been overtaken by the need to preserve the openness of the court proceedings. In addressing these criteria one must bear in mind two of the threads woven into the fabric of the principle of open justice: the search for truth and the preservation of the rule of law. As stated at the outset, I do not believe that the perceived degree of public importance of a case is a relevant consideration.

[14] The first criterion distinguishes between information which can reasonably be regarded as having been accumulated or acquired on the basis that it would remain confidential as opposed to factual information which a litigant wishes to keep confidential. The quintessential example of this distinction is found in *Scott v. Scott, supra*. In that case Mrs. Scott filed for divorce on the ground that the marriage to Mr. Scott was a nullity by reason of his impotence, it being established that she remained a virgin. The parties were able to persuade the divorce court to hear the petition *in camera*. Ultimately, a *decree absolute* issued but Mrs. Scott obtained and distributed a copy of the transcript of the proceedings to other persons after learning that Mr. Scott had allegedly been making unflattering comments about her sanity. Initially, the issue was whether the former Mrs. Scott should be held in contempt of court for disclosing what had transpired at the divorce hearing. The House of Lords answered the question in the negative on the basis that the divorce court was without jurisdiction to hear a nullity suit *in camera* and in “the interest of

lité subirait un préjudice irréparable si les renseignements étaient rendus publics; 4) les renseignements sont pertinents dans le cadre de la résolution des questions juridiques soulevées dans le litige; 5) en même temps, les renseignements sont «nécessaires» à la résolution de ces questions; 6) l’octroi d’une ordonnance de confidentialité ne cause pas un préjudice grave à la partie adverse; 7) l’intérêt du public à la publicité des débats judiciaires ne prime pas les intérêts privés de la partie qui sollicite l’ordonnance de confidentialité. Le fardeau de démontrer que les critères un à six sont respectés incombe à la partie qui cherche à obtenir l’ordonnance de confidentialité. Pour le septième critère, c’est la partie adverse qui doit démontrer que le droit *prima facie* à une ordonnance de non-divulgence doit céder le pas au besoin de maintenir la publicité des débats judiciaires. En utilisant ces critères, il y a lieu de tenir compte de deux des fils conducteurs qui sous-tendent le principe de la publicité des débats judiciaires: la recherche de la vérité et la sauvegarde de la primauté du droit. Comme je l’ai dit au tout début, je ne crois pas que le degré d’importance qu’on croit que le public accorde à une affaire soit une considération pertinente.

[14] Le premier critère permet de faire la distinction entre les renseignements qui peuvent raisonnablement être considérés comme ayant été acquis ou recueillis sur une base de confidentialité et les faits qu’une partie à un litige voudrait ne pas vouloir dévoiler. L’exemple classique de cette distinction se trouve dans l’arrêt *Scott v. Scott*, précité. Dans cette affaire, M^{me} Scott a demandé le divorce au motif que son mariage était nul parce que M. Scott était impuissant, ce qu’elle a prouvé en démontrant qu’elle était restée vierge. Les parties ont obtenu que la cour saisie du divorce procède à huis clos. Un décret définitif a été rendu, mais M^{me} Scott a mis la main sur une copie de la transcription des débats et l’a distribuée à un certain nombre de personnes, après avoir appris que M. Scott aurait fait des commentaires peu élogieux au sujet de sa santé mentale. À l’origine, la question en litige portait sur le fait de savoir si l’ex-M^{me} Scott devait être déclarée coupable d’outrage au tribunal pour avoir communiqué le contenu des débats. La Chambre des lords a répondu à cette question par la négative, au motif que la cour saisie du divorce n’avait pas

public decency". The point is simply this. There is a difference between information which is accumulated with a reasonable expectation of it being kept confidential and facts which a litigant would like to keep confidential by having the courtroom doors closed.

[15] While the *Scott* case is a family law case, there are two Ontario decisions dealing with the issuance of a protective order in which the litigants were commercial parties. In both cases confidentiality was being sought because of the potential for financial loss flowing from disclosure of the facts surrounding the lawsuit. In *MDS Health Group Ltd. v. Canada (Attorney General)* (1993), 15 O.R. (3d) 630 (Gen. Div.), the corporate plaintiff, a publicly-traded company, argued that if the facts underlying its lawsuit became public it would lose the confidence of its customers and, therefore, there would be serious financial consequences for its shareholders. The plaintiff was unsuccessful in obtaining either of its requests: an order allowing the proposed action to proceed under a pseudonym and the sealing of the court record to keep confidential the fact of the commencement of the action, as well as to ensure that no publication would be made of any document filed in the action. In effect, *MDS, supra*, is an example of a case where the risk of financial loss did not arise from the disclosure of confidential information but rather from the factual matrix surrounding the lawsuit. The same can be said of the decision in *McCreadie v. Rivard* (1995), 43 C.P.C. (3d) 209 (Ont. Gen. Div.). In that case, a protective order was refused in circumstances where some of the parties might have suffered financial loss because of the publicity surrounding the lawsuit.

[16] On the facts of this case, the first criterion is easily satisfied. The information which Atomic Energy wishes to keep confidential is of a commercial nature and of interest to its competitors (see discussion *infra* dealing with the issue of irreparable harm). From the outset the information contained within the three exhibits would be recognized as being of a confiden-

compétence pour entendre une demande d'annulation à huis clos, ainsi que pour [TRADUCTION] «préserver les convenances». Ce que je veux illustrer ici est le fait qu'il y a une différence entre des renseignements recueillis dans l'expectative raisonnable qu'ils resteront confidentiels et des faits qu'une partie à un litige voudrait garder confidentiels en obtenant le huis clos.

[15] L'affaire *Scott* portait sur une question de droit familial, mais il existe deux décisions de l'Ontario qui traitent de l'octroi d'une ordonnance de non-divulgence dans un litige entre des parties en affaires. Dans les deux cas, on demandait la confidentialité pour éviter les pertes financières pouvant découler de la divulgation des faits en cause. Dans *MDS Health Group Ltd. v. Canada (Attorney General)* (1993), 15 O.R. (3d) 630 (Div. gén.), la demanderesse, une société cotée en bourse, a soutenu que si les faits invoqués dans son action étaient divulgués au public, elle perdrait la confiance de ses clients et, par conséquent, qu'il en résulterait des conséquences financières négatives pour ses actionnaires. La demanderesse sollicitait une ordonnance permettant de procéder sous un pseudonyme ainsi que l'apposition de scellés au dossier de la cour, pour que l'existence de l'action reste confidentielle et pour garantir qu'on ne publierait aucun des documents déposés dans l'action. Elle n'a eu gain de cause sur aucun de ces deux aspects. En fait, *MDS*, précité, est un bon exemple d'une affaire où le risque de perte financière ne trouve pas sa source dans la divulgation de renseignements confidentiels, mais dans les faits mêmes à l'origine de l'affaire. On peut dire la même chose de la décision *McCreadie v. Rivard* (1995), 43 C.P.C. (3d) 209 (Div. gén. Ont.). Dans les circonstances de cette affaire, où certaines parties pouvaient subir des pertes financières par suite de la publicité entourant l'action en justice, on a refusé d'octroyer une ordonnance de non-divulgence.

[16] Les faits de la présente affaire démontrent qu'on a satisfait au premier critère. Les renseignements qu'Énergie atomique ne veut pas voir divulguer sont de nature commerciale et ils présentent un intérêt pour ses concurrents (voir plus loin l'analyse portant sur le préjudice irréparable). Dès le début, les renseignements contenus dans les trois pièces ont été

tial nature. This is a case where a claim of confidentiality has a sound footing; it is not one where a litigant is asking that essential facts or the truth be withheld from the public.

[17] The second criterion is whether the information to be given protective status has always been treated as such. This requirement must extend not only to the party seeking the confidentiality order but also to third parties who may have accumulated the information and who have provided the litigant with a copy for limited purposes. The rationale underlying this criterion is self-evident. No one may claim confidentiality for information which is already in the public domain. In circumstances where the person accumulating the information loses the right to control its dissemination, either because of a conscious decision or through inadvertence, the right of a litigant to a confidentiality order is also lost. On the facts of the present case, it is common ground that Atomic Energy and the Chinese authorities have always treated the exhibits in a confidential manner. For this reason I need not review the elaborate measures undertaken by Atomic Energy to preserve the confidentiality of the information provided by the Chinese authorities.

[18] The third criterion imposes an obligation on the party seeking the confidentiality order to establish on a balance of probabilities that its proprietary or commercial interests could be harmed by the disclosure of the information. In effect, this criterion involves the application of the irreparable harm test universally applied in injunctive proceedings, including those involving trade secrets. At this juncture, however, I must acknowledge that the jurisprudence emanating from the Trial Division of this Court includes both a subjective and an objective test: see *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1998), 83 C.P.R. (3d) 428 (F.C.T.D.); aff'd on other grounds [2000] 3 F.C. 360 (C.A.). The subjective test requires the party seeking the confidentiality order to show that it believes that the information which it seeks to protect is confidential and would be harmful

reconnus comme étant confidentiels. Il s'agit donc ici d'une affaire où la demande de préserver la confidentialité est bien fondée, et non d'une affaire où une partie chercherait à cacher la vérité ou des faits essentiels au public.

[17] Le deuxième critère porte que les renseignements dont on demande la confidentialité doivent toujours avoir été traités de manière confidentielle. Cette exigence ne vise pas seulement la partie qui demande l'ordonnance de confidentialité, mais aussi les tiers qui ont pu recueillir l'information et en fournir copie à une partie à certaines fins précises. La justification de ce critère est évidente. Personne ne peut demander qu'on garde confidentiels des renseignements qui sont déjà dans le domaine public. Dans les circonstances où la personne qui a recueilli les renseignements perd le droit d'en contrôler la diffusion, soit par suite d'une décision réfléchie ou par inadvertance, la partie concernée perd automatiquement son droit d'obtenir une ordonnance de confidentialité. Au vu des faits de la présente affaire, il est admis qu'Énergie atomique et les autorités chinoises ont toujours traité les pièces comme des documents confidentiels. Étant donné ce fait, il n'est pas nécessaire que j'examine les mesures très élaborées prises par Énergie atomique pour préserver la confidentialité des renseignements qui lui ont été transmis par les autorités chinoises.

[18] Le troisième critère exige que la partie qui demande l'ordonnance de confidentialité démontre, selon la prépondérance des probabilités, que la divulgation des renseignements nuirait à ses intérêts commerciaux ou à ses droits. En fait, ce critère implique l'utilisation du critère de préjudice irréparable qui est universellement appliqué dans les procédures de demande d'injonction, y compris celles qui portent sur des secrets industriels. Toutefois, je dois reconnaître ici que la jurisprudence de la Section de première instance de notre Cour comporte à la fois un critère subjectif et un critère objectif: voir *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1998), 83 C.P.R. (3d) 428 (C.F. 1^{re} inst.); décision confirmée pour d'autres motifs [2000] 3 C.F. 360 (C.A.). Le critère subjectif exige que la partie qui demande l'ordonnance de confidentialité démontre

to its interests if disclosed. Quite frankly, I am unable to appreciate the rationale underscoring the need for a subjective component of the irreparable harm test. If the moving party is able to establish irreparable harm on an objective basis, which it must, why would the law also impose an additional subjective component? In my respectful view, the objective test is sufficient.

[19] It bears repeating that the notion of irreparable harm does not apply to cases where a litigant is simply exposed to the risk of financial harm as a result of the factual matrix surrounding the lawsuit becoming public. The distinction outlined earlier between information of a confidential nature and facts which litigants would like to keep confidential is not to be overtaken by the plea of economic loss: see *MDS Health Group Ltd. v. Canada (Attorney General)*, *supra*, and *McCreadie v. Rivard*, *supra*.

[20] Once again it is common ground that Atomic Energy will be exposed to irreparable financial harm if the confidential information in question is made public since it would provide Atomic Energy's competitors with technical and financial information otherwise unavailable to them. It contains site-specific plant layout and numerous matters relating to the efficiency of the Canadian reactors, e.g. fuel consumption and operational features, in short, the type of information which is of interest to Atomic Energy's competitors. There is also the potential for harm to Atomic Energy's relations with its Chinese customers and other existing and potential customers and, in turn, to Atomic Energy's reputation. This flows from the fact that Atomic Energy requires that its customers provide it with the type of confidential information contained in the documents in issue. In return Atomic Energy gives an undertaking to maintain confidentiality. Atomic Energy's ability to maintain the confidentiality of such material is understandably important to its commercial success.

qu'elle croit que les renseignements qu'elle désire protéger sont confidentiels et que leur divulgation nuirait à ses intérêts. Très franchement, je ne comprends pas pourquoi il est nécessaire d'établir une composante subjective au sein du critère du préjudice irréparable. Si le requérant peut démontrer de façon objective l'existence du préjudice irréparable, ce qu'il doit faire, pourquoi le droit exigerait-il qu'il démontre l'existence d'une composante subjective? Avec égards, je suis d'avis que le critère objectif est suffisant.

[19] Il n'est pas inutile de répéter ici que la notion de préjudice irréparable ne s'applique pas à des affaires où une partie est tout simplement exposée au risque de perte financière par suite de la divulgation des faits en cause dans l'affaire. La distinction expliquée plus tôt entre les renseignements de nature confidentielle et les faits que les parties voudraient ne pas voir divulguer ne peut être mise de côté pour cause de perte financière: voir *MDS Health Group Ltd. v. Canada (Attorney General)*, précité, et *McCreadie v. Rivard*, précité.

[20] Encore une fois, il est admis qu'Énergie atomique subira un préjudice financier irréparable si les renseignements confidentiels en question sont divulgués, étant donné que ses concurrents obtiendraient alors des renseignements techniques et financiers qu'ils ne peuvent obtenir maintenant. On y trouve des dessins d'usines détaillés faits en fonction de sites particuliers ainsi que plusieurs considérations portant sur le rendement des réacteurs canadiens, notamment leur consommation de carburant et autres caractéristiques opérationnelles. Bref, c'est là le genre de renseignements qui intéressent les concurrents d'Énergie atomique. Il peut aussi y avoir un préjudice dans les relations d'Énergie atomique avec ses clients chinois et avec ses autres clients existants ou potentiels, ainsi qu'à la réputation d'Énergie atomique. Ceci est dû au fait qu'Énergie atomique exige que ses clients lui fournissent les renseignements confidentiels contenus dans les documents en cause, en contrepartie de quoi elle s'engage à préserver leur confidentialité. Il va de soi que le succès commercial d'Énergie atomique dépend en partie de sa capacité de garder de tels renseignements confidentiels.

[21] This case adds a further dimension to the notion of irreparable harm in that the refusal to grant a confidentiality order harms not only the legitimate interests of Atomic Energy but also those of a third party and non-litigant, the Chinese authorities. Two of the three documents for which a confidentiality order is sought involve environmental impact studies prepared by the Chinese authorities. One is a comprehensive, detailed and site-specific analysis of the project. The other relates to construction and design aspects of the nuclear reactors. Both documents were prepared as part of an ongoing environmental assessment of the project and constitute conditions precedent to the issuance of a licence to operate a nuclear power plant under Chinese law. The third document, consisting of 18 volumes includes, for example, the site-specific plant layout and was prepared jointly by Atomic Energy and the Chinese authorities. Because of a confidentiality order issued by this Court there are other facts which I cannot reproduce in these reasons for judgment. Suffice it to say that it does not take a great deal of imagination to appreciate why any government would balk at the prospect of revealing the site-plans for its nuclear installations.

[22] The fourth criterion is whether the information for which a confidentiality order is sought is relevant to the legal issues raised in the pleadings. If not, the application for a confidentiality order should be summarily dismissed. Conversely, however, the fact that confidential information is relevant to the legal issues to be addressed in the judicial review application is not a sufficient ground for granting the confidentiality order. It remains to be determined whether the information is a necessary component of the moving party's case. In the present instance, it is common ground that the confidential information is relevant to the issues that will be placed before a motions judge. The critical issue is whether the confidential documents are necessary to Atomic Energy's successful defence of the allegation of wrongdoing on the part of the government. Before turning to that question it must be emphasized that in

[21] Cette affaire comprend une autre dimension à rattacher à la notion de préjudice irréparable, étant donné que le refus d'octroyer une ordonnance de confidentialité est au détriment non seulement des intérêts légitimes d'Énergie atomique, mais aussi de ceux d'un tiers qui n'est pas partie au litige, savoir les autorités chinoises. Deux des trois documents visés par la demande d'une ordonnance de confidentialité portent sur des études de répercussions environnementales préparées par les autorités chinoises. Un des documents est une analyse complète et détaillée du site du projet. L'autre porte sur la conception et la construction des réacteurs nucléaires. Ces deux documents ont été préparés dans le cadre d'une évaluation environnementale du projet qui est en cours et ils étaient nécessaires à l'obtention d'un permis d'exploiter une usine d'énergie nucléaire en vertu du droit chinois. Le troisième document, qui a 18 volumes, comprend notamment les dessins d'usines détaillés faits en fonction du site et il a été préparé conjointement par Énergie atomique et les autorités chinoises. L'existence d'une ordonnance de confidentialité délivrée par notre Cour fait que je ne peux mentionner certains autres faits dans ces motifs. Il suffit de dire qu'il n'est point besoin de beaucoup d'imagination pour comprendre pourquoi un gouvernement résisterait à l'idée de révéler les plans de site de ses installations nucléaires.

[22] Le quatrième critère porte sur la question de savoir si les renseignements pour lesquels on demande une ordonnance de confidentialité sont pertinents dans le cadre de la résolution des questions juridiques soulevées par les actes de procédure. Si ce n'est pas le cas, la demande d'ordonnance de confidentialité doit être rejetée sans formalités. Inversement, le fait que les renseignements confidentiels sont pertinents quant à la résolution des questions juridiques soulevées dans la demande de contrôle judiciaire n'est pas toutefois un motif suffisant d'octroyer l'ordonnance de confidentialité. Il faut d'abord déterminer si les renseignements en cause sont une composante nécessaire dans la présentation du point de vue du requérant. En l'instance, il est admis que les renseignements confidentiels sont pertinents quant aux questions qui seront soumises au juge des requêtes. La question fondamentale est de savoir si les documents

some cases the relevancy of the information for which a confidentiality order is sought will be in issue.

[23] The issue of relevancy is best exemplified by *Ethyl Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (1998), 17 C.P.C. (4th) 278 (Ont. Gen. Div.), a case cited by my colleagues in support of the proposition that the level of public interest in a case is a relevant consideration when deciding whether to issue a confidentiality order. The facts of that case are relatively straightforward. The plaintiff, Ethyl Canada Ltd., sought a declaration that the *Manganese-based Fuel Additives Act*, S.C. 1997, c. 11, was *ultra vires* the federal government under the distribution of powers. That legislation bans the importation and interprovincial transportation of a certain gasoline additive used to increase octane levels. The Canadian Vehicle Manufacturers' Association was granted party intervener status and permitted to introduce evidence and cross-examine with respect to the negative impact of the additive on vehicle emission control systems and vehicle performance. Several car manufacturers, including Honda and General Motors, had provided confidential testing information to the intervener which revealed the negative impact of the additive on the manufacturers' cars, information which they did not want to make public. The intervener was willing to provide unedited versions to Ethyl Canada and the Court, provided the documents made available to the public were edited so as not to reveal the identity of specific makes of vehicles adversely affected by the additive. The plaintiff moved for full disclosure, the intervener brought a cross-motion for a partial-sealing order. The motion to compel disclosure was allowed, the cross-motion was dismissed.

[24] While doubting that disclosure would result in harm to the car manufacturers, the Motions Judge in

confidentiels sont nécessaires pour qu'Énergie atomique soit en mesure de présenter une défense valable face à l'allégation de conduite fautive de la part du gouvernement. Avant d'examiner cette question, il faut souligner que dans certains cas la pertinence des renseignements pour lesquels on demande une ordonnance de confidentialité sera litigieuse.

[23] On trouve un excellent exemple portant sur la pertinence dans *Ethyl Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (1998), 17 C.P.C. (4th) 278 (Div. gén. Ont.), une affaire que mes collègues citent à l'appui de leur point de vue que le degré d'intérêt du public dans une affaire est une considération pertinente lorsqu'il s'agit de décider s'il y a lieu d'octroyer une ordonnance de confidentialité. Les faits de cette affaire sont relativement simples. La demanderesse, Ethyl Canada Ltd., demandait un jugement déclaratoire portant que la *Loi sur les additifs à base de manganèse*, L.C. 1997, ch. 11, était *ultra vires* du gouvernement fédéral en vertu de la répartition des compétences. Cette Loi interdit l'importation et le transport entre les provinces d'une substance ajoutée à l'essence pour augmenter son indice d'octane. L'Association canadienne des constructeurs de véhicules a reçu le statut de partie comme intervenante et a été autorisée à présenter une preuve et à contre-interroger au sujet de l'impact négatif de l'additif sur les systèmes de contrôle de pollution des véhicules ainsi que sur leur rendement en général. Plusieurs constructeurs d'automobiles, y compris Honda et General Motors, avaient fourni à l'intervenante des renseignements confidentiels révélant l'impact négatif de l'additif en question sur leurs voitures et ils désiraient que ces renseignements ne soient pas divulgués. L'intervenante était disposée à fournir des versions intégrales des documents à Ethyl Canada et à la cour, sous réserve que les documents soient modifiés avant d'être rendus publics afin qu'on ne puisse savoir sur quels modèles de voitures l'additif avait eu un impact négatif. La demanderesse réclamait la pleine divulgation, alors que l'intervenante a présenté une requête incidente pour obtenir une ordonnance partielle de scellés. La requête sollicitant la divulgation a été accueillie, alors que la requête incidente était rejetée.

[24] Tout en exprimant des doutes que la divulgation causerait un préjudice aux fabricants d'automobiles, le

Ethyl Canada, supra, concluded that even if harm were a possibility it was not so great as to outweigh the public interest in disclosure for two reasons. First, the Motions Judge doubted that an interested citizen could appreciate the significance of the data and its implications. Second, in holding that public interest in full disclosure outweighed the private interest in confidentiality she alluded to the magnifying effect of the fact that the litigation involved “an important public law case”. In my respectful view, however, a more fundamental issue was whether the affidavit evidence from the car manufacturers was of any relevance to the constitutional issue at hand. Whether or not the federal government possesses the competence to adopt the legislation in question is not, as far as I am aware, dependent on whether the gasoline additive is or is not harmful to automobile engines. The wisdom of Parliament in passing the legislation is not a justiciable matter, only its competence to do so.

[25] Returning to the facts of this case, it is not open to question that the information in question is relevant to the legal issues at hand. The question is whether it is necessary to the resolution of the legal issues raised by the parties. The significance of the fifth criterion was affirmed by Viscount Haldane L.C. in *Scott v. Scott, supra*, at pages 437-439:

There it may well be that justice could not be done at all if it had to be done in public. As the paramount object must always be to do justice, the general rule as to publicity, after all only the means to an end, must accordingly yield. But the burden lies on those seeking to displace its application in the particular case to make out that the ordinary rule must as of necessity be superseded by this paramount consideration. The question is by no means one which, consistently with the spirit of our jurisprudence, can be dealt with by the judge as resting in his mere discretion as to what is expedient. The latter must treat it as one of principle, and as turning, not on convenience, but on necessity.

juge des requêtes dans *Ethyl Canada*, précité, a conclu que même s’il y avait possibilité de préjudice, cette possibilité n’était pas assez importante pour primer l’intérêt du public à la divulgation, pour les deux motifs suivants. Premièrement, le juge des requêtes a exprimé des doutes quant à savoir si un citoyen intéressé pouvait vraiment comprendre la signification des données et ce qu’elles supposaient. Deuxièmement, en concluant que l’intérêt du public à la pleine divulgation primait l’intérêt privé à la confidentialité, le juge des requêtes a fait mention de l’attention supplémentaire qu’attirait un litige impliquant [TRADUCTION] «une affaire importante de droit public». Toutefois, et avec égards, je suis d’avis que la vraie question fondamentale était de savoir si la preuve par affidavit en provenance des fabricants d’automobiles était pertinente quant au règlement de la question constitutionnelle posée. La question de savoir si le gouvernement fédéral a compétence pour adopter la législation en cause ne dépend aucunement, en autant que je sache, du fait de savoir si l’additif à l’essence avait un impact négatif ou non sur les moteurs des automobiles. C’est la compétence du Parlement pour adopter la législation qui peut faire l’objet d’une contestation devant les tribunaux et non le bien-fondé de son adoption.

[25] Pour en revenir à l’affaire en l’instance, on ne peut douter que les renseignements en cause sont pertinents dans la résolution des questions juridiques soulevées. La question est de savoir s’ils sont nécessaires à la résolution des questions juridiques soulevées par les parties. L’importance du cinquième critère a été énoncé par le vicomte Haldane, lord chancelier, dans *Scott v. Scott*, précité, aux pages 437 à 439:

[TRADUCTION] Dans un tel cas, la publicité des débats pourrait bien empêcher que justice soit effectivement rendue. L’objectif fondamental étant toujours de faire justice, le principe général quant à la publicité des débats, qui n’est après tout qu’un moyen pour arriver à une fin, doit par conséquent céder le pas. Mais il incombe à ceux qui cherchent à déroger au principe général dans un cas donné de démontrer que la règle ordinaire doit, par nécessité, céder le pas à cette considération fondamentale. Selon notre conception du droit, cette question ne saurait relever du simple pouvoir discrétionnaire du juge qui la trancherait en se fondant sur des considérations pragmatiques. Il incombe au contraire à ce dernier de l’envisager sur le plan des principes, où doivent intervenir les considérations de nécessité et non d’expédient pratique.

But unless it be strictly necessary for the attainment of justice, there can be no power in the Court to hear in camera either a matrimonial cause or any other where there is contest between parties. He who maintains that by no other means than by such a hearing can justice be done may apply for an unusual procedure. But he must make out his case strictly, and bring it up to the standard which the underlying principle requires. He may be able to shew that the evidence can be effectively brought before the Court in no other fashion. . . . The mere consideration that the evidence is of an unsavoury character is not enough, any more than it would be in a criminal Court, and still less is it enough that the parties agree in being reluctant to have their case tried with open doors.

If the evidence to be given is of such a character that it would be impracticable to force an unwilling witness to give it in public, the case may come within the exception to the principle that in these proceedings, and not the less because they involve an adjudication on status as distinguished from mere private right, a public hearing must be insisted on in accordance with the rules which govern the general procedure in English Courts of justice. A mere desire to consider feelings of delicacy or to exclude from publicity details which it would be desirable not to publish is not, I repeat, enough as the law now stands. I think that to justify an order for hearing in camera it must be shewn that the paramount object of securing that justice is done would really be rendered doubtful of attainment if the order were not made.

[26] In summary, Viscount Haldane posits that the general principle of openness in court proceedings cannot be displaced unless it is shown that justice can be achieved only by closing the courtroom doors. Thus, the moving party must establish that the granting of the confidentiality order is necessary in the sense that there is no other effective way of introducing essential evidence. It cannot be doubted that the information for which Atomic Energy seeks a confidentiality order is essential to the defence of its case. Assuming that the *Canadian Environmental Assessment Act* is triggered by the loan transaction, Atomic Energy is entitled to raise subsection 54(2) of that legislation which recognizes the validity of an environmental assessment carried out by foreign authorities, provided that the assessment meets the Canadian requirements: see also *Projects Outside Canada Environmental Assessment Regulations*, SOR/96-491.

Toutefois, à moins que la chose soit absolument nécessaire pour que justice soit faite, les tribunaux n'ont pas la compétence d'entendre une affaire matrimoniale ou toute autre affaire à huis clos lorsque les parties ne s'entendent pas. Celui qui maintient qu'on ne peut faire justice qu'en obtenant le huis clos peut présenter une demande afin d'obtenir cette mesure inhabituelle. Mais il est tenu de faire une démonstration stricte de ce fait, afin de respecter la norme exigée par le principe de base. Il se peut qu'il puisse démontrer qu'il n'y a pas d'autre façon de présenter efficacement la preuve au tribunal [. . .] Le seul fait que la preuve a un caractère peu reluisant ne suffit pas, pas plus qu'il ne suffirait dans une affaire criminelle. Il est encore moins envisageable de procéder ainsi seulement parce que les parties sont d'accord pour désirer que l'affaire ne soit pas divulguée au public.

Si le témoignage attendu est de telle nature qu'il serait impraticable d'exiger d'un témoin récalcitrant qu'il procède en public, il se peut que l'affaire constitue une exception au principe qui veut que ces procédures, et il n'en est pas moins ainsi du fait qu'elles impliquent un jugement sur une question de statut contrairement à un jugement qui ne porterait que sur un droit privé, doivent se tenir en public en accord avec les règles qui gouvernent la procédure générale des tribunaux de justice en Angleterre. Le seul fait qu'on puisse avoir des réserves ou qu'on veuille exclure la diffusion de détails qu'on préférerait garder confidentiels ne suffit pas, je le répète, au vu du droit existant. Je suis d'avis que pour justifier une ordonnance de huis clos, il faut démontrer qu'il serait douteux qu'on puisse atteindre l'objectif primordial de garantir que justice soit faite, si l'ordonnance n'était pas octroyée.

[26] En résumé, le vicomte Haldane postule que le principe général de publicité des procédures judiciaires ne peut faire l'objet d'exception, sauf si on peut démontrer que pour rendre justice il faut décréter le huis clos. En conséquence, le requérant doit démontrer que l'ordonnance de confidentialité est nécessaire, en ce sens qu'il n'y a pas d'autre façon efficace de présenter une preuve essentielle. On ne peut mettre en doute le fait que les renseignements qu'Énergie atomique veut protéger par l'obtention d'une ordonnance de confidentialité sont essentiels à la présentation de sa défense en l'instance. À supposer que la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* soit enclenchée par l'opération de prêt, Énergie atomique a le droit d'invoquer le paragraphe 54(2) de cette Loi, puisqu'on y reconnaît la validité d'une évaluation environnementale conduite par des autorités étrangères, sous réserve que l'évaluation satisfasse aux exigences canadiennes: voir aussi le *Règlement sur le*

[27] Accepting that the confidential information contained within the three exhibits attached to the supplementary affidavit is essential to Atomic Energy's defence, it remains to be considered whether there are alternative means by which that information may be introduced without breaching confidences and exposing Atomic Energy to irreparable harm. If no viable option exists then the issuance of a protective order arises as a matter of necessity. Two possibilities have been raised in this case. The first was raised by the Motions Judge and involves the expungement of confidential information from the documents in issue and the filing of edited versions. The second is raised by my colleagues who suggest that the non-confidential summaries of the reports (the confidential documents) may go a long way to compensate for the absence of the reports themselves if Atomic Energy decides not to place them into evidence without a confidentiality order. If either option constitutes an effective means by which the confidential information may be introduced into evidence then the refusal to grant the protective order sought by Atomic Energy is justified.

[28] With respect to the first option, it is my respectful opinion that the expungement of confidential information from the documents in question is not a viable option. Putting aside the fact that both parties are opposed to this remedial option and that it was not raised by either party before the Motions Judge, there are other valid grounds for rejecting this solution. There is an untested assumption that confidential information and information relating to the environmental aspects of the construction of the nuclear reactors are mutually exclusive. This is not necessarily so. Admittedly, the only way of testing the assumption is to examine the documents for which a confidentiality order is being sought. This the Motions Judge did not do. Whether that omission is of itself an error of law is not a matter with which I need be concerned. The reality is that the documents in question are voluminous and highly technical. Without the cooperation and approval of the Chinese authorities, any

processus d'évaluation environnementale des projets à réaliser à l'extérieur du Canada, DORS/96-491.

[27] Une fois qu'il a été reconnu que les renseignements confidentiels se trouvant dans les trois pièces attachées à l'affidavit supplémentaire sont essentiels à la défense d'Énergie atomique, il reste à examiner s'il y a d'autres moyens qui permettraient de produire ces renseignements sans faire une entorse à la confidentialité et sans exposer Énergie atomique à un préjudice irréparable. S'il n'y a pas une telle option, alors l'octroi de l'ordonnance de non-divulgaration s'impose comme nécessaire. En l'instance, on a soulevé deux options. La première, présentée par le juge des requêtes, vise le retrait des renseignements confidentiels contenus dans les documents en cause pour en produire des versions modifiées. La deuxième, soulevée par mes collègues, porte que les résumés non confidentiels des rapports (les documents confidentiels) pourraient dans une large mesure compenser l'absence des rapports eux-mêmes si Énergie atomique décide de ne pas les déposer en l'absence d'une ordonnance de confidentialité. Si l'une ou l'autre de ces options est efficace et permet de produire en preuve les renseignements confidentiels, alors le refus d'accorder l'ordonnance de non-divulgaration demandée par Énergie atomique est justifié.

[28] Quant à la première option, je suis d'avis avec égards que cette option de retirer les renseignements confidentiels des documents en cause n'est pas viable. En sus du fait que les deux parties s'opposent à cette option, qui n'a pas été soulevée par elles devant le juge des requêtes, il y a d'autres motifs valables de rejeter cette idée. À la base de cette idée, il y a une hypothèse non confirmée que les renseignements confidentiels et ceux qui portent sur les aspects environnementaux de la construction des réacteurs nucléaires peuvent être distingués. Ce n'est pas nécessairement le cas. Il est clair que la seule façon de vérifier l'hypothèse est d'examiner les documents pour lesquels on demande une ordonnance de confidentialité, ce que le juge des requêtes n'a pas fait. Je n'ai pas à me préoccuper ici de savoir si cette omission constitue une erreur en droit. Le fait est que les documents en cause sont volumineux et très techniques. En l'absence de l'approbation des autorités

attempt by Atomic Energy to edit out sensitive information would be an exercise in frustration. Whether or not the Chinese authorities would be prepared to allow the filing of edited versions of the documents is a matter which Atomic Energy has never had the opportunity to address because of the way in which the expungement issue was raised below. In any event, having regard to the litigation history of this case, I doubt that Sierra Club would be willing to accept blindly all editorial deletions that might be proposed by Atomic Energy even if the Chinese authorities were prepared to participate in such an exercise. Once again, however, this is assuming that sensitive or confidential information is irrelevant to the environmental assessment issues to be addressed. Above all, it is the responsibility of a motions judge to ensure that the option of editing sensitive documents is a viable one. The facts of this case do not support the imposition of this option.

[29] The suggestion made by my colleagues, at paragraph 104 of their reasons, that the decision of Atomic Energy to file an edited version in breach of its undertaking to the Chinese authorities will rest largely on Atomic Energy's fear of a loss of business, leaves one with the impression that that fear is either unsubstantiated or, alternatively, that a breach of the undertaking remains as a possibility. The evidence is to the contrary and in any event it would be improper for this Court to decide this case on the basis that it was open to Atomic Energy to file the confidential documents in breach of its undertaking to the Chinese authorities.

[30] I turn now to the remaining option. Atomic Energy would have no need for a confidentiality order if it were able to rest its defence on the summaries which it prepared of the documents for which the confidentiality order is being sought, as suggested by my colleagues at paragraph 103 of their reasons. I have two fundamental objections to this option. First, it was not raised before the Motions Judge. Second, if those summaries (found at pages 289 *et seq* of Appeal Book I) are deemed acceptable substitutes for the confidential documents and evidence of compliance by

chinoises et de leur participation, toute tentative d'Énergie atomique de retrancher les renseignements délicats ne pourrait mener qu'à de la frustration. Quant à savoir si les autorités chinoises seraient disposées à autoriser le dépôt de versions modifiées des documents, c'est une question qu'Énergie atomique n'a jamais pu examiner étant donné la façon dont cette idée a été présentée en première instance. De toute façon, étant donné l'historique de l'affaire, je doute que le Sierra Club accepterait sans réserves les retraits proposés par Énergie atomique, même si les autorités chinoises étaient disposées à participer à l'opération. Encore une fois, ceci suppose toutefois que les renseignements confidentiels ou délicats ne sont pas pertinents dans le cadre des questions d'évaluation environnementale soulevées. C'est d'abord et avant tout la responsabilité du juge des requêtes de s'assurer que l'option de modifier des documents délicats est viable. Les faits dans la présente affaire ne permettent pas qu'on impose cette option.

[29] L'idée avancée par mes collègues, au paragraphe 104 de leurs motifs, que la décision d'Énergie atomique de déposer une version modifiée en violation de ses engagements envers les autorités chinoises dépendra essentiellement de la crainte d'Énergie atomique de perdre des affaires, peut donner l'impression que cette crainte n'est pas fondée ou, subsidiairement, qu'on peut envisager la violation de l'engagement pris. La preuve va dans le sens contraire et, de toute façon, il n'est pas indiqué que notre Cour statue sur l'affaire en se fondant sur le fait qu'Énergie atomique a l'option de déposer des documents confidentiels en violation des engagements pris envers les autorités chinoises.

[30] Je vais maintenant examiner l'option qui reste. Énergie atomique n'aurait aucun besoin de l'ordonnance de confidentialité si elle pouvait établir sa défense à partir des résumés qu'elle a préparés des documents pour lesquels elle demande l'ordonnance de confidentialité, comme le laissent entendre mes collègues au paragraphe 103 de leurs motifs. J'ai deux objections fondamentales face à cette option. Premièrement, il n'en a pas été question devant le juge des requêtes. Deuxièmement, si ces résumés (qu'on trouve aux pages 289 et suivantes du Dossier d'appel I) sont

the Chinese with the Canadian environmental process, Sierra Club might as well abandon its judicial review application. I say this because the summaries consist of a series of statements cast as conclusions of that which would otherwise have to be proven. In other words, the summaries constitute self-serving evidence in support of Atomic Energy's ultimate position that the environmental assessment carried out in China by Chinese authorities complies with the Canadian requirements. For example, at page 290 of Appeal Book I, the "Screening Report" reads in part:

In AECL's opinion the attached environmental impact report meets, as a minimum, the requirements of a screening report under Section 18 of the Canadian Environmental Assessment Act. In summary:

. . .

d) the project will have no impact on the physical and cultural heritage, nor on the current use of lands and resources of any aboriginal peoples, as there are no aboriginal peoples living in the vicinity of the Qinshan site;

[31] In conclusion, it has not been established that either the process of editing the confidential documents or the production of summaries thereof are effective and alternative means by which Atomic Energy can introduce them into evidence without the benefit of a protective order. It follows that Atomic Energy will be denied the right to offer a full defence if such an order does not issue. Therefore, the necessity requirement outlined by Viscount Haldane in *Scott v. Scott, supra*, is satisfied.

[32] The sixth criterion asks whether the confidentiality order will result in the opposing party being unduly prejudiced by the granting of the confidentiality order. This criterion is of no consequence so long as the confidentiality order permits counsel for the opposing party and its expert witnesses access to the confidential information, subject to the customary undertaking not to disclose the information to others. This is the very type of order that Atomic Energy

considérés comme pouvant remplacer les documents confidentiels et constituer une preuve que les Chinois ont respecté les processus environnementaux canadiens, le Sierra Club n'aura plus qu'à se désister de sa demande de contrôle judiciaire. Je dis cela parce que les résumés sont une série de déclarations présentées comme des conclusions alors qu'elles devraient normalement être prouvées. En d'autres mots, les résumés sont une preuve intéressée à l'appui de la position prise par Énergie atomique, voulant que l'évaluation environnementale à laquelle les autorités chinoises ont procédé en Chine est compatible avec les exigences canadiennes. Par exemple, à la page 290 du Dossier d'appel I, on trouve ceci dans le «Rapport d'examen préalable»:

[TRADUCTION] De l'avis d'EACL, le rapport de répercussions environnementales en annexe satisfait aux exigences d'un rapport d'examen préalable en vertu de l'article 18 de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, sinon plus. En résumé:

[. . .]

d) le projet n'aura pas de répercussions sur le patrimoine physique ou culturel, non plus que sur l'usage courant des terres et des ressources par les autochtones, puisqu'il n'y en a pas qui résident près du site Qinshan;

[31] En conclusion, on n'a pas démontré que la production des documents confidentiels dans une forme modifiée ou la production de résumés sont des moyens efficaces par lesquels Énergie atomique pourrait présenter sa preuve en l'absence d'une ordonnance de non-divulgaration. Il s'ensuit qu'en l'absence d'une telle ordonnance, Énergie atomique se verra refuser son droit de présenter une défense pleine et entière. Par conséquent, on a satisfait en l'instance au critère de nécessité défini par le vicomte Haldane dans *Scott v. Scott*, précité.

[32] Le sixième critère pose la question de savoir si la partie adverse sera exposée à un préjudice grave par suite de l'octroi de l'ordonnance de confidentialité. Ce critère est sans conséquence lorsque l'ordonnance de confidentialité autorise l'avocat de la partie adverse et ses témoins experts à prendre connaissance des renseignements confidentiels, sous réserve de l'engagement habituel de ne pas les communiquer à des tiers. C'est exactement ce genre d'ordonnance

seeks in this case. For this reason Sierra Club cannot be prejudiced by the issuance of a confidentiality order, at least to the extent that it has full access to all of the appellant's evidence. As a tactical matter, it is understandable that Sierra Club would vigorously oppose the granting of a confidentiality order to Atomic Energy.

[33] The seventh criterion is an overriding one and involves consideration of two competing factors. A motions judge must determine whether the public interest in open court proceedings overrides the private interests of the party seeking the confidentiality order. The Motions Judge referred to this issue at paragraphs 17, 23 and 31 [pages 413-419] of his reasons:

Before such an order can be made, I must be satisfied that the need for confidentiality is greater than the public interest in open and accessible court proceedings. The argument for open proceedings in this case is significant. This is a matter of considerable interest to a large number of Canadians. There has been a long-running public debate about Canada's role as a vendor of nuclear technology, in which this application is but the latest skirmish. The issues are within the public domain and are not simply a matter of individual rights, though AECL's business could potentially be affected by the result. All of this suggests that these proceedings should be open and public.

...

However, I am also of the view that in public law cases, the objective test has, or should have, a third component which is whether the public interest in disclosure exceeds the risk of harm to a party arising from disclosure.

...

Taking all of these into account, I am not satisfied that the need for confidentiality exceeds the public interest in open justice. The issue of Canada's role as a vendor of nuclear technology is one of significant public interest, with animated positions being taken on both sides of the question. The burden of justifying a confidentiality order in such circumstances is very onerous. While the documents contain sensitive information, nothing has been shown to me which would suggest that it is the sensitive information which would be of interest to the Court. AECL has the option of expunging the sensitive material from the documents which it proposes to file.

qu'Énergie atomique essaie d'obtenir en l'instance. Pour ce motif, l'octroi d'une ordonnance de confidentialité ne peut porter préjudice au Sierra Club, dans la mesure où il aura pleinement accès à toute la preuve de l'appelante. Il est toutefois compréhensible que sur le plan tactique le Sierra Club s'oppose formellement à l'octroi d'une ordonnance de confidentialité à Énergie atomique.

[33] Le septième critère est fondamental et il implique l'examen de deux facteurs qui sont en concurrence. Le juge des requêtes doit déterminer si l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires prime les intérêts privés de la partie qui sollicite l'ordonnance de confidentialité. Le juge des requêtes a traité de cette question aux paragraphes 17, 23 et 31 [pages 413 à 419] de ses motifs:

Avant de pouvoir rendre une telle ordonnance, je dois être convaincu que la nécessité de protéger la confidentialité l'emporte sur l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires. Les arguments qui militent en faveur de la publicité des débats judiciaires en l'espèce sont importants. Il s'agit d'une question qui intéresse un grand nombre de Canadiens. Il existe depuis longtemps un débat au sujet du rôle du Canada comme vendeur de technologies nucléaires et la présente demande représente la dernière escarmouche dans ce débat. Les questions en litige sont du domaine public et ne portent pas uniquement sur des droits individuels, bien que l'issue du débat pourrait avoir des incidences sur les activités d'EAEL. Il s'ensuit donc que le présent débat judiciaire doit être public.

[. . .]

J'estime toutefois aussi que, dans les affaires de droit public, le critère objectif comporte, ou devrait comporter, un troisième volet, en l'occurrence la question de savoir si l'intérêt du public à l'égard de la divulgation l'emporte sur le préjudice que la divulgation risque de causer à une personne.

[. . .]

Compte tenu de tous ces éléments, je ne suis pas convaincu que la nécessité de protéger le caractère confidentiel des documents l'emporte sur l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires. La question du rôle du Canada à titre de vendeur de technologies nucléaires est une question d'intérêt public importante qui donne lieu à des prises de position énergiques. La charge de justifier le prononcé d'une ordonnance de confidentialité dans ces circonstances est très onéreuse. Bien que les documents contiennent des renseignements délicats, on ne m'a pas démontré que ce sont les renseignements délicats qui intéresseraient la Cour. EAEL a le choix de retrancher les passages délicats des documents qu'elle se propose de déposer.

[34] Collectively, the above passages support the understanding that in “public law cases” the Court must assess whether the public interest in disclosure exceeds the risk of harm to the party seeking confidentiality. As well, those passages leave the impression that the Motions Judge has equated the legal concept of “public interest in open court proceedings” with the fact that the issue as to Canada’s role as a vendor of nuclear technology is a matter of public interest. (Whether or not this is “a matter of considerable interest to a large number of Canadians”, as noted by the Motions Judge, is a matter on which I prefer to express no opinion.) In short, the Motions Judge appears to equate public interest in open court proceedings with the fact that the underlying litigation involves an issue of public importance. The respondent, Sierra Club, builds upon the Motions Judge’s reasoning by asserting that the public interest in open court proceedings is to be equated with the level of interest expressed by Canadians in a public law proceeding. This is confirmed by the excerpts from newspaper articles and transcripts of radio interviews attached as exhibits to the affidavit of Elizabeth May, filed with this Court following the release of the Motions Judge’s decision and prior to the hearing of this appeal. My colleagues have adopted a position which is closer to that of the Motions Judge than that advanced by Sierra Club.

[35] As noted at the outset and as I understand it, my colleagues’ position consists of three threads. First, the weight to be assigned to the principle of open justice varies with the context. Second, it is necessary to determine the degree of public importance of a case which is to be inferred by examining the cumulative effect of: (1) the nature of the litigation; (2) the nature of the evidence; (3) the extent of media coverage; and (4) the identity of the litigants. Third, one must weigh a party’s interest in a confidentiality order against the degree of public importance in the case and determine which prevails in the instant case: see in particular paragraphs 85, 90, 94 and 97 of the majority’s reasons.

[36] Applying the above factors, my colleagues have concluded that the public interest overrides the private

[34] Considérés comme un tout, les passages précités font ressortir que dans des «affaires de droit public» la Cour doit évaluer si l’intérêt du public à la divulgation l’emporte sur le risque de causer un préjudice à la partie qui demande la confidentialité. Ces passages donnent aussi l’impression que le juge des requêtes a confondu le concept juridique de «l’intérêt du public à la publicité des débats judiciaires» et le fait que le rôle du Canada en tant que vendeur de technologie nucléaire est une question qui intéresse le public. (Quant à savoir s’il s’agit ici «d’une question qui intéresse un grand nombre de Canadiens», comme le déclare le juge des requêtes, je préfère n’exprimer aucune opinion à ce sujet.) En bref, le juge des requêtes semble confondre l’intérêt du public à la publicité des débats judiciaires avec le fait que le litige en cause ici porte sur une question qui est d’importance pour le public. Le Sierra Club, intimé, s’appuie sur le raisonnement du juge des requêtes pour affirmer que l’intérêt du public à la publicité des débats judiciaires doit être établi en fonction du degré d’intérêt des Canadiens face à une procédure de droit public. Ce fait est confirmé par les extraits des articles de journaux et les transcriptions d’entrevues à la radio qui sont annexés comme pièces à l’affidavit d’Elizabeth May, déposé à la Cour suite au prononcé de la décision du juge des requêtes et avant l’audition du présent appel. Mes collègues adoptent une position qui est plus proche de celle du juge des requêtes que de celle qui est proposée par le Sierra Club.

[35] Comme je l’ai dit au début et si je comprends bien, le point de vue de mes collègues s’articule en trois volets. Premièrement, le poids à accorder au principe de la publicité des débats judiciaires varie selon le contexte. Deuxièmement, il est nécessaire de déterminer l’importance de l’affaire pour le public, ce qui peut être réalisé en examinant l’effet cumulatif de: 1) la nature du litige; 2) la nature de la preuve; 3) l’importance de la couverture médiatique; 4) l’identité des parties au litige. Troisièmement, il faut soupeser l’intérêt d’une partie à obtenir la confidentialité par rapport au degré d’importance de l’affaire pour le public et décider lequel des deux doit l’emporter: voir notamment les paragraphes 85, 90, 94 et 97 des motifs des juges majoritaires.

[36] En appliquant les facteurs qui précèdent, mes collègues ont conclu que l’intérêt du public prime les

interests of Atomic Energy. In short, the fact that the subject-matter of the litigation is alleged wrongdoing on the part of the government (a “public law case”), coupled with the fact that the opposing party is a litigant with public interest standing whose lawsuit has attracted significant media coverage, elevates this case to one of sufficient public importance. That is to say, it is one in which it can be inferred that the public interest in the proceedings overtakes the private interests of Atomic Energy. Respectfully, I cannot subscribe to this analytical framework.

[37] I cannot accept the legal proposition that the issuance of a confidentiality order is to be influenced by perceptions as to the “public importance” of a case. I am equally troubled by the legal proposition that it is possible to infer the degree of public interest in open proceedings through the factors identified. As best I can predict, the proposed analytical framework will necessarily tilt the balance in favour of public interest litigants (or the media) in virtually every case where a confidentiality order is sought. Moreover, the proposed framework is not restricted to the issuance of protective orders in the context of commercial or scientific information which is alleged to be of a confidential nature. It extends to all cases in which a confidentiality order is sought.

[38] Certainly, it is not the level of interest expressed by the public, through the media, in a particular case which is of relevance. The principle of open justice cannot be made dependent on what the media believes to be of public interest. After all, the media has its own interests to protect. Nor is the fact that this is a public law case, that is to say, a case in which one of the parties is the federal government, of any relevance. Any government, be it provincial or federal, is entitled to the same procedural and substantive safeguards as any private litigant. The rule of law demands as much. Correlatively, the fact that the applicant for judicial review is an environmental organization with public interest standing is equally

intérêts privés d'Énergie atomique. En bref, le fait que la question en litige porte sur une allégation de conduite fautive de la part du gouvernement (une «affaire de droit public»), auquel s'ajoute le fait que la partie adverse a qualité pour agir dans l'intérêt du public et que son action a suscité une couverture médiatique importante, transformerait cette affaire en une question suffisamment importante sur le plan public. Ceci veut dire qu'il s'agit d'une affaire dans laquelle on peut conclure que l'intérêt du public dans les débats prime les intérêts privés d'Énergie atomique. Avec égards, je ne peux souscrire à ce cadre analytique.

[37] Je ne peux accepter qu'en droit, l'octroi d'une ordonnance de confidentialité serait influencé par des perceptions quant à l'«importance pour le public» d'une affaire. Je m'inquiète aussi d'un principe juridique qui ferait qu'il est possible de mesurer le degré d'intérêt du public à la publicité du processus judiciaire en utilisant les facteurs susmentionnés. En autant que je puisse prédire l'avenir, le cadre analytique proposé viendra nécessairement faire pencher la balance en faveur de parties prétendant défendre l'intérêt public (ou des médias) dans presque tous les cas où une ordonnance de confidentialité sera sollicitée. De plus, le cadre proposé ne se limite pas à la délivrance d'ordonnances de non-divulgence de renseignements commerciaux ou scientifiques qu'on allègue être de nature confidentielle. Il porte sur toutes les affaires où on demande une ordonnance de confidentialité.

[38] Il est clair que ce n'est pas l'intérêt montré par le public dans une affaire donnée, exprimé par l'intermédiaire des médias, qui est pertinent. Le principe de la publicité des débats judiciaires ne peut dépendre de ce que les médias croient être dans l'intérêt du public. Après tout, les médias ont leurs propres intérêts. Le fait qu'il s'agit ici d'une affaire de droit public, c'est-à-dire d'une affaire où l'une des parties est le gouvernement fédéral, n'est pas pertinent non plus. Un gouvernement, qu'il soit provincial ou fédéral, a droit aux mêmes garanties de fond et de procédure que n'importe quelle personne privée. La primauté du droit l'exige. De la même façon, le fait que le demandeur dans une affaire de contrôle judiciaire soit une organi-

irrelevant. The law cannot embrace a rule which elevates the standard of proof required of a party seeking a confidentiality order because the opposing party is committed to pursuing goals which it believes are in the public's best interests and is better able to garner more media attention than others. To the extent that *Ethyl Canada Inc. v. Canada (Attorney General)*, *supra*, and *MDS Health Group Ltd. v. Canada (Attorney General)*, *supra*, stand for the proposition that the issuance of protective orders is dependent on the level of public interest in a case, I respectfully decline to apply those cases. That being said, this is not to suggest that those cases were wrongly decided or that in fact those two cases support that proposition. What I am submitting is that it is not the subject-matter of the underlying litigation which is of relevance but rather the nature of the evidence for which the protective order is sought. I return now to the scope and application of the seventh criterion, as I see it.

[39] As stated earlier, the seventh criterion requires a motions judge to decide whether the public interest in open proceedings overrides the private interests of the party seeking the confidentiality order. It must be remembered that the risk of harm to the party seeking the confidentiality order has already been determined under the third and sixth criteria. Under the third, it was established that Atomic Energy would suffer *irreparable financial harm if the confidential information were made public*. Under the sixth, it was established that the introduction of the confidential information is necessary in order for Atomic Energy to mount an available defence to the allegation of government wrongdoing. To reiterate what was said above, a refusal to grant Atomic Energy the confidentiality order it seeks will result in it being denied the right to present a full defence. Thus, it remains to be determined whether there are any circumstances in which the public interest in open proceedings should override the private interests of a litigant. Alternatively expressed, the question to be addressed by this Court is whether the circumstances of this case support subordinating the principle of a fair trial to the principle of open justice.

sation environnementale ayant qualité pour agir dans l'intérêt public n'est pas pertinent. Le droit ne peut créer une règle qui augmenterait le fardeau de la preuve attribué à une partie qui sollicite une ordonnance de confidentialité, du fait que la partie adverse poursuit des objectifs qu'elle croit être dans l'intérêt du public et qu'elle est mieux placée que d'autres pour obtenir une couverture médiatique. Dans la mesure où *Ethyl Canada Inc. v. Canada (Attorney General)*, précité, et *MDS Health Group Ltd. v. Canada (Attorney General)*, précité, seraient invoqués comme établissant le principe que la délivrance d'ordonnances de non-divulgence dépendra du degré d'intérêt du public dans une affaire, je ne peux les appliquer. Cela étant dit, je ne veux pas donner à entendre que ces affaires n'ont pas été bien jugées ou qu'en fait elles appuient ce principe. Ce que je veux dire, c'est que ce n'est pas la question en cause dans le litige qui est pertinente mais bien la nature de la preuve qu'on veut faire protéger par une ordonnance de non-divulgence. Je vais maintenant revenir à la portée et à l'application du septième critère, tel que je le perçois.

[39] Comme je l'ai déjà dit, le septième critère exige que le juge des requêtes décide si l'intérêt du public à la publicité des débats prime les intérêts privés de la partie qui sollicite l'ordonnance de confidentialité. Il faut se rappeler qu'en vertu des troisième et sixième critères, on a déjà établi le risque de préjudice pour la partie qui sollicite l'ordonnance de confidentialité. En vertu du troisième critère, il ressort qu'Énergie atomique subira un préjudice financier irréparable si les renseignements confidentiels sont rendus publics. En vertu du sixième, on a vu que le dépôt des renseignements confidentiels est nécessaire pour qu'Énergie atomique puisse se prévaloir d'une défense disponible face à l'allégation de conduite fautive de la part du gouvernement. Revenant sur ce qui a déjà été dit, je rappelle que le refus d'accorder l'ordonnance de confidentialité à Énergie atomique aura comme résultat de la priver de son droit de présenter une défense pleine et entière. Il reste donc à décider s'il existe des circonstances faisant que l'intérêt du public à la publicité des débats viendraient primer les intérêts privés d'une partie. En d'autres mots, la question que la Cour doit trancher est de savoir si les circonstances de la présente affaire font qu'on doit subordonner le

[40] In addressing that question one should not lose sight of the fact that the public interest in preserving open court proceedings is no more compelling than the public interest in preserving the right of a litigant to a fair trial. Indeed, I would go so far as to speculate that if the public were asked which of the two competing principles should prevail, the majority would select the former. This is especially so in criminal trials where the accused is confronted with the formidable prosecutorial resources of the state and his or her liberty interests are at stake. In this case, Atomic Energy is seeking a protective order aimed at preserving its financial interests. In some cases, a court will find that financial harm is not a sufficient justification for closing the courtroom doors. I do not believe this is one of those cases.

[41] I take the position that an objective framework is required when assessing whether the principle of open justice should prevail over the principle of fair trial. To answer that question one has to return to the purposes underscoring the principle of open justice discussed earlier. With respect to the rule of law, the belief that the federal government or Atomic Energy may somehow receive more favourable treatment if the confidentiality order is granted is a *non sequitur*. This leaves for consideration the right of the public to have access to the truth. This is the point where I believe the nature of the evidence for which a confidentiality order is sought becomes relevant and has been the subject of intelligent debate in the United States: see generally Arthur R. Miller, "Confidentiality, Protective Orders, and Public Access to the Courts" (1991-92), 105 *Harv. Law Rev.* 427.

[42] No one seems to be concerned with the principle of open justice in cases, for example, where a drug manufacturer seeks to keep confidential the process by which its drug is produced. Admittedly, the information is of a technical nature and unlikely to be understood by most, including the media. The same holds true in the present case. As my colleagues noted

principe d'un procès équitable à celui de la publicité des débats judiciaires.

[40] Pour l'examen de cette question, il importe de ne pas perdre de vue le fait que l'intérêt du public dans le maintien de la publicité des débats judiciaires n'est pas plus important que l'intérêt du public dans le maintien du droit d'une partie à un procès équitable. En fait, j'irai jusqu'à dire que si l'on demandait aux membres du public lequel de ces deux principes devrait primer, la plupart d'entre eux choisiraient le premier. Ceci est particulièrement vrai dans les procès criminels, où l'accusé est confronté aux ressources considérables de l'État qui le poursuit et où sa liberté est en jeu. En l'instance, Énergie atomique sollicite une ordonnance de non-divulgence pour protéger ses intérêts financiers. Dans certains cas, la cour arrivera à la conclusion qu'un préjudice financier n'est pas suffisant pour justifier une exception au principe de publicité. Je ne crois pas que ce soit le cas ici.

[41] Mon point de vue est qu'il faut utiliser un cadre objectif pour déterminer si le principe de la publicité des débats judiciaires doit primer le principe du droit à un procès équitable. Pour répondre à cette question, il faut retourner aux objectifs qui sous-tendent le principe de la publicité des débats judiciaires que nous avons examinés plus tôt. Sur le plan de la primauté du droit, la croyance que le gouvernement fédéral ou Énergie atomique seraient de quelque façon avantagés si l'ordonnance de confidentialité est accordée est intenable. Cela fait qu'il ne reste à examiner que le droit du public à la vérité. C'est à ce point-ci que je crois que la nature de la preuve pour laquelle on demande une ordonnance de confidentialité devient pertinente. Il y a eu des discussions intelligentes à ce sujet aux États-Unis: voir en général Arthur R. Miller, «Confidentiality, Protective Orders, and Public Access to the Courts» (1991-92), 105 *Harv. Law Rev.* 427.

[42] Personne ne semble se préoccuper du principe de la publicité des débats judiciaires dans des cas comme, par exemple, ceux où un fabricant de médicaments cherche à conserver la confidentialité du processus de fabrication de son produit. Bien sûr, ces renseignements sont très techniques et ne seraient probablement pas compris par la plupart des membres du

at paragraph 97 of their reasons, confidentiality is claimed for only three documents which are likely to be beyond the comprehension of all but those equipped with the necessary technical expertise. But on the other hand, the principle of open justice would take on greater significance if the confidential information were to include, for example, a report outlining the health risks associated with the use of a particular drug. In such circumstances, a compelling argument could be made that the public interest in learning the truth with respect to a drug's effectiveness overrides any financial concerns expressed by the drug's manufacturer. Understandably, the proposition that protective orders could be used to conceal information involving public health or safety issues from the public would be met with virulent opposition and the same would probably hold true in other types of cases. For example, returning to the facts in *Ethyl Canada*, *supra*, it is open to ask whether the public has the right to know which of Honda's cars and engines were adversely affected by the gasoline additive for which the federal legislation banned importation.

[43] The fact remains that the type of concerns outlined above do not arise in the present case. Admittedly, the Motions Judge was influenced by the fact that there is an ongoing debate as to Canada's role as a vendor of nuclear technology. But neither the search for truth in this case, nor the nature of the debate, is affected by the granting of a confidentiality order. What is in issue in this particular proceeding is whether an environmental assessment was carried out by Chinese authorities and, if so, whether it meets the requirements of the Canadian legislation. At the end of the day, this information will be divulged to the Canadian public. The issuance of a confidentiality order will not alter this reality.

[44] Finally, I should like to add that in assessing the public interest in this case, should not consideration be given, for example, to the need to ensure that the site-plans for nuclear installations are not posted on a web-site? Once again I must acknowledge that I

public, non plus que par les médias. C'est la même chose en l'instance. Comme mes collègues le mentionnent au paragraphe 97 de leurs motifs, on ne réclame la confidentialité que pour trois documents et leur contenu dépasse probablement les connaissances de ceux qui n'ont pas une expertise technique précise. D'un autre côté, l'application du principe de publicité des débats gagnerait en importance si les renseignements confidentiels comprenaient, par exemple, un rapport au sujet des risques pour la santé liés à l'utilisation d'un médicament donné. Dans de telles circonstances, on pourrait présenter un argument puissant portant que l'intérêt du public à connaître la vérité au sujet de l'efficacité d'un médicament prime toute considération financière avancée par le fabricant. Il est compréhensible que toute tentative d'utiliser les ordonnances de non-divulgence pour cacher des renseignements portant sur la santé et la sécurité du public ferait face à une opposition virulente. La chose serait probablement aussi vraie dans certains autres types de cas. Par exemple, si l'on revient sur les faits de l'affaire *Ethyl Canada*, précitée, on peut se demander si le public a le droit de savoir quel modèle de moteurs ou de voitures Honda ont subi des effets négatifs suite à l'utilisation de l'additif d'essence dont le gouvernement a interdit l'importation.

[43] Le fait est que ces considérations ne s'appliquent pas en l'instance. Il est clair que le juge des requêtes a été influencé par le fait qu'il y a un vif débat quant au rôle du Canada en tant que vendeur de technologie nucléaire. Mais l'octroi d'une ordonnance de confidentialité en l'instance ne nuira pas à la recherche de la vérité et ne modifiera pas le fond du débat. La question qui se pose ici est celle de savoir si les autorités chinoises ont procédé à une évaluation environnementale et, le cas échéant, si elle satisfait aux exigences de la législation canadienne. En fin de compte, le public canadien sera informé à ce sujet. L'octroi d'une ordonnance de confidentialité n'y changera rien.

[44] Finalement, je voudrais, dans l'évaluation de l'intérêt du public en l'instance, poser la question de savoir si on ne devrait pas, par exemple, se préoccuper du besoin de garantir que les plans de site d'installations nucléaires ne sont pas affichés sur un site web.

am prohibited, by the terms of a confidentiality order granted by a judge of this division of the Federal Court, from revealing sensitive information pertaining to security matters of concern to the Chinese authorities. That sensitive information is found within the documents for which a confidentiality order is being sought.

[45] In my opinion, there is no legal basis on which to hold that on the facts of this case the public interest in open proceedings overrides the risk of harm to which Atomic Energy would be exposed if a confidentiality order does not issue. Specifically, I am of the view that the confidentiality order sought by Atomic Energy would not undermine the two primary objectives underscoring the principle of open justice: truth and the rule of law.

[46] Atomic Energy also alleges that the Motions Judge erred by taking into account the fact that the confidential documents are being produced on a voluntary basis in the sense that it is under no legal obligation to do so. In defence of the Motions Judge, I do not read his reasons in the same light. As I understand him, the issue of voluntariness becomes relevant because of the alternative possibility of filing edited versions of the confidential material which would enable Atomic Energy to make full defence to the allegation of government wrongdoing. As I understand his reasons, the Motions Judge recognized that the confidential information is both relevant and essential to Atomic Energy's defence. We differ in opinion only to the extent that I do not view the possibility of filing edited versions of the confidential information as being a realistic option in the present circumstances. If I am in error with respect to my appreciation of what was decided by the Motions Judge, then I must respectfully disassociate myself from the understanding that the voluntary submission of confidential information is a relevant consideration.

[47] I would allow the appeal with costs here and in the court below, set aside the order of the Motions

Encore une fois, je dois souligner qu'il m'est interdit, suite à une ordonnance de confidentialité accordée par un juge de la Section d'appel de la Cour fédérale, de révéler des renseignements délicats au sujet des questions de sécurité qui préoccupent les autorités chinoises. Ces renseignements délicats se trouvent dans les documents pour lesquels on demande une ordonnance de confidentialité.

[45] À mon avis, il n'y a aucun fondement juridique qui permet, au vu des faits en l'instance, de conclure que l'intérêt du public à la publicité des débats prime le risque de préjudice qu'Énergie atomique court si l'ordonnance de confidentialité n'est pas accordée. Pour être précis, je dirai que selon moi l'ordonnance de confidentialité que sollicite Énergie atomique n'aurait aucun impact négatif sur les deux objectifs primordiaux qui sous-tendent le principe de la publicité des débats judiciaires, savoir la vérité et la primauté du droit.

[46] Énergie atomique soutient aussi que le juge des requêtes a commis une erreur en tenant compte du fait que les documents confidentiels sont déposés sur une base volontaire, en ce sens qu'elle n'est pas contrainte de le faire. À l'appui du juge des requêtes, je dirai que je ne vois pas ses motifs de la même façon. Si je les comprends bien, l'aspect volontaire devient pertinent dans le cadre de la solution subsidiaire prévoyant le dépôt de versions modifiées des documents confidentiels, dépôt qui permettrait à Énergie atomique de préparer une défense pleine et entière face à l'allégation de conduite fautive de la part du gouvernement. Selon mon interprétation de ses motifs, le juge des requêtes a reconnu que les renseignements confidentiels sont à la fois pertinents et essentiels à la défense d'Énergie atomique. Nous différons d'opinion en ce sens seulement où je ne crois pas que le dépôt de versions modifiées des documents confidentiels soit une option réaliste en l'instance. À supposer que je me trompe quant à la nature de la décision du juge des requêtes, je dois alors avec égards me dissocier de toute déclaration portant que le dépôt volontaire de documents confidentiels est une considération pertinente.

[47] J'accueillerais l'appel avec dépens, en appel et en première instance, annulerais l'ordonnance du juge

Judge dated October 26, 1999, and grant the confidentiality order sought by the appellant, Atomic Energy of Canada Ltd. The cross-appeal should be dismissed with costs to the appellant (respondent on the cross-appeal).

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

EVANS J.A.:

A. INTRODUCTION

[48] This is an appeal from an order of the Trial Division dated October 26, 1999 in which the learned Motions Judge granted an interlocutory motion brought by Atomic Energy of Canada Limited under rule 312 of the *Federal Court Rules, 1998* for leave to file a supplementary affidavit by Dr. Pang, and three additional documents, which are referred to in affidavits by Dr. Pang and Mr. Feng that had already been filed. If admitted, these latter documents will be attached as exhibits to the supplementary affidavit of Dr. Pang.

[49] AECL also requested an order under rules 151 and 152 that these documents be treated as confidential. The Judge did not grant this request, but provided in the order that AECL could file an edited version of the documents omitting the sensitive information. In the alternative, if AECL decided not to file the documents in either their original or edited form within 60 days of the order, it could file and serve other material that covered the same ground as the confidential documents, but in a more general manner. More than 60 days have elapsed since the order was made and AECL has not filed other material pursuant to it.

[50] AECL, a Crown corporation that owns and markets CANDU technology, is an intervener with the rights of a party in the application for judicial review instituted by the Sierra Club of Canada in January

des requêtes du 26 octobre 1999, et accorderais à l'appelante, Énergie atomique du Canada limitée, l'ordonnance de confidentialité qu'elle sollicite. L'appel incident devrait être rejeté, avec dépens à l'appelante (intimée à l'appel incident).

* * *

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

LE JUGE EVANS, J.C.A.:

A. INTRODUCTION

[48] Le présent appel porte sur une ordonnance de la Section de première instance, datée du 26 octobre 1999, par laquelle le juge des requêtes accordait une requête interlocutoire introduite en vertu de la règle 312 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* par Énergie atomique du Canada limitée. Cette requête sollicitait l'autorisation de déposer l'affidavit supplémentaire de M. Pang, ainsi que trois documents dont il est question dans les affidavits de M. Pang et de M. Feng qui ont déjà été déposés. Si leur dépôt est autorisé, les documents en question seront annexés à l'affidavit supplémentaire de M. Pang.

[49] EACL demandait aussi une ordonnance en vertu des règles 151 et 152, portant que ces documents soient traités comme confidentiels. Le juge n'a pas fait droit à cette demande, mais il a autorisé EACL à déposer une version modifiée des documents en supprimant les passages délicats. Au cas où EACL déciderait de ne pas déposer les documents dans leur version originale ou dans une version modifiée dans les 60 jours du prononcé de l'ordonnance, elle était autorisée à déposer et à faire signifier d'autres documents portant sur les mêmes questions que les documents confidentiels, bien que traitées de façon moins précise. La période de 60 jours prévue dans l'ordonnance est maintenant écoulée et EACL n'a déposé aucun document additionnel.

[50] EACL, une société de la Couronne propriétaire de la technologie CANDU et qui en fait la promotion, est une intervenante ayant reçu les droits d'une partie au litige dans la demande de contrôle judiciaire

1997. The applicant is an environmental public interest group. It alleges that the Government's provision and authorization of financial assistance for the sale to China of two CANDU nuclear reactors and their construction there triggers the application of the *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37, by virtue of paragraph 5(1)(b). Accordingly, the applicant requests various forms of relief designed to remedy the respondents' breach of duty in refusing to conduct an environmental assessment of the project as required by the Act.

[51] The respondents and the intervener, on the other hand, deny that the Act applies, and assert that, if it does, there are statutory defences available and, in any event, the Court in the exercise of its discretion should not grant the remedies sought.

[52] The documents in question in this appeal comprise two Environmental Impact Reports on Siting and Construction Design (the EIRs), and a Preliminary Safety Analysis Report (the PSAR). The EIRs were prepared by Chinese authorities and are in the Chinese language. Further, while AECL has supplied an unofficial translation of the reports, it has not yet provided a translation with an affidavit attesting to its accuracy as required by subsection 68(1) of the Rules. The third report, the PSAR, was prepared by AECL with assistance from the Chinese participants in the project.

[53] These three reports, and the translations, contain a mass of technical information, much of which is likely to be incomprehensible to non-experts, even when translated. They are voluminous, running to some thirty volumes and thousands of pages: the table of contents of the PSAR alone is 173 pages long. They describe the ongoing environmental assessment of the project being undertaken by Chinese authorities under the applicable laws of the People's Republic of China. They are also said to contain material that is not related to the environmental assessment of the project, including commercially sensitive material pertaining to AECL, and information respecting safety

présentée par le Sierra Club du Canada en janvier 1997. Le demandeur est un groupe d'intérêt public voué à l'environnement. Il soutient que comme le gouvernement a fourni et autorisé une aide financière en vue de la vente à la Chine de deux réacteurs nucléaires CANDU, ainsi que de leur construction, le projet est soumis aux dispositions de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37, en vertu de son alinéa 5(1)b). En conséquence, le demandeur cherche à obtenir des réparations diverses pour compenser le fait que les intimés auraient manqué à leurs obligations en refusant de procéder à l'évaluation environnementale prévue par la Loi.

[51] Pour leur part, les défendeurs et l'intervenante soutiennent que la Loi ne s'applique pas et que, si elle s'applique, ils ont une défense valable en vertu de la législation. Ils ajoutent que, en tout état de cause, la Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire de ne pas accorder les réparations demandées.

[52] Les documents en cause dans le présent appel comprennent deux Rapports d'impact environnemental (RIE) sur le site et la construction, ainsi qu'un Rapport préliminaire d'analyse sur la sécurité (RPAS). Les RIE ont été préparés en chinois par les autorités chinoises. EACL a présenté une traduction non officielle des rapports, mais elle n'a pas encore présenté une traduction avec l'affidavit en attestant la fidélité prévu au paragraphe 68(1) des Règles. Le troisième rapport, le RPAS, a été préparé par EACL avec la participation des responsables chinois du projet.

[53] Ces trois rapports, et leurs traductions, contiennent une quantité considérable de renseignements techniques. Même en traduction, l'essentiel de leur contenu n'est pas à la portée d'un profane. Ils sont très volumineux et comprennent quelque 30 volumes et des milliers de pages. La seule table des matières du RPAS occupe 173 pages. On y trouve une description de l'évaluation environnementale du projet qui est conduite par les autorités chinoises en vertu des lois de la République populaire de Chine. On a déclaré qu'ils contiennent aussi des renseignements qui ne sont pas liés à l'évaluation environnementale du projet, notamment des renseignements commerciaux

and security. Unlike documents prepared under the CEAA in Canada, these documents were not prepared with a view to publication.

[54] These documents are referred to and summarized in affidavits by Dr. Simon H. Pang, a senior employee of AECL and Deputy Project Director of the Quinshan Phase III CANDU Project, and by Mr. Lin Feng, an expert in Chinese environmental law, particularly as applied to nuclear energy. They contain the technical data on which the affidavits rest.

[55] The Sierra Club had contended that its right to cross-examine Dr. Pang and Mr. Feng on their affidavits was effectively rendered nugatory by the absence of the supporting documents to which they referred, and that the summary provided in the affidavits was insufficient for this purpose. It proposed to take the position that the affidavits should therefore be afforded very little weight by the judge hearing the application for judicial review.

[56] AECL appeals from the order alleging that the Motions Judge erred in refusing its request for a confidentiality order for these reports. The Sierra Club cross-appeals on the ground that the Motions Judge erred when he found that the disputed documents were relevant to the disposition of the application for judicial review.

[57] Both parties contend that the Motions Judge erred when, without any submissions from counsel, he gave AECL the option of submitting other material instead of filing the confidential documents in either their original or edited form. However, since the 60 days provided by the Judge for filing any such material have elapsed, I need not deal with this issue. Nonetheless, I would have thought that it was within the Judge's discretion over the terms of the order sought by AECL to insert the provision to which the parties object, without having to give them prior notice and an opportunity to make submissions, especially given the importance of avoiding further delay at the interlocutory stage of these proceedings.

déliçats se rapportant à EACL et des renseignements portant sur les questions de sécurité. Contrairement aux documents qui sont préparés au Canada en vertu de la LCEE, ces documents n'ont pas été préparés en vue d'une publication.

[54] Ces documents sont mentionnés et résumés dans les affidavits de M. Simon H. Pang, un employé senior d'EACL qui est le sous-directeur du projet CANDU (Quinshan Phase III), et de M. Lin Feng, un expert en droit environnemental chinois appliqué à l'énergie nucléaire. On y trouve les données techniques sur lesquelles les affidavits sont fondés.

[55] Le Sierra Club a d'abord soutenu que son droit de contre-interroger M. Pang et M. Feng sur leurs affidavits serait sans valeur en l'absence des documents auxquels ils se réfèrent, et que les résumés contenus dans les affidavits ne suffiraient pas à cette fin. Il a déclaré qu'il soutiendrait que le juge chargé d'entendre la demande de contrôle judiciaire devrait leur accorder peu de poids.

[56] EACL en appelle de l'ordonnance au motif que le juge des requêtes a commis une erreur en refusant de lui accorder une ordonnance de confidentialité pour ces rapports. Le Sierra Club a déposé un appel incident au motif que le juge des requêtes a commis une erreur en concluant que les documents en cause étaient pertinents dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire.

[57] Les deux parties soutiennent que le juge des requêtes a commis une erreur lorsqu'il a donné à EACL l'option de présenter d'autres documents au lieu de déposer les documents confidentiels, dans leur forme originale ou modifiée, alors qu'aucun des avocats ne l'avait demandé. Il n'est toutefois pas nécessaire que je traite de cette question puisque la période de 60 jours prévue par le juge pour le dépôt de cette documentation est maintenant expirée. Je considère néanmoins que le juge avait le pouvoir discrétionnaire de rédiger l'ordonnance demandée par EACL de manière à y insérer la disposition à laquelle les parties s'opposent, sans avoir à leur donner un avis préalable et l'occasion de présenter leur point de vue,

[58] It is convenient to consider first the cross-appeal of the Court's order granting leave to admit the documents since, if the Sierra Club is successful on this ground, the confidentiality issue becomes moot.

B. LEGISLATIVE FRAMEWORK

[59] It will be convenient here to set out the provisions of the *Canadian Environmental Assessment Act* that are most immediately relevant to the issues canvassed in this appeal.

5. (1) An environmental assessment of a project is required before a federal authority exercises one of the following powers or performs one of the following duties or functions in respect of a project, namely, where a federal authority

...

(b) makes or authorizes payments or provides a guarantee for a loan or any other form of financial assistance to the proponent for the purpose of enabling the project to be carried out in whole or in part, except where the financial assistance is in the form of any reduction, avoidance, deferral, removal, refund, remission or other form of relief from the payment of any tax, duty or impost imposed under any Act of Parliament, unless that financial assistance is provided for the purpose of enabling an individual project specifically named in the Act, regulation or order that provides the relief to be carried out;

...

54. . . .

(2) Subject to subsection (3), where a federal authority or the Government of Canada on behalf of a federal authority enters into an agreement or arrangement with any government or any person, organization or institution, whether or not part of or affiliated with a government, under which a federal authority exercises a power or performs a duty or function referred to in paragraph 5(1)(b) in relation to projects the essential details of which are not specified and that are to be carried out both outside Canada and outside federal lands, the Government of Canada or the federal authority shall ensure, in so far as is practicable and subject to any other such agreement to which the Government of Canada or federal authority is a party, that the agreement or arrangement provides for the assessment of the environmental effects of those projects and that the assessment will be carried out as early as practicable in the planning stages

compte tenu surtout de l'importance d'éviter d'autres retards à l'étape interlocutoire de cette affaire.

[58] Il importe d'examiner d'abord l'appel incident de l'ordonnance de la Cour accordant l'autorisation de déposer les documents, puisque si le Sierra Club a gain de cause sur ce point la question de la confidentialité devient sans objet.

B. LE CADRE LÉGAL

[59] Il y a d'abord lieu de citer les dispositions de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* qui sont directement pertinentes quant au règlement des questions en appel.

5. (1) L'évaluation environnementale d'un projet est effectuée avant l'exercice d'une des attributions suivantes:

[. . .]

b) une autorité fédérale accorde à un promoteur en vue de l'aider à mettre en œuvre le projet en tout ou en partie un financement, une garantie d'emprunt ou toute autre aide financière, sauf si l'aide financière est accordée sous forme d'allègement—notamment réduction, évitement, report, remboursement, annulation ou remise—d'une taxe ou d'un impôt qui est prévu sous le régime d'une loi fédérale, à moins que cette aide soit accordée en vue de permettre la mise en œuvre d'un projet particulier spécifié nommément dans la loi, le règlement ou le décret prévoyant l'allègement;

[. . .]

54. [. . .]

(2) Sous réserve du paragraphe (3), le gouvernement du Canada ou toute autorité fédérale veille à ce que les accords que l'autorité fédérale conclut—ou que le gouvernement conclut en son nom—avec soit un gouvernement, soit une personne, un organisme ou une institution, peu importe qu'ils soient ou non affiliés à un gouvernement ou en fassent partie, en vertu desquels une autorité fédérale exerce une attribution visée à l'alinéa 5(1)b) au titre de projets dont les éléments essentiels ne sont pas déterminés qui doivent être mis en œuvre à la fois à l'étranger et hors du territoire domaniale, prévoient, dans la mesure du possible, tout en étant compatibles avec les accords dont le Canada est déjà signataire à leur entrée en vigueur, l'évaluation des effets environnementaux des projets, cette évaluation devant être effectuée le plus tôt possible au stade de leur planification, avant la prise d'une décision irrévocable, conformément à la

of those projects, before irrevocable decisions are made, in accordance with

(a) this Act and the regulations; or

(b) a process for the assessment of the environmental effects of projects that is consistent with the requirements of this Act and is in effect in the foreign state where the projects are to be carried out.

C. ISSUES AND ANALYSIS

ISSUE 1: In deciding to admit the documents did the Motions Judge err in exercising his discretion under rule 312?

[60] As applicable to the facts of this case, rule 312 provides that with leave of the Court a party may file affidavits in addition to those filed in the time prescribed by rules 306 and 307. I should note again that by an order of Associate Senior Prothonotary Giles, dated May 8, 1998, AECL was granted intervenor status with all the rights of a party, save for certain provisions that are not relevant here dealing with duplication.

[61] In *Fogal et al. v. Canada et al.* (1999), 161 F.T.R. 121 (F.C.T.D.), Prothonotary Hargrave stated (at paragraph 7 [page 124]) that, in the exercise of the Court's discretion conferred by rule 312, "the main concerns ought to be whether the additional material will serve the interests of justice, will assist the court and will not seriously prejudice the other side."

[62] The learned Prothonotary also added (at paragraph 8 [pages 124-125]):

... in my view, supplemental affidavits should only be allowed in limited circumstances, for to do otherwise would not be in the spirit of judicial review proceedings, which are designed to obtain quick relief through a summary procedure.

I would only add that, in the context of this application, where there have already been 12 interlocutory motions, and other applications for judicial review of comparable complexity, the notion that the summary nature of the proceeding is synonymous with the grant

présente loi et aux règlements ou au processus, compatible avec la présente loi, d'évaluation des effets environnementaux de projets applicable dans l'État étranger où ceux-ci doivent être mis en œuvre.

C. LES QUESTIONS EN LITIGE ET L'ANALYSE

QUESTION 1: Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en vertu de la règle 312 lorsqu'il a autorisé le dépôt des documents?

[60] Dans le mesure où elle s'applique aux faits en l'instance, la règle 312 porte qu'une partie peut, avec l'autorisation de la Cour, déposer des affidavits en sus de ceux déposés dans les délais prévus par les règles 306 et 307. Il y a lieu de noter que dans une ordonnance datée du 8 mai 1998, le protonotaire-chef adjoint Giles a accordé à EAEL le statut d'intervenante avec tous les droits d'une partie au litige, sous réserve de certaines dispositions traitant du double emploi qui ne sont pas pertinentes ici.

[61] Dans *Fogal et al. c. Canada et al.* (1999), 161 F.T.R. 121 (C.F. 1^{re} inst.), le protonotaire Hargrave a déclaré (au paragraphe 7 [page 124]) que, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire accordé à la Cour par la règle 312, «il s'agit au premier chef de savoir si les documents complémentaires sont dans l'intérêt de la justice, s'ils serviront à éclairer le juge et s'ils ne causent pas un grave préjudice à la partie adverse».

[62] Le protonotaire a ajouté ceci (au paragraphe 8 [pages 124 et 125]):

Je pense cependant qu'ils [les affidavits complémentaires] ne doivent être admis que dans les cas exceptionnels, sinon ce serait contraire à l'esprit du contrôle judiciaire qui vise à produire une réparation à bref délai par une procédure sommaire.

Je tiens à ajouter que dans le contexte de la demande en cause, où il y a déjà eu 12 requêtes interlocutoires, ainsi que dans celui d'autres demandes de contrôle judiciaire de difficulté comparable, l'idée qu'une procédure sommaire puisse mener à une «réparation à

of “quick relief” unfortunately does not reflect reality. As the Motions Judge aptly noted in his reasons for judgment in the instant case (at paragraph 4 [page 408]):

... the fact that an application for judicial review is a summary procedure does not mean that the issues involved lend themselves to summary disposition. Where complex transactions are sought to be set aside on the ground that they offend a significant piece of legislation, even a summary procedure may be ponderous.

Nonetheless, the avoidance of the undue “piling on of paper”, to borrow the words used by the Motions Judge in the same paragraph, is an aspiration that ought not to be omitted from the balance when the claims of relevance are weighed against those of prejudice to other parties.

(i) Relevance

[63] It is common ground that the documents in dispute are not relevant to the principal question in this litigation, which is whether, on the facts of this case, the CEAA is engaged by paragraph 5(1)(b). However, the learned Motions Judge held that the documents were potentially relevant to the Court’s exercise of its discretion to grant relief in the event that it found that the respondents were in breach of a legal obligation to conduct an environmental assessment of the CANDU project. While the award of declaratory relief is discretionary (*Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821), the issue of discretion is apt to arise most sharply in respect of the request for orders quashing the decision of the respondent Ministers to provide financial assistance and directing that no further payments be made under the loan guarantee until an environmental assessment has been completed in accordance with the CEAA.

[64] AECL also argued that the documents are relevant to two defences that may be available under sections 8 and 54 of the CEAA. However, having satisfied himself that the documents were relevant to

bref délai» n’est malheureusement pas réaliste. Comme le juge des requêtes l’a fait remarquer avec raison dans ses motifs de jugement en l’instance (au paragraphe 4 [page 408]):

[...] ce n’est pas parce qu’une demande de contrôle judiciaire constitue une procédure sommaire que les questions en litige se prêtent nécessairement à un jugement sommaire. Lorsqu’une partie cherche à faire annuler des opérations complexes au motif qu’elles contreviennent à d’importantes dispositions législatives, même une procédure sommaire peut s’avérer lourde.

Néanmoins, il est clair qu’on ne doit pas perdre de vue l’objectif d’éviter «l’accumulation des pièces», selon les termes utilisés par le juge des requêtes dans ce même paragraphe, lorsqu’il s’agit de pondérer la pertinence avec le préjudice potentiel pour les autres parties.

(i) La pertinence

[63] Tous admettent que les documents en cause ne sont pas pertinents à la résolution de la question principale en litige, savoir si, au vu des faits de l’affaire, les obligations prévues par la LCEE sont enclenchées en vertu de son alinéa 5(1)b). Toutefois, le juge des requêtes a conclu que les documents pouvaient être pertinents dans le cadre de l’exercice par la Cour de son pouvoir discrétionnaire d’accorder des réparations, au cas où elle viendrait à conclure que les intimés avaient enfreint l’obligation légale de conduire une évaluation environnementale du projet CANDU. Bien que la compétence de rendre des jugements déclaratoires soit de nature discrétionnaire (*Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821), la question de son exercice va vraisemblablement être soulevée de façon directe dans le cadre de la demande d’ordonnances annulant la décision des ministres intimés d’accorder une aide financière et ordonnant qu’on ne fasse aucun autre paiement en vertu des garanties d’emprunt jusqu’à ce qu’une évaluation environnementale ait été réalisée en conformité de la LCEE.

[64] EAEL soutient que les documents sont pertinents quant à deux moyens de défense fondés sur les articles 8 et 54 de la LCEE. Toutefois, ayant conclu que les documents étaient pertinents dans le cadre de

the Court's exercise of discretion to refuse a remedy notwithstanding a violation of the CEEA, the Motions Judge did not feel the need to consider whether they were also relevant to either of these statutory defences.

[65] AECL will succeed on the relevance issue if the Court is satisfied that the documents are relevant to any one of the legal grounds on which the intervener has relied. Moreover, it is not for the Court to decide on an interlocutory motion such as this whether the defences raised by AECL will in fact prevail when the application is eventually heard on its merits: potential success is sufficient.

[66] In my opinion, the documents in dispute are clearly relevant to the defence under paragraph 54(2)(b) that AECL proposes to raise if it is found that paragraph 5(1)(b) triggers the application of the CEEA to this project. Paragraph 54(2)(b) in essence provides an exemption from the processes otherwise required by the Act if there is an arrangement between the Government of Canada and an organization in the country where the project is to be carried out that an environmental assessment of the project will be conducted in that country in accordance with an assessment process that is consistent with the requirements of the Act and is in effect in that country.

[67] Of course, whether AECL will be able to establish this defence in law or on the evidence before the Motions Judge cannot be determined here. It is sufficient for AECL to demonstrate, as it has done, the potential relevance of the documents to one of the issues in dispute.

[68] In my opinion, the documents are also potentially relevant to the exercise of the Court's discretion to refuse a remedy, particularly the orders to quash the decision to provide financial assistance and to order a halt to further payments under the contract. It would be open to the respondents and the intervener to argue that, even if the Ministers were in breach of the Act, an environmental assessment had been conducted in China that was broadly similar to that prescribed under the CEEA.

l'exercice par la Cour de son pouvoir discrétionnaire de refuser d'accorder une réparation nonobstant toute violation de la LCEE, le juge des requêtes a considéré qu'il n'avait pas à examiner s'ils étaient pertinents quant aux moyens de défense fondés sur la législation.

[65] EACL aura gain de cause quant à la pertinence, à condition que la Cour arrive à la conclusion que les documents sont pertinents quant à n'importe lequel des fondements juridiques qu'elle a invoqués. De plus, la Cour n'a pas à décider dans le cadre d'une requête interlocutoire comme celle-ci si les moyens de défense soulevés par EACL seront retenus lorsque la demande sera finalement entendue au fond. Il suffit qu'ils aient une chance de réussir.

[66] Selon moi, les documents en cause sont clairement pertinents quant aux moyens de défense qu'EACL a l'intention de soulever en vertu de l'alinéa 54(2)(b) si l'on conclut que l'alinéa 5(1)(b) enclenche les dispositions de la LCEE dans le cadre de ce projet. L'alinéa 54(2)(b) prévoit essentiellement une exemption face aux exigences de la Loi en cas d'accord entre le gouvernement du Canada et un organisme du pays où le projet doit être réalisé portant que l'évaluation environnementale sera effectuée dans ce pays, conformément à un processus compatible avec la Loi et applicable dans ce pays.

[67] Bien sûr, la Cour ne peut décider maintenant si EACL pourra établir ce moyen de défense en droit ou au vu de la preuve présentée au juge des requêtes. Il suffit ici qu'EACL démontre, comme elle l'a fait, que les documents sont potentiellement pertinents quant au règlement d'une des questions en litige.

[68] À mon avis, les documents sont aussi potentiellement pertinents quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour de refuser d'accorder une réparation, notamment les ordonnances annulant la décision de fournir une aide financière et ordonnant qu'on arrête tout paiement prévu par le contrat. Les défendeurs et l'intervenante seront tout à fait autorisés à plaider que, même si les ministres ont enfreint la Loi, une évaluation environnementale a été réalisée en Chine selon un processus compatible avec celui qui est décrit dans la LCEE.

[69] The mischief at which the Act is aimed is the avoidance of environmental damage by requiring that potentially hazardous activities are subject to an assessment of the risks that they pose. Accordingly, if an adequate environmental assessment has been conducted in China, the purpose of the Act will arguably have been met and it would be wasteful to require another assessment to be conducted under the CEAA. Discretionary remedies are not granted on an application for judicial review if they would serve no useful purpose, especially when to grant the relief requested would, as here, have serious adverse consequences for both the public and the private interests involved in this major project.

[70] Of course, for this argument to be given credence it will be necessary for AECL to demonstrate that the assessment conducted in China was broadly similar to that mandated under the CEAA so as to constitute an adequate alternative. The documents describing the environmental assessment carried out by Chinese authorities are said to be relevant to establishing this.

[71] On the other hand, I do not share the doubt expressed by the Motions Judge that, because the project is outside Canada, statements made by La Forest J. in *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at page 80 do not apply to this case. La Forest J. had rejected the argument that, since an assessment of an undertaking in Alberta had already been conducted under provincial legislation, relief for breach of the CEAA should be refused because it would have no practical effect. He suggested that a lawfully conducted CEAA assessment might still have “some influence over the mitigative measures that may be taken to ameliorate any deleterious environmental impact”.

[72] In contrast, the Motions Judge maintained that, in the instant case, the Government of Canada would be unable to influence the taking of any “mitigative measures” indicated by a CEAA environmental assessment because the project was being undertaken

[69] L’objectif de la Loi est d’éviter les dommages environnementaux en exigeant que les activités qui ont un potentiel de danger soient soumises à une évaluation de risque. Par conséquent, si une évaluation environnementale suffisante a été menée en Chine, on peut soutenir que l’objectif de la Loi est atteint et que d’exiger une autre évaluation en vertu de la LCEE serait une forme de gaspillage. Les réparations discrétionnaires demandées par la voie du contrôle judiciaire ne sont pas accordées lorsqu’elles ne servent pas une fin utile, surtout lorsque le fait de les accorder aurait, comme c’est le cas ici, des conséquences négatives sérieuses pour les intérêts privés et publics en cause dans ce projet d’envergure.

[70] Bien sûr, pour que cet argument soit retenu, il sera essentiel qu’EACL fasse la démonstration que l’évaluation réalisée en Chine est compatible avec celle qui est prévue dans la LCEE et constitue donc une solution de rechange valable. On a déclaré que c’est aux fins de cette démonstration que les documents qui décrivent l’évaluation environnementale entreprise par les autorités chinoises sont pertinents.

[71] Par ailleurs, je ne partage pas les doutes exprimés par le juge des requêtes quant à l’application à la présente affaire des commentaires du juge La Forest dans *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, à la page 80, doutes fondés sur le fait que les ouvrages visés sont situés à l’extérieur du Canada. Le juge La Forest avait rejeté l’argument voulant que, comme une évaluation d’un ouvrage en Alberta avait été réalisée en vertu de la législation provinciale, il n’y avait pas lieu d’accorder une réparation pour la violation de la LCEE, au motif qu’elle n’aurait aucune incidence sur le plan pratique. Il avait donné à entendre qu’une évaluation conforme à la LCEE pourrait avoir «un certain effet sur les mesures susceptibles d’être prises pour atténuer toute incidence environnementale néfaste».

[72] Allant dans le sens contraire, le juge des requêtes a soutenu qu’en l’instance le gouvernement du Canada ne pourrait avoir une influence sur la prise de «mesures d’atténuation» considérées nécessaires à la suite d’une évaluation environnementale en vertu de

outside Canada. However, it seems to me that the financing provided by the respondents through the Export Development Corporation may give sufficient leverage to enable the Canadian Government to catch the attention of the Chinese authorities if and when it asked them to attend to problems identified by a CEAA assessment.

[73] I note here that paragraph 54(2)(b) of the CEAA explicitly calls for a comparison of the assessment processes. Undertaking this kind of comparison for the purpose of paragraph 54(2)(b), or in connection with the award of the discretionary remedy, does not pose the same difficulties for the Court as those identified by Reed J. in *Friends of the Island Inc. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1993] 2 F.C. 229 (T.D.). In that case, Reed J. refused to attempt to assess the accuracy of the results of competing scientific environmental studies because this was beyond judicial expertise.

(ii) Prejudice

[74] I agree with the Motions Judge's finding that the benefit to the intervener of being granted leave to file these documents, and the assistance that they will provide to the Court, outweigh any prejudice to the Sierra Club as a result of delay. After all, the Sierra Club had previously maintained that these documents were essential to its ability to conduct an effective cross-examination of Dr. Pang and Mr. Feng on their affidavits.

[75] While I recognize that it would no doubt have been more convenient for the applicant to have had these documents earlier in the litigation process, I would also observe that the delays that seem endemic in this matter are not all attributable to the intervener and the respondents. Moreover, since dates have now been fixed for the hearing of the application, which the Sierra Club has stated that it will meet even if the additional documents are filed, it seems unlikely that the Sierra Club will be prejudiced by further delay as a result of the grant of leave to AECL to file them.

la LCEE, étant donné que le projet était situé à l'extérieur du Canada. Toutefois, il me semble que le financement fourni par les intimés par l'entremise de la Société pour l'expansion des exportations donne au gouvernement canadien un moyen de pression suffisant pour attirer l'attention des autorités chinoises, dans le cas où il leur demanderait de régler les problèmes décelés lors d'une évaluation en vertu de la LCEE.

[73] Je veux souligner ici que l'alinéa 54(2)b) de la LCEE parle explicitement d'une comparaison des processus d'évaluation. Cette comparaison, entreprise aux fins de l'alinéa 54(2)b) ou relativement à l'octroi d'une réparation discrétionnaire, ne pose pas les mêmes difficultés à la Cour que celles auxquelles le juge Reed a dû faire face dans *Friends of the Island Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1993] 2 C.F. 229 (1^{re} inst.). Dans cette affaire, le juge Reed a refusé d'essayer d'évaluer l'exactitude des résultats obtenus à la suite d'études environnementales scientifiques concurrentes, cette question allant au-delà de son expertise judiciaire.

(ii) Le préjudice

[74] Je partage l'avis du juge des requêtes que l'avantage pour l'intervenante d'une autorisation de déposer les documents, ainsi que pour la Cour dans son examen du dossier, compense nettement tout préjudice qui pourrait être causé au Sierra Club par le retard. Après tout, le Sierra Club soutenait à un moment donné que ces documents étaient essentiels pour qu'il puisse contre-interroger M. Pang et M. Feng de façon complète sur leurs affidavits.

[75] Bien que je reconnaisse qu'il aurait certainement été plus pratique pour le demandeur d'obtenir ces documents plus tôt dans le processus, je tiens à souligner que les retards qui semblent s'accumuler en l'instance ne sont pas tous attribuables à l'intervenante ou aux défendeurs. De plus, comme les dates pour l'audition de la demande ont maintenant été fixées et que le Sierra Club a déclaré qu'il serait prêt même si les documents complémentaires sont déposés, il semble peu probable que le Sierra Club aurait à subir un préjudice causé par un retard additionnel lié à l'autorisation accordée à EACL de les déposer.

[76] Having decided that the Motions Judge was correct to grant leave under rule 312, I must now consider the confidentiality issue.

ISSUE 2: Did the Motions Judge err in refusing to exercise his discretion under rule 151 to grant a confidentiality order in respect of the documents that he gave leave to file out of time?

[77] Rule 151 of the *Federal Court Rules, 1998* provides as follows:

151. (1) On motion, the Court may order that material to be filed shall be treated as confidential.

(2) Before making an order under subsection (1), the Court must be satisfied that the material should be treated as confidential, notwithstanding the public interest in open and accessible court proceedings.

[78] The Motions Judge accepted the confidentiality of the disputed documents because they contain commercially sensitive information pertaining to AECL and information that, if disclosed, may be damaging to third parties. In addition, AECL had received them in confidence from the Chinese authorities who are agreeable to AECL's filing the documents for the purpose of litigation, but only if this can be done without their public disclosure.

[79] The Motions Judge considered the harm that AECL might suffer if it filed the documents without the protection of a confidentiality order. He also considered AECL's submission that, if it decided not to file them because a confidentiality order was refused, the intervener would not be able to mount a full answer and defence to the application. Counsel for AECL reminded the Court that the Sierra Club had said that it would argue that, if it did not have access to the confidential documents for the purpose of cross-examining Dr. Pang and Mr. Feng on their affidavits, the affidavits would consequently be entitled to little, if any, evidential weight.

[76] Ayant décidé que le juge des requêtes a eu raison d'accorder l'autorisation en vertu de la règle 312, je dois maintenant me pencher sur la question de la confidentialité.

QUESTION 2: Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur en refusant d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'accorder une ordonnance de confidentialité en vertu de la règle 151 au sujet des documents dont il avait autorisé le dépôt hors délai?

[77] La règle 151 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* porte que:

151. (1) La Cour peut, sur requête, ordonner que des documents ou éléments matériels qui seront déposés soient considérés comme confidentiels.

(2) Avant de rendre une ordonnance en application du paragraphe (1), la Cour doit être convaincue de la nécessité de considérer les documents ou éléments matériels comme confidentiels, étant donné l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires.

[78] Le juge des requêtes a conclu à la confidentialité des documents en litige au motif qu'ils contiennent des renseignements commerciaux délicats au sujet d'EAACL, renseignements dont la divulgation pourrait porter atteinte aux droits de tiers. De plus, EAACL les a reçus sous le sceau de la confidentialité et les autorités chinoises ont donné leur accord au dépôt des documents par EAACL dans ce litige, sous réserve qu'ils ne soient pas rendus publics.

[79] Le juge des requêtes a examiné le préjudice qui pourrait être causé à EAACL si elle devait déposer les documents sans avoir obtenu la protection d'une ordonnance de confidentialité. Il a aussi examiné la prétention d'EAACL portant que si elle décidait de ne pas les déposer, en l'absence d'une ordonnance de confidentialité, elle n'aurait pas la possibilité de se défendre de façon adéquate lors de l'audition de la demande. L'avocat d'EAACL a rappelé à la Cour que le Sierra Club avait déclaré qu'il plaiderait qu'on ne devrait accorder que peu de poids, sinon aucun, aux affidavits de M. Pang et de M. Feng, s'il ne lui était pas donné accès aux documents confidentiels aux fins des contre-interrogatoires sur ces affidavits.

(a) Public interest: immutable or contextual in content?

[80] The Motions Judge weighed these confidentiality considerations against the infringement of the principle of open public access to court documents in the context of the dispute before him. In particular, he stated that, even though now constitutionally enshrined in paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the weight to be given to the principle of openness should, to an extent, depend on the circumstances of the particular case.

[81] The Motions Judge held that in “public law” cases there is a very high level of public interest in ensuring open access to court proceedings and to documents filed with the Court, thus increasing the burden on the party seeking to justify a departure from the principle. This application for judicial review is clearly a case of considerable public interest significance since it challenges the legality of the federal government’s decision to provide \$1.5 billion to finance the sale and construction of nuclear reactors in China without subjecting the project to an environmental assessment in accordance with the CEAA. In addition to the importance of the subject-matter of the litigation to the public interest, the case has attracted considerable media attention. That a party has the reasonable belief that material is confidential, and its disclosure may be damaging to its interests, is not always sufficient to justify a confidentiality order.

[82] In response, counsel for AECL argued that, in ascribing a variable content to the principle that the administration of justice must be conducted openly save in the most exceptional circumstances, the Motions Judge had committed a reversible error by proceeding on a wrong legal principle. Counsel maintained that the constitutional underpinning of the principle is to be found in the basic democratic value of accountability for the exercise of judicial power, and hence was to be applied in a uniform manner,

a) L’intérêt public: son contenu est-il immuable ou contextuel?

[80] Le juge des requêtes a examiné les arguments en faveur de la confidentialité par rapport à une entorse au principe de la publicité des documents soumis aux tribunaux, se plaçant pour ce faire dans le contexte du litige dont il était saisi. Il a notamment déclaré que même si le principe de la publicité des débats fait maintenant l’objet d’une garantie constitutionnelle en vertu de l’alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le poids à donner à ce principe doit d’une certaine manière être lié aux circonstances de chaque affaire.

[81] Le juge des requêtes a conclu que lorsqu’une affaire est de «droit public», l’intérêt du public à un accès libre aux instances devant le tribunal et aux documents qui y sont déposés est très grand, ce qui augmente d’autant le fardeau imposé à la partie qui cherche à obtenir une exception au principe. La demande de contrôle judiciaire en cause porte nettement sur une affaire qui intéresse le public au plus haut point, puisqu’elle conteste la légalité de la décision du gouvernement fédéral d’accorder un financement de 1,5 milliard de dollars pour la vente et la construction de réacteurs nucléaires en Chine, sans auparavant soumettre le projet à l’évaluation environnementale prévue à la LCEE. En plus de l’importance de la question en litige quant à l’intérêt du public, l’affaire a soulevé beaucoup de commentaires dans les médias. Le fait qu’une partie puisse raisonnablement croire que les documents sont confidentiels et que leur divulgation irait à l’encontre de ses intérêts n’est pas toujours une justification suffisante à l’octroi d’une ordonnance de confidentialité.

[82] En réponse à cela, l’avocat d’EACL a soutenu que le juge des requêtes avait commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire en s’appuyant sur un principe juridique erroné lorsqu’il a décidé que le principe que l’administration de la justice doit être publique, sauf dans des circonstances très exceptionnelles, avait un contenu variable. L’avocat a soutenu que le fondement constitutionnel du principe est la valeur fondamentale que constitue dans une démocratie l’imputabilité pour l’exercice du pouvoir judiciaire

regardless of the nature of the particular litigation in which it is invoked.

[83] Furthermore, counsel argued, to the extent that the public interest of a case depended on whether it involved public law, the criterion formulated by the Judge was incoherent, since it would be extremely difficult to define what was a “public law” case.

[84] For example, it has been said that cases involving allegations of patent infringement are “public law” in nature: *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588 (C.A.), at page 600. I note here, however, that what Strayer J.A. actually said in *David Bull* was that, while the real adversaries in the litigation were the brand-name and generic drug companies, the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, with which the case was concerned, “pertain to public law, not private rights of action.” And, since *David Bull* was an application for judicial review, a public law proceeding at least in form, and not a private law action for patent infringement, it does not do much to advance AECL’s position.

[85] Counsel also asked how an assessment could be made of the extent to which a case affects not only the private rights of the parties, but also the public interest. By the quantity of media coverage? By the fact that the Government or a public interest group is a party? And, is the weight to be given to the public interest aspect of a case to be determined by reference to the nature of the evidence for which a confidentiality order is sought, or by the nature or subject-matter of the litigation?

[86] In my opinion, the Motions Judge was correct to conclude that it was not always appropriate to grant a confidentiality order when the party seeking it could establish a reasonable belief that it would be harmed by the disclosure of confidential documents. It was

et que, par conséquent, le principe devait être appliqué de façon uniforme quelle que soit la nature du litige dans lequel il était invoqué.

[83] De plus, l’avocat a soutenu que dans la mesure où l’intérêt du public dans une affaire était lié au fait qu’elle soit de droit public, le critère énoncé par le juge n’était pas cohérent puisqu’il serait extrêmement difficile de déterminer dans quel cas une affaire est de «droit public».

[84] À titre d’exemple, on a déclaré que les affaires portant sur des allégations de contrefaçon de brevet sont de «droit public»: *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (C.A.), à la page 600. Toutefois, je veux faire remarquer ici que, dans *David Bull*, ce que le juge Strayer a dit en réalité c’est que, bien que les véritables adversaires dans le litige étaient les titulaires des brevets et les fabricants de médicaments génériques, le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, sur lequel l’affaire portait, «ressortit [. . .] au droit public et ne vise pas les droits d’action privés». Comme *David Bull* était une demande de contrôle judiciaire, soit une procédure de droit public au moins dans sa forme et non une poursuite privée en contrefaçon d’un brevet, il ne vient pas vraiment appuyer la position adoptée par EACL.

[85] L’avocat a aussi posé la question de savoir comment on pouvait évaluer dans quelle mesure une affaire touchait non seulement les droits privés des parties, mais aussi l’intérêt du public. Est-ce en mesurant la quantité de commentaires dans les médias? Ou en tenant compte du fait que le gouvernement ou un groupe d’intérêt public est parmi les parties? Le poids à donner à l’aspect intérêt public d’une affaire doit-il être déterminé en fonction de la nature de la preuve pour laquelle on demande une ordonnance de confidentialité, ou en fonction de la nature de la question en litige?

[86] Selon moi, le juge des requêtes a eu raison de conclure qu’il n’était pas toujours approprié d’accorder une ordonnance de confidentialité lorsque la partie en faisant la demande pouvait démontrer une croyance raisonnable que la divulgation de documents

necessary also to assess the public interest in the openness of the judicial process in the case, a factor to which more weight should be given in some cases than in others.

[87] While all litigation is important to the parties, and there is a public interest in ensuring the fair and appropriate adjudication of all litigation that comes before the courts, some cases raise issues that transcend the immediate interests of the parties and the general public interest in the due administration of justice, and have a much wider public interest significance.

[88] Thus, there will be cases in which it is clear that almost no other interest will outweigh the need for members of the public to be assured that, if they wish to know what material was before the court when it made its decision, they or others on their behalf, such as the news media, could inspect it. The integrity of the judicial process and the legitimacy of the exercise of judicial power require nothing less. As Dickson C.J. said in *Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, at pages 186-187, a case concerning public access to search warrants and supporting material:

In my view, curtailment of public accessibility can only be justified where there is present the need to protect social values of superordinate importance.

[89] Of course, as counsel for AECL pointed out, it may not be possible to formulate a crisp rule for defining the level of public importance that any given case has. However, since the possible impact of the litigation on the public interest is no more than one factor in the discretionary exercise of weighing the claims for confidentiality against the principle of openness in the administration of justice, a certain lack of precision may not be a matter of great moment. This is, after all, the inevitable price of adopting a contextual approach to the solution of legal problems and, in many areas of the law, it is a price that the courts have become increasingly willing to pay.

confidentiels irait à l'encontre de ses intérêts. Il était aussi nécessaire d'évaluer l'intérêt du public à la publicité du processus judiciaire dans chaque affaire, un facteur dont le poids varie selon l'affaire en cause.

[87] Bien que tous les litiges soient importants pour les parties, et qu'il en va de l'intérêt du public que les affaires soumises aux tribunaux soient traitées de façon équitable et appropriée, certaines affaires soulèvent des questions qui transcendent les intérêts immédiats des parties ainsi que l'intérêt du public en général dans la bonne administration de la justice, et qui ont une signification beaucoup plus grande pour le public.

[88] Par conséquent, il y aura des affaires où il est clair qu'aucun autre intérêt ne peut primer le besoin des membres du public d'obtenir l'assurance que s'ils ont le désir de prendre connaissance de la documentation placée devant la cour au moment où elle a pris sa décision, ils pourront l'examiner, soit personnellement soit par l'entremise d'autres instances comme les médias. L'intégrité du processus judiciaire et la légitimité du pouvoir judiciaire n'en demandent pas moins. Comme le juge en chef Dickson l'a déclaré dans *Procureur général de la Nouvelle-Écosse et autre c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, aux pages 186 et 187, une affaire portant sur le droit du public d'examiner les mandats de perquisition et les documents sur lesquels ils se fondent:

À mon avis, restreindre l'accès du public ne peut se justifier que s'il est nécessaire de protéger des valeurs sociales qui ont préséance.

[89] Comme l'avocat d'EACL l'a fait remarquer, il peut bien sûr ne pas être possible de formuler une règle très claire permettant de définir le degré d'importance pour le public d'une affaire donnée. Toutefois, un certain manque de précision n'a peut-être pas une si grande importance puisque l'impact possible d'un litige sur l'intérêt du public n'est qu'un facteur parmi d'autres dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de soupeser une demande de confidentialité par rapport au principe de publicité dans l'administration de la justice. Après tout, c'est là le prix à payer si on adopte une approche contextuelle à la solution des problèmes juridiques. Or, dans bien des domaines du

[90] Accordingly, the factors identified by counsel for AECL as possibly relevant to assessing the public interest importance of a case should not be regarded as mutually exclusive, but as cumulative indicators of the direction in which the resolution of the issue in a particular case lies. In some cases the indicators may all point in one direction, while in others their message may be more indeterminate. In yet other cases some of the indicators will assume a great importance, while others will be more or less irrelevant.

[91] Indeed, it is clear from the case law that courts have already recognized that, to an extent at least, the weight to be assigned to the principle of openness varies with context. For example, in upholding the application of a confidentiality order to certain documents in *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [2000] 3 F.C. 360, this Court recently took into consideration the relatively small public interest at stake in both the nature of the litigation, and the evidence in respect of which confidentiality was claimed.

[92] The case involved a dispute arising from the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* about whether the respondent had used a non-infringing process for producing a patented medicine. The documents for which the benefit of a protective order was sought were of a highly technical nature and disclosed the identity and quantity of the chemical ingredients used by the generic drug company to produce the allegedly infringing product.

[93] The proceeding in *AB Hassle* was an application for judicial review, and therefore was “public law” in nature. However, it is equally important to note that it arose from the administration of a statutory scheme in which confidentiality is a key component, and where the substantive dispute is typically between the private parties. The NOC Regulations effect a

droit, c’est un prix que les tribunaux acceptent de plus en plus de payer.

[90] Par conséquent, les facteurs énoncés par l’avocat d’EACL comme pouvant être pertinents dans l’évaluation de l’importance d’une affaire pour l’intérêt du public ne doivent pas être perçus comme mutuellement exclusifs, mais bien comme des indicateurs dont le cumul permet de déterminer de quelle façon on peut régler un litige donné. Dans certains cas, tous les indicateurs peuvent aller dans le même sens, alors que dans d’autres la situation peut être moins claire. Dans certains cas encore, certains indicateurs seront très importants, alors que d’autres ne seront guère pertinents.

[91] En fait, la jurisprudence démontre que les tribunaux ont déjà reconnu que dans une certaine mesure le poids à accorder au principe de publicité varie selon le contexte. Par exemple, en confirmant l’application d’une ordonnance de confidentialité à certains documents dans *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [2000] 3 C.F. 360, notre Cour a récemment tenu compte du peu d’intérêt du public, tant dans la nature du litige que dans la preuve qui était visée par la demande de confidentialité.

[92] Cette affaire portait sur un litige lié au *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, et il s’agissait de savoir si le processus utilisé par l’intimée pour fabriquer un médicament breveté constituait une contrefaçon. Les documents visés par la demande d’ordonnance de confidentialité étaient très techniques et précisaient les nature et quantité des composants chimiques utilisés par la compagnie productrice de médicaments génériques dans la fabrication du produit qu’on prétendait être une contrefaçon.

[93] *AB Hassle* était une demande de contrôle judiciaire, une procédure de «droit public». Il est toutefois également important de souligner qu’elle trouve sa source dans la gestion d’une législation où la confidentialité est un élément clé et où les litiges sont généralement entre des parties privées. Le règlement sur les avis de conformité introduit un certain

limited blending of the legal regimes for the protection of intellectual property rights and the regulatory approval of the safety and effectiveness of a new medicine before it can be marketed in Canada. Confidential information is a principal asset of the pharmaceutical industry.

[94] This emphasis on confidentiality is, of course, in sharp contrast with the CEAA, where openness and public participation in the assessment process are of fundamental importance. Moreover, although the commercial interests of AECL are directly implicated in the outcome of this litigation, the focus of the application is an alleged breach of statutory duty by the respondent Ministers in approving financing for this project without submitting it to an assessment under the CEAA, a matter that they and AECL are contesting vigorously.

[95] In contrast to *AB Hassle, supra*, there are cases in which the courts have inferred from the nature of the litigation that there was a particularly high level of public interest in maintaining the principle of openness to its fullest extent. For example, in *Ethyl Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (1998), 17 C.P.C. (4th) 278 (Ont. Gen. Div.), at page 283, Swinton J. ordered disclosure after weighing against the claim for confidentiality the fact that it was being made in “an important constitutional case, in which [*scil.* those opposing a protective order] have argued that it is important for the public to understand the issues at stake.”

[96] Similarly, in *MDS Health Group Ltd. v. Canada (Attorney General)* (1993), 15 O.R. (3d) 630 (Gen. Div.), Lane J. said (at page 635):

The public nature of the defendants, the protection of the public who may trade in the shares of the plaintiff, the nature of the allegations made against public officers, the fact that the matter arises out of a controversial government policy, all lead inexorably to the conclusion that this is not a case where secrecy can be justified to protect private interests.

mélange des régimes juridiques portant sur la protection de la propriété intellectuelle et sur le contrôle réglementaire de la sécurité et de l'efficacité d'un nouveau médicament avant sa mise en marché au Canada. Les renseignements confidentiels sont un des éléments d'actif principaux de l'industrie pharmaceutique.

[94] Cette préoccupation quant à la confidentialité va directement à l'encontre de la LCEE, où la transparence du processus d'évaluation et la participation du public ont une importance fondamentale. De plus, même si les intérêts commerciaux d'EAACL sont mis en cause directement dans ce litige, la demande porte sur l'allégation que les ministres intimés auraient manqué à leurs obligations découlant de la loi en approuvant le financement du projet sans d'abord le soumettre à une évaluation en vertu de la LCEE. Bien sûr, EAACL et les intimés s'opposent carrément à cette prétention.

[95] Contrairement à *AB Hassle*, précité, il existe une jurisprudence dans laquelle les tribunaux ont examiné la nature du litige et déterminé que le degré d'intérêt du public était tel que le principe de publicité devait être appliqué sans réserves. Par exemple, dans *Ethyl Canada Inc. c. Canada (Attorney General)* (1998), 17 C.P.C. (4th) 278 (Div. gén. Ont.), à la page 283, le juge Swinton a ordonné la divulgation malgré une prétention de confidentialité, compte tenu du fait qu'il s'agissait [TRADUCTION] «d'une affaire constitutionnelle importante, dans laquelle [ceux qui s'opposaient à l'ordonnance de confidentialité] ont soutenu qu'il était important que le public comprenne ce qui était en cause».

[96] De la même façon, dans *MDS Health Group Ltd. v. Canada (Attorney General)* (1993), 15 O.R. (3d) 630 (Div. gén.), le juge Lane a déclaré (à la page 635):

[TRADUCTION] La nature publique des défendeurs, la protection du public qui peut échanger les actions de la demanderesse, la nature des allégations présentées contre des agents de l'État et le fait que la question trouve sa source dans une politique gouvernementale controversée, voilà des facteurs qui nous mènent tous inexorablement à la conclusion que l'affaire en l'instance ne nous autorise pas à utiliser le secret pour protéger des intérêts privés.

[97] Thus, having considered the nature of this litigation, and having assessed the extent of public interest in the openness of the proceedings in the case before him, the Motions Judge cannot be said in all the circumstances to have given this factor undue weight, even though confidentiality is claimed for only three documents among the small mountain of paper filed in this case, and their content is likely to be beyond the comprehension of all but those equipped with the necessary technical expertise.

(b) The “voluntary” nature of the disclosure

[98] AECL also argued that the Motions Judge erred by taking into account the fact that it was not invoking confidentiality as a reason for refusing to discharge its legal duty to produce documents demanded by its opponent. Rather, AECL was asking that documents be treated as confidential that it had decided for its own tactical reasons to introduce. The Motions Judge regarded the “voluntariness” of AECL’s introduction of the documents as “very significant to the resolution of this issue” in his exercise of discretion to refuse the confidentiality order in the form in which it was sought.

[99] With all respect to the learned Judge, in my opinion he attached too much weight to this consideration. If the documents were important to AECL’s ability to make a full answer and defence, then it would decide at its peril not to file them. For the purpose of determining the true “voluntariness” of a person’s conduct, the law commonly equates practical compulsion with legal obligation.

[100] It is important here to recall that the Sierra Club proposed to argue that, without the complete reports to which the affidavits of Dr. Pang and Mr. Feng referred as their essential underpinning, the affidavits were of next-to-no value. For present purposes it is not necessary to decide whether this will in fact be the view taken by the judge hearing the application for judicial review. It is sufficient for AECL to demonstrate, as it has, that these documents

[97] Par conséquent, on ne peut dire qu’après que le juge des requêtes eut examiné la nature de ce litige et évalué l’importance de l’intérêt du public à la publicité des procédures, il aurait dans les circonstances accordé trop d’importance à ce facteur, même si la confidentialité n’est demandée que pour trois documents parmi la montagne de documents déposés en l’instance et que leur contenu dépasse probablement les connaissances de ceux qui n’ont pas l’expertise technique nécessaire.

b) La nature «volontaire» du dépôt

[98] EACL a aussi soutenu que le juge des requêtes avait commis une erreur en tenant compte du fait qu’elle ne demandait pas la confidentialité pour échapper à son obligation juridique de produire des documents exigés par la partie adverse. EACL demandait plutôt la confidentialité pour des documents qu’elle avait décidé de produire pour ses propres raisons tactiques. Le juge des requêtes a considéré que l’aspect «volontaire» de la production des documents par EACL était un facteur «très important, pour résoudre la question en litige», dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire de refuser d’accorder l’ordonnance de confidentialité sous la forme demandée.

[99] Avec égards, je suis d’avis que le juge des requêtes a accordé trop de poids à cet aspect. Si les documents en question avaient un impact important sur la capacité d’EACL de présenter une défense pleine et entière, elle déciderait de ne pas les produire à ses risques et périls. Lorsqu’il s’agit de déterminer si la conduite d’une personne est vraiment «volontaire», le droit ne fait généralement pas de distinction entre un impératif en pratique et une obligation en droit.

[100] Il importe de rappeler ici que le Sierra Club avait l’intention de plaider qu’en l’absence des rapports complets à la base des affidavits de M. Pang et de M. Feng, ces affidavits n’avaient guère de valeur. En l’instance, il n’est pas nécessaire de décider si c’est le point de vue qui sera adopté par le juge qui doit entendre la demande de contrôle judiciaire. Il est suffisant qu’EACL démontre, comme elle l’a fait, que ces documents sont potentiellement pertinents quant à

were potentially relevant to an issue that is likely to be in dispute.

[101] In my view, in the circumstances of this case the fact that AECL was claiming confidentiality for documents that it was “voluntarily” asking the Court to admit was given too much weight by the Judge as a factor militating towards refusing to grant the confidentiality order. However, given the Judge’s recognition that a party’s “tactical decisions” as to whether to put in certain evidence may engage very significant interests of a party, I would not wish to make too much of this point.

(c) Conclusion

[102] While the Motions Judge may have placed too much emphasis on the voluntariness factor, it does not follow that his decision on the confidentiality issue must therefore be set aside. It is open to this Court on an appeal to consider whether that error vitiated the ultimate conclusion. In my view it did not, and for three reasons.

[103] First, like the Motions Judge, I attach very great weight to the principle of openness in the circumstances of this case to every aspect of the proceedings, including the documentary evidence. Second, the inclusion in the affidavits of a summary of the reports from which it draws may well go a long way to compensate for the absence of the originals, if AECL decides not to put them in without a confidentiality order.

[104] Third, if AECL takes the opportunity offered of submitting an edited version of the documents with the commercially sensitive information expunged (but presumably still available to counsel and the Court on the usual conditions), the claim for confidentiality will rest largely on AECL’s fear of a loss of business if, in order to protect its interests in the course of litigation, it discloses parts of documents in breach of an undertaking given to the Chinese authorities. In the circumstances of this case, I would rank such a claim towards the low end of the confidentiality spectrum.

la résolution d’une question qui sera vraisemblablement en litige.

[101] Selon moi, dans les circonstances de la présente affaire, le juge a donné trop de poids au fait qu’EACL réclamait la confidentialité de documents qu’elle voulait déposer «volontairement», en tant que facteur allant dans le sens du rejet de la demande d’ordonnance de confidentialité. Toutefois, étant donné le fait que le juge a reconnu que les «décisions tactiques» d’une partie de déposer ou non une preuve donnée peuvent avoir des incidences sur des droits fort importants, je ne crois pas qu’il y a lieu d’insister sur cette question.

c) Conclusion

[102] Bien que le juge des requêtes ait pu donner un poids trop grand à l’aspect volontaire, il ne s’ensuit pas que sa décision au sujet de la confidentialité doit être écartée. Il est loisible à notre Cour dans le présent appel d’évaluer si cette erreur entache irrémédiablement sa conclusion. À mon avis ce n’est pas le cas, pour les trois motifs suivants.

[103] Premièrement, comme le juge des requêtes, j’attache dans les circonstances de l’affaire une très grande importance à la publicité de tout le débat judiciaire, y compris la preuve documentaire. Deuxièmement, à supposer qu’EACL décide de ne pas déposer les rapports en l’absence d’une ordonnance de confidentialité, le fait d’inclure dans les affidavits un résumé des rapports peut, dans une large mesure, compenser cette absence.

[104] Troisièmement, si EACL se prévaut de l’occasion qui lui est offerte de déposer une version modifiée des documents dont on aurait retranché les renseignements commerciaux délicats (qui seraient, on peut le supposer, mis à la disposition des avocats et de la Cour aux conditions habituelles), la demande de confidentialité reposera surtout sur la crainte d’EACL de perdre des occasions d’affaires si elle doit durant ce litige divulguer certains documents en violation de l’engagement qu’elle a pris envers les autorités chinoises. Dans les circonstances, je considère qu’une telle prétention se situe au bas de l’échelle de la confidentialité.

[105] Nor do I think that the Judge committed a reversible error when he offered AECL the opportunity to file an edited version of the confidential documents: this was well within his discretion to fashion an order that balanced the competing interests. Protestations by AECL of unworkability are premature in the absence of evidence that an attempt has been made, with the assistance of the judge if necessary, to operationalize this aspect of the order.

[106] Finally, it was argued that the Motions Judge erred in law when he considered the request for the confidentiality order without first examining the documents. While there are undoubtedly situations in which the Judge ought to inspect documents for which confidentiality is being sought, this is not one of them: the documents are voluminous, highly technical and not completely translated, and the Judge had summaries available to him.

D. DISPOSITION

[107] For these reasons, I would dismiss the appeal and cross-appeal, with the costs of both to be in the cause.

SHARLOW J.A.: I agree.

[105] Je ne crois pas non plus que le juge ait commis une erreur justifiant notre intervention en offrant à EACL l'occasion de déposer une version modifiée des documents confidentiels, offre qui se situe tout à fait dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance tenant compte des divers intérêts en cause. Les protestations d'EACL portant que ce n'est pas possible sont prématurées, en l'absence d'une preuve qu'on a essayé de prendre les mesures visant la réalisation de cet aspect de l'ordonnance, avec l'aide du juge au besoin.

[106] Finalement, on a soutenu que le juge des requêtes a commis une erreur de droit en examinant la demande d'ordonnance de confidentialité sans avoir d'abord examiné les documents. Bien qu'il y ait certainement des situations dans lesquelles le juge se doit d'inspecter les documents pour lesquels on demande la confidentialité, ce n'est pas le cas en l'instance. Il s'agit d'une documentation volumineuse et hautement technique, qui n'est pas entièrement traduite, et elle a été mise à la disposition du juge sous forme de précis.

D. DISPOSITIF

[107] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel et l'appel incident, les dépens respectifs suivant l'issue de la cause.

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

DIGESTS

Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Immigration Inquiry Process

Minister seeking injunctions preventing, until underlying leave and judicial review application finally determined, continuation of Adjudicator's inquiry on inadmissibility under Immigration Act, s. 19(1)(j) into what respondent did or did not do in Nicaragua before coming to Canada—In March 1992, Refugee Division determined respondent not Convention refugee as serious reasons for considering had committed crime against humanity—Leave to appeal decision denied by F.C.A. in June 1992—Nevertheless, in 1993, obtained permit from Minister authorizing respondent and family to proceed to landing—In October 1999, immigration officer made report under Act, s. 27 stating respondent member of inadmissible class described in Act, s. 19(1)(j)—Minister arguing Refugee Division's 1992 decision had resolved issue of reasonable grounds to believe respondent had committed crime against humanity within meaning of Criminal Code, s. 7(3.6), and Adjudicator therefore precluded from hearing any further evidence on point (as found in *Figueroa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] F.C.J. No. 250 (T.D.) (QL)—Minister conceding required to lead evidence establishing second branch of Act, s. 19(1)(j) namely, if such act had been committed in Canada, would have constituted offence against laws of Canada—Minister arguing (1) *Figueroa* binding on Adjudicator; (2) crime against humanity issue *res judicata* in view of F.C.A.'s denial of leave to respondent in 1992; (3) respect for Refugee Division's 1992 determination required—Injunction granted—Serious issue—Established principle courts will not, except in special circumstances, entertain judicial review of interlocutory evidentiary rulings made in middle of duly mandated inquiry—However, nature of Adjudicator's ruling constituting special circumstance requiring Court's immediate intervention—Ruling dealt with fundamental and basic aspect of inquiry: what evidence can

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

or must be heard, if any, in respect of first prong of Act, s. 19(1)(j)—Therefore, Adjudicator's ruling jurisdictional in nature determining, as it did, essence and scope of inquiry—Irreparable harm if Minister forced to revisit exclusion findings of Refugee Division herein, and in at least 3 similar cases—Balance of convenience—Public interest favouring Minister herein—In public interest that duly constituted inquiry should not be restrained except in clearest cases—First, Adjudicator's ruling in not following *Figueroa*, which appears to be on point, affecting judicial system and its proper functioning in terms of binding rulings—Second, Adjudicator's ruling going to heart of case Minister must establish—Public interest in this circumstance does not benefit in what could be void proceeding—Third, matter of proper application of Convention and its interrelationships with domestic law matters vital to Canada's international reputation—Leave granted—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(1)(j) (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 3), 27 (as am. *idem*, s. 4; S.C. 1992, c. 47, s. 78; c. 49, s. 16; 1995, c. 15, s. 5)—Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 7(3.76) (as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 1).

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)
v. VARELA (IMM-2807-00, Lemieux J., order dated
5/7/00, 17 pp.)

Inadmissible Persons

Judicial review of immigration manager's decision applicant inadmissible pursuant to Immigration Act, s. 19(2)(a), and insufficient humanitarian, compassionate grounds to warrant issuing Minister's permit to allow applicant to remain in Canada—Applicant citizen of Jamaica—Arriving in Canada in 1984—Married in 1986—Submitted application for permanent residence in family class with undertaking of assistance provided by husband—Has two children born in Canada in 1987, 1989—Now

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

divorced and husband deported—Although applicant exempted from visa requirements under s. 9(1) in 1988, processing of application for permanent residence delayed as result of criminal checks—1998 check revealing applicant convicted in 1992 of failing to comply with recognizance, jailed for one day; in 1994 convicted of fraud over \$1,000 and received suspended sentence, 12 months' probation; in 1995 convicted of theft under \$1,000 and received suspended sentence, 12 months' probation—Immigration officer determined insufficient grounds to warrant recommendation of Minister's permit to overcome applicant's criminal inadmissibility—Application allowed—Appropriate standard of review reasonableness *simpliciter*—Immigration officer's notes or narrative report satisfying requirement for reasons articulated in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817—*Baker* not supporting proposition immigration officials required to give separate notice to, or require separate consultation with, applicant's child or children—Decision-making process must encompass fair, full review of all relevant considerations and reasons must reflect this—If particular document or piece of information rejected, applicant should be advised of reasons why, especially when document or information supporting applicant's position—No indication of how certain factors supporting applicant's position taken into account, but rejected—No mention made of letter written by children's physician or of letters written by applicant's children—Notes, or reasons, especially deficient with regard to consideration of applicant's children's best interests—While *Baker* making it clear such considerations by no means determinative of decision, also making it clear such interests important factor—Immigration officer's reasons dealing with applicant's children in two sentences: one stating that they are being considered, and other stating up to mother to decide what is in best interests—Impossible to determine if, how interests taken into consideration—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 9(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 4), 19(2)(a) (as am. *idem*, s. 11).

WYNTER V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3549-99, Teitelbaum J., order dated 6/7/00, 18 pp.)

Appellant detained pending removal—Appeal from Trial Judge's decision refusing appellant's request for release under Immigration Act, s. 40.1(8), (9)—Appellant invoking Charter, s. 7 and apprehension of bias—Appeal dismissed—No merit to apprehension of bias argument—Merely because Trial Judge involved in earlier decision involving appellant did not impair ability to be impartial: *Arthur v. Canada*, [1993] 1 F.C. 94 (C.A.)—Furthermore, issues before Trial Judge mainly legal, along with factual ones not depending on findings of credibility of appellant in earlier case—No evidence whereby informed, reasonable and right-minded

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

person could conclude there might be bias on part of Trial Judge—Trial Judge correctly interpreted language of provision as placing onus on appellant to show removal will not occur within reasonable time and that release would not be injurious to national security or to safety of persons: *Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 970 (T.D.) (QL)—Placing onus on appellant not violating Charter, s. 7—Release under Act, s. 40.1(9) not meant to be automatic or easy thing to achieve—Meant to be available only in very limited circumstances outlined in legislation—Individual would have to show some significant change in circumstances or new evidence not previously available to obtain release—To hold otherwise would be to accord appellant hearing *de novo*, something not envisioned by legislation—Standard of proof that in civil cases, balance of probabilities, which does not violate Charter, s. 7—On examination of Trial Judge's reasons, Court not persuaded Trial Judge misunderstood standard of proof, or utilized wrong standard of proof—One incorrect and unnecessary sentence in context of *obiter dictum* not sufficient to overturn entire decision—Trial Judge did not consider irrelevant considerations in decision concerning whether appellant would be removed within reasonable time—No one can deny appellant right to exhaust every legal avenue open to him—But neither can one say that removal not taking place within reasonable time when time necessary to hear all of applications and appeals stretches into months and years—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 40.1 (as enacted by R.S.C., (1985) (4th Supp.), c. 29, s. 4; S.C. 1992, c. 49, s. 31)—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].

AHANI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-160-99, Linden J.A., judgment dated 11/7/00, 12 pp.)

Removal of Permanent Residents

Application for judicial review of Minister's danger opinion—Immigration Act, s. 27 report after applicant convicted of very serious crimes and sentenced to 3 1/2 years—Applicant born in Nicaragua in 1974, came to Canada in 1987 with rest of family—Applicant made detailed submissions regarding forming of danger opinion, and included 7 letters of reference from family—Addressed issue of compassionate and humanitarian considerations arising from fact applicant in Canada since 13 years old, 13 years ago, family designated Convention refugees outside Canada, entire family, including 2 children, resident in Canada, and no family remaining in Nicaragua—Application allowed—Application of *Bhagwandass v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] F.C. 619 (T.D.), wherein

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817 found to govern in respect of impact of danger opinion on individual concerned, content of duty of fairness in light of that impact and applicable standard or review—*Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] F.C. 646 (C.A.) superceded—Danger opinion important decision affecting in fundamental manner future of individual's life—Duty of fairness therefore not simply "minimal"—Applying Justice L'Heureux-Dubé's reasoning in *Baker*, reasons were required to be provided herein, and failure to do so constituted breach of duty fairness owed to person affected—For purposes of applicant's alternative argument, "Request for Minister's opinion" considered to constitute reasons herein—Applying "reasonableness *simpliciter*" standard of review (*Bhagwandass*), danger opinions made in reviewable error as Minister's delegate failed to consider all humanitarian and compassionate factors in reasons—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 27.

GONZALEZ V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2333-99, IMM-2334-99, Campbell J., order dated 23/5/00, 20 pp.)

Removal of Refugees

Application for stay of removal order until decision on application for leave and judicial review of removal officer's decision refusing to defer removal after risk assessment report by Post-Convention Determination Officer (PCDO) concluding applicant would not be at risk if returned to Colombo, Sri Lanka—Prospect of removal making applicant suicidal—Since then, CRDD has decided Colombo no longer internal flight alternative (IFA) for northern Tamils—Application allowed—Procedural issue: affidavit in support of application deposed by applicant's counsel's associate—Case law to effect counsel should not appear in such case: *Shipdock Amsterdam B.V. v. Cast Group Inc.*, [2000] F.C.J. No. 295 (T.D.) (QL)—Herein, possible for counsel to put evidence before Court through unrelated witness, and adjournment granted for that purpose—Test for issuance of stay serious issue, irreparable harm, balance of convenience—Serious issue whether application of contextual analysis in *Haghighi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 4 F.C. 407 (C.A.) will result in conclusion removal officer bound to share with counsel PCDO's opinion as to risk of return to Sri Lanka—CRDD's position Colombo no longer IFA for northern Tamils, meaning applicant will be persecuted upon return to Sri Lanka, sufficient to satisfy requirement of irreparable harm—Balance of convenience favouring applicant given unsettled state of affairs in Sri Lanka and presence of applicant's remaining family in Canada—Stay granted

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

notwithstanding fact applicant failed to pursue any avenue of redress for more than 3 years—Court exercising equitable discretion to grant stay in view of applicant's emotional condition and serious risk of persecution in Sri Lanka.

MURUGAPPAH V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3218-00, Pelletier J., order dated 30/6/00, 9 pp.)

IMMIGRATION PRACTICE

Application for judicial review of IRB Appeal Division decision dismissing plaintiff's appeal from visa officer's decision denying sponsored application for landing of wife—Plaintiff argued Appeal Division erred in concluding principles of *Mundi v. Minister of Employment and Immigration*, [1986] 1 F.C. 182 (C.A.) not applicable to facts herein—Before considering admissibility of individuals seeking visa, principal applicant has to show in family class application that persons correspond to definitions of "dependant" and, as in case at bar, "dependant daughter" and even "daughter" given in Regulations—Not unreasonable for visa officer to inquire first of all into filial relationship between mother and alleged children—Officer did not reject application on ground children not dependants of plaintiff's wife—Application rejected for mother's failure to produce DNA blood tests that would have proved filial relationships between herself and children—Plaintiff's wife did not meet requirements of Immigration Act, s. 9(3), as unable to satisfactorily establish filial relationship—Visa officer thus right to conclude principal applicant's failure to comply with conditions of Act, s. 9(3) justified denial of visa—Application dismissed—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 9 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 4).

MANIGAT V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3890-99, Denault J., order dated 30/6/00, 10 pp.)

STATUS IN CANADA

Convention Refugees

Application for judicial review of IRB Refugee Division decision plaintiff not Convention refugee—Plaintiff, citizen of Djibouti, feared persecution if had to return to country, on account of political opinions and membership in social group of journalists—Refugee Division concluded evidence submitted by plaintiff credible but nevertheless rejected claim—Plaintiff maintained Refugee Division erred by using wrong test, that of systematic persecution—Error explained

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

why Refugee Division, having concluded story related by plaintiff credible, able to say torture inflicted on him did not constitute persecution within meaning of Convention—Refugee Division appeared to focus on government's intention rather than on actions taken by government—Made error which vitiated decision—Application allowed.

SAAD V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2770-99, Nadon J., order dated 13/7/00, 6 pp.)

Application for judicial review of Refugee Division decision holding applicant should be excluded from definition of "Convention refugee"—Panel held serious reasons for considering applicant had committed serious non-political crimes—Applicant, citizen of El Salvador, forcefully recruited by guerrillas, People's Liberation Forces, and participated in their activities between 1985 and 1992—After receiving death threats from Los Maras group, applicant went into hiding in his father's family, in San Salvador—Fled country on November 11, 1996, arrived in Canada at end of December and claimed refugee status—Refugee Division concluded applicant not entitled to refugee status as covered by exclusion clause set out in Convention, Art. 1F(b)—Lack of notice of intervention by Minister's representative, whether in writing or not, could not alone warrant intervention of Court—Refugee Division treated all of acts alleged against applicant as serious non-political crimes (1F(b)) without ever asking itself whether some or all of those acts might be characterized as war crimes or crimes against peace (1F(a))—Furthermore, having decided to rule applicant excluded under Art. 1F(b), panel did not ask itself whether applicant might have been motivated by political considerations to commit these acts—Refugee Division's approach frustrated applicant's right to procedural equity—Panel erred in law in deciding to go directly on exclusion—Exclusion negative aspect of refusal having nothing to do with positive aspects of very definition of refugee, and can only be treated separately at second stage—Application allowed—Matter should proceed notwithstanding fact applicant left Canada several months ago under removal order—United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(a), (b).

AGUILAR V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3118-99, Denault J., order dated 8/6/00, 12 pp.)

Permanent Residents

Judicial review of IRB Appeal Division's decision relevant time for determining if dependant "enrolled and in

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

attendance in such program since attaining 19 years of age" date on which visa officer decided not to issue visa, i.e. February 28, 1995—Respondent sponsoring applications for permanent residence of parents, six siblings—Applications refused February 28, 1995—Appeal, as related to parents, two youngest children who were under 19 on date of application for permanent residence allowed on consent—Appeal Division allowing appeal as related to two children over 19 at time of application as met definition of "dependent son"—Application dismissed—Issue before visa officer, Appeal Division: whether respondent's siblings met statutory test of enrolment, attendance as full-time students at time application for immigrant visa received by visa officer and based upon information received by that visa officer—Immigration Regulations, s. 2(1) very clear determination of "dependant", "dependent son" directly related to time application for immigrant visa received by immigration officer, based on information received by immigration officer—Exercise of statutory appeal rights resulting in passage of time not changing question legislation requiring to be answered—Question of law before visa officer same as that before Appeal Division—Panel correct in holding relevant time for determination of "dependent son" date on which visa officer making decision not to issue visas—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 2(1) "dependant" (as am. by SOR/92-101, s. 1; 93-44, s. 1), "dependent son" (as am. by SOR/92-101, s. 1).

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. FU (IMM-2386-99, Rouleau J., order dated 27/6/00, 6 pp.)

Humanitarian and compassionate considerations

Application for stay of deportation order—Male applicant citizen of Columbia who first came to Canada in 1987, claimed refugee status—Claim denied—Applicant convicted of conspiracy to traffic in narcotics in January 1990, sentenced to four and half years in penitentiary—Paroled after serving only 10 months in jail—Application also filed for decision based on human, compassionate grounds under Immigration Act, s. 114—Applicant not engaged in any criminal activity since being released in 1990—Only support of wife, two children—Application of tripartite test—Not frivolous, vexatious application—Removal of non-citizen parent from Canada without considering children's interest would be very important factor before decision could be rendered—Also raising serious issue—As to irreparable harm, to remove applicant from country now would bring about great hardship on family, indefinite separation between father, wife, children who rely on him for support—Balance of convenience also favouring applicant—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 114 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 29; *idem*, c. 29,

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Concluded

s. 14; S.C. 1990, c. 38, s. 1; 1992, c. 49, s. 102; 1994, c. 26, s. 36).

VALENCIA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3047-00, Rouleau J., order dated 6/7/00, 5 pp.)

EMPLOYMENT INSURANCE

Judicial review of Umpire's dismissal of Commission's appeal to Board of Referees—Under Unemployment Insurance Act, eligibility for unemployment insurance benefits determined by reference to number of weeks worked in qualifying period—After January 4, 1997 under Employment Insurance Act (EIA), eligibility determined by reference to number of hours worked—Employment Insurance Regulations, s. 94.1 stating weeks of insurable employment accumulated prior to January 1, 1997 converted to hours, with one week of insurable employment representing 35 hours of insurable employment—Respondent applied for employment insurance benefits in March 1997—Required at least 910 hours of insurable employment for entitlement to employment insurance benefits—Employment Insurance Commission applying s. 94.1 to convert 18 weeks worked prior to January 1, 1997 to 630 hours, concluding respondent had only 904 hours of insurance employment—Respondent submitting had worked more than 35 hours per week in 1996—Board of Referees allowing appeal, "using common sense"—After Board of Referees issuing decision, Commission requesting Department of National Revenue to determine hours of insurable employment respondent earned in 1997—Umpire dismissing Commission's appeal, holding s. 94.1 not requiring Commission to convert week of insurable employment in 1996 into 35 hours where claimant provided evidence showing more than 35 hours in week worked—Further holding as evidence to contrary, respondent having sufficient number of hours to entitle her to employment insurance benefits—Application allowed (Isaac J.A. dissenting)—*Per* Sexton J.A.: EIA, s. 90(1)(d) permitting employer, employee to request officer of Department of National Revenue to make ruling on hours of insurable employment—S. 122 providing if question specified in s. 90 arising in consideration of claim for benefits, shall be determined by officer of Department of National Revenue—Unemployment Insurance Act, ss. 61(3)(c), 89 similar—*Canada (Attorney General) v. Vautour*, [1996] F.C.J. No. 1717 (C.A.) (QL); *Canada (Attorney General) v. Kaur* (1994), 167 N.R. 98 (F.C.A.); *Valentine v. Canada (Attorney General)*, [2000] F.C.J. No. 619 (C.A.) (QL) holding s. 61(3) preventing Board of Referees, Umpire from determining length of claimant's insurable employment—In light of cases, EIA, s. 122, Board of Referees, Umpire without jurisdiction to determine whether respondent had sufficient hours of insurable employment to qualify for benefits—That Minister not asking Department of National

EMPLOYMENT INSURANCE—Continued

Revenue to determine insurable hours for 1996 not vesting Board of Referees, Umpire with jurisdiction to consider number of insurable hours—That Minister not arguing Umpire not having jurisdiction to consider number of hours respondent had in insurable employment not vesting Umpire with such jurisdiction if Act not so providing—Respondent could have requested ruling with respect to 1996 hours under s. 90(1)(d), but s. 90(2) precluding her from doing so after June 30 following year to which question relates—S. 94 indicating MNR under no such limitation—Umpire ordered to give decision Board of Referees should have given i.e. order Commission to request MNR to determine respondent's 1996 hours of insurable employment—*Per* Strayer J.A. (concurring): Commission initially having authority to determine hours of insurable employment if no dispute, but effect of ss. 90(1)(d), 122 that Commission must make request to Department of National Revenue for determination if question arising in consideration of claim for benefits—As soon as respondent disputed Commission's calculation of 1996 hours of insurable employment, matter should have been sent to Department—Not open to Court to determine hours of insurable employment, but if wrong on this point, proper interpretation of s. 94.1 permitting Commission, Board of Referees, Umpire to calculate actual number of hours worked where evidence so enabling them to do so—*Per* Isaac J.A. (dissenting): EIA, s. 118 providing umpire's decision final and except for judicial review, not subject to appeal or review by any court—On questions of law or jurisdiction, standard of review of umpire's decision correctness, while findings of fact must be accorded some deference—Objective of EIA, Regulations to assist unemployed persons possibly qualifying for benefits—Social welfare legislation to be liberally construed so as to advance benevolent purpose of legislation—Interpretation of "shall" in s. 94.1—"Shall" not always mandatory or imperative—May be directory depending on context: *Montreal Street R. Co. v. Normandin* (1917), 33 D.L.R. 195 (P.C.)—Evidence respondent working more than 910 hours to qualify for benefits—Employer reporting work both in hours, weeks—Generous interpretation of s. 94.1, consistent with *Hills*, suggesting interpretation in favour of respondent—Reinforced by recognition "shall" in s. 94.1 directory only—Fortified by Regulations, s. 10(1): where employer providing evidence of number of hours actually worked and for which employee remunerated, employee deemed to have worked that number of hours in insurable employment—Umpire not erring in law—Sexton J.A.'s conclusion on jurisdictional issue confusing issues of insurability with those of entitlement to benefits—Sexton J.A.'s interpretation of s. 90(1) not maintainable—If s. 122 encompassing all questions involving insurable hours, Commission would have no jurisdiction to determine whether claimant satisfying requirements of EIA, s. 7 i.e. would be precluded from making determination concerning insurable hours, and therefore whether claimant entitled to benefits under Act—"Questions" enumerated in s. 90 should be interpreted

EMPLOYMENT INSURANCE—Concluded

to leave room for Commission, Board Umpire to exercise jurisdiction Parliament intended them to have in relation to benefits—*Can only be done if issues of insurability left to Department of National Revenue, and issues of entitlement to benefits left to Commission, Board, Umpire*—Questions enumerated in s. 90 should be interpreted to include only questions of insurability, not entitlement—*Kaur, Vautour, Valentine* cases relied upon by Sexton J.A. involved issues of insurability, within exclusive jurisdiction of Minister—Also indicating issues of entitlement within jurisdiction of Commission, Board, Umpire—Issue herein whether 18 weeks at 38 hours per week in 1996 plus 274 hours in 1997 sufficient to create entitlement to benefits—Question for Commission, Board, Umpire—Umpire not having jurisdiction to determine actual number of insurable hours, i.e. within s. 90(1)(d)—Conclusion Commission must count all 684 insurable hours within Umpire's jurisdiction as issue of entitlement—*Canada (Attorney General) v. Hoek*, [2000] F.C.J. No. 622 (C.A.) (QL) applying plain meaning rule to conclude s. 94.1 mandatory—As reasons not referring to interpretive approaches laid down in *Abrahams, Hills, Normandin*, decision not binding—Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, ss. 7, 90(1)(d),(2), 94, 118, 122—Employment Insurance Regulations, SOR/96-332, ss. 10(1), 94.1 (as am. by SOR/97-31, s. 24)—Unemployment Insurance Act, R.S.C., c. U-1, ss. 61(3) (as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 37), 89.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. HABERMAN
(A-717-98, Sexton, Strayer and Isaac (dissenting) J.J.A., judgment dated 21/7/00, 45 pp.)

FEDERAL COURT JURISDICTION**TRIAL DIVISION**

Motion by respondent Halifax Port Authority (HPA) for order dismissing application for judicial review on ground Court without jurisdiction to hear application as HPA not “federal board, commission or other tribunal”; HPA's letter dated 9/11/99 not decision; application out of time—Applicant container port terminal operator at port of Halifax—Renegotiation of lease—In HPA's 9/11/99 letter, proposed land rental increase reduced from 900% to 700%—Applicant sought judicial review of “decision”, but now seeking leave to amend originating notice of motion requesting declaration HPA had failed to meet statutory and common law obligations in attempting to obtain lease payments in respect of lease renewal which are unjust, unreasonable and constitute unjust discrimination under Canada Marine Act, and accompanying *mandamus*—Leave to amend granted—When HPA leasing or negotiating to lease federal real property to Halterm, HPA not exercising private powers of corporation within meaning of *Cairns v.*

**FEDERAL COURT JURISDICTION
—Concluded**

Farm Credit Corp., [1992] 2 F.C. 115 (T.D.), but exercising powers given to it pursuant to Canada Marine Act, thus “federal board, commission or other tribunal” within Federal Court Act—Therefore, jurisdiction in Court to hear Halterm's judicial review application—However, HPA's 9/11/99 letter not decision within meaning of Federal Court Act—No final conclusion reached therein as parties still making proposals—Hence, not decision for which any of relief available under Act, s. 18.1 may be given—However, in light of *Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476 (C.A.), this only ends application as far as review of particular decision or order involved—Judicial review of course of conduct under basis it is “matter” within Act, s. 18.1 may still be basis for relief—Relief requested in paragraphs 1 and 2 of application for judicial review struck as based on “decision” but rest, not based on “decision” remain—Application for judicial review not filed out of time—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

HALTERM LTD. V. HALIFAX PORT AUTHORITY
(T-2131-99, O'Keefe J., order dated 16/6/00, 17 pp.)

Application to strike by defendant United Med Lines Inc. pursuant to r. 221 on ground plaintiff's statement of claim *in personam* and *in rem* disclosed no reasonable cause of action within Court's jurisdiction *ratione materiae* under Federal Court Act, s. 22(1)—Paragraph 9 of statement of claim indicated agreement referred to in paragraph 3 of affidavit concerned defendant's undertaking to permit execution on own property of arbitral award, judgment and principal agreement between Unispeed Group Inc. and plaintiffs—Latter alleged undertaking by defendant authorized them to rely on Act, s. 22(1) and (2)(i)—Plaintiffs cannot include undertaking under s. 22(2)(i)—Court does not have jurisdiction over defendant's undertaking under Act, s. 22(1) since undertaking contract to facilitate performance of obligation—For purposes of Act, s. 22(1) no connection, no ramifications, with maritime law—Plaintiffs' right of execution over defendant's property not so related to maritime law as to confer jurisdiction on Court—Application allowed—Federal Court Rules 1998, SOR/98-106, r. 221—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 21, 22 (as am. by S.C. 1996, c. 31, s. 82).

ORDINA SHIPMANAGEMENT CO. V. SHERINGHAM (THE)
(T-311-00, Morneau P., order dated 11/7/00, 11 pp.)

HUMAN RIGHTS

Judicial review of CHR Commission's dismissal of applicant's complaint alleging discrimination based on age, colour—Decision indicating “evidence does not support”

HUMAN RIGHTS—Continued

allegations of discrimination based on age, derogatory comments by manager about complainant's sex, colour, regarding performance appraisal (i.e. unfair, biased) and forced early retirement—Issues: standard of review of Commission's decision, whether Commission erred in decision—Decision under review administrative, applicant's interests affected—Duty of procedural fairness applies—Criteria in determining procedural rights: nature of decision, process followed; statutory scheme; importance of decision to individual affected; legitimate expectations of person challenging decision; choices of procedure made by decision-making body—Duty of fairness required of Commission in respect of such decisions reasonably limited—Investigation must be fair, thorough, reflect neutrality—Investigative report must be provided to parties before transmitted to Commission, parties must be given reasonable opportunity to comment in writing on investigative report—Any comments submitted must be transmitted to Commission for consideration in conjunction with investigative report itself—Standard of review applied to questions of law involved in Commission's decision correctness—Standard of review on question of fact or interpretation of totality of material before Commission against applicable law reasonableness—On facts, duty of fairness met—As applicant's concern investigation not extending to interview of one witness whose evidence applicant regarded as critical before Commission when reviewed investigation report, Commission must have considered and dismissed concern—Such action open to Commission, given broad discretion in arriving at decision under review—Applicant submitting reasons reflecting fact Commission denied procedural fairness, erred in law in improperly assessing credibility without benefit of hearing—In *Larsh v. Canada (Attorney General)* (1999), 166 F.T.R. 101 (F.C.T.D.), Evans J. holding Commission's use of "no evidence" not meaning Commission disbelieving complainant, thus making adverse finding of credibility, but that Commission not satisfied any evidence on which Tribunal could reasonably decide on balance of probabilities that complainant's allegations true—Same can be said of Commission's use of "evidence does not support the allegation" herein—Against standard of reasonableness, Commission not erring in evaluation of totality of material before it—Applicant's concerns before Commission and no basis on which to conclude Commission ignored applicant's concerns or gave them insufficient consideration—Application dismissed.

LINDO V. ROYAL BANK OF CANADA (T-931-98, Gibson J., order dated 21/6/00, 14 pp.)

Judicial review of Canadian Human Rights Review Tribunal's decision allowing appeal from Canadian Human Rights Tribunal's decision employer (CN), union engaging in discriminatory practice within Canadian Human Rights Act, s. 10(b)—Applicant Cramm working for CN since

HUMAN RIGHTS—Continued

1974—In 1980 badly injured in accident at work—Not returning to work until 1984—In 1988 CN announcing railway in Newfoundland to be closed—Cramm continuing to work for CN until 1990—As result of decision to close railway certain provisions of collective agreements operative—Employment Security and Income Maintenance Agreement (ESIMA) giving employees affected by shut-down right to employment security and certain job security benefits dependent upon Cumulative Compensated Service (CCS)—General rule in clause G(i) definition that CCS for one month credited when employee working for at least 11 days in month—Clause G(iii) providing CCS credit for time off duty, not exceeding 100 days each year, for employees rendering compensated working service in calendar year, but who are not working because of circumstances described including injury, illness—Requirement to render compensated service in calendar year treated as requirement employee work for pay for one day in calendar year—Cramm not qualifying for employment security because had less than 96 months CCS required—Had he accumulated CCS under clause G(iii) during absence because of injury, would have been entitled to employment security—Alleging calculation of CCS in ESIMA discriminatory on basis of disability—Application dismissed—(1) Standard of review turning on nature of issue before reviewing court—Issues: whether Review Tribunal erred (i) in finding CCS, as provided for in ESIMA, not tending to differentiate adversely against employees on basis of disability; (ii) neglecting to consider whether CCS, as provided in ESIMA, in fact differentiated adversely against Cramm on basis of disability—Each ultimately question of law, but first issue raising general question of law for which appropriate standard of review correctness—Second issue raising narrow issue within special competence of Review Tribunal, with which Court not intervening unless unreasonable—(2) Person alleging discrimination on basis of disability must show treated differently than others with different abilities—Critical issue selection of appropriate comparator group—Tribunal comparing Cramm's situation to that of employees who are not disabled, had not taken unpaid time off work on basis of illness, disability, or who had taken less than 100 days of unpaid leave—Review Tribunal compared Cramm's situation with those who were off work for equivalent time for one of other reasons listed in clause G(iii) i.e. illness, authorized maternity leave, attendance at committee meetings or as witness or as uncompensated jury duty—In *Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs*, [1996] 3 S.C.R. 566, Sopinka J. emphasizing importance of considering purpose of employment rule said to be discriminatory—Purpose of clause G(iii) to permit absences for specified reasons to count toward CCS, within certain limits—Defined classes of employees to whom clause G(iii) applies provide appropriate comparator groups in this case—Review Tribunal finding Cramm not treated differently than any other individual, group who had not worked for

HUMAN RIGHTS—Continued

same time as he for reasons set out in G(iii)—Disability not resulting in any different treatment than applicable to those not working for designated reasons for same amount of time—Review Tribunal correctly selecting appropriate comparator—Nature of rule in question, based on underlying principle of employment contract that one is paid for services performed, essential element in assessing purpose of rule in question—Review Tribunal not erring by considering nature of employment contract in determination rule, clause G(ii), not having discriminatory adverse effect upon those absent from work by reason of injury, consequent disability in that sense—Correct in concluding *prima facie* case of discrimination on grounds of disability not established—Review Tribunal not dealing with individual claim apart from finding agreement not adversely affecting disabled employees, including Cramm, on grounds of disability—If agreement not constituting *prima facie* case of discrimination on basis of disability for employees as group, not discriminating against Cramm on basis of individual disability—Because no evidence of Cramm's circumstances setting him apart from others disabled who also missed work for similar time, no reason for Review Tribunal to consider case as different from those of other employees absent from work for same time by reason of injury, illness or other specified reasons—Review Tribunal correct in not separately considering situation of Cramm, on basis of assessment agreement not constituting *prima facie* case of adverse effect discrimination on grounds of disability—Agreement not becoming discriminatory because of individual circumstances—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 10(b).

CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) V. CANADIAN NATIONAL RAILWAY (TERRA TRANSPORT) (T-1503-98, MacKay J., order dated 16/6/00, 17 pp.)

Appeal from Trial Division's ([1996] F.C.J. No. 1709 (QL)) dismissal of application for judicial review of Human Rights Review Tribunal's dismissal of appeal from Human Rights Tribunal's dismissal of complaint of discrimination on basis of sex—In 1988, after complaints of sexual harassment, wrongful dismissal against Transport Canada substantiated, appellant reinstated—When continued to find work situation intolerable, Public Service Commission sought to find her another position—Interviewed for position as Regional Information Officer for CEIC—Appellant well known to media, having publicly ventilated problems with harassment—Shortly before interview, subject of further article in *Regina Leader Post*—Interviewer referred to article, potential conflict of interest if appellant continuing dealings with media to attack employer while, at same time bearing responsibility as Information Officer, to explain, defend employer's position in all matters—Asking appellant how would respond in two scenarios involving sexual

HUMAN RIGHTS—Concluded

harassment in order to indirectly discern if appellant would pursue established remedies within Public Service, or would she go to media—Appellant rejected as candidate for Information Officer positions—Tribunal hearing expert evidence men, women see harassment differently, and what may seem to be "normal" interpersonal relations to man may be viewed by woman as threatening or of uncertain implication—Relied on *Ellison v. Brady*, 924 F.2d 872 (9th Cir. 1991) where concluded test for harassment, where complainant woman, that of "reasonable woman"—Concluded appellant, even taking into account that previous victim of harassment and arguably more likely to perceive harassment in interview situation, not acting reasonably—Dismissed complaint—Review Tribunal finding neither manifest error in Tribunal's findings of fact nor any error in conclusions of law as to proper test for determining whether sexual harassment—Trial Division finding evidence upon which Review Tribunal could decide as it did, and no error of law in test applied for sexual harassment—Before Court of Appeal only inferences drawn from findings of fact, and question of law as to whether amounted to sexual harassment at issue—In relation to judicial review of human rights tribunals, majority of Supreme Court of Canada in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982 of view courts owing little or no deference to determinations of law made by such tribunals—As Trial Division Judge expressing own view on whether at law conduct complained of amounting to sexual harassment, and reaching same conclusion as Review Tribunal, Trial Division appropriately applying standard of correctness—With respect to findings of fact, Federal Court Act, s. 18.1 only permitting judicial intervention where Court of Appeal concluding findings of fact wrong, made in perverse or capricious manner or without regard to material before Tribunal—No coherent argument Trial Division Judge should have found Review Tribunal based decision on erroneous finding of fact made in perverse or capricious manner or without regard for material before it—Proper test in law for sexual harassment, where complainant woman, at least that of reasonable woman—Tribunal had proper expert evidence before it to confirm male-female interaction may well be perceived differently by men than by women—As test endorsed in turn by Review Tribunal, implicitly by Trial Division, no basis for Review Tribunal, Trial Division or Court of Appeal to set aside conclusion of Tribunal that events of interview would not be perceived by reasonable woman as constituting sexual harassment, and therefore not offending Canadian Human Rights Act—Appeal dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 7.

STADNYK V. CANADA (EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION) (A-992-96, Strayer J.A., judgment dated 21/7/00, 16 pp.)

INCOME TAX

INCOME CALCULATION

Deductions

Appeal from Tax Court's decision upholding Minister's decision disallowing foreign tax credit claimed by plaintiff for 1988 taxation year—Plaintiff, United States citizen, resident in Canada—In 1988 United States income tax return disclosing world income as U.S. citizen, including severance payment from U.S. Navy, Canadian wages, dividend from Canadian corporation—As U.S. citizen, allowed to deduct mortgage interest from income, reducing U.S. tax to US\$660.64—Claimed foreign tax credit of \$813.19 (US\$660.64) in Canadian income tax return—Appeal dismissed—Under Income Tax Act, s. 126(7)(c)(iv), U.S. citizen residing in Canada could not claim full foreign tax credit earned by virtue of tax paid to U.S. because foreign income tax return included dividend earned from Canadian source—Disallowed because income not attributable to source outside Canada—Plaintiff should have filed income tax return in Canada; taxes payable in Canada attributable to dividend income could then be claimed as credit in U.S. tax return under Canada-U.S. Income Tax Convention (1980), art. XXIV, s. 4(b)—Under s. 4(a) Minister obligated to allow deduction from tax in respect of profits, income or gains arising or deemed to arise in U.S.—Since plaintiff's dividend income from Canadian sources, defendant not obligated to credit deduction from Canadian taxes for tax paid, declared in U.S. return—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 126(1) (as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 39), (7)(c)(iv) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 88)—Convention Between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital, being Schedule I of the Canada-United States Tax Convention Act, 1984, S.C. 1984, c. 20, Art. XXIV, s. 4(a),(b).

TAYLOR V. CANADA (T-3058-90, Rouleau J., judgment dated 20/7/00, 6 pp.)

Appeal from Tax Court Judge's decision finding Income Tax Act (ITA), s. 80(1) can be applied at partnership level—Metro-Can parent company of Elvo Development (Elvo) and Bevo Developments (Bevo)—Elvo and Bevo corporate partners in partnership Gramar Developments (Gramar)—In 1986, 1987 and 1988, Gramar had debts forgiven totalling \$457,428—ITA, s. 80(1) requiring amount of forgiven debt be applied against taxpayer's non-capital losses, farm losses, net capital losses and restricted farm losses, in that order—Gramar interpreting term "taxpayer" as referring to partners in partnership, not to partnership itself—Debt forgiveness amounts assigned to each of Gramar partners, including Elvo and Bevo—As result of assignment, Gramar maintained significant undepreciable capital cost on building—In year ending in 1988, Gramar sold building and took terminal loss of \$469,388—Amount of loss then allocated to partners, including Elvo and

INCOME TAX—Concluded

Bevo—Elvo and Bevo then wound up by Metro-Can and amount of losses applied to off-set Metro-Can's income for 1989 and 1990 taxation years—In 1993, Minister reassessed Metro-Can for tax on income for 1989 and 1990, taking position amount of debt forgiveness should have been applied at partnership level: should have been applied to undepreciated capital cost of Gramar's building—Thus terminal loss claimed by Gramar in 1988 would have been significantly reduced—Reduced amount, then, would have been allocated to partners—Thus, when Metro-Can folded Elvo and Bevo, amount of their capital losses would have been less, Metro-Can could not have off-set their income tax by as much in 1989 and no losses would have remained to be applied against their 1990 income—Appeal dismissed—Tax Court Judge correctly found although profits those of partners, such profits computed at partnership level for attribution among partners—ITA, s. 80 not rendered meaningless by its application at partnership level—Fact section applies differently in case of partnership arrangement, and that one portion of section not relevant in these circumstances not rendering section meaningless—Fact every part of section not applying to all taxpayers not generally creating anomaly—Not necessary for purposes of s. 80 partnership be deemed taxpayer—Since s. 80 concerned with computation of income, gains and losses and s. 96 says partnership to be treated as if it were taxpayer for purposes of calculating income, s. 80(1)(b) clearly must apply at partnership level—ITA, s. 80 concerned with effect of debt forgiveness on calculation of losses; not operating, as ITA, s. 31, to restrict claim for losses once they have been calculated—*Topolewski v. MNR* (1986), 86 DTC 1824 (T.C.C.) and *Gordon v. The Queen* (1986), 86 DTC 6426 (T.C.C.), affd by (1989), 89 DTC 5481 (F.C.A.) distinguished as simply treating partnership as taxpayer for limited purpose of computing income as contemplated in Act, s. 96—Furthermore, application of ITA, s. 80(1) consistent with object and purpose of section—Amendments enacted to ITA, s. 80 in 1994 so extensive that of little use as interpretive aid—In absence of any external evidence Parliament intended amendments to make change in application of ITA, s. 80 to partnerships, amendments themselves offer little support for appellant's interpretation of section—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 31, 80 (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 57), 96.

METRO-CAN CONSTRUCTION LTD. V. CANADA (A-652-98, McDonald J.A., judgment dated 22/6/00, 9 pp.)

INJUNCTIONS

Motion for interlocutory injunction prohibiting defendants from dealing in equipment used to decode encrypted subscription programming signals not transmitted or broadcast by lawful distributor—Plaintiff broadcaster offering

INJUNCTIONS—Concluded

subscriptions for premium movie channels throughout Western Canada—Defendant, principal of Starlink, small Winnipeg business selling satellite dishes and decoding devices—Devices decode signals of USSB and Echostar, which includes signals, originating in US, of HBO and Showtime, also premium movie programming—Application of test for interlocutory injunction: serious issue, irreparable harm, balance of convenience—Motion dismissed—Although serious issue to be tried with respect to activities of defendants being unlawful, plaintiff not likely to suffer irreparable harm if injunction refused—Damages suffered as result of purported violation of Radiocommunication Act, s. 9(1)(c) quantifiable in monetary terms—Loss of market share or customers also quantifiable in monetary terms—On other hand, impact on defendants great and unjustified as would effectively be out of business—Balance of convenience favouring defendants—Starlink's business small scale—WIC would not suffer serious inconvenience if injunction not granted—Starlink would be greatly inconvenienced if injunction granted—Interlocutory injunction extraordinary remedy which should be granted only where compelling reasons for doing so, pursuant to tripartite test—Radiocommunication Act, R.S.C., 1985, c. R-2 (as am. by S.C. 1989, c. 17, s. 2), s. 9(1)(c).

WIC PREMIUM TELEVISION LTD. v. LEVIN (T-686-99, O'Keefe J., order dated 11/8/00, 13 pp.)

LABOUR RELATIONS

Application for judicial review of Canada Industrial Relations Board order certifying respondent Guild as bargaining agent for unit comprising all employees working on applicant's vessels—First, applicant argued Board breached principles of natural justice by not issuing reasons accompanying order—Before seeking judicial review, obligation on parties to request reasons from tribunal—Applicant herein failed to request reasons from Board and offered no satisfactory explanation for not doing so—Therefore, no breach of duty of fairness: *Liang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 1301 (T.D.) (QL)—Second, applicant argued Board erred in law or breached principles of natural justice in not providing applicant with opportunity for oral hearing, even though no statutory obligation on Board to conduct oral hearings—Argument fails as applicant did not take opportunity provided to it to comment on investigator's report—Nothing to indicate written submissions would not have been adequate way in which to address concerns—Third, applicant argued decision patently unreasonable as management personnel included in bargaining unit—Matter extensively canvassed by parties in submission to Board—Even though some evidence of functions with management component, Board could properly decide, based on information and investigator's report, persons seeking certification employees

LABOUR RELATIONS—Concluded

under Code—No patently unreasonable error—Application dismissed—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2.

MARINE ATLANTIC INC. v. CANADIAN MERCHANT SERVICE GUILD (A-106-99, Rothstein J.A., judgment dated 20/6/00, 7 pp.)

MARITIME LAW**CONTRACTS**

Appeal from Trial Division decision granting summary judgment to respondent Kanematsu with damages to be assessed by subsequent reference—Kanematsu had been seeking declaration appellants liable to it for having induced owners of ship *Lark*, Bulklark Shipping Co. to breach contractual and legal obligations toward Kanematsu by discharging and delivering cargo of steel to Nicco at Bangkok, without requiring presentation and surrender of originals of bill of lading issued by Bulklark in respect of carriage of cargo from Odessa to Bangkok—Cargo of steel originally owned by Ironimpex and later sold to Kanematsu shipped from Odessa to Bangkok in 1995 aboard *Lark*—Original bill of lading issued by Bulklark to Ironimpex and held ultimately by Kanematsu called for cargo to be discharged and delivered to Nicco Industry Co. at Bangkok—Bill of lading providing carrier in no case responsible for loss of or damages to cargo arising prior to loading and after discharging—Appellants held charter party agreements relative to *Lark* such that they had time-chartered vessel for voyage from Odessa to Thailand and India—Steamship agent persuaded shipowner to allow discharge of cargo without normal surrender of bill of lading—Acadia did so, apparently without knowledge of existence of Kanematsu at time—To expedite discharge, without production of bill of lading to shipowner, appellants obtained letters of indemnity from Ironimpex and Nicco and then issued their own letters of indemnity to shipowner—Unknown to appellants, Nicco had paid for use of barges on which steel offloaded as well as necessary government import tax—Goods thus released to Nicco—Nicco now bankrupt and Kanematsu unpaid for cargo—Pleading containing allegations of fraud, conversion and inducing breach of contract by appellants in causing release of cargo without bill of lading by providing shipowner with letters of indemnity—Appeal allowed—Facts herein do not give rise to any triable issue based on distinction between "discharge" and "delivery" of cargo and consequences that flow from that distinction as it relates to clause 1 of bill of lading—Evidence clear barges supplied by Nicco—Discharge onto barges coincident with delivery to Nicco—Nevertheless, decision cannot stand—Trial Judge granted summary judgment simply on basis of English decisions to effect shipowner who delivers without production of bill of lading does so at own peril—Trial Judge did not consider at all fact appellants not ship's owners, merely

MARITIME LAW—Concluded

charterers—Further, not appellants who offloaded cargo but employees of shipowners—Breach of contract, if any, with respect to contract between consignors or assignees and shipowner, i.e. bill of lading, to which appellants not parties—Claim against appellants not as owners, offloading to someone who does not possess bill of lading, but as tortfeasors who converted goods or who induced shipowners to breach their contract—Hence, authorities relied on by respondents not applicable to situation—To be successful in claim appellants induced shipowners to breach their contract under bill of lading by releasing goods without obtaining bill of lading, must be proven (1) defendants knew there was contract; (2) that they induced its breach; (3) this caused damage—As for (1), real doubt about whether defendants knew of any contract between Kanematsu and shipowners—As to (2), real doubt about state of mind of appellants—Further, if inducing breach of contract ground fails, “conversion” issues must be canvassed in trial to determine whether conduct of appellants can lead to liability—Therefore, case clearly not appropriate for summary judgment as serious factual and legal issues must be resolved in trial.

KANEMATSU GMBH v. ACADIA SHIPBROKERS LTD.
(A-113-99, Linden J.A., judgment dated 21/6/00, 7 pp.)

NATIVE PEOPLES**LANDS**

Judicial review of Land Use Administrator’s decision to issue land use permit to drill 12 holes with helicopter supported diamond drills to respondent Maureen Bernier pursuant to Territorial Land Use Regulations—Application seeking order quashing decision; declaration constitutional, fiduciary duty to adequately consult with applicant before permit issued; *mandamus* compelling consultation with respect to scope, nature, extent of impact issuance of permit might have on applicant’s treaty rights; order prohibiting issuance of permit until consultation complete; order retaining jurisdiction over application for land use permit to allow any party to return to Court for disposition of issues arising out of implementation of Court’s orders—Copy of land use application sent to applicant, among others, with request for comments—Processing of application delayed to allow further consultation with applicant—Decision maker requesting details from actual hunters, trappers as to how operation will affect them—Attorney General conceding permit should be quashed—Commitment applicant would be paid \$5,000 to enable it to consult with members directly affected by issuance of permit not kept—Reasonable expectations doctrine requiring honouring of commitment and decision should be set aside—(1) Attorney General arguing remainder of judicial review application moot—Applicant arguing resolution of issues not moot, unresolved aspects of judicial review application should not be con-

NATIVE PEOPLES—Continued

verted to action—Applicant’s position, as initiator of proceeding, should be accorded some deference with respect to procedure to be followed—Most economical use of time for all parties to determine unresolved issues in context of present proceeding—(2) Not open to applicant to challenge Canada Mining Regulations in this proceeding—Decision under review pursuant to Territorial Land Use Regulations—Not involving Canada Mining Regulations—Also, Federal Court Rules, 1998, r. 302 stating only one decision may be subject of judicial review proceedings in application—Importing review of decisions under Canada Mining Regulations would offend r. 302—(3) Applicant relying on *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101 for proposition Territorial Land Use Regulations *ultra vires* because not containing explicit guidance as to how treaty rights in question to be accommodated—*Adams* not relevant to legislation herein—(4) Much of information contained in affidavits filed in support of judicial review application not before decision maker—Requirement decision must only be reviewed on basis of material before decision maker applies when decision challenged on ground based on erroneous finding of fact made in perverse or capricious manner or without regard to material before decision maker—Challenge to decision herein not based on those grounds, but on allegation obligation to adequately consult applicant, which obligation not met—Challenges to decisions on ground lack of procedural fairness because affected party not given adequate opportunity to present case likely to involve adducing of information not before decision maker—Herein, evidence relating to status of applicant, whether duty to consult and scope of duty, relevant—To extent new evidence relating to those issues, properly part of application records even though not before decision maker—(5) Applicant arguing Bernier should be required to file new application to Mackenzie Valley Land and Water Board—Mackenzie Valley Resource Management Act, establishing Board, making it clear Board having jurisdiction over applications filed after March 31, 2000—Applications filed prior to that time disposed of in accordance with Territorial Land Act Regulations—(6) Land to which drilling permit will apply within area covered by Treaty No. 11—Present case concerning Crown’s obligations with respect to land for which treaty signed extinguishing Aboriginal title, granting Indians right to pursue hunting, trapping, fishing, except on land “as may be required or taken up from time to time for . . . mining”, and with respect to which Indians given assurances lifestyle would not be changed—Treaty right qualified or conditional right to hunt, trap or fish on unoccupied Crown land, until Crown seeking to use it—Limitations on extent of “taking-up” in which Crown may engage not considered because use contemplated extremely limited, both in time, geographical extent—(7) Court accepting constitutional obligation to consult with those exercising right to hunt, trap, fish on unoccupied Crown land, pursuant to treaty, when decision made to occupy land—Recognition and affirming of treaty rights by Constitution Act, 1982, s.

NATIVE PEOPLES—Concluded

35(1) carrying with it constitutional duty on Crown to consult with those holding treaty rights to hunt, trap and fish on unoccupied Crown land in circumstance such as present—Decision maker recognized duty to consult—As practical matter, only purpose in identifying legal source of duty to consult, as constitutionally based, for present purposes, because Court agreed to consider remedies sought by applicant in application and because constitutional basis may have relevance to scope of duty to consult—(8) Scope of duty to consult varying with (i) nature of Aboriginal rights in question, (ii) scope and nature of obligations on Crown arising as result of nature of right, (iii) nature of prospective infringement—Given nature of right herein, consent of Indians to taking of lands for one of purposes not required—When treaty entered into, commitments made that right to hunt, trap, fish would not be taken away or curtailed—Given limited use proposed by permit under consideration, not serious consideration in this case—Obligations on Crown expressed in *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)*, [1999] 4 C.N.L.R. 1 (B.C.C.A.): Aboriginal peoples must be provided with all necessary information in timely way so that have opportunity to express interests, concerns, and to ensure representations seriously considered—Analysis in accordance with *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075 criteria not required to justify land use contemplated—Even if applicable, assurances to ensure minimal impact of drilling activity on those holding treaty rights satisfying requirements—Potential infringement minimal, temporary—No camp; no drilling through cultural, burial sites—Applicants having constitutional right to be consulted about proposed use, but consent not required—Scope or content of consultation directly related to nature of Aboriginal right as well as nature of alleged infringing activity—In seeking specific information from those whose traplines, etc. might be directly affected to minimize impact on them, appropriate, sufficient to meet constitutional obligations—Detailed environmental impact study applicant sought to require not reasonable—Although not necessary to issue declaration constitutional, fiduciary duty to adequately consult, offer to consult adequate herein—Not necessary to issue either *mandamus* to compel consultation or order prohibiting issuance of order until consultation complete—Territorial Land Use Regulations, C.R.C., c. 1524—Mackenzie Valley Resource Management Act, S.C. 1998, c. 25—Canada Mining Regulations, C.R.C., c. 1516—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 302—Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.

LIDLII KUE FIRST NATION V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-22-00, Reed J., judgment dated 21/7/00, 30 pp.)

PAROLE

Application for judicial review of the National Parole Board decision upholding revocation of applicant's day

PAROLE—Concluded

parole under Corrections and Conditional Release Act, s. 135(5)—When granting parole or day parole by way of accelerated review, NPB may impose special conditions offender must comply with, to decrease risk of re-offending non-violently—Under Act, any type of parole may be suspended or revoked—Herein, NPB revoked applicant's parole under Act, s. 135(5)(b)—Applicant argued s. 135(5)(b) allowing revocation of parole ordered under accelerated review procedure only where NPB finds risk of re-offending in violent crime would exceed tolerance level of society—Latter interpretation would mean adding some language not found in s. 135 and it should consequently be rejected—NPB had evidence to show applicant had failed to comply with certain conditions imposed on her in order to reduce her risk of re-offending in non-violent crimes—Application dismissed—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 135 (am. by S.C. 1995, c. 42, ss. 50, 69(j), 70(d),(e); c. 22, s. 18, sch. IV, s. 19; 1997, c. 17, s. 32.1).

LEDUC V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1254-99, Denault J., order dated 26/6/00, 7 pp.)

PATENTS

Appeal from Motions Judge's decision ((1998), 84 C.P.R. (3d) 492) issuing order prohibiting Minister of National Health and Welfare from issuing notice of compliance to Apotex for production of antibiotic norfloxacin until expiry of patent '961—Patent Act, s. 41(1), as then read, protected methods, processes of manufacture as claimed, but also obvious chemical equivalents of such processes or methods—Patent repeating statutory protection given by s. 41(1) against infringement by use of obvious chemical equivalents—Basically equivalence substituting ingredient or device performing substantially same function in same way to obtain same result—Expert evidence supporting proposition substituting bromine as appellant did in its process amounting to using obvious chemical equivalents of methods, processes of manufacture described or claimed by respondent in patent '961 and that person reasonably skilled in art would have known of interchangeability of that ingredient not contained in patent with one that was—Motions Judge's decision to prefer one expert's evidence over that of another not arbitrary, unsupported by record—Appeal dismissed without endorsing Motions Judge's conclusion *Abbott Laboratories, Ltd. v. Nu-Pharm Inc.* (1998), 83 C.P.R. (3d) 441 (F.C.A.) standing for proposition subsequent patent can only be relevant to prove state of art respecting patent under consideration when both patents invented by same person, or finding patent '466 improvement patent—Patent Act, R.S.C., 1970, c. P-4, s. 41(1).

MERCK FROSST CANADA INC. V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (A-39-99, Létourneau J.A., judgment dated 27/6/00, 5 pp.)

PATENTS—Concluded

PRACTICE

Appeal from order ([1998] 3 F.C. D-43) striking from statement of defence and counterclaim, s. 10(a) appellant's defence of invalidity based on "incomplete testing" contained in words "and include compounds that the alleged inventor did not or could not make or test as H2 receptor antagonists before Canadian Application 387139 was filed"—Appellant now contending impugned words not inserted as defence of invalidity, but as *factual allegation* in support of plea of unsound prediction, recognized ground of patent invalidity—S. 10(b) containing defence of unsound prediction—To extent incomplete testing may be relevant to plea of unsound prediction, order not preventing appellant from introducing, at trial, evidence of incomplete testing provided such evidence tendered as evidence of unsound prediction, not as own independent basis of patent invalidity—Order clearly limited to sufficiency of testing as independent ground of invalidity of patent—Appeal dismissed without prejudice to appellant's right to plead impugned words alleging material facts in support of and relevant to other grounds of invalidity contained in amended statement of defence and counterclaim.

ELI LILLY AND CO. V. APOTEX INC. (A-124-98, Létourneau J.A., judgment dated 26/6/00, 3 pp.)

Appeal from Motions Judge's order, in action for patent infringement, striking part of plaintiffs' pleadings and requiring amendment to paragraph thereof on ground did not disclose or advance reasonable cause of action—Motions Judge struck one paragraph as worded ("Apotex will continue to offer for sale and sell Lisinopril and Apo-Lisinopril in Canada in response to demand for same") on ground it spoke to indefinite future instead of past and present infringement—Motions Judge also permitted amendment of paragraph to assert that defendant continues to offer for sale and sells medicine in question—Motions Judge struck another paragraph as found did not advance *quia timet* aspect of plaintiffs' action—Appeal dismissed—Motions Judge did not misunderstand either nature of pleadings, or relevant law—Assertions in those paragraphs do not disclose facts normally necessary to obtain *quia timet* injunction: high probability infringement will otherwise occur and infringement imminent—Future infringement cannot be inferred from fact Apotex did not have enough pre-patent inventory to supply demand until expiry of patent, nor from Apotex' refusal to respond to appellants' letter seeking undertaking it would give up its NOC when pre-patent inventory exhausted—In absence of other facts, neither facts asserted in those paragraphs, nor supporting particulars, allege infringement of patent sufficiently probable to justify grant of *quia timet* injunction.

MERCK & CO., INC. V. APOTEX INC. (A-346-98, Evans J.A., judgment dated 28/6/00, 4 pp.)

PENITENTIARIES

Application for judicial review of inmate trust fund review committee (ITFRC) at Mission Institution refusing applicant's application to have funds withdrawn from inmate trust fund account to renew subscription to magazine "Scientific American"—Refusal based on Commissioner's Directive 090, s. 42 providing that normally purchases from other countries shall not be allowed, except with approval of institutional head—Applicant's subscription to magazine extended back to 1995—Application allowed—Scientific American educational publication—Applicant made appropriate request—Considering circumstances and purpose of federal correctional system enunciated in Corrections and Conditional Release Act, s. 3 (assisting rehabilitation) and related principle in s. 4(e) (offenders retain rights and privileges of all members of society, except those necessarily removed or restricted as consequence of sentence), based upon failure of ITFRC in conjunction with institutional head, to exercise jurisdiction conferred on it by Commissioner's Directive 090, s. 42, application should be allowed—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 3, 4(e).

CRAWSHAW V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1838-99, Gibson J., order dated 19/7/00, 9 pp.)

PRACTICE

AFFIDAVITS

Appeal from Associate Senior Prothonotary's decision cross-examination on affidavit by registered user of trademark on appeal from Registrar of Trade-marks' decision expunging in part respondent's trade-mark should be allowed—On appeal from Registrar's decision respondent filed further affidavit to supplement evidence before Registrar—Prior to 1998, Federal Court Rules 700 to 705 governing appeals under Trade-marks Act—R. 704(6) requiring leave of Court to cross-examine on affidavits—Federal Court Rules, 1998, r. 83 permitting cross-examination of deponent of affidavit filed on application—Purpose, scope of Trade-marks Act, s. 45 to provide simple, expeditious method of removing from register marks which have fallen into disuse—Appeal pursuant to s. 56 not enlarging scope of inquiry (*Austin Nichols & Co., Inc. v. Cinnabon Inc.*, [1998] 4 F.C. 569 (C.A.))—In many instances in past, Court granting leave to cross-examine on affidavit—Amendment to rules removing leave requirement neither altering summary nature of proceedings taken pursuant to s. 45 nor expanding scope of relevant evidence contemplated under s. 45—New Rules contemplating procedure itself summary in nature—If ambiguities in affidavit, preferable to have clarification rather than to leave Court speculating as to factual situation—As cross-examination permitted in past, rule change not resulting in change in practice argued by respondent—Appeal dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 83—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663,

PRACTICE—Continued

R.704(6) (as am. by SOR/92-726, s. 9)—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 45 (as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 232; 1994, c. 47, s. 200), 56.

SIM & MCBURNEY V. MICROTEL LTD. (T-280-99, Hansen J., order dated 23/6/00, 5 pp.)

Application for order directing respondent to amend affidavit of Walter Wong “so as to delete paragraphs 3, 6, 7, 8 thereof, and directing Crown (respondent) to amend Wong affidavit so as to delete or amend all references to defined phrase ‘Tax Shelter Corporations’ as contained therein”—Whether respondent should be ordered to have affidavit amended before issue determined (privileged documents) on merits—Admissibility of portions of affidavit should be determined by judge hearing application on merits—Court should not strike affidavit, part of affidavit on preliminary motion to strike unless, and exceptionally, applicant asking for same can clearly show prejudice—References to “Tax Shelter Companies” or that certain companies “tax shelter” not relevant to issue on merits, that is, whether documents privileged or not—Applicant failed to show would suffer prejudice if affidavit, portion of it not struck—Application dismissed.

BELGRAVIA INVESTMENTS LTD. V. CANADA (T-167-00, Teitelbaum J., order dated 2/8/00, 8 pp.)

CONFIDENTIALITY ORDERS

Respondent moving to set aside order by which whole of certified materials transmitted from National Parole Board to Registry, portions of applicant’s record, treated as confidential pursuant to Federal Court Rules, 1998, r. 151—Applicant asking order be varied so that transcript of proceedings before National Parole Board, psychiatric assessment, psychological reports remaining confidential—In order to obtain relief under r. 151, party seeking relief must (1) establish belief its interests would be harmed by disclosure (subjective test); (2) prove, on balance of probabilities, information in fact confidential (objective test)—With respect to psychiatric assessment, psychological reports, only evidence to satisfy subjective aspect of test—Psychiatric assessment expressly proceeded on basis applicant acknowledged probable distribution of report—Objective test not met in relation to psychiatric assessment—As for psychological reports, applicant’s concerns surround disclosures about childhood, upbringing, intimate relationships—Such details contained in psychiatric assessment—Based upon content of psychological reports, applicant not meeting heavy onus to establish requirements for maintaining confidentiality of psychological reports—Applicant arguing public policy militating in favour of maintaining order so that inmates will be encouraged to make full disclosure to their therapists—Court not prepared to extend public policy concerns beyond those recognized, asserted by National Parole Board

PRACTICE—Continued

(jeopardizing safety, security of victims, witnesses; discouraging future witnesses, other sources of information from coming forward if confidentiality could not be guaranteed; efficacy of legislation offering protection to witnesses, victims would be undermined if Board required to produce material)—Motion allowed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 151.

MCCABE V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-398-00, Dawson J., order dated 11/8/00, 8 pp.)

COSTS

Motion by defendant for order plaintiff pay its costs forthwith in amount of \$75,000 in respect of plaintiff’s motion for interlocutory injunction abandoned on 11/2/00—Alternatively, defendant seeking order directing assessment of its cost on solicitor-and-client basis—Action seeking permanent injunction for infringement of copyright for “Adagio” suite of accounting software program—Defendant submitting plaintiff’s actions in moving for interim and interlocutory relief have made it incur substantial and unnecessary expense—Federal Court Rules, 1998, r. 402 providing party against whom motion has been abandoned entitled to costs forthwith—R. 400 setting out factors Court may consider when dealing with question of costs (result of proceeding, importance and complexity, any written offer to settle, amount of work, whether any step improper, vexatious or unnecessary)—Defendant successful in defending motion—Interlocutory injunction, if granted, would have put defendant out of business—Notice of motion provided by plaintiff relatively short in light of difficult and complex issues of fact and law involved—This resulted in defendant incurring substantial legal costs to marshal its evidence in response in hurried fashion—Choice of venue of Toronto rather than Vancouver also increased defendant’s costs substantially—Motion allowed in part—Plaintiff has failed to displace presumption contained in r. 402—Issues on abandoned motion not same as at trial—Injunction extraordinary remedy that should be sought only most cautiously and sparingly—Had plaintiff obtained injunction, it would have had immediate remedy—Defendant should not be required to wait to recover its reasonable costs of plaintiff’s failed motion—Defendant has been put to considerable expense to both prepare and defend interlocutory injunction motion—Plaintiff should not be burdened with paying all expenses, but only those reasonably incurred—Costs should be assessed in fixed amount based roughly on defendant’s bill of costs—Costs of counsel MacFarlane will be allowed on solicitor-and-client basis throughout—Half of costs of Ms. Pallotta throughout allowed, except for initial review, allowed in full—Costs of Mr. Szibbo allowed in full for initial review—Half costs associated with articling student and law student allowed—Disbursements allowed subject to excluding certain deductions defendant conceded not claimable—Plaintiff shall pay defendants its costs fixed at

PRACTICE—Continued

\$89,550 (\$65,000 for fees, \$20,000 for disbursements and \$4,550 in goods and services tax assessable on fees) forthwith—Plaintiff shall also pay costs of this motion on party-and-party scale fixed in amount of \$3,700 (\$3,000 for fees and \$700 for disbursements) forthwith—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 400, 402.

ACCPAC INTERNATIONAL, INC. v. SOFTRAK SYSTEMS, INC. (T-1381-99, Lafrenière P., order dated 31/7/00, 8 pp.)

DISCOVERY

Motions: (1) for order compelling respondent to admit or deny document pursuant to r. 255; (2) for declaration respondent required to produce certain documents pursuant to r. 317, within application for judicial review of Minister's decision to suspend approvals as approved funds under Immigrant Investor Program—Motions dismissed—R. 255 not directly applying to applications—Applications designed to be dealt with quickly, efficiently—Evidence on applications by way of affidavit—Party attacking administrative decision must know, set forth grounds for attack, evidentiary foundation thereof, when proceedings launched—Possibility of case arising where justice requiring party to application be required to admit, deny document which could not otherwise be put to opponent's deponent on cross-examination—Power to make such order existing as adjunct to Court's inherent right to control process, or in specially managed case, under r. 385—This is not such a case—Applicants in possession of copy of document on which seek respondent's admission—Obtained it on access to information request so proof of provenance not difficult—Production of document as part of applicants' record will cast burden of disproving or explaining it on Crown—No reason why respondent's deponent could not be cross-examined on it—R. 317 notice to admit ineffective because of lack of specificity—Again applicants in possession of copies of documents referred to in request for material; obtained them as result of access to information proceedings—R. 317 neither intended as substitute for those proceedings nor as means of avoiding protections for both public, private interests under Access to Information Act—If applicants think documents mentioned in notice relevant to case, can produce them—If believing other documents "similar to, relating to or bearing upon" such documents, can seek them under Access to Information Act—R. 317 not requiring tribunal to engage in extended, exhaustive search for material whose relevance may at best be marginal and whose selection will necessarily involve exercise of judgment—Applicants must know facts upon which propose to argue impugned decisions should be set aside—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 255, 317.

ATLANTIC PRUDENCE FUND CORP. v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2294-96,

PRACTICE—Continued

IMM-2296-96, IMM-2297-96, Hugessen J., order dated 17/7/00, 7 pp.)

Examination for Discovery

Motion pursuant to Federal Court Rules, 1998, r. 238 for leave to examine for discovery person not party to action—Barge, in tow of plaintiff Bayside Towing Ltd.'s tug, struck and damaged CPR's Mission railway bridge—Limitation of liability action under Canada Shipping Act—If CPR establishing failure to use assist-tug to transit bridge reckless as pleaded in its defence, plaintiffs would be denied limitation of liability—CPR seeking to take evidence of local tug boat operator, Ernie Catherwood, as to circumstances in which his firm, Catherwood Towing Ltd., used assist-tugs in moving barges through swing span of bridge—Firm operating number of tugs in area of bridge—Catherwood refusing to respond to question on ground not wanting to become involved—R. 238(3) setting out requirements potential examining party must satisfy—While all four terms must be satisfied, only first two at issue: whether Catherwood having information to contribute; whether other sources for same information which CPR ought to have explored—Motion denied—From evidence of Catherwood's experience, CPR might be able to develop general practice as guide to proper way to approach bridge with tug and tow and use of assist tug may be information bearing on issues set out in pleadings and bearing on limitation of liability—CPR therefore satisfying first criteria under r. 238—But CPR not trying to obtain equivalent information elsewhere—No evidence either that Catherwood's tugs and plaintiff's tug only tugs moving barges through bridge or that Catherwood having unique information—R. 238 extending discovery process—Ought to be construed, applied carefully—Requires reasonable extent of canvassing to find those who might have information on issue and refusal to give information before additional discovery of person not party allowed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 238.

BAYSIDE TOWING LTD. v. CANADIAN PACIFIC RAILWAY (T-1692-99, Hargrave P., order dated 28/6/00, 14 pp.)

Production of Documents

Main proceeding application for judicial review of decision by Minister of Environment under Canadian Environmental Assessment Act, s. 23 relating to proposal for open pit mining of diamonds at Lac de Gras, northeast of Yellowknife in Northwest Territories—Applicant filing present r. 317 request not only for material upon which Minister of Environment made decision, but also for material in possession of Minister of Indian Affairs and Northern Development, Minister of Fisheries and Oceans, Minister of Natural Resources acting as responsible authorities under Act—Applicant also challenging claim of immunity from production of certain documents certified by

PRACTICE—Continued

Clerk of Privy Council under Canada Evidence Act, s. 39 as cabinet confidences—Motion denied—Minister having made final decision under Act, s. 23, referring project back to responsible authorities for action—R. 317 providing means for applicant for judicial review to obtain material in possession of tribunal making decision under review—Stages of investigating and of decision-making distinct, separate herein—Assessment made not by way of screening but by way of Comprehensive Study Report—F.C.A. decision in *Canada (Human Rights Commission) v. Pathak*, [1995] 2 F.C. 455 applicable herein—Applicant for judicial review of decision, where decision-making function separate from investigating function, only entitled, on r. 317 request, to receive documents before decision maker—R. 317 production not extending to separate body, here responsible authorities, who investigated, prepared Report, nor does production extend to analysis, opinion set out in staff memoranda—Canada Evidence Act, s. 39 absolute bar to disclosure of what is certified as confidence of Queen's Privy Council for Canada—Broad, strict prohibition—In contrast to common law, s. 39 provides absolute protection of cabinet confidences, for once Clerk of Privy Council issued certificate, Court may not go behind certificate to review document—Review limited to determining whether certificate of Clerk of Privy Council, on its face, complies with requirements of Act, s. 39—Matter closed when Clerk of Privy Council reviewed November 1, 1999 letters, concluded letters came within definition of cabinet confidence under s. 39(2)(d)—Costs of motion awarded to respondent, intervener—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 317—Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37, s. 23—Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 39.

CANADIAN ARTIC RESOURCES COMMITTEE INC. v. DIAVIK DIAMOND MINES INC. (T-2127-99, Hargrave P., order dated 6/6/00, 24 pp.)

DISMISSAL OF PROCEEDINGS

Motion under r. 369 seeking order appeal be dismissed as moot—Decision under appeal dismissing motion by appellant for interim injunction to restrain respondents from approving opening of certain fisheries in year 2000, pending hearing of application for judicial review—Following decision, respondents approved opening of fisheries in question for just over 13 hours in March 2000—Respondents' reply to appellant's memorandum correct: given matter moot as fisheries will not be opened again this year, not appropriate case for Court to allow appeal to continue in exercise of discretion—Open to appellant to proceed with main application for judicial review not yet heard—Motion allowed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 369.

KITKATLA BAND v. CANADA (MINISTER OF FISHERIES AND OCEANS) (A-187-00, Evans J.A., order dated 26/7/00, 4 pp.)

PRACTICE—Continued**JUDGMENTS AND ORDERS**

Interlocutory decisions—Application for judicial review of decision by Canadian Human Rights Tribunal dismissing three motions brought by Bell Canada in connection with wage discrimination complaints filed by Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Canadian Telephone Employees Association, Femmes Action—Application premature as Tribunal's ruling on Motions 1, 2, 3 interlocutory decision made during course of proceedings—Absent jurisdictional issues, rulings made during course of Tribunal's proceeding ought not be challenged until proceedings completed—No special reasons that would justify Court in exercising discretion under Federal Court Act, s. 18.1(3) to grant relief—Errors alleged by applicant not finally dispositive of substantive right, not going to legality of Tribunal itself—If Court were to entertain applications for judicial review with respect to each interlocutory, preliminary decision in course of Tribunal's proceedings, complaint process would be brought to halt—Applicant would not suffer serious hardship if required to continue before Tribunal without having questions raised in application resolved—Even if Tribunal erred in dismissing motions, error may not affect outcome of complaints—Application dismissed as premature—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

BELL CANADA v. CANADIAN TELEPHONE EMPLOYEES ASSN. (T-2281-99, Pinard J., order dated 7/7/00, 10 pp.)

Reversal or Variation

Application for reconsideration of order dated May 31, 2000 dismissing applicant's application for judicial review—Applicant found not to be Convention refugee by Convention Refugee Determination Division (CRDD) for lack of credibility—Evidence reasonably supporting CRDD's findings—Decision should not be disturbed—R. 397 allowing judge to reconsider decision on ground "a matter that should have been dealt with has been overlooked or accidentally omitted"—Applicant understandably concerned about failure of reasons issued to refer to acknowledged error by CRDD—R. 397 inapplicable—Many reasons, such as relevance, significance, lack of merit, why judge might not deal with all arguments made to Court—Application for reconsideration dismissed—Issue of mistake in location of election results mistake of fact, not material to result—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 397.

HAQUE v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1633-99, Pelletier J., order dated 14/7/00, 4 pp.)

In context of patent infringement action, plaintiff brings motion pursuant to former Federal Court Rules, R. 1733 to

PRACTICE—Continued

set aside September 17, 1990 judgment of this Court (*Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.* (1990), 39 F.T.R. 161), upheld by Court of Appeal ((1992), 45 C.P.R. (3d) 449), on basis order obtained by fraud of expert witness and defendants—Patent for invention of dispersement molecules forming part of additives to lubricating oils for engines—Prior judgment of Court will only be set aside in clearest of cases, otherwise, finality of judgments would be imperilled: *Saywack v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 3 F.C. 189 (C.A.)—Party must establish false representation has in fact been made, and that false representation made either knowingly, without honest belief in its truth, or recklessly, careless of whether true or false—Fraud must also be material, i.e. must go to foundation of case: *100 Main Street East Ltd. v. Sakas* (1975), 8 O.R. (2d) 385 (C.A.)—Motion dismissed—No evidence to support Imperial's allegations of fraud against Lubrizol, nor in regard to allegations made against outside counsel for Lubrizol and general counsel for Lubrizol—No mandate given by Lubrizol to expert witness to falsely testify—On evidence, expert witness never intended to mislead Court—Matter of imperfect recollection, true belief—Plaintiff has not demonstrated fraud or recklessness on part of defendants' expert witness—Furthermore, plaintiff's expert witness lacked credibility—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1733.

IMPERIAL OIL LTD. V. LUBRIZOL CORP. (T-577-87, Nadon J., order dated 12/6/00, 96 pp.)

PARTIES*Intervention*

Canadian Copyright Licensing Agency (Cancopy) applying to intervene in appeals from trial judgment ([2000] 2 F.C. 451) holding publishers (plaintiffs/appellants) having copyright in textbooks, other legal references, and such copyright infringed by Law Society of Upper Canada (LSUC) when made, distributed photocopies of excerpts, but not having copyright in case reports—Trial Judge also dismissing LSUC's counterclaim conduct, services constituting fair dealing under Copyright Act, ss. 29, 29.1; not involving copying substantial part of any work belonging to publishers; exempt from copyright infringement as matter of public policy—Cancopy collective society representing more than 4500 authors, publishers, 31 organizations representing authors, publishers—LSUC saying publishers members of Cancopy—Before asserting counterclaim herein, LSUC commencing action in Ontario Superior Court, naming Cancopy, publishers as defendants—That action stayed by consent—Cancopy wishing to make submissions on whether LSUC entitled to rely upon exception of fair dealing under ss. 29, 29.1; whether library exception (ss. 30.1, 30.2) valid ground for refusing LSUC's claim for declaratory relief;

PRACTICE—Continued

whether LSUC exempt from copyright infringement as matter of public policy, overriding public interest; whether LSUC's claim for declaratory relief aided by one or more constitutional principles—*Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 1 F.C. 74 (T.D.), approved on appeal, [1990] 1 F.C. 90 (C.A.), setting out questions to be asked in determining whether party should be permitted to intervene—At issue herein whether Cancopy will be directly affected by outcome, whether merits of case can be fairly determined without participation of Cancopy—Cancopy's status in Ontario litigation not sufficient to justify intervention in appeals—Cancopy also claiming Court's decision with respect to public interest defence, library exceptions could adversely affect licensing arrangements, economic returns to copyright owners Cancopy represents—Cancopy's interest merely jurisprudential—Not in position to make any submissions that cannot be made with equal effect by publishers, or having perspective on issues so different from that of publishers that Court will derive any assistance from participation—Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 29 (as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 18), 29.1 (as enacted *idem*), 30.1 (as enacted *idem*), 30.2 (as enacted *idem*).

CCH CANADIAN LIMITED V. LAW SOCIETY OF UPPER CANADA (A-806-99, A-807-99, A-808-99, Sharlow J.A., order dated 10/5/00, 9 pp.)

Third Party Proceedings

Motion by defendant Sonigem Products Inc. under r. 194(a) for leave to join two other defendants listed with it in principal action—Action concerned infringement by defendants of group of trade-marks owned by principal plaintiff, Bell Canada—Remedy Sonigem sought against other two defendants based on Trade-marks Act, s. 8—Requirements of s. 8 met and Court has jurisdiction *ratione materiae* to hear joinder of Sonigem—Damages Sonigem claimed under s. 8 covered injury to its reputation and good will—Statutory warranty that mark "has been and may be lawfully used" imposed by s. 8 at time of transfer—Motion allowed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 194(a)—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 8.

BELL CANADA V. U S WEST, INC. (T-266-00, Morneau P., order dated 16/6/00, 5 pp.)

STAY OF PROCEEDINGS

Application by applicant/defendant for order action be stayed in interest of justice in that Canada not convenient forum—Bulk carrier *Ning Hai* chartered by Canadian company to deliver cargo from Vancouver to ports in Japan—Ship grounded off Kurile Islands and cargo total loss—Plaintiffs all corporations incorporated under laws of

PRACTICE—Concluded

Japan—Defendant incorporated under laws of People's Republic of China—Plaintiffs alleging owners of cargo; grounding of ship caused by incompetence of officers and crew provided by defendant; defendant owed plaintiffs duty of care to provide competent and qualified officers and crew; defendant breached that duty of care—In result, plaintiffs claim against defendant substantial general and special damages, pre-judgment and post-judgment interest on damages and costs of action—Application allowed—On evidence, real and substantial connection of action is to China, not Canada—Substantially all, if not all of evidence as to steps taken by defendant to fulfill duty of care will have to come from China, certainly not Canada—While action commenced in Canada, defendant has offered waiver of reliance on time-bar in China and stay of action can be made conditional on waiver and acceptance by appropriate courts in China—While assessment of damages might require evidence from Canada, assessment secondary issue—Availability in Canada of discovery of documents and examinations for discovery, advantages not afforded in China, not outweighing real and substantial connection of matter to China—Same true for differential in cost of conducting litigation in Canada and China and differences regarding cost awards—Defendants most closely connected to China—Plaintiffs having no substantial connection to Canada.

NISSHO IWAI CO. V. SHANGHAI OCEAN SHIPPING CO.
(T-2039-98, Gibson J., order dated 20/6/00, 8 pp.)

PUBLIC SERVICE

SELECTION PROCESS

Competitions

Appeal from Trial Division decision ([1999] 2 F.C. D-32) allowing respondent's application for judicial review of Public Service Appeal Board (PSAB) holding itself competent to dispose of constitutional challenge to Public Service Employment Regulations, s. 27 (providing appointments of persons in executive group to other positions in that group excluded from operation of Public Service Employment Act (PSEA), s. 21)—PSEA, s. 21 providing right of appeal against appointments—Appellant submitting, given factual circumstances of case, Regulations, s. 27 invalid pursuant to Constitution Act, s. 52(1) as violating Charter, s. 15—Appeal dismissed (McDonald J.A. dissenting)—*Per* Noël J.A.: Issue whether Parliament has granted PSAB through its enabling statute power to determine questions of law: *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854 (La Forest J., p. 886)—Grant cannot be found to exist unless tribunal has jurisdiction over whole of matter before it, namely, parties, subject-matter and remedy sought—Role of PSAB narrowly confined: must ensure that merit principle respected within requirements devised by

PUBLIC SERVICE—Continued

employer; has no say with respect to qualifications which employer-department considers necessary or desirable—PSAB only concerned with actions of Public Service Commission in selecting most meritorious from among candidates who have qualifications required by employer-department—Evidence before PSAB herein indicating basic requirements which resulted in appellant being screened out of competition developed by CIDA although Commission consulted and approved them—Here, subject-matter over which PSAB assumed jurisdiction whether Commission, by concluding appellant did not meet eligibility requirements and screening him out of competition on that basis, despite appellant's allegation that but for discrimination he would have met requirements, breached merit principle under Act and right to equality under Charter, s. 15—Underlying allegation on which jurisdiction of PSAB said to rest herein that employer over time engaged in direct discrimination and systemic discriminatory practices effect of which to prevent appellant from being promoted to EX group and therefore from being eligible and selected for one of contested positions, thereby offending merit principle—Actions of employer-department in management of its affairs have never been held to come within jurisdiction of PSABs even if they should be illegal and compromise merit principle—Appellant has asserted no fact to show Commission has breached its statutory duty under PSEA, ss. 10, 12(3) and to assume jurisdiction on that basis—No attack made with respect to selection standards devised by Commission and no irregularity identified in selection process conducted by Commission—Based on *Canada v. Blashford*, [1991] 2 F.C. 44 (C.A.), Commission did not have implied authority to reject eligibility requirements developed by CIDA—PSAB did not have jurisdiction—However, if it should be found PSAB has jurisdiction over appeal, PSAB would also have jurisdiction to dispose of constitutional challenge—Constitutional challenge would fall squarely within PSAB's jurisdiction, as limitation of right of appeal would stand as barrier to both appellant's right to be promoted in accordance with merit principle under Act, and right to equality under Charter—As conclusion either one of these rights has been breached would necessarily flow from same set of facts and invite identical findings, if PSAB intended by Parliament to have jurisdiction over one, must also have been intended to have jurisdiction over other—*Per* Stone J.A. (concurring): Whether given administrative tribunal possessing jurisdiction to deal with Charter issue turning largely on interpretation of relevant statute—PSAB's role limited to determining compliance with merit principle for selection for appointments to positions requiring those qualifications—Attack on Regulations, s. 27 not directly related to selection for appointment process but to argument discrimination had prevented him from being member of qualifying group—Even if discrimination did exist at that stage, would not establish that process somehow defective, and thus justifying PSAB's intervention, but that employer did him wrong before process got under way—Therefore, PSAB lacking either express or implied jurisdiction over

PUBLIC SERVICE—Continued

subject-matter of dispute—*Per McDonald J.A. (dissenting)*: appeal should be allowed—PSAB appointed pursuant to PSEA, s. 21 has jurisdiction to determine constitutional validity of Regulations, s. 27—PSAB herein meeting requirements as set out by majority in *Cooper*, and thus has jurisdiction to determine constitutional questions—Proper test whether or not Parliament has granted PSAB jurisdiction to determine questions of law—Actual subject-matter of concern herein whether or not selection process infringement of PSEA, ss. 10 and 12—Appellant need not have met all qualifications for position in order to bring appeal before PSAB: *Attorney General of Canada v. Landriault*, [1983] 1 F.C. 636 (C.A.)—Up to PSAB upon hearing appeal to determine if selection process done in accordance with merit principle—Fact departments able to establish requirements for given position does not mean PSAB unable to examine application of those criteria in selection process—To say PSAB does not have jurisdiction because it could not find in favour of appellant even in absence of Regulations, s. 27 tantamount to determining PSAB does not have jurisdiction over whole of matter unless Court feels it is possible for appellant to be successful—Court ought not to be confusing issues of jurisdiction with outcome of case on merit—Problematic for Court to make finding of fact on matter of whether appellant meets qualifications (or whether could be deemed to meet qualifications in light of prior decision of PSAB regarding discrimination appellant subjected to) without hearing evidence from parties on question—Also possible for appellant to argue, pursuant to PSEA, s. 12(3), that since current level of employment resulting from discrimination, ought to be deemed to be at executive level and therefore eligible for position—As Commission effectively acting on behalf of PSAB, cannot be argued PSAB without jurisdiction over whole of matter because lacks remedial power—Thus, PSAB has jurisdiction over whole of matter including remedy sought—Wording of enabling statute sufficient to ground implied power to deal with questions of law—Adjudicative nature of PSAB indicating implied power to consider questions of law as must deal with evidentiary and procedural questions (questions of law) in order to dispose of cases brought before it—Also, selection on basis of merit principle requiring application of principle of law, namely merit principle—Practical considerations weighing in favour of granting jurisdiction herein: fact no appeal route from decision of PSEA, s. 21 appeal board; determining whether breach of Charter has occurred requiring knowledge both of Charter jurisprudence and facts at issue which board in best position to evaluate—Final point in favour of granting jurisdiction: efficiency—If PSAB able to deal with Charter question, could determine entire matter, thus requiring only one hearing at Federal Court in which all matters could be dealt with—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, P-33, ss. 10 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 10), 12 (as am. *idem*, s. 11), 21 (as am. *idem*, s. 16; S.C. 1996, c. 18, s. 15)—Public Service Employment Regulations, 1993, SOR/93-286, s. 27 (as am. by SOR/95-568, s. 8)—Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act

PUBLIC SERVICE—Concluded

1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52(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], s. 15.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. PERERA (A-769-98, Noël, Stone J.J.A., McDonald J.A. dissenting, judgment dated 8/6/00, 45 pp.)

PUBLIC WORKS

Application for judicial review of decision by Canadian International Trade Tribunal (CITT) upholding complaints by applicant's competitors—In October 1998, Department of Public Works awarded Siemens Westinghouse Inc. contract for technical services in regard to naval ships commissioned by Department of National Defence—Siemens' bid less than that of competitors, MIL Systems and Fleetway Inc.—Unsuccessful bidders filed complaint with CITT—Tribunal upheld joint complaint on two grounds—First, Public Works guilty of "bid repair", therefore Siemens' bid should have been declared "non-responsive"—Second, National Defence applied evaluation methodology materially different than one set out in bidding documents—Tribunal "recommended" Siemens' contract be terminated, bid proposals, tendered by complainants only, be re-evaluated in accordance with original methodology—Application allowed in part—No basis in law on which to interfere with Tribunal's finding with respect to change in evaluation methodology, directive that bids be re-evaluated according to original scheme—Tribunal erred in holding Siemens' bid non-responsive, Public Works offended rule against bid repair—Siemens entitled to have bid proposal re-evaluated along with those submitted by complainants—Proper standard of review herein patent unreasonableness, that is, so-called "clearly irrational" test—As matter of interpretation, right of verification under Request for Proposals extends to representations made in respect of work experience of both bidder, employees—On proper construction of Request for Proposal, Public Works did not engage in bid repair by examining work experience in previous contract, therefore Tribunal's conclusion on this point must be characterized as patently unreasonable.

SIEMENS WESTINGHOUSE INC. V. CANADA (MINISTER OF PUBLIC WORKS AND GOVERNMENT SERVICES) (A-195-00, Robertson J.A., judgment dated 23/6/00, 15 pp.)

TRADE MARKS**REGISTRATION**

Appeal from decision of Opposition Board of Registrar of Trade-marks rejecting oppositions raised by Canadian

TRADE MARKS—Continued

Council of Professional Engineers (CCPE) to registration of two proposed trade-marks of APA—The Engineered Wood Association: “APA—The Engineered Wood Association” (Application number 753,455) and “The Engineered Wood Association” (Application number 753,456)—Applications based on proposed use in Canada in association with laminated wood products and wood included products used for structural purposes in building construction—CCPE claimed marks not registrable on several grounds including ownership of CCPE of various official trade-marks including words “engineer”, “engineering”—Hearing officer of Opposition Board rejecting all grounds of opposition raised by CCPE to APA’s proposed trade-marks—Found CCPE alleging *inter alia* applied-for trade-marks suggested involvement by registered professional engineers, which APA is not, thereby allegedly lead to confusion, misleading—Decision of Registrar should not be set aside lightly considering expertise in matter—Decisions of Registrar, whether of fact, law, discretion, within area of expertise, to be reviewed on standard of reasonableness *simpliciter*—Registrar erred in holding appellant’s third ground of opposition, that of non-distinctiveness, merely repetitive of second ground—Question of distinctiveness of proposed marks ought to have been considered independently—Proposed trade-mark “APA-The Engineered Wood Association” distinctive, can function so as to distinguish wares of respondent from those of others—Proposed mark “The Engineered Wood Association” not distinctive—Claim by appellant proposed mark deceptively misdescriptive of persons engaged in production of goods, services without merit—Proposed trade-mark not “The Wood Engineer’s Association”—Registrar must not unduly limit inquiry upon opposition proceedings—Not reasonable for Registrar to allow unregistrable mark to be registered, merely because narrow grounds for non-registrability under Trade-marks Act, s. 12(1)(b) advanced by opponent not successful—In order to offend Act, s. 9(1)(n)(iii) so as to be unregistrable under s. 12(1)(e), proposed mark must either be identical to official mark or so nearly resemble it so as to be likely to be mistaken for it—Words “consists of” to be interpreted to mean “identical to” as held by Registrar—Interpretation advanced by Registrar correct—Appeal allowed in part—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 9 (as am. by S.C. 1990, c. 14, s. 8; 1993, c. 15, s. 58; c. 44, ss. 226, 236(1)(c), (d); 1994, c. 47, s. 191), 12 (as am. by S.C. 1990, c. 20, s. 81; 1993, c. 15, s. 59; 1994, c. 47, s. 193).

CANADIAN COUNCIL OF PROFESSIONAL ENGINEERS V. APA—THE ENGINEERED WOOD ASSN. (T-1565-98, O’Keefe J., order dated 27/6/00, 31 pp.)

Appeal from Registrar of Trade-marks decision dismissing opposition to respondent’s application for trade mark “Goût

TRADE MARKS—Continued

de Beurre Comme au Cinéma” as not clearly descriptive or deceptively misdescriptive—Appeal dismissed—*United States Polo Assn. v. Polo Ralph Lauren Corp.* (1999), 163 F.T.R. 59 (F.C.T.D.), where approach to be taken by Federal Court judge in determining appeal under Trade-marks Act, s. 56(1) discussed (given special experience and knowledge of registrar, appellant must show, in light of all evidence, decisions not “correct”), applied—Appellants have not established Registrar’s conclusion erroneous—Decision reasonable primarily because trade mark must be considered as whole: trade mark not simply “goût du beurre” but “goût du beurre comme au cinéma”—Decision based on premise most consumers would not expect product to contain butter or significant amount thereof—Moreover, taken as whole, only thing product presumes to reflect not butter itself, but taste of butter one gets at movie theatres—Registrar engaged in quite thorough analysis of how word “butter” used in other products before arriving at conclusion—Registrar’s analysis entirely reasonable on evidence and no basis on which to reverse decision—Appellant’s survey flawed and biased and answers to survey must be disregarded—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 56(1).

DAIRY FARMERS OF CANADA V. HUNT-ESSON, INC. (T-756-99, Nadon J., judgment dated 7/7/00, 13 pp.)

Appeal from Trial Division decision ((1998), 84 C.P.R. (3d) 354) dismissing appeal from decision of Trade marks Opposition Board—Whether Trial Judge correctly held likelihood of confusion between proposed mark, those of respondent—Baylor University filed application to register trade mark “Baylor” for use in association with clothing, educational services—Hudson’s Bay Company raising number of grounds of opposition, alleging trade mark confusing with own trade marks—Party seeking registration bears burden of establishing no likelihood of confusion—Issue of confusion arising from sale of wares under competing trade marks must be determined by reference to persons likely to purchase those wares—Collegiate clothing primarily bought, worn by males between ages of 10 and 40—Not only plausible but likely those interested in purchasing collegiate clothing would tend to be aware of association between trade marks displayed on such clothing and college or university which these trade marks represent—Evidence surrounding particular trade marks relied upon by Hudson’s Bay company in support of opposition not suggesting likelihood of confusion when regard had to those likely to purchase collegiate clothing—Whether “The Bay” marks and “The Bay” Design mark could support Trial Judge’s finding of confusion—Despite wide recognition of “The Bay” marks, no suggestion confusion arising with respect to use of these marks—No evidence of confusion involving marks commencing with letters Bay, namely “Bayard”, “Bayou”, “Bayside Jack”—Incidents of confusion surrounding

TRADE MARKS—Continued

“Baylor” watches in Calgary could not in themselves justify finding of confusion—When regard had to all surrounding circumstances, only conclusion open to Trial Judge appellant had discharged onus of demonstrating proposed mark would not likely be confused with those of Hudson’s Bay Com-

TRADE MARKS—Concluded

pany—Appeal allowed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 6.

BAYLOR UNIVERSITY V. HUDSON’S BAY CO. (A-35-99, Noël J.A., judgment dated 22/6/00, 20 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-EMPLOI

Contrôle judiciaire du rejet par le juge-arbitre de l'appel de la Commission à l'encontre de la décision du conseil arbitral—Sous le régime de la Loi sur l'assurance-chômage, l'admissibilité aux prestations de l'assurance-chômage était déterminée en fonction du nombre de semaines de travail pendant la période de référence—Depuis le 4 janvier 1997, sous le régime de la Loi sur l'assurance-emploi (la Loi), l'admissibilité est déterminée en fonction du nombre d'heures travaillées—L'art. 94.1 du Règlement sur l'assurance-emploi prévoit la conversion des semaines d'emploi assurable accumulées avant le 1^{er} janvier 1997 en heures, à raison de 35 heures d'emploi assurable par semaine d'emploi assurable—La défenderesse a demandé des prestations d'assurance-emploi en mars 1997—Elle devait avoir accumulé au moins 910 heures d'emploi assurable pour avoir droit aux prestations d'assurance-emploi—La Commission de l'assurance-emploi a appliqué l'art. 94.1 pour convertir les 18 semaines pendant lesquelles elle avait travaillé avant le 1^{er} janvier 1997 en 630 heures de travail et elle a conclu que la défenderesse n'avait accumulé que 904 heures d'emploi assurable—La défenderesse a fait valoir qu'elle avait travaillée plus de 35 heures par semaine en 1996—Le conseil arbitral a accueilli l'appel en s'appuyant sur le «gros bon sens»—Après le prononcé de la décision du conseil arbitral, la Commission a demandé à un fonctionnaire du ministère du Revenu national de déterminer le nombre d'heures d'emploi assurable que la défenderesse avait accumulées en 1997—Le juge-arbitre a rejeté l'appel interjeté par la Commission en statuant que l'art. 94.1 n'obligeait pas la Commission à convertir une semaine d'emploi assurable survenue en 1996 en 35 heures lorsqu'un prestataire fournissait la preuve qu'il avait travaillé plus de 35 heures par semaine—Il a aussi conclu qu'une preuve contraire établissait que la défenderesse avait accumulé un nombre d'heures suffisant pour avoir droit aux prestations d'assurance-emploi—Demande accueillie (le juge Isaac, J.C.A., étant dissident)—Le juge Sexton, J.C.A.: L'art. 90(1)d) de la Loi permet à l'employeur et à l'employé de demander à un fonctionnaire du ministère du Revenu national de rendre une décision sur le nombre d'heures

ASSURANCE-EMPLOI—Suite

d'emploi assurable—L'art. 122 prévoit que si une question prévue à l'art. 90 se pose au cours de l'examen d'une demande de prestations, cette question est décidée par le fonctionnaire du ministère du Revenu national—L'art. 61(3)c) et l'art. 89 de la Loi sur l'assurance-chômage étaient semblables—Les décisions *Canada (Procureur général) c. Vautour*, [1996] A.C.F. n° 1717 (C.A.F.); *Canada (Procureur général) c. Kaur* (1994), 167 N.R. 98 (C.A.F.); et *Valentine c. Canada (Procureur général)*, [2000] A.C.F. n° 619 (C.A.F.) ont établi que l'art. 61(3) empêche le conseil arbitral et le juge-arbitre de déterminer la durée de l'emploi assurable—Compte tenu de la jurisprudence et de l'art. 122 de la Loi, le conseil arbitral et le juge-arbitre n'ont pas compétence pour déterminer si la défenderesse a accumulé un nombre suffisant d'heures d'emploi assurable pour être admissible aux prestations—Le fait que le ministre n'ait pas demandé au ministère du Revenu national de déterminer le nombre d'heures assurables pour 1996 ne confère pas compétence au conseil arbitral ni au juge-arbitre pour se prononcer sur le nombre d'heures d'emploi assurable—Le fait que le ministre n'ait pas fait valoir devant le juge-arbitre que celui-ci n'avait pas compétence pour se prononcer sur le nombre d'heures que la défenderesse avait exercées dans le cadre d'un emploi assurable ne confère pas cette compétence au juge-arbitre si la loi ne la lui confère pas—La défenderesse aurait pu demander une décision sur le nombre d'heures pour 1996 en vertu de l'art. 90(1)d), mais l'art. 90(2) le lui interdisait après le 30 juin suivant l'année à laquelle la question était liée—L'art. 94 démontre que le ministère du Revenu national n'est pas assujéti à pareil délai de prescription—La Cour a enjoint au juge-arbitre de rendre la décision que le conseil arbitral aurait dû rendre, c'est-à-dire ordonner à la Commission de demander au ministre du Revenu national de déterminer le nombre d'heures d'emploi assurable accumulées par la défenderesse en 1996—Le juge Strayer, J.C.A. (motifs concordants): La Commission a initialement compétence pour déterminer le nombre d'heures d'emploi assurable si cette question n'est pas contestée, mais l'art. 90(1)d) et l'art. 122 ont pour effet que la Commission doit demander au ministère du Revenu

ASSURANCE-EMPLOI—Suite

national de rendre une décision si cette question se pose au cours de l'examen d'une demande de prestations—Dès que la défenderesse a contesté le calcul des heures d'emploi assurable pour 1996 effectué par la Commission, l'affaire aurait dû être soumise au Ministère—La Cour n'a pas le pouvoir de déterminer le nombre d'heures d'emploi assurable, mais si cette conclusion était erronée, une interprétation correcte de l'art. 94.1 autoriserait la Commission, le conseil arbitral et le juge-arbitre à calculer le nombre d'heures effectivement travaillées lorsque la preuve le leur permet—Le juge Isaac, J.C.A. (motifs dissidents): Selon l'art. 118 de la Loi, la décision d'un juge-arbitre est définitive et sans appel, mais peut faire l'objet d'une demande de contrôle judiciaire—La norme de contrôle d'une décision d'un juge-arbitre sur une question de droit ou de compétence est celle de la décision correcte, alors qu'il faut faire preuve d'une certaine retenue envers ses conclusions de fait—L'objectif de la Loi et du Règlement consiste à aider les personnes sans emploi qui pourraient être admissibles à des prestations—Les lois d'assistance sociale doivent recevoir une interprétation libérale qui favorise la réalisation du but bienveillant de la loi—L'interprétation de l'indicatif présent dans l'art. 94.1—L'indicatif présent n'exprime pas toujours une obligation—Il peut avoir un effet directif, selon le contexte: *Montreal Street Railway Co. v. Normandin*, [1917] 33 D.L.R. 195 (C.P.)—Selon la preuve, la défenderesse a travaillé pendant plus que les 910 heures exigées comme condition d'admissibilité aux prestations—L'employeur a fait état de la durée de son travail en heures et en semaines—Une interprétation généreuse de l'art. 94.1, compatible avec *Hills*, mène à une interprétation favorable à la défenderesse—Cette conclusion est renforcée par la reconnaissance du fait que l'indicatif présent utilisé dans l'art. 94.1 a un effet directif seulement—Elle est étayée par l'art. 10(1) du Règlement: lorsque l'employeur fournit la preuve du nombre d'heures effectivement travaillées par un employé et pour lesquelles il a été rétribué, l'employé est réputé avoir travaillé ce nombre d'heures d'emploi assurable—Le juge-arbitre n'a pas commis d'erreur de droit—La conclusion du juge Sexton sur la question de compétence confond les questions d'assurabilité et de droit aux prestations—L'interprétation que le juge Sexton a attribuée à l'art. 90(1) ne tient pas—Si l'art. 122 de la Loi englobait toutes les questions concernant les heures assurables, la Commission elle-même n'aurait aucune compétence pour trancher la question préliminaire de savoir si un prestataire remplit les conditions fixées par l'art. 7 de la Loi, c'est-à-dire qu'elle ne pourrait rendre aucune décision concernant les heures assurables et, partant, ne pourrait décider si un prestataire a droit à des prestations en vertu de la Loi—Les «questions» énumérées dans l'art. 90 doivent être interprétées de façon à laisser place à l'exercice par la Commission, le conseil et le juge-arbitre de la compétence que le législateur a voulu leur conférer relativement aux prestations—Cela n'est possible que si les questions concernant l'assurabilité de l'emploi, y compris la durée de l'emploi, relèvent du

ASSURANCE-EMPLOI—Fin

ministère du Revenu national et si celles concernant l'admissibilité aux prestations relèvent de la Commission, du conseil et du juge-arbitre—Les questions énumérées à l'art. 90 doivent être interprétées comme n'englobant que les questions touchant l'assurabilité et non celles touchant le droit aux prestations—Les arrêts *Kaur*, *Vautour* et *Valentine*, sur lesquels s'appuie le juge Sexton, portaient sur des questions d'assurabilité, qui relevaient de la compétence exclusive du ministre—Ils indiquent aussi que les questions touchant le droit aux prestations relèvent de la compétence de la Commission, du conseil arbitral et du juge-arbitre—La question à trancher en l'espèce était celle de savoir si 18 semaines à 38 heures par semaine en 1996, plus 274 heures en 1997 suffisaient pour que la défenderesse ait droit aux prestations—Cette question relève de la Commission, du conseil arbitral et du juge-arbitre—Le juge-arbitre n'avait pas compétence pour statuer sur le nombre réel d'heures assurables travaillées par la défenderesse, c'est-à-dire qu'elle était visée par l'art. 90(1)d)—La conclusion portant que la Commission devait compter en totalité les 684 heures assurables relevait de la compétence du juge-arbitre, car elle touchait le droit aux prestations—L'arrêt *Canada (Procureur général) c. Hoek*, [2000] 3 C.F. F-38 (C.A.), applique la règle du sens clair pour dire que l'art. 94.1 est impératif—Comme ces motifs ne mentionnent pas les méthodes d'interprétation décrites dans les arrêts *Abrahams* et *Hills*, ou *Normandin*, la Cour n'était pas liée par cette décision—Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 7, 90(1)d), (2), 94, 118, 122—Règlement sur l'assurance-emploi, DORS/96-332, art. 10(1), 94.1 (mod. par DORS/97-31, art. 24)—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C., (1985), ch. U-1, art. 61(3), 89.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. HABERMAN
(A-717-98, juges Sexton, Strayer et Isaac (dissident),
J.C.A., jugement en date du 21-7-00, 45 p.)

BREVETS

Appel de la décision par laquelle le juge des requêtes a prononcé une ordonnance interdisant au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de délivrer un avis de conformité à Apotex en vue de la production d'un antibiotique, la norfloxacin, tant que le brevet '961 ne serait pas expiré—L'art. 41(1) de la Loi sur les brevets, dans sa rédaction alors en vigueur, protégeait non seulement les modes ou procédés de fabrication revendiqués, mais aussi leurs équivalents chimiques manifestes—Le brevet reprend la protection légale contre la contrefaçon que confère l'art. 41(1) au brevet en ce qui concerne l'utilisation d'équivalents chimiques manifestes—Fondamentalement, il y a équivalence lorsque l'ingrédient ou le mécanisme de remplacement remplit pour l'essentiel la même fonction de la même façon et en vue d'obtenir le même résultat—Les témoignages des experts appuient la proposition que la substitution du brome qu'effectue l'appelante dans son procédé équivaut à utiliser des équivalents chimiques manifestes des modes ou procédés

BREVETS—Suite

de fabrication décrits ou revendiqués par l'intimée dans le brevet '961 et qu'une personne raisonnablement versée dans l'art aurait été au courant du fait qu'un ingrédient non contenu dans le brevet était interchangeable avec un autre qui y était prévu—La décision du juge des requêtes de préférer le témoignage d'un des experts à celui d'un autre ne constitue pas une décision arbitraire que le dossier ne justifie pas—La Cour rejette l'appel sans souscrire à la conclusion du juge des requêtes suivant laquelle l'arrêt *Abbott Laboratories Ltd. c. Nu-Pharm Inc.* (1998), 83 C.P.R. (3d) 44 (C.A.F.) appuie la proposition qu'un brevet subséquent ne peut être utile pour prouver l'état de la technique en ce qui concerne le brevet à l'examen que lorsque les deux brevets ont été inventés par la même personne—La Cour ne conclut pas non plus que le brevet '466 est un brevet de perfectionnement—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 41(1).

MERCK FROSST CANADA INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (A-39-99, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 27-6-00, 5 p.)

PRATIQUE

Appel d'une ordonnance ([1998] 3 C.F. F-46) radiant, de l'art. 10a) de la défense et demande reconventionnelle de l'appelante, la défense d'invalidité fondée sur une «mise à l'essai incomplète» qui est invoquée dans le passage «et comprend les composés que le présumé inventeur n'a pas fabriqués ou mis à l'essai et ne pouvait pas fabriquer ou mettre à l'essai en tant qu'antagoniste de récepteur H2 avant le dépôt de la demande canadienne 387,139»—L'appelante faisant maintenant valoir que le passage attaqué n'a pas été inséré à titre de défense d'invalidité, mais comme une allégation de fait à l'appui du moyen fondé sur une prédiction non valable, motif reconnu d'invalidité d'un brevet—L'art. 10b) présente un moyen de défense fondé sur une prédiction non valable—Dans la mesure où la mise à l'essai incomplète peut être pertinente eu égard au moyen fondé sur une prédiction non valable, l'ordonnance n'empêche pas l'appelante de produire, lors de l'instruction, des éléments de preuve établissant cette mise à l'essai incomplète—Ces éléments de preuve doivent toutefois être produits en vue d'étayer l'existence d'une prédiction non valable et non de façon indépendante pour prouver l'invalidité du brevet—Ordonnance se restreignant manifestement à la suffisance de la mise à l'essai à titre de motif distinct d'invalidité d'un brevet—Appel rejeté sous réserve du droit de l'appelante d'invoquer le fait qu'elle visait, par le passage attaqué, à alléguer des faits importants qui étaient les autres motifs d'invalidité énoncés dans la défense et demande reconventionnelle modifiée et qui sont pertinents eu égard à ces motifs.

ELI LILLY AND CO. C. APOTEX INC. (A-124-98, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 26-6-00, 5 p.)

BREVETS—Fin

Appel d'une ordonnance par laquelle le juge des requêtes a, dans le cadre d'une action en contrefaçon de brevet, radié un paragraphe des actes de procédure des demanderesse et leur a ordonné de modifier un autre paragraphe au motif qu'ils ne révélaient aucune cause d'action valable—Le juge des requêtes a radié un des paragraphes tel qu'il était libellé («Apotex continuera à offrir en vente et à vendre du Lisinopril et de l'Apo-Lisinopril au Canada en réponse à la demande») au motif qu'il visait de vagues événements à venir et non une contrefaçon passée ou actuelle—Le juge des requêtes a également permis aux appelantes de modifier ce paragraphe pour y alléguer que la défenderesse continue à offrir en vente et à vendre le médicament en question—Le juge des requêtes a radié un autre paragraphe au motif qu'il ne donnait pas ouverture à la demande d'ordonnance préventive formulée par les demanderesse dans leur action—Appel rejeté—Le juge des requêtes ne s'est pas mépris sur la nature des actes de procédures ou sur les règles de droit applicables—Les assertions contenues aux paragraphes en question ne révèlent pas l'existence des faits normalement nécessaires pour obtenir une injonction préventive, c.-à-d. une forte probabilité qu'à défaut par le tribunal de prononcer l'injonction, il y aura contrefaçon du brevet et que cette contrefaçon est imminente—On ne saurait inférer qu'Apotex avait de toute évidence l'intention de contrefaire plus tard le brevet du fait qu'elle n'avait pas suffisamment de stocks pour pouvoir répondre à la demande jusqu'à l'expiration du brevet, ni de son refus de répondre à la lettre dans laquelle les appelantes lui demandaient de s'engager à renoncer à son avis de conformité une fois qu'elle aurait épuisé les stocks acquis avant la délivrance du brevet—À défaut d'autres faits, force est de constater que, dans les faits articulés aux paragraphes en question et dans les éclaircissements qu'elles ont fournis à leur appui, les appelantes n'ont pas allégué que la contrefaçon du brevet était assez probable pour justifier le prononcé d'une injonction préventive.

MERCK & CO., INC. C. APOTEX INC. (A-346-98, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 28-6-00, 4 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**EXCLUSION ET RENVOI***Personnes non admissibles*

Contrôle judiciaire de la décision du gestionnaire de l'Immigration que la demanderesse n'était pas admissible en vertu de l'art. 19(2)a) de la Loi sur l'immigration et qu'il n'y avait pas suffisamment de motifs d'ordre humanitaire pour justifier la délivrance d'un permis ministériel lui permettant de demeurer au Canada—La demanderesse est une citoyenne de la Jamaïque—Elle est arrivée au Canada en 1984—Elle s'est mariée en 1986—Elle a déposé une demande de résidence permanente dans le cadre de la

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

catégorie de la famille, son époux s'engageant à lui fournir de l'aide—Elle a deux enfants qui sont nés au Canada en 1987 et en 1989—Elle est divorcée depuis, et son ex-mari a été expulsé du pays—Bien que la demanderesse ait été dispensée des exigences habituelles en matière de visa prévues à l'art. 9(1) en 1988, le traitement de sa demande de résidence permanente a été retardé en raison de vérifications de ses antécédents criminels—La vérification de 1998 a révélé ce qui suit: en 1992, la demanderesse a été reconnue coupable d'avoir omis de respecter les termes d'un engagement et qu'une peine d'emprisonnement d'une journée lui a été imposée; en 1994, elle a été reconnue coupable de fraude relativement à un montant de plus de 1 000 \$, et une condamnation avec sursis lui a été imposée, de même qu'une période de probation de 12 mois; en 1995, elle a été reconnue coupable de vol d'un montant de moins de 1 000 \$, et une condamnation avec sursis lui a été imposée, de même qu'une période de probation de 12 mois—L'agent d'immigration a conclu qu'il n'y avait pas suffisamment de motifs justifiant qu'il recommande la délivrance d'un permis ministériel qui permettrait à la demanderesse de chercher à faire cesser son inadmissibilité pour des raisons criminelles—Demande accueillie—La norme de contrôle qu'il convient d'appliquer est celle de la décision raisonnable *simpliciter*—Les notes ou le rapport de l'agent d'immigration satisfaisaient à l'exigence en matière de motifs énoncée dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 1 R.C.S. 748—L'arrêt *Baker* n'étaye pas la proposition selon laquelle les fonctionnaires de l'Immigration doivent fournir un avis distinct aux enfants du demandeur ou doivent les consulter sans la présence de leur parent—Le processus de prise de décision doit comprendre un examen équitable et complet de toutes les considérations pertinentes, et cela doit se refléter dans les motifs—Dans le cas où un document ou un renseignement particulier est rejeté, le demandeur doit être avisé des motifs fondant le rejet, particulièrement lorsque le document ou le renseignement servait à étayer sa position—Rien n'indique comment l'agent a pris en considération, puis rejeté certains facteurs étayant le point de vue de la demanderesse—L'agent n'a pas mentionné la lettre du médecin des enfants ni les lettres que les enfants eux-mêmes ont écrites—Les notes, ou les motifs, sont surtout incomplets pour ce qui est de la considération de l'intérêt des enfants de la demanderesse—Même s'il ressort clairement de l'arrêt *Baker* que de telles considérations sont loin d'être déterminantes en ce qui concerne l'issue de l'affaire, cet arrêt dit clairement que cet intérêt constitue un facteur important—Dans ses motifs, l'agent d'immigration ne consacre que deux phrases aux enfants de la demanderesse: dans l'une, il dit qu'il tient compte de ceux-ci, alors que dans l'autre, il mentionne qu'il revient à la mère de déterminer leur intérêt—Il est impossible de savoir comment il a tenu compte de leur intérêt, voire s'il en a effectivement tenu compte—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. 1-2,

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

art. 9(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 4), 19(2)a) (mod. *idem*, art. 11).

WYNTER C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3549-99, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 6-7-00, 19 p.)

L'appelant est détenu jusqu'à son renvoi—Appel d'une décision du juge de première instance rejetant la demande de mise en liberté présentée par l'appelant en vertu de l'art. 40.1(8) et (9) de la Loi sur l'immigration—L'appelant invoque l'art. 7 de la Charte ainsi qu'une crainte de partialité—Appel rejeté—L'argument portant sur la crainte de partialité n'est pas fondé—Le seul fait que le juge de première instance ait auparavant rendu une décision concernant l'appelant n'a pas compromis sa capacité d'être impartial: *Arthur c. Canada*, [1993] 1 C.F. 94 (C.A.)—De plus, les questions devant le juge de première instance étaient surtout des questions de droit, accompagnées de questions de fait, qui ne dépendaient pas des conclusions relatives à la crédibilité de l'appelant dans l'affaire antérieure—On n'a présenté aucune preuve pouvant amener une personne informée, raisonnable et sensée à conclure que le juge de première instance a été partial—Le juge de première instance a eu raison d'interpréter les dispositions comme plaçant sur l'appelant la charge de prouver qu'il ne sera pas renvoyé dans un délai raisonnable et que sa remise en liberté ne porterait pas atteinte à la sécurité nationale ou à celle des gens: *Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 970 (1^{re} inst.) (QL)—Le fait de placer la charge de la preuve sur l'appelant ne contrevient pas à l'art. 7 de la Charte—La mise en liberté prévue à l'art. 40.1(9) de la Loi n'est pas censée être automatique ou facile à obtenir—Elle n'est censée être permise que dans les circonstances très restreintes énumérées dans la loi—Pour être mise en liberté, la personne doit démontrer un changement important dans les circonstances ou présenter une nouvelle preuve qui n'était pas disponible auparavant—Arriver à une autre conclusion équivaudrait à accorder à l'appelant une audience *de novo*, chose que la loi ne prévoit pas—La norme de preuve applicable est celle des affaires civiles, c'est-à-dire la prépondérance des probabilités, qui ne contrevient pas à l'art. 7 de la Charte—Par suite d'un examen des motifs du juge de première instance, la Cour n'a pas été convaincue qu'il avait mal compris la norme de preuve ou qu'il n'avait pas appliqué la bonne norme de preuve—Une phrase inexacte et superflue dans le contexte d'une remarque incidente ne constitue pas un motif suffisant pour annuler la décision en entier—Le juge de première instance ne s'est pas fondé sur des considérations non pertinentes en examinant si l'appelant serait renvoyé dans un délai raisonnable—Personne ne peut nier à l'appelant son droit d'épuiser tous les moyens légaux à sa disposition—Mais personne ne peut dire non plus que le renvoi n'aura pas lieu dans un délai raisonnable, alors que le temps

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

nécessaire pour entendre toutes les demandes et les appels s'étire sur des mois et des années—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 40.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29, art. 4; 1992, ch. 49, art. 31)—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].

AHANI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-160-99, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 11-7-00, 14 p.)

Processus d'enquête en matière d'immigration

Le ministre avait sollicité des injonctions empêchant, tant que la demande sous-jacente d'autorisation et de contrôle judiciaire n'était pas réglée d'une façon définitive, la continuation de l'enquête menée par l'arbitre au sujet de l'inadmissibilité du défendeur, en vertu de l'art. 19(1*i*) de la Loi sur l'immigration, par suite des actes que celui-ci avait commis ou n'avait pas commis au Nicaragua, avant de venir au Canada—Au mois de mars 1992, la section du statut de réfugié avait conclu que le défendeur n'était pas un réfugié visé par la Convention étant donné qu'il y avait des raisons sérieuses de penser qu'il avait commis un crime contre l'humanité—Autorisation d'en appeler de la décision refusée par la C.A.F. au mois de juin 1992—Néanmoins, en 1993, le défendeur avait obtenu un permis du ministre lui accordant ainsi qu'à sa famille le droit d'établissement—Au mois d'octobre 1999, l'agent d'immigration avait présenté un rapport, en vertu de l'art. 27 de la Loi, selon lequel le défendeur appartenait à une catégorie non admissible désignée à l'art. 19(1*i*) de la Loi—Le ministre a soutenu que, dans la décision rendue en 1992, la section du statut de réfugié avait réglé la question de savoir si l'on pouvait penser, pour des motifs raisonnables, que le défendeur avait commis un crime contre l'humanité au sens de l'art. 7(3.6) du Code criminel et que l'arbitre ne pouvait donc pas recueillir d'autres éléments de preuve sur ce point (comme on l'avait conclu dans *Figueroa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] F.C.J. n^o 250 (1^{re} inst.) (QL)—Le ministre a concédé qu'il était tenu de présenter une preuve en vue de satisfaire au second volet de l'art. 19(1*j*) de la Loi, à savoir que pareil acte aurait constitué, au Canada, une infraction au droit canadien—Le ministre a soutenu (1) que la décision *Figueroa* liait l'arbitre; (2) que la question de savoir si un crime contre l'humanité avait été commis était une chose jugée puisque la C.A.F. avait refusé d'accorder l'autorisation au défendeur en 1992; (3) qu'il était nécessaire de faire preuve de respect à l'égard de la décision rendue par la section du statut de réfugié en 1992—Injonction accordée—Question sérieuse—Selon un principe établi, les tribunaux n'effectuent que dans

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

des circonstances spéciales le contrôle judiciaire d'une décision interlocutoire relative à la preuve qui est rendue dans le cours d'une enquête dûment autorisée—Toutefois, la nature de la décision de l'arbitre constitue une circonstance spéciale exigeant une intervention immédiate de la Cour—La décision se rapportait à un aspect fondamental de l'enquête: quelle preuve peut-on ou doit-on recueillir, le cas échéant, à l'égard du premier volet de l'art. 19(1*j*) de la Loi—Par conséquent, la décision de l'arbitre se rapportait à la compétence étant donné qu'elle déterminait l'essence et la portée de l'enquête—Il existe un préjudice irréparable si le ministre se voit obligé de revoir les conclusions d'exclusion tirées en l'espèce par la section du statut de réfugié et dans au moins trois affaires similaires—Prépondérance des inconvénients—L'intérêt public favorise le ministre en l'espèce—C'est dans l'intérêt public qu'il ne faudrait empêcher la tenue d'une enquête dûment autorisée que dans les cas particulièrement clairs—Premièrement, la décision que l'arbitre a prise de ne pas suivre la décision *Figueroa*, qui semble pertinente, influe sur le système judiciaire et sur son bon fonctionnement en ce qui concerne les décisions obligatoires—Deuxièmement, la décision de l'arbitre se rapporte à la preuve même que le ministre doit présenter—Dans ce cas-ci, l'intérêt public ne tire aucun avantage de ce qui pourrait être une procédure nulle—Troisièmement, la question de l'application appropriée de la Convention et de son rapport avec le droit interne sont des questions essentielles à la réputation internationale du Canada—Autorisation accordée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1*j*), 27—Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 7(3.6).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. VARELA (IMM-2807-00, juge Lemieux, ordonnance en date du 5-7-00, 17 p.)

Renvoi de résidents permanents

Demande de contrôle judiciaire d'un avis de danger émis par le Ministre—Rapport préparé en vertu de l'art. 27 de la Loi sur l'immigration après que le demandeur ait été déclaré coupable d'infractions très graves et condamné à trois ans et demi d'emprisonnement—Demandeur né au Nicaragua en 1974 et arrivé au Canada en 1987 avec le reste de sa famille—Le demandeur a présenté des arguments détaillés concernant la formulation de l'avis de danger et a joint sept lettres de référence provenant de membres de sa famille—Prise en compte de motifs d'ordre humanitaire découlant du fait que le demandeur est au Canada depuis 13 ans, que sa famille a été reconnue être composée de réfugiés au sens de la Convention à l'extérieur du Canada il y a 13 ans, et que la totalité de la famille, y compris les deux enfants, résident au Canada et qu'il n'y a plus de membres de la famille au Nicaragua—Demande accueillie—Application de

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Bhagwandass c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2000] 1 C.F. 619 (1^{re} inst.), dans laquelle le tribunal a jugé que *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 s'appliquait à l'effet d'un avis de danger sur la personne concernée, au contenu de l'obligation d'équité compte tenu de cet impact et aux normes applicables en matière de contrôle—*Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 2 C.F. 646 (C.A.) écarté—L'avis de danger est une décision importante qui touche de façon fondamentale l'avenir d'une personne—Le devoir d'équité n'est pas de nature «minimale»—Selon le raisonnement tenu par le juge L'Heureux-Dubé dans *Baker*, le ministre était tenu de fournir des motifs et l'omission de le faire constitue une violation de l'obligation d'équité due à la personne concernée—Aux fins de l'argument subsidiaire des demandeurs, la «demande d'avis ministériel» peut être considérée comme contenant les motifs de la décision—Selon la norme de «la décision raisonnable *simpliciter*» (*Bhagwandass*), l'avis de danger contient une erreur susceptible d'être révisée puisque le représentant du ministre a omis de tenir compte de toutes les considérations humanitaires dans les motifs—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27.

GONZALEZ C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2333-99, IMM-2334-99, juge Campbell, ordonnance en date du 23-5-00, 20 p.)

Renvoi de réfugiés

Demande de sursis d'exécution d'une mesure de renvoi jusqu'à ce qu'une décision ait été rendue sur la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de la décision de l'agente chargée des renvois de différer le renvoi jusqu'à ce qu'une évaluation du risque ait été faite par un agent de révision des revendications refusées (ARRR) qui a conclu que le demandeur ne serait pas en danger s'il retournait à Colombo, au Sri Lanka—La perspective d'être renvoyé a rendu le demandeur suicidaire—Depuis, la SSR a décidé que Colombo ne constitue plus une possibilité de refuge intérieur (PRI) pour les Tamouls originaires du Nord—Demande accueillie—La question de procédure en litige est la suivante: un affidavit a été déposé au soutien de la demande par l'associé du conseil du demandeur—Selon la jurisprudence, un avocat ne devrait pas plaider dans un tel cas: *Shipdock Amsterdam B.V. c. Cast Group Inc.*, [2000] A.C.F. n° 295 (1^{re} inst.) (QL)—En l'espèce, il était possible pour l'avocat de soumettre la preuve à la Cour par l'intermédiaire d'un témoin non lié, et un ajournement a été accordé à cette fin—Le critère appliqué pour accorder un sursis est l'existence d'une question grave, le préjudice irréparable et la prépondérance des inconvénients—La question grave est celle de savoir si l'application de l'analyse contextuelle faite

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

dans *Haghighi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 4 C.F. 407 (C.A.) permettra de conclure que l'agente chargée des renvois était tenue de faire part à l'avocat de l'opinion de l'ARRR quant au risque présenté par le retour au Sri Lanka—La décision de la SSR selon laquelle Colombo ne constitue plus une PRI pour les Tamouls originaires du Nord signifie que le demandeur sera persécuté à son retour au Sri Lanka, ce qui est suffisant pour satisfaire à l'exigence d'un préjudice irréparable—La prépondérance des inconvénients joue en faveur du demandeur étant donné la situation instable au Sri Lanka et la présence au Canada des autres membres de la famille du demandeur—Le sursis est accordé même si le requérant n'a pas exercé les recours qui s'offraient à lui pendant une période de plus de trois ans—La Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire en *equity* pour accorder le sursis en raison de l'état émotif du demandeur et du risque grave qu'il soit persécuté au Sri Lanka.

MURUGAPPAH C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3218-00, juge Pelletier, ordonnance en date du 30-6-00, 11 p.)

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié qui a rejeté l'appel du demandeur à l'encontre d'une décision d'un agent des visas qui avait refusé la demande parrainée de droit d'établissement de son épouse—Le demandeur a soutenu que la section d'appel a erré en concluant que les principes de l'arrêt *Mundi c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1986] 1 C.F. 182 (C.A.F.) étaient inapplicables aux faits de l'espèce—Avant de s'interroger sur l'admissibilité de personnes qui veulent obtenir un visa, il faut que le requérant principal démontre, dans le cadre d'une demande de la catégorie de la famille, que ces personnes correspondent aux définitions de «personne à charge» et, comme en l'espèce, de «fille à charge» et même de «fille» prévues au Règlement—Il n'est pas déraisonnable qu'un agent des visas s'assure d'abord et avant tout du lien filial entre une mère et les personnes qu'elle prétend être ses enfants—L'agent n'a pas rejeté la demande au motif que les enfants n'étaient pas à la charge de l'épouse du demandeur—La demande a été rejetée à cause du défaut de la mère de produire des tests sanguins ADN qui auraient pu prouver les liens de filiation entre elle et ses enfants—L'épouse du demandeur n'a pas satisfait aux exigences de l'art. 9(3) de la Loi sur l'immigration, n'ayant pu établir de façon satisfaisante le lien de filiation qui aurait démontré qu'elle avait des personnes à charge—L'agent des visas a donc eu raison de conclure que la non-observation, de la part de la requérante principale, des conditions de l'art. 9(3) de la Loi justifiait le refus d'un

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

visa—Demande rejetée—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 9 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 4).

MANIGAT C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3890-99, juge Denault, ordonnance en date du 30-6-00, 10 pp.)

STATUT AU CANADA*Réfugiés au sens de la Convention*

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la section du statut de réfugié (SSR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié selon laquelle le demandeur n'est pas un réfugié au sens de la Convention—Le demandeur, citoyen du Djibouti, craint d'être persécuté s'il devait retourner dans son pays, en raison de ses opinions politiques et de son appartenance au groupe social de journalistes—La SSR a conclu que la preuve présentée par le demandeur était crédible mais a néanmoins rejeté sa demande—Le demandeur a soutenu que la SSR a commis une erreur en utilisant un mauvais test, celui de la persécution systématique—Cette erreur explique pourquoi la SSR, ayant conclu que l'histoire relatée par le demandeur était crédible, en arrive à dire que la torture qui lui avait été infligée ne constitue pas de la persécution au sens de la Convention—La SSR semble s'être attardée sur l'intention de L'État plutôt que sur les gestes posés par cet État—Elle a commis une erreur qui vicie sa décision—Demande accueillie.

SAAD C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2770-99, juge Nadon, ordonnance en date du 13-7-00, 6 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la section du statut de réfugié (SSR) selon laquelle le demandeur doit être exclu de la définition de «réfugié au sens de la Convention»—Le tribunal a conclu qu'il avait des raisons sérieuses de penser que le demandeur avait commis des crimes graves de droit commun—Le demandeur, un citoyen du Salvador, a été recruté de force par la guérilla, les Forces Populaires pour la Libération, et il a participé à leurs activités de 1985 à 1992—Après avoir reçu des menaces de mort du groupe Los Maras, le demandeur alla se cacher dans la famille de son père, à San Salvador—Il a fui son pays le 11 novembre 1996, il est arrivé au Canada à la fin de décembre et revendiqua le statut de réfugié—La SSR a conclu que le demandeur n'avait pas droit au statut de réfugié parce qu'il était visé par la clause d'exclusion énoncée à l'art. 1Fb) de la Convention—L'absence d'avis d'intervention du représentant du ministre, écrit ou non, ne saurait à lui seul justifier l'intervention de la Cour—La SSR a traité tous les actes reprochés au demandeur comme des crimes graves de droit commun (1Fb)) sans jamais s'interro-

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

ger si certains ou tous ces actes pouvaient être qualifiés de crimes de guerre ou de crimes contre la paix (1Fa))—De plus, ayant décidé de prononcer l'exclusion du demandeur en vertu de l'art. 1Fb), le tribunal ne s'est pas demandé si une motivation politique pouvait avoir incité le demandeur à commettre ces actes—Cette façon d'agir de la SSR brimait le droit du demandeur à l'équité procédurale—Le tribunal a commis une erreur de droit en décidant d'aller directement sur l'exclusion—Une exclusion constitue un élément négatif de refus qui n'a rien à voir avec les éléments positifs de la définition même de réfugié et ne saurait être considérée que séparément et en un deuxième temps—Demande accueillie—L'affaire doit suivre son cours malgré le fait que le demandeur a quitté le Canada depuis plusieurs mois sous le coup d'une mesure de renvoi—Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. No. 6, Art. 1Fa), b).

AGUILAR C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3118-99, juge Denault, ordonnance en date du 8-6-00, 12 p.)

Résidents permanents

Contrôle judiciaire de la décision de la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié voulant que le moment pertinent pour déterminer si un enfant à charge est «inscrit et [. . .] a suivi sans interruption ce genre de cours depuis la date de ses 19 ans» était la date à laquelle l'agent des visas avait pris la décision de ne pas délivrer un visa, à savoir, le 28 février 1995—La défenderesse a parrainé les demandes de résidence permanente de ses parents et de six frères et sœurs—Les demandes ont été rejetées le 28 février 1995—L'appel, pour la partie qui avait trait aux parents et à leurs deux plus jeunes enfants, qui avaient moins de 19 ans à la date de présentation de la demande de résidence permanente, a été accueilli sur consentement—La section d'appel a accueilli l'appel pour la partie qui avait trait aux deux enfants qui étaient âgés de plus de 19 ans au moment de la présentation de la demande étant donné qu'ils étaient visés par la définition de «fils à charge»—La demande est rejetée—La question dont était saisi l'agent des visas et la section d'appel était de savoir si les frères de la défenderesse satisfaisaient au critère énoncé dans la législation relativement à l'inscription et à la fréquentation à titre d'étudiants à temps plein, au moment où l'agent des visas a reçu la demande de visa et selon les renseignements reçus par cet agent des visas—L'art. 2(1) du Règlement sur l'immigration est très clair quant au fait que la détermination de «personne à charge» et de «fils à charge» est directement liée au moment où un agent d'immigration reçoit la demande de visa d'immigrant et est fondée sur les renseignements reçus par l'agent—L'écoulement du temps qui résulte de l'exercice d'un droit d'appel prévu par la loi ne change pas la question à laquelle la loi commande que l'on réponde—La question de droit dont était saisi l'agent des visas était la même que celle dont était

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

saisie la section d'appel—La formation a eu raison de décider que la date pertinente aux fins de déterminer si un enfant est un «fils à charge» était la date à laquelle l'agent des visas a pris la décision de ne pas délivrer les visas—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2(1) «personne à charge» (mod. par DORS/92-101, art. 1; 93-44, art. 1), «fils à charge» (mod. par DORS/92-101, art. 1).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. FU (IMM-2386-99, juge Rouleau, ordonnance en date du 27-6-00, 6 p.)

Raisons d'ordre humanitaire

Demande de sursis à l'exécution d'une mesure d'expulsion—Le demandeur était un citoyen colombien qui était initialement arrivé au Canada en 1987 et qui avait revendiqué le statut de réfugié—Revendication refusée—Le demandeur avait été reconnu coupable de complot en vue du trafic de stupéfiants au mois de janvier 1990 et avait été condamné à quatre ans et demi d'emprisonnement—Après avoir été incarcéré pendant dix mois seulement, il avait été mis en liberté conditionnelle—Une demande avait également été présentée en vue de l'obtention d'une décision fondée sur des raisons d'ordre humanitaire conformément à l'art. 114 de la Loi sur l'immigration—Le demandeur ne s'est livré à aucune activité criminelle depuis qu'il a été mis en liberté en 1990—Il est l'unique soutien de sa conjointe et de ses deux enfants—Application du critère à triple volet—La demande n'est pas futile ou vexatoire—Le renvoi du Canada d'un parent qui n'est pas citoyen sans qu'il soit tenu compte de l'intérêt des enfants constituerait un facteur fort important dans la décision à rendre—Cela soulève également une question sérieuse—Quant au préjudice irréparable, si le demandeur était maintenant renvoyé du pays, cela occasionnerait de graves difficultés à la famille et une séparation pour une période indéfinie entre le père et la conjointe et les enfants, qui comptent sur lui pour leur soutien—La prépondérance des inconvénients favorise également le demandeur—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 114 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 29; *idem*, ch. 29, art. 14; L.C. 1990, ch. 38, art. 1; 1992, ch. 49, art. 102).

VALENCIA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3047-00, juge Rouleau, ordonnance en date du 6-7-00, 6 p.)

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE

Requête présentée par l'Administration portuaire de Halifax (l'APH) défenderesse en vue de l'obtention d'une

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE
—Suite

ordonnance rejetant une demande de contrôle judiciaire pour le motif que la Cour n'avait pas compétence pour connaître de la demande étant donné que l'APH n'était pas un «office fédéral»; la lettre du 9 novembre 1999, de l'APH ne constituait pas une décision; la demande était tardive—La demanderesse était un exploitant de terminal pour conteneurs au port de Halifax—Renégociation du bail—Dans sa lettre du 9 novembre 1999, l'APH avait réduit l'augmentation de loyer projetée de 900 % à 700 %—La demanderesse a sollicité le contrôle judiciaire de la «décision», mais elle sollicite maintenant l'autorisation de modifier son avis de requête introductive d'instance en vue de demander un jugement déclaratoire portant que l'APH avait manqué aux obligations lui incombant en vertu de la loi et de la common law en tentant d'obtenir, pour le renouvellement du bail, des paiements de loyer injustes et déraisonnables qui comportent une distinction injustifiée au sens de la Loi maritime du Canada ainsi qu'une ordonnance de *mandamus*—La modification a été permise—Lorsque l'APH a cédé à bail un immeuble fédéral ou a négocié un bail en faveur de Halterm, elle n'exerçait pas de pouvoirs particuliers dont est investie une société au sens de *Cairns c. Farm Credit Corp.*, [1992] 2 C.F. 115 (1^{re} inst.), mais elle exerçait les pouvoirs attribués par la Loi maritime du Canada et constituait donc un «office fédéral» au sens de la Loi sur la Cour fédérale—Par conséquent, la Cour avait compétence pour connaître de la demande de contrôle judiciaire de Halterm—Toutefois, la lettre du 9 novembre 1999, de l'APH ne constituait pas une décision au sens de la Loi sur la Cour fédérale—Rien n'avait été conclu définitivement car les parties continuaient de faire des propositions—Par conséquent, il n'existait aucune décision pouvant faire l'objet d'une réparation sous le régime de l'art. 18.1 de la Loi—Toutefois, compte tenu de la décision *Krause c. Canada*, [1999] 2 F.C. 476 (C.A.), cela ne réglait la question qu'en ce qui concerne le contrôle d'une décision ou ordonnance particulière—Il demeure possible de demander réparation par voie de contrôle judiciaire relativement à une conduite qui serait alors «l'objet de la demande» au sens de l'art. 18.1 de la Loi—La réparation demandée aux paragraphes 1 et 2 de la demande de contrôle judiciaire a été radiée pour le motif qu'elle était fondée sur une «décision», mais le reste, qui n'était pas fondé sur une «décision», demeure—La demande de contrôle judiciaire était tardive—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1.

HALTERM LTD. C. ADMINISTRATION PORTUAIRE DE HALIFAX (T-2131-99, juge O'Keefe, ordonnance en date du 16-6-00, 19 p.)

Requête en radiation présentée par la défenderesse United Med Lines Inc. en vertu de la règle 221 au motif que la déclaration d'action *in personam* et *in rem* des demandereses ne révèle aucune cause raisonnable d'action relevant de la juridiction *rationae materiae* de la Cour prévue à l'art. 22(1) de la Loi sur la Cour fédérale—Le paragraphe 9 de la

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

—Fin

déclaration indique que l'entente à laquelle fait référence le paragraphe 3 de l'affidavit vise l'engagement de la défenderesse à permettre l'exécution sur ses biens de la sentence arbitrale, du jugement et de l'entente principale liant Unispeed Group Inc. aux demanderesse—Celles-ci prétendaient que l'engagement de la défenderesse leur permettait d'invoquer l'art. 22(1), (2)*i* de la Loi—Elles ne peuvent inclure cet engagement sous le régime de l'art. 22(2)*i*—La Cour n'a pas compétence sur l'engagement de la défenderesse en vertu de l'art. 22(1) de la Loi puisque cet engagement constitue un contrat visant à faciliter l'exécution d'obligations—Pour les fins de l'art. 22(1) de la Loi, il n'y a aucun lien, aucune ramification avec le droit maritime—Le droit d'exécution des demanderesse sur les biens de la défenderesse n'est pas relié au droit maritime de manière à conférer juridiction à la Cour—Requête accueillie—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 221—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 21, 22 (mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 69; 1996, ch. 31, art. 82).

ORDINA SHIPMANAGEMENT CO. C. *SHERINGHAM* (LE)
(T-311-00, protonotaire Morneau, ordonnance en date du 11-7-00, 11 p.)

DROIT MARITIME

CONTRATS

Appel de la décision par laquelle la Section de première instance a accordé un jugement sommaire en faveur de l'intimée Kanematsu et prévu que le montant des dommages-intérêts serait fixé au moyen d'un renvoi ultérieur—Kanematsu voulait faire déclarer les appelantes responsables envers elle d'avoir incité les propriétaires du navire *Lark*, Bulklark Shipping Co., à manquer à leurs obligations légales et contractuelles envers Kanematsu, en déchargeant et en livrant la cargaison d'acier à Nicco, à Bangkok, sans la production et la remise du connaissance original délivré par Bulklark relativement au transport de cette cargaison entre Odessa et Bangkok—La cargaison d'acier appartenait à l'origine à Ironimpex; elle a été vendue à Kanematsu et expédiée d'Odessa à Bangkok à bord du *Lark* en 1995—Le connaissance original délivré par Bulklark à Ironimpex et détenu ensuite par Kanematsu exigeait que la cargaison soit déchargée et livrée à Nicco Industry Co. à Bangkok—Le connaissance prévoyait que le transporteur ne pouvait en aucun cas être tenu responsable de la perte de la cargaison ni des dommages à la cargaison survenus avant son chargement ou après son déchargement—Les appelantes détenaient des conventions de charte-partie relativement au *Lark*, selon lesquelles elles avaient affrété à temps ce navire pour le voyage entre Odessa et la Thaïlande, puis l'Inde—L'agent maritime a persuadé les propriétaires de permettre le déchargement sans la production habituelle du connaissance—C'est ce qu'a fait Acadia,

DROIT MARITIME—Suite

apparemment sans connaître à l'époque l'existence de Kanematsu—Pour accélérer le déchargement, sans la production du connaissance au propriétaire du navire, les appelantes ont obtenu des lettres de caution d'Ironimpex et de Nicco, puis ont délivré leur propres lettres de caution au propriétaire—Nicco avait, à l'insu des appelantes, payé l'utilisation des barges sur lesquelles l'acier a été déchargé ainsi que la taxe à l'importation exigible—Les marchandises ont donc été libérées en faveur de Nicco—Nicco est maintenant en faillite et Kanematsu n'a pas été payée pour la cargaison—Les actes de procédure contiennent des allégations de fraude, de détournement et d'incitation à la rupture d'un contrat, du fait que les appelantes ont causé la libération de la cargaison sans que le connaissance soit produit en fournissant des lettres de caution au propriétaire du navire—Appel accueilli—Les faits en cause ne soulèvent aucune question à instruire qui serait fondée sur la distinction entre le «déchargement» et la «livraison» de la cargaison et sur les conséquences découlant de cette distinction relativement à la clause 1 du connaissance—La preuve établit clairement que les barges ont été fournies par Nicco—Le déchargement sur les barges a coïncidé avec la livraison de la cargaison à Nicco—La décision ne pouvait néanmoins pas demeurer inchangée—Le juge de première instance a accordé un jugement sommaire en s'appuyant simplement sur des décisions anglaises établissant que le propriétaire de navire qui livre les marchandises sans que le connaissance ait été produit le fait à ses propres risques et périls—Le juge de première instance n'a tenu aucun compte du fait que les appelantes n'étaient pas les propriétaires du navire—Elles n'étaient que des affréteurs—De plus, ce ne sont pas les appelantes qui ont déchargé la cargaison, mais les employés des propriétaires du navire—S'il y a eu rupture de contrat, c'est une rupture du contrat entre les consignateurs ou leurs cessionnaires et le propriétaire du navire, c'est-à-dire le connaissance, auquel les appelantes n'étaient pas parties—La réclamation contre les appelantes n'était pas dirigée contre elles en qualité de propriétaires, qui auraient déchargé la cargaison pour la remettre à une personne qui ne possédait pas le connaissance, mais en qualité d'auteurs d'un délit pour avoir détourné les marchandises ou incité les propriétaires du navire à rompre leur contrat—Par conséquent, les sources sur lesquelles s'appuyaient les intimées ne s'appliquaient pas à la situation en cause—Pour avoir gain de cause en reprochant aux appelantes d'avoir incité les propriétaires du navire à rompre leur contrat constaté par le connaissance en libérant les marchandises sans obtenir les connaissances, il fallait prouver 1) que les défenderesses connaissaient l'existence du contrat, 2) qu'elles ont incité une partie à le rompre et 3) qu'il en a résulté un dommage—Pour ce qui est du premier élément, il subsistait un doute réel quant à savoir si les défenderesses connaissaient l'existence du contrat entre Kanematsu et les propriétaires du navire—Quant au deuxième, il existait un véritable doute quant à l'état d'esprit des appelantes—Si le moyen fondé sur

DROIT MARITIME—Fin

l'incitation à rompre un contrat venait à échouer, la Cour devrait examiner soigneusement les questions liées au détournement dans le cadre d'une instruction pour déterminer si la conduite des appelantes peut mener à une conclusion de responsabilité de leur part—Par conséquent, il était clair qu'il ne convenait pas de prononcer un jugement sommaire en l'espèce, car il existait de sérieuses questions de fait et de droit à trancher dans le cadre d'une instruction.

KANEMATSU GMBH C. ACADIA SHIPBROKERS LTD.
(A-113-99, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 21-6-00, 7 p.)

DROITS DE LA PERSONNE

Contrôle judiciaire de la décision de la Commission canadienne des droits de la personne portant rejet de la plainte, faite par la demanderesse, de discrimination pour cause d'âge et de couleur—Selon cette décision, «les preuves produites ne corroborent pas» l'allégation que la plaignante a été victime de discrimination en raison de son âge, que son directeur a tenu des propos désobligeants sur son sexe et la couleur de sa peau, qu'elle a fait l'objet d'une évaluation du rendement inique et partielle, et qu'elle a été acculée à la retraite anticipée—Points litigieux: la norme de contrôle judiciaire applicable à la décision de la Commission et la question de savoir si cette décision était erronée—La décision contestée est de nature administrative et touche les intérêts de la demanderesse—L'obligation d'équité procédurale s'applique en l'espèce—Critères à observer pour examiner en quoi consiste l'obligation d'équité procédurale: la nature de la décision, le processus suivi pour y parvenir, la nature du régime légal, l'importance que représente la décision en cause pour l'individu touché, les attentes légitimes de la personne contestant la décision, les choix de procédure faits par l'autorité administrative—Le contenu de l'obligation d'équité à laquelle est tenue la Commission dans les cas comme celui-ci est raisonnablement limité—L'enquête doit être juste et minutieuse; elle doit être neutre—Le rapport d'enquête doit être communiqué aux parties avant d'être soumis à la Commission, et celles-ci doivent se voir accorder la possibilité raisonnable de le commenter par écrit—Toute observation faite doit être transmise à la Commission pour examen en même temps que le rapport d'enquête lui-même—La norme de contrôle judiciaire applicable à l'égard des points de droit décidés par la Commission est celle du bien-jugé—Pour ce qui est du point de fait ou de l'interprétation de l'intégralité des documents soumis au regard de la loi applicable, la norme de contrôle judiciaire est celle de la décision raisonnable—Il ressort des faits de la cause que la Commission a rempli son obligation d'équité—La demanderesse se plaint que l'enquête n'ait pas compris l'audition d'un témoin de première importance à son avis, mais puisque la Commission a tenu compte de ce grief lors de l'examen du rapport d'enquête, elle l'a donc pris en considération et rejeté—Il lui était

DROITS DE LA PERSONNE—Suite

loisible de le faire, étant donné le large pouvoir discrétionnaire dont elle est investie pour parvenir à la décision entreprise—La demanderesse relève les motifs pris par la Commission qui indiqueraient qu'elle lui a dénié l'équité procédurale et qu'elle a commis une erreur de droit en se livrant à une appréciation irrégulière de la crédibilité, sans tenir une audience à cette fin—Dans *Larsh c. Canada (Procureur général)* (1999), 166 F.T.R. 101 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Evans a conclu que la mention par la Commission qu'il n'y avait «pas d'éléments de preuve» ne signifiait pas qu'elle ne croyait pas la plaignante et mettait en doute sa crédibilité, mais qu'elle n'était pas persuadée qu'il existât des éléments de preuve permettant raisonnablement au tribunal de décider, compte tenu de la probabilité la plus forte, que les allégations de la plaignante étaient véridiques—La même observation s'applique parfaitement à la conclusion tirée en l'espèce par la Commission que les preuves et témoignages produits «ne corroborent pas l'allégation que»—Au regard du critère de la décision raisonnable, la Commission n'a pas commis une erreur dans l'appréciation de l'ensemble des éléments de preuve soumis à son examen—Les réserves soulevées par la demanderesse ont été soumises à la Commission et rien ne permet de conclure que celle-ci a ignoré les protestations de la demanderesse ou n'y a guère prêté attention—Recours rejeté.

LINDO C. BANQUE ROYALE DU CANADA (T-931-98,
juge Gibson, ordonnance en date du 21-6-00, 14 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal d'appel de la Commission canadienne des droits de la personne ayant accueilli un appel de la décision du Tribunal canadien des droits de la personne par laquelle celui-ci a conclu que l'employeur (le CN) et le syndicat avaient commis des actes discriminatoires au sens de l'art. 10*b*) de la Loi canadienne sur les droits de la personne—Le demandeur Cramm est employé au CN depuis 1974—En 1980, il a été grièvement blessé au travail—Il n'est pas retourné au travail avant 1984—En 1988, le CN a annoncé que le chemin de fer de Terre-Neuve allait être fermé—M. Cramm a continué de travailler pour le CN jusqu'en 1990—En raison de la décision de fermer le chemin de fer, certaines dispositions des conventions collectives sont devenues applicables—Le Régime de garantie d'emploi et de revenu (RGER) donnait aux employés touchés par la fermeture le droit à la garantie d'emploi et à certains avantages connexes dépendant du service cumulatif rémunéré (SCR)—La règle générale énoncée à la clause G i) de la définition est qu'une unité de SCR est accordée pour chaque mois dans lequel un employé a travaillé au moins onze jours—La clause G iii) accorde des unités de SCR pour le temps hors travail ne dépassant pas cent jours par année aux employés qui fournissent des services rémunérés pendant une année civile mais qui ne travaillent pas en raison des circonstances énumérées, notamment pour cause de blessure et de maladie—L'exigence de fournir des services rémunérés pendant

DROITS DE LA PERSONNE—Suite

une année civile a été traitée comme signifiant qu'un employé doit fournir des services rémunérés pendant une journée dans l'année civile—M. Cramm n'était pas admissible à la sécurité d'emploi parce qu'il n'avait pas accumulé les 96 mois de SCR exigés—Si M. Cramm avait accumulé du SCR en vertu de la clause G iii) pendant toutes ses années d'absence dues à sa blessure, il aurait eu droit à la sécurité d'emploi—Il allègue que le calcul du SCR dans le RGER constitue de la discrimination fondée sur la déficience—Demande rejetée—La norme de contrôle applicable dépend de la nature de la question soumise à la cour de révision—Questions en litige: le Tribunal d'appel a-t-il commis une erreur 1) en concluant que la définition de SCR contenue au RGER n'était pas susceptible d'établir une distinction défavorable fondée sur une déficience et 2) en omettant de déterminer si le SCR, tel qu'il est défini dans le RGER, défavorisait effectivement M. Cramm en raison de sa déficience?—Chacune des deux questions est une question de droit, mais la première soulève une question générale de droit où la norme applicable est celle de la décision correcte—La deuxième soulève une question particulière relevant de la compétence spéciale du Tribunal d'appel, à l'égard de laquelle la Cour n'interviendra pas à moins qu'elle soit déraisonnable—La personne qui allègue la discrimination fondée sur la déficience doit établir qu'elle a été traitée différemment des autres personnes qui possèdent des capacités différentes—La question déterminante est celle du choix du groupe comparatif approprié—Le Tribunal a comparé la situation de M. Cramm à celle d'autres employés qui ne souffraient pas d'une déficience et qui ne s'étaient pas absentes sans être rémunérés en raison d'une maladie ou d'une déficience, ou qui avaient pris moins de cent jours de congés non rémunérés—Le Tribunal d'appel a comparé la situation de M. Cramm à celle de ceux qui ont été absents du travail pendant une période équivalente pour une des autres raisons énumérées à la clause G iii), soit pour cause de maladie, de congé de maternité autorisé, de participation à des réunions de comités, de témoignage devant un tribunal ou de l'exercice non rémunéré des fonctions de juré—Dans l'arrêt *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566, le juge Sopinka a fait ressortir l'importance de considérer l'objet de la règle que l'on allègue être discriminatoire—L'objet de la clause G iii) est de permettre d'inclure dans le calcul du SCR certaines périodes d'absence dues à des raisons déterminées, dans une certaine mesure—Les catégories d'employés auxquelles la clause G iii) s'applique forment le groupe comparatif approprié en l'espèce—Le Tribunal d'appel a conclu que M. Cramm n'était pas traité différemment qu'une autre personne ou groupe de personnes qui n'avaient pas travaillé pendant la même période que lui pour les raisons énoncées à la clause G iii)—Sa déficience n'a pas fait en sorte qu'il soit traité différemment des autres personnes qui n'ont pas travaillé pendant une même période de temps que lui—Le Tribunal d'appel a choisi le bon groupe comparatif—La nature de la règle, fondée sur le

DROITS DE LA PERSONNE—Suite

principe du contrat d'emploi selon lequel une personne est payée pour les services fournis, est un élément essentiel de l'examen de son objet—Le Tribunal d'appel n'a pas commis d'erreur en considérant la nature du contrat d'emploi pour déterminer que la clause G iii) n'avait pas d'effet préjudiciable sur ceux qui étaient absents du travail en raison d'une blessure et, en ce sens, de la déficience qui en résulte—Il a eu raison de conclure qu'une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur la déficience n'avait pas été établie—Le Tribunal d'appel n'a pas examiné la plainte personnelle de M. Cramm, sauf dans le cadre de sa conclusion selon laquelle la convention n'avait pas d'effet préjudiciable sur les employés souffrant d'une déficience, dont M. Cramm fait partie—Si une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur la déficience affectant une personne ou un groupe ne ressort pas de la convention, on ne peut conclure qu'elle est discriminatoire envers M. Cramm en raison de sa déficience personnelle—Étant donné qu'il n'y avait pas de preuve démontrant que la situation de M. Cramm était différente de celle d'autres personnes souffrant d'une déficience qui sont absentes du travail pendant une période comparable, le Tribunal d'appel n'avait aucune raison de considérer son cas comme différent de celui des autres employés qui avaient été absents du travail pendant une même période en raison d'une blessure ou d'une maladie, ou pour un autre motif prévu—Le Tribunal d'appel n'a pas commis d'erreur en n'examinant pas séparément la situation de M. Cramm au motif que la convention ne constituait pas une preuve *prima facie* de discrimination par suite d'un effet préjudiciable en raison de la déficience—La situation personnelle de M. Cramm ne peut faire en sorte que la convention devienne discriminatoire—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 10b).

CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE)
C. CIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX (TERRA
TRANSPORT) (T-1503-98, juge MacKay, ordonnance en
date du 16-6-00, 18 p.)

Appel contre le rejet par la Section de première instance ([1996] A.C.F. n° 1709 (QL)) du recours en contrôle judiciaire exercé contre le rejet par le tribunal d'appel des droits de la personne de l'appel formé contre la décision du tribunal des droits de la personne qui avait débouté l'appelante de sa plainte de discrimination sexuelle—En 1988, l'appelante avait été réintégrée dans ses fonctions après que ses plaintes de harcèlement sexuel et de renvoi injustifié contre Transports Canada eurent été jugées fondées—L'appelante trouvant toujours intolérable la situation au lieu de travail, la Commission de la fonction publique a essayé de lui trouver un autre poste—Elle a passé une entrevue pour un poste d'agent d'information régional pour la CEIC—Elle était bien connue des médias, après avoir étalé en public le harcèlement dont elle était victime—Peu avant l'entrevue, elle a fait l'objet d'un nouvel article dans le journal *Regina Leader Post*—L'interrogatrice a parlé de cet

DROITS DE LA PERSONNE—Suite

article et du conflit d'intérêts qui pourrait se faire jour si l'appelante continuait à entretenir des relations avec les médias de façon à attaquer son employeur tout en étant investie de la responsabilité, en sa qualité d'agent d'information, d'expliquer et de défendre la position de celui-ci en toutes matières—Elle a demandé à l'appelante de dire comment elle réagirait dans deux cas de figure de harcèlement sexuel, cherchant ainsi à savoir, de façon indirecte, si elle aurait recours aux voies de droit disponibles dans la fonction publique ou si elle s'adresserait aux médias—La candidature de l'appelante au poste d'agent d'information a été rejetée—Le tribunal a entendu une experte selon laquelle les hommes et les femmes n'ont pas la même conception du harcèlement, et ce qui pourrait paraître à un homme des relations interpersonnelles «normales», pourrait être considéré par une femme comme menaçant ou ambigu—Il s'est appuyé sur la décision *Ellison v. Brady*, 924 F.2d 872 (C.A. 9th Cir.), selon laquelle la norme à observer en cas de plainte émanant d'une femme, est celle de la «femme raisonnable»—Le Tribunal a conclu que même compte tenu du fait que l'appelante avait été victime de harcèlement sexuel par le passé et était de ce fait plus encline à voir du harcèlement dans ce qui se passait lors de l'entrevue, sa réaction n'était pas raisonnable—Rejet de la plainte—Le tribunal d'appel n'a pu trouver aucune erreur manifeste dans les conclusions sur les faits du premier tribunal ni aucune erreur dans ses conclusions de droit sur le critère à appliquer pour examiner s'il y avait harcèlement sexuel—La Section de première instance a conclu qu'il y avait des preuves sur lesquelles le tribunal d'appel pouvait se fonder pour rendre la décision qu'il a rendue, et qu'il n'y avait aucune erreur au regard du critère juridique à appliquer en matière de harcèlement sexuel—L'appel ne porte que sur les inférences tirées des faits et le point de droit que représente la question de savoir si ces faits valaient harcèlement sexuel—En ce qui concerne le contrôle des décisions des tribunaux des droits de la personne, la Cour suprême du Canada a conclu, par décision majoritaire dans la cause *Pushpanathan c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 982, que le juge judiciaire n'est guère tenu au devoir de réserve vis-à-vis des conclusions de droit tirées par ces tribunaux—Comme le juge de première instance a exposé sa propre vue sur la question de savoir si sur le plan juridique, les agissements dont l'appelante se plaignait pourraient valoir harcèlement sexuel et qu'il est parvenu à la même conclusion que le tribunal d'appel, il a appliqué à juste titre la norme du bien-jugé—Pour ce qui est des conclusions sur les faits, l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale ne permet à la Cour d'appel d'intervenir que si elle juge qu'elles sont erronées, ou tirées de façon abusive et arbitraire, ou encore au mépris des éléments de preuve soumis au tribunal—La Cour n'a été saisie d'aucun argument cohérent qui lui eût permis de conclure que le juge saisi du recours en contrôle judiciaire aurait dû juger que le tribunal d'appel fondait sa décision sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou au mépris des éléments de preuve produits—Dans le cas où la

DROITS DE LA PERSONNE—Fin

plainte émane d'une femme, le critère juridique du harcèlement sexuel doit être à tout le moins celui de la femme raisonnable—Le tribunal a entendu le témoignage d'un expert confirmant que l'interaction entre homme et femme pourrait être perçue différemment par les hommes et par les femmes—Comme ce critère a été successivement adopté par le tribunal d'appel et, implicitement, par la Section de première instance, rien ne permet au tribunal d'appel, à la Section de première instance ou à la Cour d'appel d'annuler la conclusion du tribunal de premier ressort que ce qui se passait lors de l'entrevue ne valait pas harcèlement sexuel aux yeux d'une femme raisonnable et ne portait donc pas atteinte à la Loi canadienne sur les droits de la personne—Appel rejeté—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. 7.

STADNYK C. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-992-96, juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 21-7-00, 16 p.)

FONCTION PUBLIQUE**PROCÉDURE DE SÉLECTION***Concours*

Appel d'une décision de la Section de première instance ([1999] 2 C.F. F-25) accueillant la demande de l'intimé en vue du contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un comité d'appel de la fonction publique (le CAFP) s'était déclaré compétent pour statuer sur une contestation de nature constitutionnelle de l'art. 27 du Règlement sur l'emploi dans la fonction publique (prévoyant qu'une personne faisant partie du groupe de la direction est soustraite à l'application de l'art. 21 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique (la LEFP) lorsqu'elle est nommée à un autre poste de ce groupe)—L'art. 21 de la LEFP confère un droit d'appel contre une nomination—L'appelant avait soutenu qu'eu égard aux circonstances factuelles de l'affaire, l'art. 27 du Règlement devait être déclaré invalide, conformément à l'art. 52(1) de la Loi constitutionnelle, parce qu'il contrevenait à l'art. 15 de la Charte—Appel rejeté (juge McDonald, J.C.A., dissident)—Juge Noël, J.C.A.: Question de savoir si le législateur a conféré au CAFP le pouvoir de trancher des questions de droit dans sa loi habilitante: *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854 (juge La Forest, p. 886)—Il ne peut pas être conclu à l'existence de ce pouvoir à moins que le tribunal n'ait compétence à l'égard de l'ensemble de la question qui lui est soumise, c'est-à-dire à l'égard des parties, de l'objet du litige et de la réparation recherchée—Le rôle du CAFP est strictement défini: il doit s'assurer que le principe du mérite est respecté compte tenu des exigences établies par l'employeur; il ne peut pas se prononcer sur les

FONCTION PUBLIQUE—Suite

qualités que le ministère employeur juge nécessaires ou souhaitables—Le CAFP s'intéresse uniquement aux actions de la Commission de la fonction publique lorsqu'elle choisit, parmi les candidats possédant les qualités exigées par le ministère employeur, celui qui a le plus de mérite—La preuve dont disposait le CAFP indiquait que les exigences de base qui avaient abouti à l'élimination de l'appelant avaient été élaborées par l'ACDI, et ce, même si la Commission avait été consultée et même si elle les avait approuvées—En l'espèce, la question sur laquelle le CAFP avait assumé une compétence était de savoir si, en concluant que l'appelant ne remplissait pas les conditions d'admissibilité et en l'éliminant sur cette base, et ce, même si l'appelant avait allégué que si ce n'avait été de la discrimination dont il avait été victime, il aurait rempli ces conditions, la Commission avait violé le principe du mérite établi par la Loi ainsi que le droit à l'égalité reconnu à l'art. 15 de la Charte—L'allégation sous-jacente sur laquelle la compétence du CAFP reposerait apparemment en l'espèce était qu'avec le temps, l'employeur avait fait preuve de discrimination directe et s'était livré à des actes discriminatoires systématiques dont l'effet était d'empêcher l'appelant d'être promu au groupe EX et, par conséquent, d'être admissible et d'être choisi pour l'un des postes en question, de sorte que le principe du mérite était violé—Il n'a jamais été statué que les mesures prises par le ministère employeur dans la gestion de ses affaires relevaient de la compétence d'un CAFP même si elles étaient illégales et même si elles compromettaient le principe du mérite—L'appelant n'a allégué aucun fait démontrant que la Commission avait manqué à l'obligation qui lui était imposée par les art. 10 et 12(3) de la LEFP et permettant au CAFP d'assumer sa compétence sur cette base—Les normes de sélection élaborées par la Commission n'ont pas été contestées et il n'a été fait état d'aucune irrégularité dans la procédure de sélection suivie par la Commission—Compte tenu de *Canada c. Blashford*, [1991] 2 C.F. 44 (C.A.) la Commission n'avait pas le pouvoir implicite de rejeter les conditions d'admissibilité établies par l'ACDI—Le CAFP n'avait pas compétence—Toutefois, s'il devait être conclu que le CAFP a compétence pour entendre l'appel, il aurait également compétence pour se prononcer sur la contestation de nature constitutionnelle—La question d'ordre constitutionnel relèverait carrément de la compétence du CAFP, puisque la limitation du droit d'appel ferait obstacle tant au droit que possède l'appelant d'être promu conformément au principe du mérite établi par la Loi qu'au droit à l'égalité qui lui est reconnu par la Charte—Étant donné qu'une décision selon laquelle l'un ou l'autre de ces droits a été violé découlerait nécessairement du même ensemble de faits et donnerait lieu à des conclusions identiques, si le législateur avait voulu que le CAFP ait compétence sur une question, il devait également vouloir que le CAFP ait compétence sur l'autre question—Juge Stone, J.C.A. (motifs concourants): La question de savoir si un tribunal administratif donné possède la compétence voulue pour examiner une question liée à la

FONCTION PUBLIQUE—Suite

Charte dépend en bonne partie de l'interprétation de la loi pertinente—Le rôle du CAFP est limité à déterminer si l'on a observé le principe du mérite aux fins des nominations aux postes à l'égard desquels ces qualités étaient requises—La contestation de l'art. 27 du Règlement n'est pas directement liée à la procédure de nomination, mais à l'argument selon lequel la discrimination a empêché l'appelant de faire partie du groupe admissible—Même s'il y avait discrimination à ce stade, cela n'établirait pas que la procédure était de quelque façon irrégulière, de sorte qu'il était justifié pour le CAFP d'intervenir, mais plutôt que l'employeur avait causé un préjudice à l'appelant avant que la procédure soit entamée—Par conséquent, le CAFP n'a pas compétence, expressément ou implicitement, sur l'objet du litige—Juge McDonald, J.C.A. (dissident): l'appel devrait être accueilli—Le CAFP constitué en vertu de l'art. 21 de la LEFP a compétence pour déterminer la constitutionnalité de l'art. 27 du Règlement—En l'espèce, le CAFP satisfait aux exigences énoncées par la majorité dans *Cooper* et il a donc compétence pour trancher des questions constitutionnelles—Le critère à appliquer consiste à savoir si le législateur a conféré au CAFP la compétence voulue pour trancher des questions de droit—L'objet réel du présent litige était de savoir si la procédure de sélection violait les art. 10 et 12 de la LEFP—L'appelant n'a pas à posséder toutes les qualités requises à l'égard du poste afin d'interjeter appel devant le CAFP: *Procureur général du Canada c. Landriault*, [1983] 1 C.F. 636 (C.A.)—Il incombe au CAFP, lorsqu'il entend l'appel, de déterminer si la procédure de sélection a été suivie conformément au principe du mérite—Même si les ministères peuvent établir les exigences qui s'appliquent à un poste donné, cela ne veut pas nécessairement dire que le CAFP ne peut pas examiner l'application de ces critères dans une procédure de sélection—Dire que le CAFP n'a pas compétence parce que, même en l'absence de l'art. 27 du Règlement, il ne pouvait rendre une décision favorable à l'appelant équivaut à déterminer qu'un CAFP n'a pas compétence sur l'ensemble de la question à moins que la Cour n'estime qu'il est possible que l'appelant ait gain de cause—La Cour ne devrait pas confondre des questions de compétence et l'issue de l'affaire au fond—On peut se demander si la Cour peut tirer une conclusion de fait sur la question de savoir si l'appelant possède les qualités voulues (ou s'il est possible de présumer qu'il a les qualités requises compte tenu de la décision antérieure rendue par le CAFP au sujet de la discrimination dont il a fait l'objet) sans entendre la preuve des parties sur ce point—L'appelant pourrait également soutenir, conformément à l'art. 12(3) de la LEFP, qu'étant donné que son niveau actuel d'emploi résulte d'un acte discriminatoire, il devrait être présumé qu'il occupe un poste de direction et qu'il est donc admissible au poste—Étant donné que la Commission agit en fait pour le compte du CAFP, il ne peut pas être soutenu que le CAFP n'a pas compétence sur l'ensemble de la question parce qu'il n'a pas le pouvoir d'accorder une réparation—Par conséquent, le CAFP a compétence sur l'ensemble de la

FONCTION PUBLIQUE—Fin

question, y compris la réparation recherchée—Le libellé de la loi habilitante est suffisant pour fonder l'octroi d'un pouvoir implicite permettant de trancher des questions de droit—La nature décisionnelle du CAFP indique l'existence d'un pouvoir implicite d'examiner les questions de droit parce qu'il doit examiner des questions de preuve et de procédure (des questions de droit) afin de régler les affaires dont il est saisi—De plus, la sélection fondée sur le mérite exige l'application d'un principe de droit, à savoir le principe du mérite—Des considérations d'ordre pratique favorisent l'octroi d'une compétence en l'espèce: le fait qu'il n'existe aucune voie d'appel contre une décision rendue par un CAFP constitué en vertu de l'art. 21 de la LEFP; afin de déterminer si la Charte a été violée, il faut connaître tant la jurisprudence relative à la Charte que les faits en cause, que le comité est mieux placé pour apprécier—La dernière raison justifiant l'octroi d'une compétence se rapporte à l'efficacité—Si le CAFP avait pu examiner la question liée à la Charte, il aurait pu régler toute l'affaire, de sorte qu'il aurait suffi que la Cour fédérale tienne une seule audience au cours de laquelle toutes les questions auraient pu être examinées—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 10 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 10), 12 (mod., *idem*, art. 11), 21 (mod., *idem*, art. 16; L.C. 1996, ch. 18, art. 15)—Règlement sur l'emploi dans la fonction publique de 1993, DORS/93-286, art. 27 (mod. par DORS/95-568, art. 8)—Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52(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. 15.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. PERERA (A-769-98, juges Noël et Stone, J.C.A., juge McDonald, J.C.A., dissident, jugement en date du 8-6-00, 45 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**CALCUL DU REVENU***Déductions*

Appel contre le jugement de la Cour de l'impôt qui a confirmé la décision du ministre de rejeter le crédit pour impôt étranger, revendiqué par le demandeur à l'égard de l'année d'imposition 1988—Le demandeur, citoyen américain, réside au Canada—Dans sa déclaration d'impôt sur le revenu 1988 aux États-Unis, il a déclaré son revenu de toutes provenances en sa qualité de citoyen américain, ce qui comprenait l'indemnité de cessation d'emploi de la Marine américaine, ses salaires canadiens et le dividende provenant d'une compagnie canadienne—Étant citoyen américain, il avait le droit de déduire de son revenu les intérêts hypothécaires, ce qui ramenait son impôt américain à 660,64 \$US—Il revendique un crédit pour impôt étranger

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

de 813,19 \$CAN (soit 660,64 \$US) dans sa déclaration d'impôt sur le revenu au Canada—Appel rejeté—Par application de l'art. 126(7)c)(iv) de la Loi de l'impôt sur le revenu, le demandeur, citoyen américain résidant au Canada, ne peut revendiquer l'intégralité du crédit pour impôt étranger au titre de l'impôt payé aux États-Unis, puisque son revenu déclaré à l'étranger comprenait un dividende provenant d'une source canadienne—Ce dernier revenu ne peut donner droit à un crédit puisqu'il ne peut être considéré comme imputable à une source située hors du Canada—Le demandeur aurait dû faire sa déclaration d'impôt sur le revenu au Canada, puis revendiquer ensuite, dans sa déclaration de revenu aux États-Unis, un crédit pour l'impôt payé au Canada au titre du dividende en question, et ce en application de l'Art. XXIV, par. 4b), de la Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts (1980)—Cette disposition fait obligation au ministre d'accorder sur l'impôt canadien une déduction à l'égard des bénéfices, revenus, gains qui proviennent ou sont réputés provenir des États-Unis—Puisque le dividende reçu par le demandeur provenait de sources canadiennes, la défenderesse n'était pas tenue de déduire de l'impôt canadien le montant de l'impôt y afférent, déclaré et payé aux États-Unis—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 126(1) (mod. par S.C. 1973-74, ch. 14, art. 39), (7)c)(iv) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 88)—Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, qui constitue l'annexe I de la Loi de 1984 sur la Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts, S.C. 1984, ch. 20, Art. XXIV, par. 4a), b).

TAYLOR C. CANADA (T-3058-90, juge Roulcau, jugement en date du 20-7-00, 6 p.)

Appel formé contre la décision d'un juge de la Cour canadienne de l'impôt concluant que l'art. 80(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu (la Loi) peut être appliqué aux sociétés de personnes—Metro-Can était la société mère d'Elvo Development (Elvo) et de Bevo Developments (Bevo)—Elvo et Bevo étaient membres d'une société de personnes appelée Gramar Developments (Gramar)—En 1986, 1987 et 1988, Gramar a obtenu des remises de dettes totalisant 457 428 \$—Selon l'art. 80(1) de la Loi, le montant de la dette remise doit être imputé aux pertes autres que les pertes en capital, aux pertes agricoles, aux pertes en capital nettes et aux pertes agricoles restreintes du contribuable—Gramar a interprété le mot «contribuable» comme un mot qui désignait les associés de la société de personnes et non la société elle-même—Les montants de la remise de dette ont été imputés à chacun des associés de Gramar (y compris Elvo et Bevo)—Par suite de cette imputation, la fraction non amortie du coût en capital de l'immeuble de Gramar est demeurée élevée—Au cours de l'année qui s'est terminée en 1988, Gramar a vendu l'immeuble et a déduit une perte terminale de 469 388 \$—Le montant de cette perte a ensuite été réparti entre les associés (y compris Elvo et Bevo)—Elvo et Bevo ont ensuite été liquidées par leur

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

société mère et le montant de ces pertes a été déduit du revenu de Metro-Can pour les années d'imposition 1989 et 1990—En 1993, le ministre a établi une nouvelle cotisation à l'égard du revenu de Metro-Can pour les années 1989 et 1990, soutenant que le montant de la remise de dette aurait dû être imputé à la société de personnes: il aurait dû être imputé à la fraction non amortie du coût en capital de l'immeuble de Gramar—La perte terminale que Gramar a déduite en 1988 aurait alors été sensiblement inférieure—Ce montant réduit aurait ensuite été réparti entre les associés—Par conséquent, lorsque Metro-Can a liquidé Elvo et Bevo, le montant de leurs pertes en capital aurait été moins élevé, si bien que Metro-Can n'aurait pu réduire leur revenu imposable d'autant en 1989 et qu'aucune perte n'aurait pu être imputée à leur revenu de 1990—Appel rejeté—Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a conclu à bon droit que, même si les bénéficiaires sont ceux des associés, ces bénéficiaires sont calculés au niveau de la société de personnes pour être répartis entre les associés—L'art. 80 ne perd pas tout son sens lorsqu'il est appliqué aux sociétés de personnes—Le fait que l'article s'applique différemment dans le cas d'une convention de société de personnes et qu'une partie dudit article n'est pas pertinente dans ces circonstances ne lui enlève pas tout son sens pour autant—Le fait que chacune des parties d'une disposition ne s'applique pas à tous les contribuables ne crée pas d'anomalie—Il n'est pas nécessaire, aux fins de l'art. 80, qu'une société de personnes soit considérée comme un contribuable—Étant donné que l'art. 80 concerne le calcul du revenu, des gains et des pertes et que l'art. 96 prévoit qu'une société de personnes doit être considérée comme un contribuable aux fins du calcul du revenu, il semble évident que l'art. 80(1)b) doit s'appliquer au niveau des sociétés—L'art. 80 de la Loi concerne les conséquences de la remise de dette pour le calcul des pertes; il ne s'applique pas, comme le fait l'art. 31 de la Loi, de façon à restreindre la déduction des pertes une fois qu'elles ont été calculées—Il convient d'opérer une distinction avec les décisions *Topolewski c. MRN* (1986), 86 DTC 1824 (C.C.I.) et *Gordon c. La Reine* (1986), 86 DTC 6426 (C.C.I.), conf. par (1989), 89 DTC 5481 (C.A.F.), car la société y a été considérée comme un contribuable simplement pour le calcul du revenu de la manière prévue à l'art. 96 de la Loi—De plus, l'application de l'art. 80(1) aux sociétés de personnes est compatible avec l'objet de la disposition—Les modifications apportées à l'art. 80 en 1994 étaient tellement importantes qu'elles ne sont guère utiles aux fins de l'interprétation—En l'absence de données externes indiquant que le Parlement voulait que les modifications entraînent un changement touchant l'application de l'art. 80 aux sociétés de personnes, les modifications elles-mêmes n'appuient pas vraiment l'interprétation que propose l'appelante—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 31, 80 (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 57), 96.

METRO-CAN CONSTRUCTION LTD. C. CANADA
(A-652-98, juge McDonald, J.C.A., jugement en date du 22-6-00, 9 p.)

INJONCTIONS

Requête en injonction interlocutoire pour interdire aux défendeurs de faire le commerce d'équipement utilisé pour le décodage des signaux de programmation encodés offerts par abonnement qui ne sont pas transmis ou diffusés par un distributeur légalement autorisé—La demanderesse est un radiodiffuseur offrant dans l'Ouest canadien des abonnements à des canaux de télévision payante offrant des longs métrages—Le défendeur, directeur de Starlink, une petite entreprise de Winnipeg, vend des soucoupes (antennes paraboliques orientables) et des systèmes de décodage—Les systèmes décodent les signaux de USSB et Echostar, qui comprennent des signaux, en provenance des É.U., de HBO et Showtime, qui sont également des programmations de long métrage par télévision payante—Application du critère en matière d'injonction interlocutoire: question sérieuse, préjudice irréparable, prépondérance des inconvénients—Requête rejetée—Bien qu'il y ait une question sérieuse à juger relativement au fait que les activités des défendeurs seraient illégales, la demanderesse ne subira vraisemblablement pas un préjudice irréparable si l'injonction est refusée—Les dommages soufferts par suite de la prétendue violation de l'art. 9(1)c) de la Loi sur la radiocommunication sont quantifiables en argent—La perte de parts de marché ou de consommateurs est aussi quantifiable en argent—D'autre part, l'effet sur les défendeurs est à ce point important et injustifié qu'il pourrait signifier la fermeture de leur entreprise—La prépondérance des inconvénients est en faveur des défendeurs—Starlink exploite une petite entreprise—WIC ne subira pas d'inconvénients sérieux si l'injonction n'est pas prononcée—Starlink subira de sérieux inconvénients si l'injonction est accordée—L'injonction interlocutoire est un recours extraordinaire qui ne devrait être accordé que lorsqu'il y a des motifs impérieux de le faire en vertu du critère à trois volets—Loi sur la radiocommunication, L.R.C. (1985), ch. R-2 (mod. par L.C. 1989, ch. 17, art. 2), art. 9(1)c).

WIC PREMIUM TELEVISION LTD. C. LEVIN (T-686-99, juge O'Keefe, ordonnance en date du 11-8-00, 13 p.)

LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission nationale des libérations conditionnelles qui a confirmé la révocation de la semi-liberté de la demanderesse en vertu de l'art. 135(5) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition—Lors de l'octroi d'une libération conditionnelle ou d'une semi-liberté par voie d'examen expéditif, la CNLC peut imposer des conditions particulières, afin de diminuer les risques de récidive dans des délits non violents—La Loi prévoit que toute libération conditionnelle peut être suspendue ou révoquée—En l'espèce, la CNLC a révoqué la libération conditionnelle de la demanderesse en vertu de l'art. 135(5)b) de la Loi—Celle-ci a prétendu que l'art. 135(5)b) permet de révoquer une libération conditionnelle ordonnée en vertu de la procédure d'examen expéditif uniquement dans le cas où la

LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Fin

CNLC conclut que le risque de récidive dans un crime violent n'est plus acceptable pour la société—Cette interprétation conduirait à ajouter des termes qu'on ne retrouve pas à l'art. 135 et doit par conséquent être écartée—La CNLC disposait d'éléments démontrant que la demanderesse n'avait pas respecté certaines conditions qui lui avaient été imposées afin de réduire son risque de récidive dans des délits non violents—Demande rejetée—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 135 (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 50; L.C. 1995, ch. 22, art. 18, ann. IV, art. 19; L.C. 1997, ch. 17, art. 32, 32.1).

LEDUC C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1254-99, juge Denault, ordonnance en date du 26-6-00, 7 p.)

MARQUES DE COMMERCE**ENREGISTREMENT**

Appel de la décision de la Commission des oppositions du registraire des marques de commerce rejetant les oppositions soulevées par le Conseil canadien des ingénieurs professionnels (CCIP) à l'enregistrement de deux marques de commerce projetées de APA—The Engineered Wood Association: «APA-The Engineered Wood Association» (numéro de demande 753,455) et «The Engineered Wood Association» (numéro de demande 753,456)—Les demandes étaient fondées sur leur emploi proposé au Canada en liaison avec des produits de bois lamellé et du bois, incluant des produits utilisés comme pièces de charpente dans la construction immobilière—CCIP prétendait que les marques n'étaient pas enregistrables pour plusieurs motifs, notamment le fait que le CCIP était propriétaire de différentes marques de commerce officielles incluant les mots «*engineer*», «*engineering*»—L'agent d'audition de la Commission d'opposition a rejeté tous les motifs d'opposition soulevés par le CCIP aux marques de commerce projetées de l'APA—Il a statué que le CCIP alléguait notamment que les marques de commerce faisant l'objet de la demande supposaient la participation d'ingénieurs professionnels inscrits, alors que l'APA n'en compte pas parmi ses membres, et par conséquent qu'elles étaient susceptibles de porter à confusion et étaient trompeuses—Une décision du registraire ne peut être infirmée à la légère compte tenu de son expertise dans ce domaine—Les décisions du registraire qui relèvent de son champ d'expertise, qu'elle soient fondées sur les faits, sur le droit ou qu'elles résultent de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, devraient être révisées suivant la norme de la décision raisonnable *simpliciter*—Le registraire a commis une erreur en statuant que le troisième motif d'opposition soulevé par l'appelant, celui de son caractère non distinctif, était une simple répétition du deuxième motif—La question du caractère distinctif des marques projetées aurait dû être examinée de façon indépendante—La marque de commerce projetée «APA-The Engineered Wood Association» est une

MARQUES DE COMMERCE—Suite

marque distinctive et peut servir à distinguer les marchandises de l'intimé de celles d'autres parties—La marque projetée «The Engineered Wood Association» n'est pas distinctive—La prétention de l'appelant selon laquelle la marque projetée donne une description fautive et trompeuse des personnes qui produisent les marchandises et les services n'est pas fondée—La marque de commerce projetée n'est pas «The Wood Engineer's Association»—Le registraire ne doit pas indûment limiter son analyse dans une procédure d'opposition—Il ne serait pas raisonnable que le registraire permette que ce qui est une marque non enregistrable soit enregistrée simplement parce que les motifs restreints de non-enregistrabilité prévus à l'art. 12(1)*b*) de la Loi sur les marques de commerce et soulevés par l'opposant n'ont pas été retenus—Pour contrevenir à l'art. 9(1)*n*)(iii), et ne pas être enregistrable en vertu de l'art. 12(1)*e*), la marque projetée doit soit être identique à la marque officielle, soit avoir avec elle une ressemblance telle qu'elle pourrait vraisemblablement la confondre avec elle—Les mots «composé de» doivent être interprétés comme signifiant «identique à», conclusion à laquelle en est venu le registraire—L'interprétation donnée par le registraire est correcte—L'appel est accueilli en partie—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 9 (mod. par L.C. 1990, ch. 14, art. 8; 1993, ch. 15, art. 58; ch. 44, art. 226, 236(1)*c*), *d*); 1994, ch. 47, art. 191), 12 (mod. par L.C. 1990, ch. 20, art. 81; 1993, ch. 15, art. 59; 1994, ch. 47, art. 193).

CONSEIL CANADIEN DES INGÉNIEURS PROFESSIONNELS
C. APA-THE ENGINEERED WOOD ASSN. (T-1565-98,
juge O'Keefe, ordonnance en date du 27-6-00, 31 p.)

Appel d'une décision du registraire des marques de commerce rejetant l'opposition présentée à l'encontre d'une demande de l'intimée en vue de faire enregistrer la marque de commerce «Goût de Beurre Comme au Cinéma»; selon l'opposant, la marque ne donnait pas une description claire, ou une description fautive et trompeuse—Appel rejeté—La décision *United States Polo Assn. c. Polo Ralph Lauren Corp.* (1999), 163 F.T.R. 59 (C.F. 1^{re} inst.), où la démarche qu'un juge de la Cour doit suivre pour trancher un appel fondé sur l'art. 56(1) de la Loi sur les marques de commerce est étudiée (compte tenu de l'expérience et des connaissances particulières dont dispose le registraire, l'appelant doit prouver, à la lumière de tous les éléments de preuve, que les décisions ne sont pas «exactes»), est appliquée—L'appelant n'a pas établi que la conclusion du registraire est erronée—Sa décision était raisonnable principalement parce que la marque de commerce doit être considérée dans son ensemble: elle ne se compose pas simplement des mots «goût de beurre», mais bien des mots «goût de beurre comme au cinéma»—Sa décision est fondée sur l'hypothèse selon laquelle la plupart des consommateurs ne s'attendraient pas à ce que le produit contienne du beurre ou une quantité importante de beurre—De plus, examiné

MARQUES DE COMMERCE—Suite

comme un tout, le produit est censé correspondre non pas au beurre lui-même, mais au goût de beurre offert au cinéma—Le registraire a procédé à une analyse assez fouillée de la façon dont le mot «beurre» (*«butter»*) a été employé en liaison avec d'autres produits avant d'en arriver à sa conclusion—L'analyse du registraire est tout à fait raisonnable, compte tenu de la preuve, et il n'y a aucune raison de modifier la décision à laquelle il en est arrivé—Le sondage de l'appelant était faussé et les réponses données au sondage ne doivent pas être prises en compte—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 56(1).

LES PRODUCTEURS LAITIERS DU CANADA C. HUNT-WESSON, INC. (T-756-99, juge Nadon, jugement en date du 7-7-00, 13 p.)

Appel formé contre la décision de la Section de première instance ((1998), 84 C.P.R. (3d) 354) déboutant l'appelante de son appel contre une décision rendue par la Commission des oppositions des marques de commerce—Il échet d'examiner si le juge de première instance était fondé à conclure que la marque projetée créerait probablement de la confusion avec celles de l'intimée—L'université Baylor a déposé une demande d'enregistrement de la marque de commerce «Baylor» pour des marchandises et services pédagogiques—La Compagnie de la Baie d'Hudson s'y est opposée par ce motif que la marque projetée créerait de la confusion avec ses propres marques de commerce—C'est à la partie qui demande l'enregistrement qu'il incombe de prouver qu'il n'y a aucune probabilité de confusion—La question de la confusion créée par la vente de marchandises sous des marques de commerce concurrentes doit être tranchée par référence aux acheteurs probables de ces marchandises—Ceux qui achètent et portent des vêtements promotionnels d'université sont surtout des garçons et des hommes de 10 à 40 ans—Il est non seulement plausible mais probable que ceux qui tendent à acheter des vêtements promotionnels d'université connaissent vraisemblablement le lien entre la marque de commerce exhibée sur ces vêtements et l'université qu'elle représente—Le témoignage produit par la Compagnie de la Baie d'Hudson au sujet de marques de commerce spécifiques pour justifier son opposition, ne fait ressortir aucune probabilité de confusion si on tient compte des gens qui achètent vraisemblablement des vêtements promotionnels d'université—Reste à examiner si les marques «The Bay» et le logo «The Bay» pourraient fonder la conclusion du juge de première instance qu'il y avait confusion—Malgré la grande notoriété des marques «The Bay», il n'est dit nulle part qu'il y a eu confusion avec ces autres marques—Il n'y a aucune preuve de confusion avec les marques commençant par les trois lettres Bay, savoir «Bayard», «Bayou» ou «Bayside Jack»—Les cas de confusion créée par les montres «Baylor» à Calgary ne sont pas suffisants pour justifier un verdict de confusion—Eu égard à toutes les circonstances de la cause, la seule conclusion qu'eût pu tirer le juge de première instance était que

MARQUES DE COMMERCE—Fin

l'appelante s'est acquittée de la charge de prouver que sa marque projetée ne créerait vraisemblablement aucune confusion avec celles de la Compagnie de la Baie d'Hudson—Appel accueilli—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 6.

BAYLOR UNIVERSITY C. CIE DE LA BAIE D'HUDSON (A-35-99, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 22-6-00, 20 p.)

PÉNITENCIERS

Demande de contrôle judiciaire de la décision du comité de révision du fonds de fiducie des détenus (CRFFD) de l'établissement de Mission, rejetant la demande du détenu qu'on utilise les sommes à son crédit dans le fonds de fiducie des détenus pour renouveler son abonnement au magazine «Scientific American»—Le rejet de la demande se fondait sur l'art. 42 de la Directive du Commissaire 090, portant que les achats auprès des fournisseurs de pays étrangers sont interdits en règle générale, sauf avec l'autorisation du directeur de l'établissement—Le demandeur est abonné à ce magazine depuis 1995—Demande accueillie—Scientific American est une publication éducative—Le demandeur a présenté sa requête de façon appropriée—Au vu des circonstances et de l'objectif du système correctionnel fédéral tel qu'énoncé à l'art. 3 de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (aider à la réadaptation), ainsi que le principe connexe énoncé à l'art. 4e) (le délinquant continue à jouir des droits et privilèges reconnus à tout citoyen, sauf de ceux dont la suppression ou restriction est une conséquence nécessaire de la peine infligée), et du refus du CRFFD et du directeur de l'établissement d'exercer la compétence que leur confère l'art. 42 de la Directive du Commissaire 090, la demande est accueillie—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 3, 4e).

CRAWSHAW C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1838-99, juge Gibson, ordonnance en date du 19-7-00, 9 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES**TERRES**

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un gestionnaire d'utilisation des terres a délivré à la défenderesse Maureen Bernier, en vertu du Règlement sur l'utilisation des terres territoriales, un permis d'utilisation des terres pour le forage de 12 trous de sonde au moyen d'une foreuse au diamant assistée par un hélicoptère—La demanderesse sollicite une ordonnance annulant la décision, un jugement déclarant qu'il existe une obligation constitutionnelle et fiduciaire de la consulter adéquatement avant de délivrer un permis, un bref de *mandamus* contraignant les défendeurs à

PEUPLES AUTOCHTONES—Suite

la consulter au sujet de la portée, de la nature et de l'ampleur des répercussions que la délivrance du permis est susceptible d'avoir sur les droits issus de traités de la demanderesse, une ordonnance interdisant aux défendeurs de délivrer un tel permis tant que les consultations ne seront pas terminées et une ordonnance par laquelle la Cour réserve sa compétence sur la demande de permis d'utilisation des terres afin de permettre à toute partie de se présenter à nouveau devant elle pour faire trancher toute question que l'exécution des ordonnances de la Cour pourrait soulever—Une copie de la demande d'utilisation des terres a été envoyée notamment à la demanderesse pour qu'elle formule des observations—L'examen de la demande de permis a été reporté pour permettre la tenue d'autres consultations avec la demanderesse—L'auteur de la décision a demandé des éclaircissements de la part des chasseurs et des trappeurs eux-mêmes sur les incidences que les activités projetées étaient susceptibles d'avoir sur eux—Le procureur général a reconnu que le permis devait être annulé—Il avait été convenu que la demanderesse recevrait une somme de 5 000 \$ pour lui permettre de consulter ceux de ses membres qui étaient susceptibles d'être directement touchés par la délivrance du permis—Le principe des attentes raisonnables exige que l'engagement pris soit respecté et que la décision soit annulée—(1) Le procureur général soutient que le reste de la demande de contrôle judiciaire de la demanderesse est sans objet—La demanderesse soutient que le règlement des questions en litige n'est pas sans objet et il n'est pas d'accord pour que les aspects non résolus de la demande de contrôle judiciaire soient convertis en une action—Compte tenu du fait que c'est la demanderesse qui a introduit la présente instance, il y a lieu de faire preuve d'une certaine retenue à l'égard de sa position en ce qui a trait à la procédure à suivre—La façon la plus économique pour tous de trancher les questions non encore résolues consiste à le faire dans le cadre de la présente instance—(2) Il n'est pas loisible à la demanderesse de contester le Règlement sur l'exploitation minière au Canada en l'espèce—La décision qui fait l'objet du présent contrôle judiciaire a été prise en vertu du Règlement sur l'utilisation des terres territoriales—Cette décision ne met pas en jeu le Règlement sur l'exploitation minière au Canada—Qui plus est, la règle 302 des Règles de la Cour fédérale (1998) prévoit qu'une demande de contrôle judiciaire ne peut porter que sur une seule décision—Le fait d'intégrer ces décisions dans la présente instance irait à l'encontre de la règle 302—(3) La demanderesse invoque l'arrêt *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101 au soutien de son affirmation que le Règlement sur l'utilisation des terres territoriales est inconstitutionnel parce qu'il ne renferme aucune indication explicite sur la façon dont on doit tenir compte des droits issus de traités en question—L'arrêt *Adams* n'est pas utile pour se prononcer sur les dispositions législatives en cause en l'espèce—(4) Une grande partie des renseignements contenus dans les affidavits déposés à l'appui de la demande de contrôle judiciaire n'avaient pas été portés à la connais-

PEUPLES AUTOCHTONES—Suite

sance de l'auteur de la décision—Le principe suivant lequel le contrôle judiciaire d'une décision ne peut avoir lieu qu'en fonction des éléments dont disposait son auteur s'applique lorsqu'une décision est contestée au motif qu'elle est fondée sur une conclusion de fait erronée tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont l'auteur de la décision disposait—La contestation de la décision en cause en l'espèce ne repose pas sur ces motifs, mais sur l'argument qu'on n'a pas respecté en l'espèce l'obligation de consulter suffisamment la demanderesse—Lorsqu'une décision est contestée au motif que l'équité procédurale n'a pas été respectée étant donné qu'on n'a pas accordé à la personne qui s'estime lésée une possibilité suffisante de faire valoir son point de vue, il arrive le plus souvent qu'on produise des éléments d'information dont ne disposait pas l'auteur de la décision—En l'espèce, les éléments de preuve se rapportant au statut de la demanderesse et à la question de savoir s'il existe une obligation de la consulter, de même que la portée de cette obligation, constituent des éléments de preuve pertinents—Dans la mesure où les nouveaux éléments de preuve se rapportent à ces questions, c'est à bon droit qu'ils ont été versés aux dossiers de la demande, même s'ils n'avaient pas été portés à la connaissance de l'auteur de la décision—(5) La demanderesse affirme que la Cour devrait enjoindre à M^{me} Bernier de déposer une nouvelle demande devant l'Office des terres et des eaux de la vallée du Mackenzie—La Loi sur la gestion des ressources de la vallée du Mackenzie, sous le régime de laquelle l'Office a été constitué, précise bien que l'Office a compétence sur les permis d'utilisation des terres déposées après la création de l'Office, le 31 mars 2000—Les demandes déposées avant cette date continuent à être jugées conformément au Règlement sur l'utilisation des terres territoriales—(6) Les terres visées par le permis de forage se trouvent sur un territoire assujéti au traité n° 11—La présente affaire porte sur les obligations auxquelles Sa Majesté est assujétie relativement à des terres pour lesquelles un traité abolissant le titre autochtone a été signé, lequel traité accorde par ailleurs aux Indiens le droit de se livrer à leurs occupations ordinaires de chasse au fusil, de piégeage et de pêche, sauf sur les terrains qui «de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins [...] de mine» et à l'égard desquels il y a certains éléments de preuve tendant à démontrer que des assurances ont été données aux Indiens pour leur garantir que leur mode de vie ne serait pas touché—Le droit conféré par le Traité est un droit limité ou conditionnel, celui de chasser, de trapper et de pêcher sur des terres domaniales inoccupées tant que Sa Majesté ne les réquisitionnera pas—Il n'est pas nécessaire d'examiner les restrictions à la portée de la «prise» à laquelle Sa Majesté peut procéder, étant donné que l'utilisation visée est extrêmement limitée, parce qu'elle est temporaire et ne vaut que pour un territoire peu étendu—(7) La Cour accepte que Sa Majesté est assujétie à une obligation constitutionnelle de consulter ceux qui exercent en vertu d'un traité le droit de chasser, de trapper et de pêcher sur des terres domaniales inoccupées lorsque Sa Majesté décide

PEUPLES AUTOCHTONES—Suite

d'occuper les terres en question—La reconnaissance et la confirmation des droits issus de traités dont il est question à l'art. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 s'accompagnent de l'obligation constitutionnelle imposée à Sa Majesté de consulter ceux qui possèdent en vertu d'un traité le droit de chasser, de trapper et de pêcher sur des terres domaniales inoccupées dans des circonstances comme celles de l'espèce—L'auteur de la décision a reconnu l'existence d'une obligation de consultation—En pratique, la seule raison pour laquelle il est nécessaire en l'espèce de préciser le fondement juridique de la présumée obligation constitutionnelle de consulter est que la Cour a accepté en l'espèce d'examiner les réparations sollicitées par la demanderesse dans sa demande et que le fondement constitutionnel de cette obligation peut être pertinent lorsqu'il s'agit de préciser l'ampleur de l'obligation de consultation—(8) La portée de l'obligation de consultation varie selon: (i) la nature des droits ancestraux en question, (ii) la portée et la nature des obligations imposées à Sa Majesté en raison de la nature du droit en question, (iii) la nature de l'éventuelle violation—Compte tenu de la nature du droit en cause en l'espèce, il n'est pas nécessaire d'obtenir le consentement des Indiens pour prendre les terres en question pour l'une des fins mentionnées—Au moment où le traité a été conclu, Sa Majesté s'est engagée à ne pas supprimer ou diminuer le droit de chasser, de trapper ou de pêcher—Compte tenu de l'utilisation restreinte prévue au permis à l'examen, ce facteur ne joue pas vraiment en l'espèce—Les obligations imposées à Sa Majesté ont été formulées dans l'arrêt *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)*, [1999] 4 C.N.L.R. 1 (C.A.C.-B.). Les peuples autochtones doivent pouvoir disposer en temps opportun de tous les éléments d'information nécessaires pour pouvoir formuler leurs observations et leurs préoccupations et pour s'assurer que l'on tienne sérieusement compte de leur point de vue—Il n'est pas nécessaire de se livrer à une analyse en fonction des critères posés dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, pour justifier l'utilisation des terres envisagée—Même si ces critères s'appliquaient, les assurances données en ce qui concerne la garantie que les forages auraient des répercussions minimales sur les titulaires de droits issus de traités satisfont à ces exigences—L'éventuelle violation est minime et temporaire—Il n'y aura pas de campements—Pas de forages sur des emplacements culturels ou sur des lieux de sépulture—La demanderesse a le droit constitutionnel d'être consultée au sujet de l'utilisation projetée, mais il n'est pas nécessaire d'obtenir son consentement pour procéder à l'utilisation projetée—La nature et la portée de la consultation exigée sont directement fonction de la nature du droit ancestral en question et dépendent aussi de la nature de l'activité qui porterait atteinte au droit ancestral—En cherchant à obtenir des renseignements précis de la part de ceux dont les territoires de piégeage, etc. étaient susceptibles d'être directement touchés, pour en minimiser les incidences néfastes, l'auteur de la décision a bien agi et a rempli ses obligations constitutionnelles—Le type d'étude

PEUPLES AUTOCHTONES—Fin

détaillée des répercussions environnementales que la demanderesse a tenté de demander n'est pas raisonnable—Il n'est pas nécessaire de rendre un jugement déclarant que Sa Majesté est assujettie à une obligation constitutionnelle et fiduciaire de tenir des consultations, l'offre de consultation qui a été faite était suffisante en l'espèce—Il n'est pas nécessaire de délivrer un bref de *mandamus* pour forcer Sa Majesté à tenir des consultations ou de lui interdire de prendre un décret tant que les consultations ne seront pas terminées—Règlement sur l'utilisation des terres territoriales, C.R.C., ch. 1524—Loi sur la gestion des ressources de la vallée du Mackenzie, L.C. 1988, ch. 25—Règlement sur l'exploitation minière au Canada, C.R.C., ch. 1516—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 302—Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, ch. 11 (R-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35.

PREMIÈRE NATION DE LHDLIH KUE C. CANADA (PROCUR-
REUR GÉNÉRAL) (T-22-00, juge Reed, jugement en date
du 21-7-00, 30 p.)

PRATIQUE**AFFIDAVITS**

Appel d'une décision du protonotaire adjoint autorisant le contre-interrogatoire relatif à un affidavit déposé par l'utilisateur inscrit d'une marque de commerce dans le cadre d'un appel d'une décision du registraire des marques de commerce radiant en partie la marque de commerce de la défenderesse—Lors de cet appel, la défenderesse a déposé un autre affidavit pour compléter la preuve soumise au registraire des marques de commerce—Avant 1998, les Règles 700 à 705 des Règles de la Cour fédérale régissaient les appels portés en vertu de la Loi sur les marques de commerce—La Règle 704(6) exigeait l'autorisation de la Cour pour procéder à un contre-interrogatoire concernant un affidavit—La règle 83 des Règles de la Cour fédérale (1998) autorise le contre-interrogatoire de l'auteur d'un affidavit déposé dans le cadre d'une demande—L'objet et la portée de l'art. 45 de la Loi sur les marques de commerce sont d'offrir une méthode simple et rapide de radier du registre les marques tombées en désuétude—Fonder l'appel sur l'art. 56 n'a pas pour effet d'étendre la portée de l'enquête (*Cinnabon, Inc. c. Yoo-Hoo of Florida Corp.* (1998), 82 C.P.R. (3d) 513 (C.A.))—À maintes occasions par le passé, la Cour a accordé l'autorisation de procéder à un contre-interrogatoire concernant un affidavit—La suppression, des règles, de l'exigence relative à l'autorisation ne change pas la nature sommaire de l'instance introduite en application de l'art. 45 et n'étend pas la portée de la preuve pertinente visée par cette disposition—Nouvelles règles envisageant un processus qui est lui-même de nature sommaire—Si l'affidavit est ambigu, il est préférable d'obtenir des précisions que de laisser la Cour échafauder des hypothèses sur la situation de

PRATIQUE—Suite

fait—Comme le contre-interrogatoire a été autorisé dans le passé, la modification des règles n'a pas entraîné le changement de pratique invoqué par la défenderesse—Appel rejeté—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 83—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 704(6) (mod. par DORS/92-726, art. 9)—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 45, (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 232; 1994, ch. 47, art. 200), 56.

SIM & MCBURNEY C. MICROTEL LTD. (T-280-99, juge Hansen, ordonnance en date du 23-6-00, 5 p.)

Demande d'ordonnance enjoignant à la défenderesse de modifier l'affidavit de Walter Wong [TRADUCTION] «en retranchant les paragraphes 3, 6, 7 et 8 [. . .] et en supprimant ou modifiant toute mention de l'expression définie "société servant d'abris fiscaux"»—Y a-t-il lieu d'ordonner à la défenderesse de modifier l'affidavit avant que la Cour statue sur le fond de la question (documents privilégiés)?—L'admissibilité de parties d'affidavits est déterminée par le juge instruisant la demande au fond—La radiation d'un affidavit ou de parties d'affidavits dans le cadre d'une requête préliminaire est une mesure exceptionnelle que la Cour ne doit ordonner que si la partie demandant ce redressement peut démontrer clairement l'existence d'un préjudice—Les mentions relatives aux sociétés servant d'abris fiscaux ou relatives à la finalité d'abris fiscaux de certaines sociétés n'ont pas de pertinence quant à la question litigieuse, soit la question de savoir si un privilège s'attache ou non à certains documents—Le demandeur n'a pas démontré qu'il subirait un préjudice si l'affidavit ou la partie en cause de l'affidavit n'était pas radié—Demande rejetée.

BELGRAVIA INVESTMENTS LTD. C. CANADA (T-167-00, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 2-8-00, 8 p.)

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET
INTERROGATOIRE PRÉALABLE

Requêtes sollicitant (1) une ordonnance obligeant le défendeur à reconnaître ou à nier, comme le prévoit la règle 255, l'authenticité d'un document; (2) une déclaration selon laquelle la règle 317 oblige le défendeur à produire certains documents, qui s'inscrivent dans le contexte d'un contrôle judiciaire de certaines décisions du ministre suspendant l'approbation accordée dans le cadre du Programme d'immigration des investisseurs—Requêtes rejetées—La règle 255 ne s'applique pas directement aux demandes—Les demandes ont été conçues pour être réglées rapidement et efficacement—Dans le cadre d'une demande, la preuve se fait au moyen d'affidavit—La partie qui conteste une décision administrative doit connaître et énoncer les motifs de cette contestation ainsi que la preuve qui l'étaye dès qu'elle engage la procédure—Il peut arriver, dans une affaire

PRATIQUE—Suite

donnée, que les intérêts supérieurs de la justice exigent qu'une partie à une demande soit tenue d'admettre ou de nier un document qui ne pourrait autrement être soumis à l'auteur de l'affidavit de document de la partie adverse au moment du contre-interrogatoire—Le pouvoir de rendre une telle ordonnance existe en tant qu'accessoire au droit inhérent de la Cour de contrôler sa procédure ou aux termes de la règle 385, dans le cas d'une instance à gestion spéciale—Ce n'est pas le cas en l'espèce—Les demanderesses possèdent une copie du document qu'elles veulent faire admettre par le défendeur—Elles l'ont obtenue par le biais d'une demande d'accès à l'information de sorte que la preuve de sa provenance ne devrait pas leur poser de problème—La production du document en tant que partie du dossier des demanderesses aura comme effet pratique d'obliger la Couronne à en établir la fausseté ou à l'expliquer—Rien n'indique pourquoi l'auteur de l'affidavit de document du défendeur ne pourrait pas être contre-interrogé sur celui-ci—L'avis prévu par la règle 317 ne permettra pas d'atteindre l'objectif visé parce qu'il n'est pas suffisamment précis—Rappelons que les demanderesses ont en leur possession des copies des documents mentionnés dans leur demande de transmission de documents et qu'elles les ont obtenues grâce à la procédure d'accès à l'information—La règle 317 ne vise pas à remplacer cette procédure ni à constituer un moyen de détourner les dispositions que la Loi sur l'accès à l'information met en place pour protéger les intérêts publics et les intérêts privés—Si les demanderesses estiment que les documents mentionnés dans leur avis sont pertinents à l'affaire, elles peuvent les produire—Si elles croient qu'il existe d'autres documents [TRADUCTION] «semblables ou liés» à ces documents ou [TRADUCTION] «qui ont une influence» sur ceux-ci, elles peuvent les solliciter dans le cadre de la Loi sur l'accès à l'information—La règle 317 n'exige pas que l'office se lance dans une recherche étendue et exhaustive d'éléments matériels dont la pertinence peut, au mieux, être négligeable et dont le choix nécessite absolument d'exercer son jugement—Les demanderesses doivent connaître les faits qu'elles se proposent d'invoquer pour soutenir que les décisions contestées devraient être annulées—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 255, 317.

ATLANTIC PRUDENCE FUND CORP. C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2294-96, IMM-2296-96, IMM-2297-96, juge Hugessen, ordonnance en date du 17-7-00, 7 p.)

Interrogatoire préalable

Requête présentée conformément à la règle 238 des Règles de la Cour fédérale (1998) en vue d'obtenir l'autorisation d'interroger une personne qui n'est pas partie à l'action—Un chaland, qui était remorqué par Bayside Towing Ltd., a heurté le pont ferroviaire du CP à Mission et lui a causé des dommages—Action en limitation de

PRATIQUE—Suite

responsabilité prévue par la Loi sur la marine marchande du Canada—Si le CP établit que le défaut d'avoir recours à un aide-remorqueur pour franchir le pont était téméraire, comme elle l'a plaidé dans sa défense, les demandeurs se verraient refuser le droit de limiter leur responsabilité—Le CP veut obtenir le témoignage d'un exploitant de remorqueur local, Ernie Catherwood, au sujet des circonstances dans lesquelles son entreprise, Catherwood Towing Ltd., a utilisé des aide-remorqueurs pour faire passer des chalands sous la travée tournante du pont—Cette entreprise exploite plusieurs remorqueurs dans le secteur du pont—Catherwood a refusé de répondre à la question parce qu'il ne voulait pas être mêlé à cette affaire—La règle 238(3) expose les conditions auxquelles doit satisfaire une partie qui envisage d'interroger une personne—Bien qu'il faille remplir ces quatre conditions, seulement les deux premières sont en litige, à savoir si Catherwood possède ou non des renseignements pouvant contribuer à l'affaire et s'il existe d'autres sources détenant les mêmes renseignements que le CP aurait dû examiner—Requête rejetée—Le CP pourrait tirer du témoignage de Catherwood sur son expérience une pratique générale qui servirait de repère quant à la bonne façon de s'approcher du pont avec un remorqueur et un chaland et quant à l'utilisation d'un aide-remorqueur, ce qui pourrait constituer des renseignements ayant une incidence sur les questions exposées dans les actes de procédure et sur la limitation de la responsabilité—Le CP a donc satisfait au premier critère prévu par la règle 238—Mais le CP n'a pas tenté d'obtenir des renseignements équivalents d'une autre source—Il n'y a aucune preuve selon laquelle les remorqueurs de Catherwood et celui de la demanderesse sont les seuls qui font passer le pont à des chalands ou que Catherwood possède des renseignements exclusifs—La règle 238 étend la portée de l'interrogatoire préalable—Il convient de faire preuve de circonspection en l'interprétant et en l'appliquant—Cette règle exige que des efforts raisonnables aient été faits pour trouver les personnes susceptibles de posséder des renseignements sur une question en litige et que, dans chaque cas, on se soit heurté à un refus avant de permettre l'interrogatoire préalable additionnel d'une personne qui n'est pas une partie—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 238.

BAYSIDE TOWING LTD. C. CHEMIN DE FER CANADIEN PACIFIQUE (T-1692-99, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 28-6-00, 14 p.)

Production de documents

L'instance principale est une demande de contrôle judiciaire d'une décision prise par le ministre de l'Environnement en vertu de l'art. 23 de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale relativement à un projet de mine de diamants à ciel ouvert au lac de Gras, au nord-est de Yellowknife dans les Territoires du Nord-Ouest—La présente demande a été formulée en vertu de la règle 317 en

PRATIQUE—Suite

vue d'obtenir non seulement les documents sur lesquels le ministre s'est fondé pour prendre sa décision, mais aussi tous les documents en la possession du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, du ministre des Pêches et des Océans et du ministre des Ressources naturelles, qui ont joué le rôle d'autorités responsables en vertu de la Loi—Le demandeur conteste également l'immunité de production de certains documents dont le greffier du Conseil privé a attesté selon l'art. 39 de la Loi canadienne sur la preuve qu'ils constituent des renseignements confidentiels du cabinet—Requête rejetée—Le ministre ayant pris une décision définitive en vertu de l'art. 23 de la Loi, il a renvoyé le projet aux autorités responsables en vue d'une décision—La règle 317 permet à la partie qui présente une demande de contrôle judiciaire d'obtenir des documents qui sont en la possession de l'office fédéral dont la décision fait l'objet de la demande—En l'espèce, les stades de l'enquête et de la prise de décision ont été distincts et séparés—L'évaluation a pris la forme non de l'examen préalable, mais du rapport d'étude approfondie—L'arrêt de la C.A.F. *Canada (Commission des droits de la personne) c. Pathak*, [1995] 2 C.F. 455, s'applique en l'espèce—L'auteur d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision, lorsque le processus de prise de décision est distinct de la fonction d'enquête, n'a le droit d'obtenir, par la voie d'une demande fondée sur la règle 317, que les documents qui étaient en la possession du décideur—La production de documents en vertu de la règle 317 ne s'étend pas à l'organe distinct, en l'espèce les autorités responsables, qui a effectué l'enquête et établi le rapport, et elle ne s'étend pas non plus aux analyses et aux opinions contenues dans les notes de service internes—L'art. 39 de la Loi canadienne sur la preuve constitue un empêchement absolu à la divulgation de ce qui constitue, d'après l'attestation, un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada—Interdiction large et stricte—À la différence de la règle de common law, l'art. 39 prévoit une protection absolue des renseignements confidentiels du cabinet, car une fois que le greffier du Conseil privé a établi l'attestation, la Cour ne peut aller au-delà de cette attestation pour examiner le document—Le contrôle se limite à déterminer si l'attestation du greffier du Conseil privé, à première vue, respecte les exigences de l'art. 39—Le greffier du Conseil privé ayant examiné les lettres du 1^{er} novembre 1999 et conclu qu'elles répondent à la définition d'un renseignement confidentiel au sens de l'art. 39(2)d), cela met un terme à l'affaire—La défenderesse et l'intervenant ont droit à leur dépens sur la requête—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, art. 317—Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37, art. 23—Loi canadienne sur la preuve, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 39 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144 (ann. VII, art. 5).

CANADIAN ARCTIC RESOURCES COMMITTEE INC. C. DIAVIK DIAMOND MINES INC. (T-2127-99, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 6-6-00, 24 p.)

PRATIQUE—Suite

FRAIS ET DÉPENS

Requête présentée par la défenderesse pour qu'il soit ordonné à la demanderesse de lui payer sans délai ses dépens établis à un montant de 75 000 \$ relativement à la requête en injonction interlocutoire de la demanderesse qui a été abandonnée le 11 février 2000—Subsidiairement, la défenderesse demande la taxation de ses dépens sur une base avocat-client—Demande d'injonction permanente pour violation du droit d'auteur de la suite de logiciels de comptabilité «Adagio»—La défenderesse soutient qu'en présentant son recours en injonction provisoire et interlocutoire, la demanderesse lui a fait encourir des dépenses substantielles et inutiles—La règle 402 des Règles de la Cour fédérale (1998) prévoit que la partie contre laquelle une requête a été abandonnée a droit aux dépens sans délai—La règle 400 énumère les facteurs dont la Cour peut tenir compte lorsqu'elle se prononce sur la question des dépens (le résultat des procédures, l'importance et la complexité, toute offre écrite de règlement, la charge de travail, la question de savoir si la mesure prise était inappropriée, vexatoire ou inutile)—La défenderesse a eu gain de cause sur la requête—Si elle avait été accordée, l'injonction interlocutoire aurait tué l'entreprise de la défenderesse—Le délai de l'avis de requête de la demanderesse était relativement court au vu des questions difficiles et complexes de fait et de droit soulevées—Cela a obligé la défenderesse à engager d'importants frais judiciaires pour rassembler en toute hâte ses éléments de preuve en défense—La décision de présenter la procédure à Toronto plutôt qu'à Vancouver a également augmenté substantiellement les coûts de la défenderesse—Requête accueillie en partie—La demanderesse n'a pas réfuté la présomption énoncée à la règle 402—Les questions liées à la requête abandonnée ne sont pas les mêmes que celles liées au procès—L'injonction est un recours extraordinaire que l'on doit utiliser prudemment et avec modération—Si la demanderesse avait obtenu une injonction, elle aurait bénéficié immédiatement d'un remède—La défenderesse ne devrait pas être tenue d'attendre pour recouvrer ses dépens raisonnables sur la vaine requête de la demanderesse—La défenderesse a dû faire face à des dépenses considérables pour préparer la requête en injonction interlocutoire et se défendre—La demanderesse ne devrait pas être tenue de payer toutes les dépenses mais seulement celles qui ont raisonnablement été engagées—Les dépens devraient être taxés à un montant fixe fondé en gros sur le mémoire de dépens de la défenderesse—Les dépens de M. MacFarlane seront tous accordés sur la base avocat-client—La moitié des dépens de M^{me} Pallotta a été accordée, sauf pour ceux de l'examen initial qui ont été accordés en entier—Les dépens de M. Szibbo ont été accordés en entier pour l'examen initial—La moitié des dépens liés au stagiaire et à l'étudiant en droit a été accordée—Les déboursés ont été accordés à l'exception de certaines déductions que la défenderesse a concédé à juste titre ne pouvant réclamer—La demanderesse paiera sans délai à la défenderesse ses dépens au montant de 89 550 \$ (soit 65 000 \$ pour les frais, 20 000 \$ pour les déboursés et 4 550 \$ pour la taxe sur les

PRATIQUE—Suite

produits et services payable sur les frais)—La demanderesse paiera également sans délai les dépens entre parties de la présente requête établis au montant de 3 700 \$ (soit 3 000 \$ pour les frais et 700 \$ pour les déboursés)—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 400, 402.

ACCPAC INTERNATIONAL, INC. C. SOFTRAK SYSTEMS, INC. (T-1381-99, protonotaire Lafrenière, ordonnance en date du 31-7-00, 8 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES

Décisions interlocutoires—Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Tribunal canadien des droits de la personne avait rejeté trois requêtes présentées par Bell Canada à la suite de plaintes de discrimination salariale déposées par le Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, l'Association canadienne des employés de téléphone et Femmes Action—La demande est prématurée pour le motif que la décision du Tribunal, en ce qui concerne les requêtes 1, 2 et 3, est une décision interlocutoire rendue en cours d'instance—En l'absence de questions de compétence, les décisions rendues dans le cours d'une instance dont un tribunal est saisi ne devraient pas être contestées tant que l'instance n'a pas pris fin—Il n'existe aucune raison spéciale permettant à la Cour d'accorder une réparation par l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré en vertu de l'art. 18.1(3) de la Loi sur la Cour fédérale—Les erreurs alléguées par la demanderesse ne règlent pas définitivement un droit fondamental et ne portent pas sur la légitimité même du Tribunal—Si la Cour devait instruire des demandes de contrôle judiciaire à l'égard de chaque décision interlocutoire et de chaque décision préliminaire rendues dans le cours de l'instance engagée devant le Tribunal, la procédure relative à la plainte serait interrompue—La demanderesse ne subirait pas un préjudice sérieux si elle était tenue de poursuivre l'affaire devant le Tribunal sans que les questions soulevées dans sa demande soient réglées—Même si le Tribunal avait commis une erreur en rejetant les requêtes, cette erreur pourrait ne pas influencer sur l'issue des plaintes—La demande doit être rejetée pour le motif qu'elle est prématurée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

BELL CANADA C. ASSOC. CANADIENNE DES EMPLOYÉS DE TÉLÉPHONE (T-2281-99, juge Pinard, ordonnance en date du 7-7-00, 10 p.)

Annulation ou modification

Demande de réexamen d'une ordonnance en date du 31 mai 2000 rejetant la demande de contrôle judiciaire du demandeur—La section du statut de réfugié (la SSR) avait conclu que le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention parce qu'il n'était pas crédible—La preuve était raisonnablement les conclusions de la SSR—La

PRATIQUE—Suite

décision ne devait pas être modifiée—La règle 397 autorise un juge à examiner de nouveau une décision pour le motif qu'«une question qui aurait dû être traitée a été oubliée ou omise involontairement»—Le demandeur se préoccupait avec raison du fait que, dans les motifs, il n'est pas fait mention d'une erreur reconnue commise par la SSR—La règle 397 ne s'applique pas—Il y a de nombreuses raisons pour lesquelles un juge ne tiendrait peut-être pas compte de tous les arguments invoqués devant la Cour, entre autres la pertinence, l'importance, l'absence de bien-fondé—Demande de réexamen rejetée—La question de l'erreur commise en ce qui concerne le lieu des élections est une erreur de fait n'influant pas sur le résultat—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 397.

HAQUE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1633-99, juge Pelletier, ordonnance en date du 14-7-00, 5 p.)

Dans le contexte d'une action en contrefaçon de brevet, la demanderesse présente une requête fondée sur l'art. 1733 des anciennes Règles de la Cour fédérale, en vue de faire annuler le jugement prononcé par la Cour le 17 septembre 1990 (*Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd.* (1990), 39 F.T.R. 161), confirmé par la Cour d'appel ((1992), 45 C.P.R. (3d) 449), au motif que le jugement aurait été obtenu par la fraude d'un témoin expert et des défenderesses—Brevet portant sur l'invention de molécules de dispersion faisant partie des additifs ajoutés aux huiles lubrifiantes à moteur—Un jugement antérieur de la Cour ne sera annulé que dans les cas les plus manifestes, sans quoi les jugements risqueraient de perdre leur caractère définitif: *Saywack c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 3 C.F. 189 (C.A.)—La partie doit établir qu'une déclaration fautive a bien été faite et que la déclaration fautive a été faite ou bien sciemment, sans croire honnêtement à sa vérité, ou bien de façon téméraire, dans l'insouciance de sa vérité ou de sa fausseté—Il faut également que la fraude soit importante, c'est-à-dire qu'elle doit toucher au fondement de la décision: *100 Main Street East Ltd. v. Sakas* (1975), 8 O.R. (2d) 385 (C.A.)—Requête rejetée—Aucune preuve au soutien des allégations de fraude de l'Impériale contre Lubrizol, ou des allégations formulées contre l'avocat externe de Lubrizol et contre le chef du contentieux de Lubrizol—Aucun mandat donné par Lubrizol au témoin expert en vue d'un faux témoignage—D'après la preuve, le témoin expert n'a jamais eu l'intention d'induire la Cour en erreur—Question de souvenir imparfait, conviction honnête—La demanderesse n'a pas établi la fraude ou la témérité de la part du témoin expert des défenderesses—En outre, le témoin expert de la demanderesse manquait de crédibilité—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1733.

CIE PÉTROLIÈRE IMPÉRIALE LTÉE C. LUBRIZOL CORP. (T-577-87, juge Nadon, ordonnance en date du 12-6-00, 96 p.)

PRATIQUE—Suite

ORDONNANCES DE CONFIDENTIALITÉ

Requête du défendeur en annulation de l'ordonnance portant que l'ensemble des pièces certifiées transmises au greffe par la Commission nationale des libérations conditionnelles et certains éléments du dossier du demandeur doivent être tenus confidentiels conformément à la règle 151(1) des Règles de la Cour fédérale (1998)—Le demandeur demande que l'ordonnance susmentionnée soit modifiée de façon à préserver la confidentialité de la transcription de l'audience de la Commission nationale des libérations conditionnelles, d'une expertise psychiatrique et de certains rapports psychologiques—La Cour n'ordonne la mesure visée à la règle 151 que si la partie requérante prouve 1) qu'elle est convaincue que la divulgation nuirait à ses intérêts (critère subjectif); et 2) selon la norme de la probabilité la plus forte, que les renseignements en question sont en fait confidentiels (critère objectif)—En ce qui concerne l'expertise psychiatrique et les rapports psychologiques, il n'y a eu que la preuve du motif subjectif d'objection à la divulgation—L'expertise psychiatrique a eu lieu après que le demandeur eut été expressément informé de la distribution probable du rapport—Le critère objectif n'est pas établi en ce qui concerne l'expertise psychiatrique—En ce qui concerne les rapports psychologiques, ce qui inquiète le demandeur, ce sont les révélations sur son enfance, sur son éducation et sur ses relations intimes—Ces détails figurent dans l'expertise psychiatrique—Vu le contenu des rapports psychologiques, le demandeur ne s'est pas acquitté de la charge rigoureuse de prouver la nécessité d'en maintenir la confidentialité—Le demandeur soutient qu'il est conforme à l'intérêt général de maintenir l'ordonnance de confidentialité, de façon que les détenus soient encouragés à s'en ouvrir totalement à leurs thérapeutes—La Cour n'est pas prête à étendre les considérations d'intérêt général au-delà de ceux que fait valoir la Commission nationale des libérations conditionnelles (risque pour la sécurité des victimes et des témoins; risque de décourager témoins et autres sources d'information de se manifester à l'avenir si la confidentialité ne pouvait être garantie; risque de diminuer l'efficacité des dispositions légales portant protection des témoins et des victimes si la Commission nationale des libérations conditionnelles était tenue de produire ces renseignements)—Requête accueillie—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 151.

MCCABE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-398-00, juge Dawson, ordonnance en date du 11-8-00, 8 p.)

PARTIES

Intervention

La Canadian Copyright Licensing Company (Cancopy) demande l'autorisation d'intervenir dans les présents appels de la décision de première instance ([2000] 2 C.F. 451), par laquelle on a conclu que les éditeurs (demanderesse/appealantes) avaient un droit d'auteur sur leurs ouvrages juridi-

PRATIQUE—Suite

ques, notamment sur leurs ouvrages de doctrine, et que le Barreau du Haut-Canada (BHC) avait violé ce droit d'auteur en effectuant et en distribuant des photocopies d'extraits de ces ouvrages, mais qu'ils ne possédaient aucun droit d'auteur sur leurs recueils de jurisprudence—Le juge de première instance a également débouté le BHC de sa demande reconventionnelle portant que ses agissements et ses services constituent une utilisation équitable au sens des art. 29 et 29.1 de la Loi sur le droit d'auteur; qu'il ne reproduit pas une partie importante d'une œuvre quelconque appartenant aux éditeurs; qu'il doit être exonéré de toute déclaration de violation du droit d'auteur pour des raisons d'ordre public—Cancopy est une société de gestion qui représente plus de 4 500 auteurs et éditeurs, ainsi que 31 organismes qui représentent des auteurs et des éditeurs—Le BHC affirme que les éditeurs sont membres de Cancopy—Avant que le BHC ne formule sa demande reconventionnelle en l'espèce, il avait introduit devant la Cour supérieure de l'Ontario une action dans laquelle il avait nommé Cancopy et les éditeurs comme parties défenderesses—L'action a été suspendue de consentement—Cancopy souhaite formuler des observations quant à savoir si le BHC a le droit d'invoquer l'exception de l'utilisation équitable prévue aux art. 29 et 29.1; si l'exception relative aux bibliothèques (art. 30.1, 30.2) constitue un motif valable de rejeter la demande de jugement déclaratoire du BHC; si le BHC est exempté de toute déclaration de violation de droit d'auteur pour des raisons d'ordre public et d'intérêt public prépondérant; si le BHC peut invoquer un ou plusieurs principes constitutionnels au soutien de sa demande de jugement déclaratoire—Les questions à se poser pour déterminer s'il y a lieu d'autoriser une intervention ont été précisées dans l'affaire *Rothmans, Benson & Hedges c. Canada*, [1990] 1 C.F. 74 (1^{re} inst.), confirmée en appel, [1990] 1 C.F. 90 (C.A.)—Il s'agit en l'espèce de savoir si Cancopy sera directement touchée par l'issue de la cause et si le tribunal peut statuer équitablement sur le fond de la cause sans la participation de Cancopy—Le statut de Cancopy dans l'instance introduite en Ontario n'est pas suffisant pour justifier son intervention dans les présents appels—Cancopy soutient que la décision que la Cour rendra au sujet du moyen tiré de l'intérêt public et de l'exception relative aux bibliothèques pourrait nuire à ses contrats de licences et aux redevances que pourraient toucher les titulaires de droit d'auteur représentés par Cancopy—L'intérêt que possède Cancopy n'est rien de plus qu'un intérêt théorique—Cancopy n'est pas en mesure de présenter des observations que les éditeurs ne peuvent formuler avec autant d'impact ou n'a pas, sur les questions en litige, un point de vue qui diffère à ce point de celui des éditeurs pour que sa participation soit utile à la Cour—Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 29 (mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 18), 29.1 (édicte, *idem*), 30.1 (édicte, *idem*), 30.2 (édicte, *idem*).

CCH CANADIENNE LTÉE C. BARREAU DU HAUT-CANADA (A-806-99, A-807-99, A-808-99), juge Sharlow, J.C.A., ordonnance en date du 10-5-00, 9 p.)

PRATIQUE—Suite

Procédure de mise en cause

Requête présentée par la défenderesse Sonigem Products Inc., en vertu de la règle 194a), en vue d'obtenir l'autorisation de mettre en cause les deux autres défenderesses nommées avec elles dans l'action principale—Action portant sur la violation par les défenderesses d'une famille de marques de commerce appartenant à la demanderesse principale, Bell Canada—La réparation que Sonigem recherche contre les deux autres défenderesses est fondée sur l'art. 8 de la Loi sur les marques de commerce—Les termes de l'art. 8 sont respectés et la Cour a compétence *rationae materiae* pour entendre la mise en cause de Sonigem—Les dommages-intérêts que Sonigem a inscrit sous le coup de l'art. 8 visent une atteinte à sa réputation et à son achalandage—C'est au moment du transfert que l'art. 8 impose une garantie légale que la marque «a été et peut être licitement employé(e)»—Requête accueillie—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 194a)—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 8.

BELL CANADA C. U S WEST, INC. (T-266-00, protonotaire Morneau, ordonnance en date du 16-6-00, 5 p.)

REJET DE L'INSTANCE

Requête en vertu de la règle 369 des Règles de la Cour fédérale (1998) sollicitant le rejet de l'appel au motif qu'il est devenu théorique—La décision en appel rejetait la requête de l'appelant visant à obtenir une injonction interlocutoire enjoignant aux intimés de ne pas autoriser l'ouverture d'une certaine pêche en 2000, jusqu'à l'audition de sa demande de contrôle judiciaire—Suite à la décision, les intimés ont autorisé l'ouverture de la pêche en question en mars 2000, pendant une période d'un peu plus de 13 heures—La réponse des intimés au mémoire de l'appelant est correcte: étant donné que la question est devenue théorique puisque la pêche ne sera pas ouverte à nouveau cette année, il n'est pas approprié en l'instance que la Cour entende néanmoins l'appel en exerçant son pouvoir discrétionnaire—L'appelant peut maintenir sa demande de contrôle judiciaire, qui n'a pas encore été entendue—La requête est accueillie—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 369.

BANDE INDIENNE DE KITKATLA C. CANADA (MINISTRE DES PÊCHES ET DES OCÉANS) (A-187-00, juge Evans, J.C.A., ordonnance en date du 26-7-00, 4 p.)

SUSPENSION D'INSTANCE

Requête de la requérante/défenderesse en suspension de l'instance dans l'intérêt de la justice par ce motif que le Canada n'est pas le forum approprié—Le vraquier *Ning Hai* avait été affrété par une compagnie canadienne pour charger à Vancouver une cargaison à livrer dans divers ports du Japon—Le navire échoua à proximité de l'archipel des Kouriles, et la cargaison était totalement perdue—Les

PRATIQUE—Fin

demandereses sont toutes des compagnies constituées sous le régime des lois du Japon—La défenderesse est une compagnie constituée sous le régime des lois de la République populaire de Chine—Les demandereses se disent les propriétaires de la cargaison; elles prétendent que l'échouement du navire était causé par l'incompétence des officiers et de l'équipage engagés par la défenderesse, que celle-ci était tenue envers elles à une obligation de diligence par l'armement du navire avec des officiers et membres d'équipage qualifiés et compétents, et qu'elle a manqué à cette obligation—Par suite, elles réclament contre la défenderesse des dommages-intérêts généraux et spéciaux substantiels, des intérêts avant et après jugement sur les dommages-intérêts ainsi que leurs dépens de l'action—Requête accueillie—Conclu à la lumière des preuves et témoignages produits que l'action en instance présente un lien réel et important avec la Chine, et non avec le Canada—La quasi-totalité, sinon la totalité, des preuves relatives aux mesures prises par la défenderesse pour remplir son obligation de diligence, se trouve en Chine; elle ne viendra certainement pas du Canada—Il est vrai que l'action a été intentée au Canada, mais la défenderesse a offert de renoncer au délai de prescription légale en vigueur en Chine, et il est possible de subordonner la suspension de l'instance à cette renonciation et à son acceptation par les juridictions compétentes de Chine—Bien que l'évaluation du quantum des dommages-intérêts, le cas échéant, nécessite des preuves et témoignages provenant du Canada, il s'agit là d'une question secondaire—L'avantage que représente l'existence au Canada de la procédure de communication des pièces et d'interrogatoire préalable, laquelle est inconnue en Chine, ne l'emporte pas sur le lien réel et important entre l'affaire en instance et ce dernier pays—Il en est de même de la différence en matière de frais et dépens entre celui-ci et le Canada—La défenderesse justifie du lien le plus étroit avec la Chine—Les demandereses ne justifient d'aucun lien important avec le Canada.

NISSHO IWAI CO. C. SHANGHAI OCEAN SHIPPING CO.
(T-2039-98, juge Gibson, ordonnance en date du 20-6-00, 8 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Demande de contrôle judiciaire d'une ordonnance par laquelle le Conseil canadien des relations industrielles a accredité la Guilde de la marine marchande du Canada comme agent négociateur d'une unité comprenant tous les employés travaillant à bord des navires de la demanderesse—La demanderesse reprochait tout d'abord au Conseil d'avoir violé les principes de justice naturelle en ne motivant pas son ordonnance—Avant de demander le contrôle judiciaire d'une ordonnance rendue par un tribunal administratif, il faut d'abord demander au tribunal en question de motiver sa décision—En l'espèce, la demanderesse n'a pas demandé au Conseil de motiver sa décision et elle n'a offert

RELATIONS DU TRAVAIL—Fin

aucune raison satisfaisante pour expliquer pourquoi elle ne l'avait pas fait—Il n'y a donc pas eu de manquement à l'obligation d'agir avec équité: *Liang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] F.C.J. n° 1301 (1^{re} inst.) (QL)—Deuxièmement, la demanderesse affirmait que le Conseil avait commis une erreur de droit ou violé des principes de justice naturelle en ne lui donnant pas l'occasion de faire valoir son point de vue oralement, malgré le fait que la loi n'obligeait pas le Conseil à tenir une audience—Cet argument est mal fondé, car la demanderesse n'a pas saisi l'occasion qui lui était donnée de formuler ses observations au sujet du rapport de l'enquêteur—Rien ne permet de penser que la présentation d'observations écrites n'aurait pas constitué une façon appropriée d'aborder ces questions—Troisièmement, la demanderesse soutenait que le Conseil avait rendu une décision manifestement déraisonnable en incluant les cadres dans l'unité de négociation—Les parties ont analysé à fond ces questions dans les observations qu'elles ont formulées devant le Conseil—Malgré le fait que certains éléments de preuve tendaient à démontrer que certaines fonctions comportaient un aspect de gestion, le Conseil pouvait à bon droit décider que les personnes qui demandaient l'accréditation en l'espèce étaient des employés au sens du Code—La Conseil n'a pas commis d'erreur manifestement déraisonnable—La demande est rejetée—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2.

MARINE ATLANTIC INC. C. GUILDE DE LA MARINE
MARCHANDE DU CANADA (A-106-99, juge Rothstein,
J.C.A., jugement en date du 20-6-00, 7 p.)

TRAVAUX PUBLICS

Demande de contrôle judiciaire à l'égard de la décision du Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) accueillant les plaintes de concurrents du demandeur—En octobre 1998, le ministère des Travaux publics a attribué à Siemens Westinghouse Inc. un marché ayant pour objet la fourniture de services techniques demandés par le ministère de la Défense nationale à l'égard de certains navires de guerre—Siemens avait proposé un prix inférieur à celui de ses concurrents, MIL Systems et Fleetway Inc.—Ces deux soumissionnaires non retenus ont déposé une plainte auprès du TCCE—Le Tribunal a confirmé le bien-fondé de la plainte commune pour deux motifs—D'abord, Travaux publics avait apporté une modification à une soumission et, par conséquent, la soumission de Siemens aurait dû être jugée «irrecevable»—En deuxième lieu, le ministère de la Défense nationale avait appliqué une méthodologie d'évaluation sensiblement différente de celle qui est prévue dans les documents d'invitation à soumissionner—Le Tribunal «a recommandé» que le contrat de Siemens soit résilié et que les propositions déposées par les plaignantes seulement soient réévaluées conformément à la méthodologie originale—Demande accueillie en partie—Il n'existe aucune raison en droit de modifier la conclusion du Tribunal en ce

TRAVAUX PUBLICS—Suite

qui concerne le changement touchant la méthodologie d'évaluation et sa directive portant que les offres devraient être réévaluées conformément à la méthodologie originale—Le Tribunal a commis une erreur lorsqu'il a conclu que l'offre de Siemens n'était pas recevable, que Travaux publics a apporté une modification à une soumission, ce qui constitue une faute—Siemens a le droit d'exiger que sa proposition soit réévaluée en même temps que celles des plaignantes—La norme d'examen qui s'applique en l'espèce est celle du caractère manifestement déraisonnable, c'est-à-dire le critère de la décision «manifestement irrationnelle»—Sur le plan de l'interprétation, le droit de vérification découlant de la demande de propositions touche les déclara-

TRAVAUX PUBLICS—Fin

tions formulées tant au sujet de l'expérience du soumissionnaire qu'au sujet de celle des employés—Selon l'interprétation qu'il convient de donner à la demande de propositions, Travaux publics n'a pas apporté de modification à une soumission en examinant l'expérience de travail relative à un contrat extérieur, par conséquent, la conclusion du Tribunal à ce sujet doit être considérée comme une conclusion manifestement déraisonnable.

SIEMENS WESTINGHOUSE INC. C. CANADA (MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS ET DES SERVICES GOUVERNEMENTAUX) (A-195-00, juge Robertson, J.C.A., jugement en date du 23-6-00, 15 p.)

If undelivered, return COVER ONLY to:

Public Works and Government
Services Canada -- Publishing
45 Sacre-Coeur Boulevard,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
renvoyer cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada -- Édition
45 boulevard Sacré-Coeur,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9